

**TRIBUNAIS BRASILEIROS E
O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA,
LIVRE E INFORMADA**



TRIBUNAIS BRASILEIROS E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Coordenadores:

Liana Amin Lima da Silva

Biviany Rojas Garzón

Isabella Cristina Lunelli

Fernando Gallardo Vieira Prioste

Rodrigo Magalhães de Oliveira

**TRIBUNAIS BRASILEIROS E
O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA,
LIVRE E INFORMADA**



TRIBUNAIS BRASILEIROS
E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Coordenação:

Liana Amin Lima da Silva; Biviany Rojas Garzón; Isabella Cristina Lunelli; Fernando Gallardo Vieira Prioste; Rodrigo Magalhães de Oliveira

Autores(as):

André Carneiro Leão; Andrew Toshio Hayama; Biviany Rojas Garzón; Bruno Walter Caporrino; Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Clarissa Marques; Daniel Lopes Cerqueira; Ewesh Yawalapiti Waurá; Felício Pontes Júnior; Fernando Gallardo Vieira Prioste; Inês Virgínia Soares; Isabela da Cruz; Isabella Cristina Lunelli; Jeferson Pereira; Joaquim Shiraishi Neto; José Heder Benatti; Juliana de Paula Batista; Júlio José Araújo Júnior; Liana Amin Lima da Silva; Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa; Luiz Eloy Terena; Luiz Henrique Reggi Pecora; Maira de Souza Moreira; Maria Luíza Grabner; Renan Sotto Mayor; Rodrigo Magalhães de Oliveira; Silvano Chue Muquissai; Tiago Cantalíce; Vercilene Francisco Dias

Prefácio:

César Rodríguez-Garavito

Realização:

Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado; Instituto Socioambiental (ISA)

Editoração:

Instituto Socioambiental (ISA);
Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2023

Diagramação:

Luana Regina Mendes

Arte da Capa:

Daiara Tukano. A obra compõe um díptico de duas imagens: Bora Lutar e Bora Pra Roça. Pintadas no museu da República de Brasília para a exposição Brasil Futuro, curadoria de Lilia Schwarcz e Rogério Carvalho em 2023. Acrílica sobre alvenaria 2mx3m

Revisão:

Maria Luíza Camargo

1ª Edição; Brasília, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada /
coordenação Liana Amin Lima da Silva...[et al.] ; ilustração Daiara
Tukano. -- São Paulo : ISA - Instituto Socioambiental : Centro
de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS),
2023.

Vários autores.

Outros coordenadores: Biviany Rojas Garzón, Isabella Cristina Lunelli,
Fernando Gallardo Vieira Prioste, Rodrigo Magalhães de Oliveira.]
ISBN 978-65-88037-18-8

1. Comunidades tradicionais 2. Decisão judicial
3. Direito ambiental 4. Jurisprudência 5. Povos indígenas I. Silva, Liana
Amin Lima da. II. Rojas Garzón, Biviany. III. Lunelli, Isabella
Cristina. IV. Prioste, Fernando Gallardo Vieira. V. Oliveira,
Rodrigo Magalhães de. VI. Tukano, Daiara.

23-176235

CDU-34:502.7(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Decisões judiciais : Direito ambiental
34:502.7(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415





Sumário

13 Apresentação

Liana Amin Lima da Silva; Biviany Rojas Garzón

21 Prefácio

César Rodríguez-Garavito

33 Capítulo 1. Metodologia

Pesquisas em jurisprudência socioambiental: Metodologia da coleção de decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada

Fernando Gallardo Vieira Prioste; Isabella Cristina Lunelli

47 Capítulo 2. Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Entender para implementar: Caminhos para uma hermenêutica segura quanto à consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais

Bruno Walter Caporrino; Ewésh Yawalapiti Waurá; José Heder Benatti; Felício Pontes Júnior

83 Capítulo 3. Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Uma ausência tão presente: O direito à consulta prévia na 2ª região

Júlio José Araújo Junior; Maira de Souza Moreira

107 Capítulo 4. Tribunal Regional Federal da 3ª Região

A Convenção n.º 169 da OIT e a efetividade do direito de consulta nos julgamentos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Andrew Toshio Hayama; Inês Virginia Soares; Maria Luiza Grabner

131 Capítulo 5. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o racismo estrutural nos estados do sul do Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Isabela da Cruz

147 Capítulo 6. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Invisibilidade e bipolaridade: Notas sobre a aplicação do direito à consulta prévia e do critério de autoatribuição em decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª região

Jeferson Pereira; Clarissa Marques; André Carneiro Leão

167 Capítulo 7. Superior Tribunal de Justiça

Direito à consulta: Uma análise decolonial da atuação do Superior Tribunal de Justiça

Renan Sotto Mayor; Silvano Chue Muquissai; Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa; Tiago Cantalice

189 Capítulo 8. Supremo Tribunal Federal

Consulta livre, prévia e informada: O que o Supremo Tribunal Federal tem a ver com isso?

Juliana de Paula Batista; Luiz Eloy Terena; Luiz Henrique Reggi Pecora; Vercilene Francisco Dias

211 Capítulo 9. Corte Interamericana de Direitos Humanos

Coletânea e sistematização analítica de decisões da Corte Interamericana de direitos humanos sobre o direito à consulta e o consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tribais

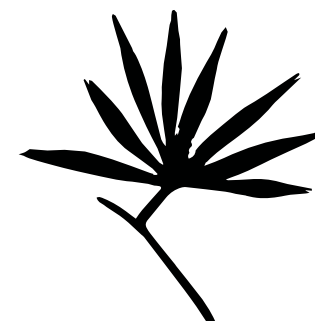
Daniel Lopes Cerqueira; Biviany Rojas Garzón

245 Capítulo 10

A consulta prévia nos tribunais: Um balanço crítico da jurisprudência brasileira

Rodrigo Magalhães de Oliveira; Liana Amin Lima da Silva; Joaquim Shiraishi Neto

309 Sobre os autores e as autoras



Apresentação

Liana Amin Lima da Silva
Biviany Rojas Garzón

A obra *Tribunais Brasileiros e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada* nasce como uma demanda apresentada pelo Instituto Socioambiental (ISA) ao Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado, em face da escassez de pesquisas e análises sobre decisões judiciais que contribuíssem para a consolidação da jurisprudência no que diz respeito ao direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado como garantia dos direitos coletivos, territoriais e culturais dos povos e comunidades tradicionais no Brasil.

Em 2018, o Observatório de Protocolos Comunitários foi criado, formalmente, como pesquisa pós-doutoral apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e como projeto de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), vinculado à Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Para além dos limites institucionais e “muros” das universidades, propusemos a formação do Observatório de modo horizontalizado, como consolidação da pesquisa atrelada ao ensino e à extensão, por meio da formação de uma rede que envolve pesquisadores(as), representantes de povos e suas organizações sociais e políticas representativas, e organizações da sociedade civil que prestam assessoria a povos e comunidades tradicionais, além de discutir e acompanhar a pauta da implementação do direito de consulta prévia no país e em âmbito internacional¹.

Um dos escopos do Observatório de Protocolos é demonstrar o caráter vinculante e a juridicidade dos chamados protocolos próprios, protocolos autônomos, protocolos comunitários de consulta prévia, que surgiram como exercício da livre determinação dos povos para apontar os caminhos da consulta prévia, mostrar como o Estado deve consultar os povos, em resposta à omissão estatal em garantir efetividade à Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e demais instrumentos jurídicos

¹ Até março de 2023, foram publicados aproximadamente 90 protocolos comunitários de consulta e consentimento prévio, livre e informado elaborados por povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais no Brasil. Por meio de um esforço coletivo de disponibilizar o levantamento dos documentos publicados pelos próprios povos, em 2020, lançamos o “Mapa dos Protocolos Autônomos”, constantemente atualizado por pesquisadores(as) vinculados ao Observatório de Protocolos. Disponível em: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/>>.

normativos de proteção aos direitos fundamentais dos povos indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais, à luz da Constituição Federal de 1988, das declarações das Nações Unidas (2007) e Americana (2016) sobre os direitos dos povos indígenas, e da observância dos parâmetros internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Em 14 de agosto de 2020, a Rede de Cooperação Amazônica (RCA) juntamente com o Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado e o Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (Cepedis) realizaram a roda de conversa: “Jurisprudência sobre Protocolos Autônomos de Consulta: entre avanços e desafios”. A conversa contou com a participação de lideranças indígenas e procuradores da República do Ministério Público Federal². O evento nos inspirou a dar seguimento a esta importante pesquisa.

Em 2020, formamos uma equipe de pesquisadores(as) do Observatório de Protocolos e iniciamos as pesquisas para o levantamento e coleta das decisões sobre consulta prévia nos tribunais superiores. A pesquisa foi coordenada pela Prof.^a Dr.^a Isabella Cristina Lunell (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC), Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto (Universidade Federal do Maranhão - UFMA) e Prof.^a Dr.^a Liana Amin Lima da Silva (Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD), com a colaboração dos pesquisadores Ms. Fernando Gallardo Vieira Prioste (ISA) e Ms. Rodrigo Magalhães de Oliveira (Universidade de Brasília - UnB), além do fundamental apoio do Prof. Dr. Carlos Frederico Marés Souza Filho. O levantamento das decisões foi realizado por um coletivo de estudantes de graduação e pós-graduação, a quem, especialmente, agradecemos por todo empenho na pesquisa³.

² O evento foi transmitido ao vivo no canal do Youtube da RCA e disponibilizado no canal “Observatório Protocolos Comunitários”. (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YKYxCN-6FHPs&ct=170s>>. Acesso em: 20 abr. 2023.)

³ Agradecemos o empenho da equipe de pesquisadores bolsistas vinculados ao Observatório de Protocolos, estudantes dos cursos de graduação e pós-graduação da PUCPR, UFGD e UFMA, no levantamento das decisões: Ana Júlia Gonçalves Oliveira; Ana Letícia Vasconcelos; Clevelle Sanabio Kaiowá; Gabriel Dourado Rocha; Guilherme de Oliveira Silva; Jéferson da Silva Pereira; Jeovana Lima Gavilán; Jucinei Fernandes Alcântara; Luana Caroline Rocha Silva; Maria Rhafisa de Souza Alves; Oriel Rodrigues de Moraes; Paula Harumi Kanno; Rachel Dantas Libois e Rodrigo Magalhães de Oliveira. E aos coordenadores do subprojeto “Jurisprudência e Consulta Prévia”: Prof.^a Dr.^a Isabella Cristina Lunelli

As decisões levantadas foram disponibilizadas nas páginas do Observatório e do Instituto Socioambiental. Em 2021, seguimos com a organização da obra coletiva e convidamos especialistas, operadores(as) do Direito, bem como juristas renomados, para a análise do material coletado. O resultado foi uma produção colaborativa dos capítulos que se seguem. Gostaríamos de agradecer a todos(as) que contribuíram para este importante projeto se materializar.

No primeiro texto, Isabella Cristina Lunelli e Fernando Gallardo Vieira Prioste apresentam didaticamente a metodologia utilizada na pesquisa jurisprudencial sobre o direito à consulta prévia, livre e informada em jurisprudência socioambiental. O capítulo seguinte, de Bruno Walter Caporrino, Ewésh Yawalapiti Waurá, José Heder Benatti e Felício Pontes Júnior, se dedica à extensa jurisprudência do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região e busca caminhos para uma hermenêutica segura quanto à consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais. No terceiro capítulo, Júlio José Araújo Junior e Maira de Souza Moreira analisam as decisões do TRF da 2ª Região e discutem a ausência tão presente do direito à consulta prévia nessa região.

No quarto capítulo, Andrew Toshio Hayama, Inês Virginia P. Soares e Maria Luiza Grabner analisam a efetividade do direito de consulta nos julgamentos do TRF da 3ª Região à luz da Convenção n.º 169 da OIT. Já o capítulo quinto, escrito por Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Isabela da Cruz, discute o racismo estrutural nos estados do sul do Brasil e sua relação com a jurisprudência do TRF da 4ª Região. No capítulo seguinte, Jefferson Pereira, Clarissa Marques e André Carneiro Leão analisam a aplicação do direito à consulta prévia e do critério de autoatribuição em decisões do TRF da 5ª Região. O sétimo capítulo, escrito por Renan Sotto Mayor, Silvano Chue Muquissai, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa e Tiago Cantalice, apresenta uma análise decolonial da atuação do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao direito à consulta.

e Prof. Dr. Joaquim Shiraishi. Agradecemos, especialmente, o apoio da Ford Foundation concedido ao Observatório de Protocolos Comunitários, que nos oportunizou o fomento de bolsas de pesquisa (convênio Ford Foundation/PUCPR) entre os anos de 2020 e 2022, fundamental para a concretização desta pesquisa.

No oitavo capítulo, Juliana de Paula Batista, Luiz Eloy Terena, Luiz Henrique Reggi Pecora e Vercilene Francisco Dias discutem a relação do Supremo Tribunal Federal com a consulta prévia, livre e informada. Daniel Lopes Cerqueira e Biviany Rojas Garzón, no nono capítulo, apresentam uma coletânea e sistematização analítica de decisões da Corte IDH sobre o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado de povos indígenas e tribais. Por fim, no capítulo conclusivo, Rodrigo Magalhães de Oliveira, Liana Amin Lima da Silva e Joaquim Shiraishi Neto tecem, juntos, a análise sistemática e um balanço crítico da jurisprudência brasileira.

Com prefácio de César Rodríguez-Garavito, referência internacional no tema, apresentamos esta obra inédita, densa e pioneira, um trabalho coletivo de grande relevância e contribuição para a formação da jurisprudência nacional, visto que oportunizamos um espaço de diálogo, de análise correlacionada e integrada a fim de alcançarmos um olhar sobre o conjunto das decisões considerando o estado da arte em sede de cada tribunal superior, sobre as respectivas limitações no que concerne às interpretações, os desafios, avanços ou mesmo retrocessos para a observância e aplicação da Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais.

Cumpre-nos ressaltar que o levantamento das decisões foi realizado entre os anos de 2020 e 2021 e a produção dos capítulos da obra entre os anos de 2021 e 2022. Portanto, consideramos a configuração dos tribunais à época: Tribunal Regional Federal (TRF) das cinco regiões, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Em agosto de 2022, foi criado o Tribunal Regional da 6ª Região, com jurisdição em Minas Gerais, como desmembramento do TRF da 1ª Região. No mesmo ano, tivemos a primeira importante decisão sobre o tema no âmbito do TRF da 6ª Região, ao apreciar a matéria e reconhecer o direito à consulta prévia, livre e informada de comunidades quilombolas, com a suspensão das licenças ambientais concedidas em favor do empreendimento minerário em questão⁴.

Ao apresentarmos esta obra ao público forense, nosso obje-

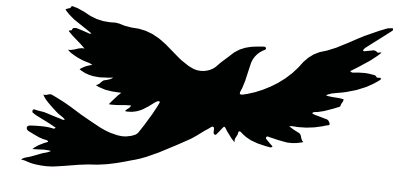
⁴ Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Decisão em Agravo de Instrumento. Processo n.º 1029068-41.2022.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Álvaro Ricardo de Souza Cruz – 3ª Turma. 15 dez. 2022.

tivo é devolver à sociedade os resultados da pesquisa realizada entre 2020 e 2022. Embora a pesquisa demande continuidade e atualização constante, ela fornece uma visão inicial das possibilidades e direções a serem tomadas. Este estudo delinea o horizonte da consulta prévia, fornecendo trilhas e direções para um futuro mais respeitoso aos direitos humanos, socioambientais e coletivos dos povos das águas, dos biomas e das florestas. Seguiremos atentos e vigilantes para dar continuidade ao trabalho coletivo iniciado, com o objetivo de promover o respeito à consulta prévia no Poder Judiciário.

Coroamos esta obra não com a coroa de um direito colonialista e excludente, mas relembramos os dizeres de Célia Xacriabá: “antes do Brasil da coroa, existe o Brasil do cocar”. Assim, encontramos na arte de Daiara Tukano, de seu mural na exposição “Brasil Futuro”, a representação ideal para a capa de nossa obra coletiva. A arte retrata uma mulher indígena carregando sua criança, em harmônico equilíbrio com animais e floresta. Com a mão esquerda, ela ergue seu facão e ecoa a mensagem: “Bora lutar”.

No contexto do presente livro, a imagem nos remeteria à deusa Themis, da Justiça? De modo anticolonial e decolonial, provocamos para as reflexões e desconstruções necessárias, da deusa grega à guerreira da ancestralidade, da espada ao facão, aqui a entidade nos remete à justiça socioambiental: ao invés da balança, ela carrega a cestaria dos saberes repleta de bens socioambientais, bens culturais, materiais e imateriais indissociáveis à natureza, na defesa do território em harmonia, como garantia da vida dos diversos seres humanos e não humanos, na garantia do futuro das próximas gerações.

Convidamos a todas(os) para a leitura desta obra jurídica, com o rigor técnico e análise densa dos capítulos que se seguem, ao mesmo tempo, com a sensibilidade de uma causa que diz respeito ao futuro da humanidade. Faz-se necessário apontar direções para garantias de existência digna aos diversos povos formadores da sociedade brasileira. Que possamos conviver e coexistir, com a esperança de um Brasil Futuro que respeita e se orgulha da diversidade dos Brasis, no plural.



Prefácio

César Rodríguez-Garavito

Universidade de Nova York
Traduzido por Isabella Cristina Lunelli

A consulta e o consentimento livre, prévio e informado (CLPI) se consolidaram como um pilar fundamental do direito internacional dos povos indígenas e dos direitos humanos em geral. Nos 35 anos transcorridos desde a criação da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que incorporou essa figura ao direito internacional, a CLPI tem sido adotada, desenvolvida e enriquecida por um amplo espectro de atores nacionais e internacionais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a reconheceu como um princípio geral do direito internacional e lhe deu valor prático em decisões fundamentais que protegem o direito dos povos indígenas de serem consultados antes da adoção de normas ou da autorização de programas ou projetos que os afetem. Cortes constitucionais na América Latina - como a colombiana e, nos últimos anos, a equatoriana - têm elaborado jurisprudências rigorosas e aplicado efetivamente a figura da CLPI. Igualmente, a Relatoria Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas tem especificado o alcance da consulta e do consentimento em casos e países específicos.

Os próprios povos indígenas não apenas têm incorporado a CLPI em suas reivindicações jurídicas e políticas, como também tem contribuído decisivamente na interpretação dos padrões jurídicos da consulta de forma a proteger efetivamente seus direitos à autodeterminação, à cultura e ao território. Graças a isso, as normas internacionais mais recentes sobre a CLPI, como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, têm ajudado a precisar quando se requer não apenas a consulta, mas também o consentimento dos povos afetados, que significa que a consulta seja “prévia” e outros assuntos jurídicos complexos.

De modo que estamos diante de uma instituição jurídica madura e de grande alcance. De fato, a CLPI é muito mais do que um procedimento. Na realidade, é o eixo do paradigma contemporâneo do direito internacional dos direitos humanos no que diz respeito aos povos indígenas. Como tenho tentado mostrar em outros escritos, se trata de um paradigma centrado na participação dos povos nas decisões que os afetam, que substitui o antigo

paradigma assimilacionista da Convenção n.º 107, de 1957, da OIT (Rodríguez-Garavito 2012, 2023; Rodríguez-Garavito e Baquero, 2020, 2022). A visão assimilacionista havia sido adotada também pelas constituições e pelas leis de países do mundo todo, segundo as quais a solução para a “questão indígena” consistia em “reeducar” forçosamente os povos originários e dissolver sua cultura na da sociedade majoritária.

Mesmo que o paradigma participacionista da CLPI seja o padrão vigente e obrigatório do direito contemporâneo, ainda falta bastante para que seja a regra na prática. A que se deve esse déficit de eficácia? Acredito que uma das razões é a persistência de dois outros paradigmas jurídicos que chocam com o participacionista e que seguem tendo força não apenas no Brasil, mas também em outros países da América Latina e em outras regiões. O primeiro obstáculo é a persistência da visão assimilacionista, que, infelizmente, ainda está longe de ficar no passado. Talvez a prova mais recente e lamentável disso foi a tentativa sistemática do governo de Jair Bolsonaro de dismantelar, cooptar e dissimular as normas e as instituições criadas para garantir a CLPI e os demais direitos indígenas.

Um segundo obstáculo à vigência do direito à CLPI são as interpretações frágeis do dito direito, que o veem como uma garantia puramente processual que foi estabelecida para proteger um grupo particular e que, portanto, está subordinada a princípios e regras jurídicas que supostamente têm uma hierarquia superior, como a proteção da ordem econômica, do interesse geral ou da própria ordem democrática. É claro que existe uma distância abismal entre o paradigma assimilacionista e o fraco paradigma processual da CLPI. De fato, este último paradigma tem sido sustentado no Brasil por tribunais e juízes que têm defendido rigorosa e corajosamente a ordem constitucional e a democracia liberal diante dos ataques antidemocráticos. Porém, há também uma distância considerável entre a visão frágil da CLPI que segue dominando a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros e a visão robusta do participacionismo que vem ganhando força no direito internacional e comparado.

Por isso, entendo este notável livro como um balanço judicioso

dos avanços da jurisprudência brasileira, mas também como uma oportunidade para identificar suas limitações, seus silêncios e suas tarefas pendentes. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem sido líder na América Latina em questões complexas e fundamentais de direito constitucional e ambiental, desde a defesa do Estado de Direito até a concepção de mudança climática como um assunto de direitos humanos. No entanto, como afirmam os autores do capítulo sobre o STF, “a maior parte dos precedentes e decisões monocráticas estão distantes de garantir o direito de consulta, tal como o direito vem sendo reconhecido por outras cortes constitucionais na América Latina e pela jurisprudência da Corte IDH”.

Como mostram os capítulos deste livro, há notáveis exceções ao domínio da interpretação frágil da CLPI. Algumas decisões e votos divergentes do STF, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais (especialmente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região) têm se aproximado das interpretações mais robustas e garantistas, como as da Corte IDH. Contudo, ainda não existem linhas jurisprudenciais consolidadas e consistentes sobre temas fundamentais, tais como as condições e os efeitos da consulta e do consentimento prévios, livres e informados dos povos indígenas quando expedirem leis e decretos que os afetam, ou quando são empreendidas atividades como a construção de hidrelétricas, mineração, obras públicas e outros projetos que possam determinar o futuro de povos indígenas específicos. Por exemplo, como mostram os autores do capítulo de conclusão, “o Superior Tribunal de Justiça tem poucos julgados – em sua maioria, em decisões monocráticas – e nenhum aprofunda a discussão de mérito sobre o tema da consulta prévia. Não há linhas jurisprudenciais consolidadas e são verificadas decisões bastante divergentes entre si”.

Mais do que uma deficiência do judiciário, vejo este vazio como uma oportunidade para que tanto os tribunais como a comunidade jurídica brasileira em geral aprofunde, sistematize e atualize a doutrina e a jurisprudência sobre a CLPI. Evidentemente, não sinto que seja meu papel aventurar-me a formular sugestões sobre como preencher estas lacunas. Não tenho dúvidas de que as leitoras e os leitores deste livro – juízes, acadêmicos, estudantes,

lideranças indígenas e de povos tradicionais, servidores do Ministério Público, advogados litigantes – as encontrarão e, assim, contribuirão com a promessa multicultural e participacionista da Constituição de 1988, da Convenção n.º 169 e do direito internacional e comparado dos povos indígenas.

Assim, limito-me aqui a destacar, na perspectiva de um analista estrangeiro, algumas das questões que requerem elucidação sistemática e urgente. Em primeiro lugar, o que significa que a consulta seja prévia? Chama a atenção que um bom número de decisões tenha permitido adiar a consulta de leis ou de obras de infraestrutura até que estes processos estivessem bem avançados. Nesses momentos tardios, a consulta se encontra com fatos consumados e, portanto, resulta inútil. Isso não só vai na contramão do espírito (e do próprio nome) da instituição da CLPI, como converte a consulta em uma regra de papel, sem eficácia prática. Em segundo lugar, em que circunstâncias se deve concluir que um povo indígena é afetado por uma norma ou um projeto econômico e, consequentemente, deve ser consultado? Neste ponto também é surpreendente que várias decisões tenham exigido regras que não existem no direito internacional. Por exemplo, alguns julgamentos analisados neste livro sustentam a doutrina segundo a qual, para que se aplique a consulta, o projeto deve ser realizado dentro do território do povo afetado. Ao contrário, tribunais como a Corte IDH têm desenvolvido linhas jurisprudenciais detalhadas, úteis e relevantes que ampliam o espectro de impactos que são relevantes para os efeitos da CLPI, que não exigem que ditos impactos tenham que ocorrer necessariamente no território do povo envolvido.

Na minha opinião, um terceiro grupo de perguntas apresenta os desafios mais complexos, mas também os mais interessantes da jurisprudência brasileira. Como se deve interpretar a CLPI quando sua rigorosa aplicação possa afetar, ou mesmo levar à impedir, um projeto ou uma política econômica? Como fazer a ponderação jurídica entre o princípio da participação dos povos indígenas e o direito à CLPI, de um lado, e princípios como a proteção da ordem econômica, de outro? Que tipo de recursos e ordens judiciais podem ajudar a conciliar esses imperativos conflitantes? Desde uma

perspectiva internacional, é muito surpreendente que boa parte das decisões sobre CLPI no Brasil, incluindo as do STF, concluam sumária e categoricamente que o direito indígena à consulta deve ceder ante razões de ordem econômica ou de ordem pública. Ao invés de um exercício de ponderação cuidadosa destas considerações opostas uma à outra, é comum que as decisões estudadas nesse livro adotem uma interpretação expansiva da ordem econômica, segundo a qual tal ordem se vê afetada até mesmo por interrupções temporárias ou parciais de obras, como usinas hidrelétricas.

Como no caso emblemático da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, os juízes tenderam a afirmar a prevalência categórica da ordem econômica sobre os direitos indígenas, inclusive quando há estudos científicos que mostram que o projeto econômico questionado pode ser contraproducente ou destruir ecossistemas e comunidades inteiras. Sem dúvida, as interpretações desequilibradas da CLPI têm sido facilitadas pelo uso da figura processual da suspensão de liminar. Sob a ótica do direito comparado de regimes democráticos, a suspensão de liminar é uma figura exótica, na medida em que permite ao titular de um tribunal superior revogar a decisão fundamentada de um juiz inferior simplesmente invocando, sem maior argumentação, a violação do interesse ou da ordem pública. Disso, os autores deste livro concluem que a suspensão de liminar tem sido o obstáculo jurídico mais interessante à proteção efetiva dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais no Brasil.

A oportunidade e o desafio para o judiciário e a comunidade jurídica brasileira consiste em aprofundar e refinar as respostas a esse complexo embate de princípios constitucionais. Com esse fim, em vez da aplicação unilateral e sumária de mecanismos como a suspensão de liminar, os juízes e juristas encontrarão elementos de julgamento muito úteis na doutrina e na jurisprudência internacional discutida neste livro. Por meio de argumentos e decisões judiciais variadas e ajustadas a casos e contextos concretos, o direito internacional e comparado tem conseguido soluções equilibradas para tais choques de princípios e normas, que poderiam ser igualmente úteis no contexto brasileiro.

* * *

Gostaria de encerrar com uma nota mais pessoal. Ao receber o honroso convite para escrever este prefácio, a primeira coisa que me veio à memória foi o que eu vi e escutei no rio Xingu há cerca de uma década. Estava lá para fazer pesquisa jurídica e etnográfica sobre a disputa em torno da construção da barragem de Belo Monte, no estado do Pará, como parte de um estudo mais amplo sobre o direito à consulta prévia na América Latina.

A lembrança mais viva que tenho é a imagem do caudaloso Xingú, cortado de uma só vez pela primeira grande parede da barragem, que acabava de ser construída. O muro interrompia para sempre o curso do rio e a passagem da embarcação em que íamos. É algo que nós juristas chamamos eufemisticamente de um “fato consumado”: um dano irreparável para o rio, para os povos indígenas e as comunidades tradicionais que dele dependiam e, em última instância, à sobrevivência da Amazônia e da humanidade, que já sentia a chegada da crise climática global.

O que mais chamava a atenção em nossas conversas com os juristas e os ativistas que se opuseram à construção da barragem - os funcionários do Ministério Público em Altamira, as comunidades indígenas e ribeirinhas, os defensores do meio ambiente - foram as menções recorrentes à ausência de consulta prévia no processo de construção da barragem. Graças em boa parte ao trabalho desses atores, e especialmente às ações judiciais instauradas pelo Ministério Público contra as irregularidades jurídicas de Belo Monte, os funcionários do governo, os juízes e a sociedade civil souberam da Convenção n.º 169, da OIT, e do dever de consultar com os povos indígenas e comunidades tradicionais. Embora o governo e os tribunais tenham finalmente descartado esses argumentos e dado caminho aberto à Belo Monte, as ações do Ministério Público foram fundamentais para dar visibilidade à CLPI e alertar para os danos irreparáveis que a hidrelétrica e outros projetos teriam sobre a Amazônia e suas comunidades.

Lembro-me em especial da advertência de cientistas e lideranças indígenas sobre o risco de que as obras monumentais de Belo

Monte alterassem radicalmente o ciclo hidrológico de toda a região, a tal ponto que no futuro as chuvas não seriam suficientes para produzir a eletricidade que prometia a empresa construtora da barragem. Como não se fez uma consulta prévia e genuína no processo de planejamento, licenciamento e construção de Belo Monte, não houve a oportunidade de dar-lhes voz e considerar seriamente essas objeções, com o tempo que elas teriam exigido.

Uma década depois, quais são os efeitos dessa omissão? Tristemente, os estudos científicos dão razão aos cientistas, aos povos e aos procuradores que se opuseram a Belo Monte. São evidentes o avanço do desmatamento e a mudança no ciclo das chuvas na região da hidrelétrica, a ponto dos especialistas estimarem que Belo Monte gerará apenas 60% da eletricidade inicialmente projetada (Stickler et al. 2013). Na mesma década, nos contam os cientistas, a Amazônia tem se aproximado perigosamente de um ponto sem retorno, muito além do qual a floresta tropical se converteria numa savana seca (Lovejoy e Nobre 2018). O que, por sua vez, eliminaria qualquer possibilidade de manter a temperatura do planeta em níveis que evitem os cenários mais catastróficos da mudança climática (Salles e Esteves 2019).

Acredito que a lição que devemos aprender do que têm acontecido no Brasil e no mundo nos últimos dez anos é a seguinte: o que realmente está em jogo na consulta prévia não são os interesses particulares de povos ou comunidades específicas. No fundo, o que está em disputa é a própria vida: a dos indígenas e populações tradicionais, mas também a do resto do país, da humanidade e do planeta. Estou confiante de que este valioso livro dará aos juristas e aos juízes as ferramentas para estar à altura desse desafio nos próximos dez anos, antes que seja tarde demais.

Nova York, fevereiro de 2023

Referências bibliográficas

LOVEJOY, Thomas e NOBRE, Carlos. 2018. “Amazon Tipping Point,” *Science Advances* 4(2). Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aat2340>

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. 2012 *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados* (Bogotá: Dejusticia). Disponível em: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll31/id/70/>

_____. 2023. “The Globalization of the Vernacular: Mobilizing, Resisting, and Transforming International Human Rights from Below,” em Alston, Philip, ed. “Essays in Honor of Sally Merry” (Oxford: Oxford University Press). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3921809

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César e BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés. 2020. *Conflictos socioambientales en América Latina: El derecho, los pueblos indígenas y la lucha contra el extractivismo y la crisis climática* (Buenos Aires: Siglo XXI)

_____. 2022. “Reframing Indigenous Rights: The Right to Consultation and the Rights of Nature and Future Generations in the Sarayaku Legal Mobilization,” em De Burca, Gráinne, ed. *Legal Mobilization for Human Rights* (Oxford: Oxford Univ. Press). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4049329

SALLES, João Moreira e ESTEVES, Bernardo. 2019. “O mundo sem a Amazônia,” *Piauí*, Outubro. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-mundo-sem-amazonia/>

STICKLER, Claudia et al. 2013. Dependence of hydropower energy generation on forests in the Amazon Basin at local and regional scales. *Proceedings of the National Academy of Sciences* 110(23). Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3677497/>



Capítulo 1. Metodologia

**Pesquisas em jurisprudência
socioambiental: Metodologia da coleção
de decisões judiciais relativas ao direito à
consulta livre, prévia e informada**

Fernando Gallardo Vieira Prioste
Isabella Cristina Lunelli

1. Pesquisas em jurisprudência socioambiental

Pesquisas em jurisprudência viabilizam análises sobre a aplicação do direito dentro dos limites territoriais da jurisdição de um determinado órgão do Poder Judiciário, permitem a descrição do nível de efetividade das normas e da trajetória de internalização de normas provenientes de tratados e convenções internacionais.

Foi refletindo sobre essas e outras potencialidades desse tipo de pesquisa que se concebeu a necessidade de avançar no conhecimento sobre a efetividade do direito à consulta livre, prévia e informada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

O direito à consulta livre, prévia e informada (DCLPI) refere-se ao dever do Estado de incorporar práticas de participação e controle social de povos e comunidades que possam ser afetados por decisões tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Trata-se, em outras palavras, de garantia de que qualquer medida legislativa ou administrativa¹ que venha a afetar povos indígenas e povos e comunidades tradicionais seja discutida de forma livre, informada e previamente à sua materialização, conforme o caso.

Inicialmente declarado em normas internacionais de direitos humanos dos povos indígenas e povos e comunidades tradicionais², o DCLPI, mais do que um instrumento de exercício democrático da cidadania, objetiva garantir a continuidade existencial desses povos e comunidades, seja ela individual ou coletiva.

A inserção do direito à consulta no ordenamento jurídico brasileiro teve início com a ratificação e a promulgação interna do conteúdo da Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, em 2002, quando o Congresso Nacional aprovou o

¹ No Brasil, o direito à consulta é garantido ante medidas legislativas e administrativas do poder público e está resguardado no Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pela República Federativa do Brasil – entre elas, a Convenção n.º 169/89. Sobre as medidas judiciais, a obrigação do poder público de consultar os povos indígenas está inscrita, por sua vez, na Recomendação n.º 287/2019, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça.

² No Brasil, o termo “povos tribais”, utilizado na normativa internacional, encontra correspondência na expressão “povos e comunidades tradicionais”, conforme dispõe o Decreto Federal n.º 6.040/2007.

³ O DCLPI foi previsto, pela primeira vez, na Convenção n.º 169, da OIT, aprovada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e hoje está declarado em diversos instrumentos normativos internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (2007), a Convenção de Diversidade

texto do ato internacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junho⁴. Transcorridos mais de vinte anos, este trabalho objetiva, por meio da pesquisa em jurisprudência, aprofundar o conhecimento acerca da implementação do DCLPI em âmbito nacional. É nesse contexto que a proposta de uma pesquisa em jurisprudência tem o potencial de propiciar relevante contribuição ao tema, sistematizando uma coletânea de decisões sobre o direito à consulta livre, prévia e informada no Brasil, em conjunto com textos críticos.

Sistematizar a atividade do Poder Judiciário com informações e dados de vieses quantitativos e qualitativos, assim como as análises críticas que compõem cada capítulo deste livro, pressupõe o emprego de metodologia que, mais do que seguir um modelo, implica um conjunto de critérios, procedimentos e ações passíveis de serem praticadas, reproduzidas, testadas e aperfeiçoadas. Desse modo, apresentamos, aqui, a metodologia empregada na pesquisa, tanto no levantamento das decisões quanto na conformação desta obra, assim como alguns resultados, a fim de orientar sua leitura.

A sistematização de informações jurisprudenciais, incluindo aqui a própria metodologia aplicada, se orienta sob uma perspectiva que articula o discurso em torno da letra da lei e as dimensões da existência e resistência do meio ambiente e das sociabilidades que nele se encontram. É dizer, a pesquisa em jurisprudência socioambiental não apenas busca conhecer a atuação do judiciário – neste caso específico, a respeito da aplicação do direito à consulta livre, prévia e informada –, como também refletir sobre resultados que recaem sobre a natureza, os corpos e as culturas sobre as quais incidem as decisões judiciais. Isso porque acreditamos que a efetividade de um direito não se evidencia apenas na abstração normativa, mas, sobretudo, nas garantias práticas de que povos e comunidades possam materialmente assumir “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico”, mantendo e fortalecendo suas identidades, línguas e religiões⁵.

Biológica (1992) e a Declaração Americana dos Povos Indígenas (2016).

⁴ Em 2002, o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT e, assim, a Convenção que, internacionalmente, entrou em vigor em 5 de setembro de 1991, no Brasil, vigorou a partir de 25 de julho de 2003. O Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, promulgou a Convenção n.º 169 no ordenamento interno brasileiro.

⁵ Preâmbulo do texto da Convenção n.º 169, da OIT.

2. Metodologia da pesquisa

Reunimos, aqui, análises de diversos especialistas sobre a coleção de decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada. Esta coleção se constituiu como etapa das atividades desenvolvidas por pesquisadores e pesquisadoras, bolsistas e voluntários, no âmbito do projeto “Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado”, por meio de pesquisa realizada ao longo de 2020 e 2021⁶.

A coleção de decisões sobre o direito à consulta livre, prévia e informada consiste, em síntese, no levantamento, seleção e organização de decisões judiciais encontradas nos portais eletrônicos dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF)⁷, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cada um com jurisdição específica.

O Quadro 1 apresenta a composição dos tribunais de acordo com a abrangência jurisdicional:

⁶ O projeto “Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado” existe desde 2018, sob coordenação da Profa. Dra. Liana Amin Lima da Silva (UFGD) e do Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (PUCPR). A pesquisa consolidada nesta obra coletiva foi desenvolvida no âmbito dos subprojetos “Jurisprudência sobre Consulta Prévia e Protocolos Autônomos” e “Protocolos Autônomos de Consulta na América Latina”, sob coordenação da Profa. Dra. Liana Amin Lima da Silva (UFGD), do Prof. Dr. Joaquim Shiraishi (UFMA) e da Profa. Dra. Isabella Cristina Lunelli (UFSC), durante os anos 2020 e 2021, e contou com fundamental apoio da Fundação Ford, com a concessão de bolsas de pesquisa por meio de convênio com a PUCPR. A presente publicação é fruto de uma parceria do Observatório de Protocolos Comunitários/Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) e do Instituto Socioambiental (ISA).

⁷ Importa destacar, inicialmente, que se trata exclusivamente de decisões proferidas em segundo grau, de jurisdição da Justiça Federal, relacionadas à competência dos Tribunais Regionais Federais.

Quadro 1 – Composição dos Tribunais por abrangência territorial de jurisdição*

Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)	Seção judiciária Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins
Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2)	Seção judiciária Espírito Santo e Rio de Janeiro
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3)	Seção judiciária Mato Grosso do Sul e São Paulo
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)	Seção judiciária Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina
Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5)	Seção judiciária Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Nacional (Brasil)
Supremo Tribunal Federal (STF)	Nacional (Brasil)
Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)	Antígua e Barbuda, Argentina, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Bahamas, Trinidad e Tobago, Estados Unidos da América, Uruguai, Venezuela. ⁸

* *Elaboração dos autores.*

⁸ São 35 estados independentes das Américas que ratificaram a Carta da OEA e são membros da Organização. Informações disponíveis em: <http://www.oas.org/en/member_states/default.asp>.

Sobre a realização do levantamento em cada tribunal, cabe registrar que não há, entre eles, um mesmo template de página (site) ou um buscador uniformizado de decisões. Ou seja, cada tribunal dispõe de uma determinada e específica ferramenta que possibilita à sociedade ter acesso às decisões judiciais. Da mesma forma, cada tribunal possui critérios próprios para indexar as decisões nas bases de dados pesquisáveis.

No portal do TRF1, o levantamento foi realizado por meio da opção “pesquisa avançada”, onde é possível definir o período temporal das decisões e obter resultados para acórdãos, súmulas, arguições e decisões monocráticas, seja na ementa ou no corpo do texto. Não há, neste portal, detalhamento relativo à indexação das decisões disponíveis à consulta pública.

No caso do TRF2, embora haja caixas de pesquisa no topo de quaisquer das páginas do portal (“pesquisa simples”), também optou-se pela “pesquisa avançada”⁹. Ainda que em ambos os tipos de pesquisa (simples e avançada) se verifique a correlação dos termos na mesma base de dados – composta pela jurisprudência das turmas recursais e da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, na ementa ou no corpo do texto, incluindo sentenças, atos normativos, acervo da biblioteca e do portal do TRF2 –, a opção pela “pesquisa avançada” possibilitou atender um recorte temporal pré-definido, refinando os resultados a partir do filtro “data de decisão”.

No TRF3, o levantamento foi realizado por meio da “busca de jurisprudência no TRF3”, que permite definir o recorte temporal das decisões, e limitar o resultado à indexação realizada pelo Tribunal ou aos termos das ementas dos acórdãos. Ou seja, não há a possibilidade de levantamento de decisões cujos termos de busca não estejam nas ementas. Tal mecanismo não inclui as decisões das turmas recursais e, tampouco, as decisões monocráticas, que foram objeto de levantamento específico. No portal do TRF3 também não há informações relativas à indexação das decisões disponíveis à consulta pública.

No portal do TRF4, a página “pesquisa de jurisprudência”

⁹ Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&cadv=1&culang=&access=p&entqrm=0&cwc=200&cwc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=* &q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF>.

possibilita a busca no inteiro teor das decisões, sem limitação à ementa, incluindo decisões monocráticas e das turmas recursais, com o filtro por data como recurso. Este portal também não apresenta informações sobre a indexação das decisões disponíveis para consulta pública.

O portal do TRF5 possui um sistema de “pesquisa inteligente” chamado JULIA, que também possui o recurso de filtrar por data os resultados da pesquisa. Neste tribunal, os termos escolhidos são buscados apenas no conteúdo da ementa, não estendendo-se ao inteiro teor do acórdão (relatório e voto). Em virtude dessa limitação, considera-se a possibilidade de que decisões relacionadas ao DCLPI não tenham sido recuperadas.

A pesquisa no STJ foi realizada na página “pesquisa de jurisprudência”, no site do respectivo tribunal. O conteúdo desse acervo se restringe à jurisprudência do STJ disponível nas bases de acórdãos, súmulas, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência. A pesquisa avançada no banco de jurisprudência permite a utilização de alguns recursos de configuração como “pesquisa sinônimos” dos termos empregados, assim como “pesquisar plurais”. Esses recursos possibilitaram a análise de uma maior amostra dos resultados.

Já no âmbito do STF a pesquisa foi realizada por meio do portal de pesquisa avançada, incluindo decisões monocráticas, acórdãos, repercussões gerais e súmulas, sem que existam informações precisas relativas à base de dados apta à consulta.

Por fim, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram selecionadas a partir do conhecimento prático de pesquisadoras e pesquisadores. Essa metodologia foi aplicada em função da inexistência de uma ferramenta de busca de decisões no site da Corte IDH, bem como em função dessa Corte ter poucas decisões no tema, que são de conhecimento daquelas pessoas que atuam junto ao sistema interamericano.

Como recorte temporal de todo o levantamento de jurisprudências sobre o direito à consulta livre, prévia e informada, fixou-se, como data inicial, 1º de janeiro de 1988. Mesmo ciente de que a ratificação da Convenção n.º 169 da OIT pelo Estado brasileiro só se deu em 2002 – e seus efeitos sobre a ordem interna nos anos seguintes

–, a definição do início do período da pesquisa buscou priorizar o acompanhamento das decisões a partir do ano em que se promulgou a Constituição Federal vigente, marco de uma nova ordem jurídica.

A data final do recorte foi completada pelo(a) pesquisador(a) com a data da realização da busca, que se deu entre os meses de março e agosto de 2021. Ficaram, com isso, excluídas as decisões ainda não publicadas no Diário da Justiça Eletrônico e/ou não incluídas na base de dados do respectivo Tribunal nesse período.

Para cada banco de dados, houve particularidades na aplicação do critério temporal.

No levantamento de decisões do TRF2, o portal possibilita pesquisas a partir de 1º de janeiro de 1989 – data em que a inclusão das decisões proferidas pelo órgão teve início.

Ainda sobre o TRF2, deve-se levar em consideração que nem todas as informações da base têm inclusão simultânea: a base das “ementas” “é composta por documentos selecionados desde 1989, ano da implantação do Tribunal”; a base “inteiro teor” “é composta pelo texto integral – voto, relatório, ementa e decisão – de todos os julgados, a partir de setembro de 2001”; e a base “decisões” “é composta pelos julgados monocráticos, do relator do processo, a partir de 2002”¹⁰.

Para obtenção dos resultados, foram utilizados diversos termos de busca e, conforme revisões eram realizadas, a lista de termos era ampliada, de maneira a tentar exaurir as chaves de busca potenciais em cada base de dados. De modo geral, pode-se afirmar que, na seleção das decisões, o critério utilizado se baseou em versar a decisão sobre o direito à consulta livre, prévia e informada, ainda que indiretamente. Isto é, não se excluíram as hipóteses de confusão terminológica, por exemplo.

Além do levantamento de decisões nos sites dos tribunais, a critério dos organizadores e organizadoras da obra, algumas decisões marcadas por suas especificidades e contribuições à reflexão foram também incluídas, ainda que não tenham sido levantadas através dos portais eletrônicos dos tribunais¹¹.

¹⁰ Informações disponíveis em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>.

¹¹ Por exemplo, as decisões referentes aos Autos n.º 0005567-61.2014.4.02.5001 (2014.50.01.005567-3), Autos n.º 0007620-17.2013.4.02.0000 (2013.02.01.007620-9) e Autos n.º 0008695-26.2013.4.02.5001.

Quanto à organização das decisões e a forma de apresentação do resultado do levantamento, optou-se por separar as decisões por Tribunal. Assim, cada capítulo corresponde ao conjunto de decisões de determinado Tribunal. Para além das decisões que estão sendo disponibilizadas por meio de QRCode, cada capítulo conta com um texto introdutório, elaborado por especialistas no tema da pesquisa, cujo objetivo é apresentar elementos do contexto em que as decisões foram proferidas.

As decisões estão dispostas por processo, através do número dos autos. Isso porque, num mesmo processo, por vezes, encontrou-se mais de uma decisão correlacionada, e decidiu-se mantê-las, ordenadas por data, a fim de viabilizar um aprofundamento na compreensão dos casos expostos.

As decisões reunidas foram concebidas como parâmetros de produção de discursos com a expectativa de que viabilizem diálogos qualificados a partir de diversas perspectivas socioambientais. Para além dos capítulos com as coleções de decisões, há, ao final, um texto analítico do conjunto de decisões sobre o DCLPI. A proposta do texto é oferecer uma visão geral do direito à consulta livre, prévia e informada face o conteúdo das decisões selecionadas.

3. Resultados

A coleção de decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada reúne, atualmente, o total de 100 casos julgados. Abaixo, o Quadro 2 apresenta a página de pesquisa de cada tribunal, bem como o número de decisões obtidas:

Quadro 2 – Informações sobre as pesquisas em cada tribunal superior*

Tribunal Superior	Página de busca	Número de decisões selecionadas
Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)	https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/	44
Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2)	https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/	05
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3)	http://web.trf3.jus.br/base-textual	07
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)	https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201	19
Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5)	https://www.trf5.jus.br/index.php/jurisprudencia-home	03
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	https://scon.stj.jus.br/SCON/	09
Supremo Tribunal Federal (STF)	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search	08
Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)	Inexistente ¹²	05

*Elaboração dos autores.

Da experiência de se executar uma pesquisa em jurisprudência nos sites dos tribunais, extraem-se algumas considerações sobre os desafios desse tipo de levantamento, a seguir relatadas.

São poucos os tribunais que dispõem de informações descritivas mais detalhadas sobre seu banco de dados, ou mesmo algum material orientativo, de fácil acesso no site, capaz de aprofundar a compreensão das capacidades de operacionalização do próprio sistema de busca¹³. Na prática, isso se traduziu em dificuldades de

¹² Ainda que inexista um buscador de decisões por termos chaves no site da Corte IDH, as decisões podem ser consultadas e descarregadas em suas versões integralmente, por Estado, em : https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt

¹³ Nesse contexto, o material informativo do TRF-2 pode ser considerado uma exceção (ver: Justiça

compreensão sobre as informações dos respectivos bancos de dados e do próprio alcance das pesquisas realizadas, influenciando diretamente os resultados.

À medida que a ausência dessa uniformização e de informações descritivas acerca dos bancos limitam a operacionalização e dificultam a compreensão sobre o alcance das buscas, dela também decorrem questionamentos sobre os critérios adotados pelos tribunais na seleção das decisões incluídas em seus bancos de dados, em matéria socioambiental.

Nesse contexto, muito nos anima algumas iniciativas recentes, como o Relatório de Resultados do Diagnóstico dos Serviços de Jurisprudência no Poder Judiciário¹⁴, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que traz um diagnóstico das limitações atuais das pesquisas em jurisprudência no Brasil. De acordo com esse estudo, a falta de servidores para a área técnica, os processos ainda não digitalizados por completo e a não indexação de decisões mais antigas, assim como a falta de constante aprimoramento dos recursos de pesquisa e uma maior integração entre as bases de dados com os processos judiciais eletrônicos, são apenas alguns dos desafios relatados por aqueles que realizam pesquisas em jurisprudências. Quanto aos sistemas de busca, o documento destaca que o cadastramento manual dos metadados ainda é realizado em pelo menos 70% dos tribunais e que, em 21% deles, não é possível a realização da pesquisa textual no inteiro teor das decisões.

O CNJ assim definiu as frentes prioritárias de atuação: uniformização nacional da pesquisa de jurisprudência; capacitação dos servidores da área de jurisprudência; compartilhamento de conhecimento e soluções tecnológicas; melhoria da interoperabilidade entre Processo Judicial eletrônico (PJe) e sistema de jurisprudência, e adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Federal – TRF2. Portal de Consultas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/wp-content/uploads/sites/38/2017/08/cartilha-portal-de-consultas.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021).

¹⁴ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Comitê de Apoio para Elaboração de Estudos e Pareceres Técnicos sobre a Sistematização do Serviço de Jurisprudência no Poder Judiciário. Relatório de Resultados do Diagnóstico dos Serviços de Jurisprudência no Poder Judiciário. Brasília-DF, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/pesquisa_jurisprudencia_cnj-fev2021.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2022.

Por fim, mesmo reconhecendo essas limitações e seguindo no aprimoramento da coleção de decisões relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada, esperamos contribuir na produção de conhecimento sobre a efetividade desse direito no Estado brasileiro.



Capítulo 2. TRF1

Entender para implementar: Caminhos para uma hermenêutica segura quanto à consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais

Bruno Walter Caporrino
Ewêsh Yawalapiti Waurá
José Heder Benatti
Felício Pontes Júnior

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1).

Link de acesso: <https://isa.to/3YDSxJK>



1. Introdução

Atualmente, o Estado brasileiro vem recebendo com cada vez mais frequência pleitos dos povos indígenas e tradicionais, mormente pelas vias do Poder Judiciário, em favor do respeito a seus direitos. Assim, tem sido cada vez mais comum que o Judiciário se depare com questões atinentes ao respeito aos direitos que esses povos encontram amparados no ordenamento jurídico atual. Um desses direitos, em especial, tem ocupado varas e cortes: o direito a serem consultados pelo Estado de maneira prévia.

Como veremos, é de diversidade que estamos a falar quando versamos sobre a matéria. Somente os povos indígenas contribuem com mais de 250 sociedades diferentes performando o corpo de cidadãos a que o Judiciário deve atender: comunidades quilombolas, ribeirinhos, extrativistas, ciganos, quebradeiras de coco de babaçu e uma vasta gama de sociedades diversas encontram-se em processos a que têm se dedicado os operadores do direito atualmente, cada um diverso entre si e todos socioculturalmente diferentes da sociedade hegemônica.

Diante disso, torna-se emergente a questão: quais são as bases para a hermenêutica que inevitavelmente deve realizar o Estado em sua lide com esses segmentos sociais tão variados? Em outras palavras: sobre quais pressupostos têm se alicerçado decisões, sentenças e despachos do Judiciário? Esse questionamento deriva em outros dois, subsidiários: em primeiro lugar, diante da diversidade estrutural e estruturante dessas sociedades, como tem operado o Judiciário na aplicação da Lei que, por definição, deve ser universal? Tem conseguido o Estado brasileiro respeitar o direito essencial desses povos a seu devir histórico, enquanto coletividades socioculturalmente, diversas por meio da norma?

Em segundo lugar, é importante nos perguntarmos: a vasta gama de variedades sociopolíticas dos diferentes povos e comunidades tradicionais é assegurada mediante uma aplicação simples e direta de dispositivos legais estritamente voltados ao tema? É dizer: seria a mera e mecânica aplicação de artigos específicos de

leis específicas suficiente para respeitar esses povos e comunidades, ou seria necessário colimar essas normas e fazer, delas, uma leitura holística que seja lastreada nas razões de ser desses direitos? Se não for bastante a mera aplicação de dispositivos específicos de forma isolada, no caso a caso, quais seriam, portanto, as bases epistemológicas para uma hermenêutica segura que possibilite uma leitura-base holística aplicável ao caso a caso, liberando o Judiciário de um “tatear metafísico” (Kant, 1996), e engendrar, mais do que aplicação segura das leis, o respeito à verdade desses povos?

Para responder a essas questões, que emanam da conformação das medidas envidadas pelo Judiciário aqui apresentadas, é importante darmos alguns passos atrás e, buscando as razões de ser epistemológicas do direito à consulta prévia, ofertar à sociedade brasileira e ao Estado um corpo sólido sobre o qual assentar a hermenêutica essencial à lide com a matéria.

2. Do Direito como instrumento de genocídio e etnocídio à sua assunção como protetor do direito à diferença

O dia 05 de outubro de 1988 constitui um marco na história do Brasil: com a promulgação da Constituição Federal, alcu-nhada como Constituição Cidadã, diversos paradigmas foram, ao menos formalmente, abandonados e um novo projeto de país passou a ser lastreado, finalmente, num Direito que assegura direitos, mais do que poder (Carvalho, 2018).

Inscritos nas cláusulas pétreas do diploma constitucional, encontram-se os princípios, objetivos e fundamentos de um Estado democrático de direito, alicerçado desde sua pedra fundamental na cidadania, reforçada pela igualdade e pelo pluralismo. Lançadas, assim, as bases para uma democracia centrada na participação cidadã, enraízam-se na razão de ser do Estado brasileiro o pluralismo e a igualdade que, combinados, obrigam à isonomia.

Para os povos indígenas, por exemplo, a data representa uma

guinada histórica no relacionamento com os não índios. Desde as invasões europeias às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, sua humanidade foi questionada e povos indígenas foram escravizados na primeira etapa do processo colonial: o Estado, amparado por leis que legitimaram essa empresa, consistia em um agente cuja razão de ser parecia residir, justamente, na aniquilação desses povos.

Os povos originários e as comunidades tradicionais nunca tiveram participação efetiva nas tomadas de decisão das ações que os Estados muitas vezes executam, principalmente no que diz respeito às decisões administrativas e alterações legislativas que tenham impactos diretos em seus territórios e, conseqüentemente, em seus modos de vida.

A região hoje denominada de América Latina, desde os primórdios da colonização, jamais assegurou aos povos originários quaisquer direitos que possibilitassem as suas participações nas políticas dos Estados, principalmente no que diz respeito aos direitos territoriais. Ao invés disso, foram reprimidos, excluídos, invisibilizados, escravizados e torturados, sequer eram sujeitos de direitos, nem eram considerados humanos, mas tratados e vistos como objetos ou coisas, animais e, portanto, sem alma. Isso tem se arrastado por longos anos até os dias atuais.

Os regimes que vigoraram outrora, até a redemocratização dos países latino-americanos e, no Brasil, até o final dos anos 1980, eram políticas integracionistas ou assimilacionistas, que impunham aos povos indígenas a integração forçada, sem ao menos levar em conta suas diferenças culturais. A ideia era levar os povos indígenas a se integrarem totalmente à sociedade nacional ou simplesmente levá-los à extinção.

Mesmo quando a humanidade dos povos indígenas foi finalmente reconhecida pelos colonizadores e, com o advento do diretório pombalino, segundo Marta Amoroso (2003), o Estado passou a reconhecê-los como gentios (gente, porém selvagem, incivilizada e, portanto, destinada a um projeto colonial ainda muito duro) e envidar esforços para “protegê-los”, sua situação no seio do arcabouço legal continuou assimétrica e desfavorável (Cunha, 2018).

É importante ter sempre claro que reduções e descimentos marcaram o contato do Estado brasileiro com essas sociedades: expedições cuja finalidade era promover a centralização de sua ocupação para exercer controle sobre eles e domínio sobre seus territórios passaram a marcar, na virada do século XVII para o XVIII, o relacionamento do Brasil para com essas sociedades.

Se o genocídio foi prática corrente durante a primeira fase do projeto colonial, quando passou a ser, se não ilegal, pelo menos não mais uma política de Estado, as violências contra esses povos não cessaram, infelizmente. Sob o argumento de que estava a protegê-los, nessa virada de séculos, o Estado passou a tomar o etnocídio como política no modo de lidar com os povos indígenas. Segundo Pierre Clastres:

O etnocídio é a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito [...]. O etnocida, em contrapartida, admite a relatividade do mal na diferença: os outros são maus, mas pode-se melhorá-los obrigando-os a se transformar até que se tornem, se possível, idênticos ao modelo que lhes é proposto, que lhes é imposto. (Clastres, 2004, p. 83).

Existir enquanto povos indígenas foi, até 1988, legalmente impossível: o projeto colonial que ganhou formas diversas ao longo do tempo, como vemos, muito tardiamente abandonou o paradigma assimilacionista que visava, justamente, que deixassem de ser o que são, que abandonassem seus modos de vida e relacionamentos, língua, conhecimentos e práticas: etnocídio.

Aos que pensam se tratar de um exagero lembrar que o Estado brasileiro considerou não só algo legal como obrigatório a caça e extermínio dos povos indígenas, basta aludirmos ao trágico exemplo dos Autos da Devassa: baseadas na visão de que, “incivilizáveis”, os Mura, no atual Estado do Amazonas, por exemplo, deveriam ser tomados como um perigo ao projeto colonial e, por-

tanto, dizimados, essas disposições estatais demonstram bem a gravidade das modalidades já adotadas pelo Estado, por meio das leis, para relacionar-se com os povos indígenas (cf. Amoroso, 2009).

Como vemos, o genocídio já foi política pública: em outras palavras, do ponto de vista dos povos indígenas, o Estado e suas leis já consistiram, e por muito tempo, em sua aniquilação pelos corpos. Mas, como mencionado, mudanças ocorreram no paradigma, que passou a focar-se em protegê-los, e não mais caçá-los e exterminá-los. Mas, a grande questão que devemos fazer é: protegê-los do quê ou, melhor, de quem?

A princípio, na virada do século XIX para o XX, quando se instaura o paradigma assimilacionista da tutela, conforme aponta Santos (2017), o argumento era de que seria necessária uma ação estatal que protegesse os indivíduos indígenas dos abusos e violações que o próprio Estado perpetrara. Mas, observando-se esse processo mais detidamente, constata-se que, como tal empreitada era ainda marcada por sua assimilação à “comunhão nacional” e, portanto, sua “civilização”, as disposições legais e estatais estavam voltadas a proteger os indígenas de si mesmos, ou seja, a evitar que pudessem continuar sendo indígenas, vivendo livremente seus regimes de conhecimentos e relações, culturas, organização social, línguas etc., como aponta Caporrino (2019).

O marco desse movimento verificado na agência estatal encontra-se na instituição do Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Rurais (SPI/ILR). Mais do que protegê-los de agências coloniais (garimpeiros, madeireiros, gateiros etc.) que praticavam genocídio, a função dessa agência estatal era localizá-los e aldeá-los, oferecendo-lhes minúsculas terras protegidas apenas com o intuito de coibir sua aniquilação pelos corpos (genocídio), mas, ao mesmo tempo, fomentar e incentivar sua aniquilação pelas almas (etnocídio).

Passou-se, portanto, do genocídio ao etnocídio como política de Estado: enquanto aos povos indígenas, a quem a precária proteção territorial era ofertada, ficou vedada a realização de seus movimentos de ocupação e dispersão pelo território, e ficaram parcialmente cindidas suas redes de relações, seus regimes episte-

mológicos e sociopolíticos eram massivamente atacados por uma agenda marcada por sua conversão em cidadãos brasileiros, a fim de promover sua “integração à comunhão nacional”, como salienta Manuela Carneiro da Cunha (2012).

“Integrar para não entregar” passou a ser a nova divisa da agência colonial moderna, criando a dependência de meios de vida, tecnologias, modos de produção e insumos, enaltecida pela dependência a minúsculas terras demarcadas, dispersas e desconectadas, que impediam grandes expedições de caça, pesca, deslocamento, abertura de roçados e separando famílias extensas, rompendo cadeias de parentesco, centralizando a posse da terra e exercendo controle sobre esses povos pelo controle territorial, instituindo papéis de chefia inexistentes a fim de instaurar assimetria nas relações e, assim, “civilizá-los”, ou seja, submetê-los (Caporrino, 2019, 2021a, 2021b).

Quando passaram a figurar no Direito como titulares de direitos, os povos indígenas foram tomados como incapazes e, portanto, inimputáveis, até que seu processo de civilização – ou seja, de abandono das próprias feições constitutivas de sua humanidade – fosse concluído (Cunha, 2012).

Esse projeto perdurou durante o brutal regime ditatorial imposto pelo governo militar, período em que o mote “integrar a Amazônia para não a entregar” foi empregado como justificativa para massacres e iniquidades. Isso encontra reflexo na Lei n.º 6.001/1973, conhecida como “Estatuto do índio”, e que reza, por exemplo, em seu art. 7º que: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito [sic] ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.

Integrar, assimilar, incorporar e adaptar são os verbos que norteiam o relacionamento formal das sociedades não indígenas com essas populações, inclusive no ordenamento jurídico, marcado, nesse período, pela tutela como absoluta agressão à sua autodeterminação e seu autogoverno: sua diferença sociocultural e sociopolítica, da qual buscava-se “protegê-los”, era usada como argumento para o esvaziamento de qualquer poder político que pudessem ter para decidir o que deles se faria.

As execuções das ações dessa política eram horrorosamente desumanas, principalmente no período da ditadura civil-militar, época em que os povos indígenas foram cruelmente dizimados por envenenamento, armas de fogo, gripe e remoções forçadas, com ajuda, inclusive, dos órgãos especializados para tratar dos assuntos indígenas, como o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores da Nação (SPILTN), instituído nos anos 1910 e substituído pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) em 1967, em vigência até hoje. Esses atos foram documentalmente comprovados pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), criada em 2012 e concluída em 2014 (Brasil. Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 221).

Em face desse sistema político integracionista, colonialista, excludente, discriminatório e, sobretudo, totalitário, surgiram alguns movimentos indígenas, ainda que de maneira tímida, por meio de suas instituições e organizações, e apoio de algumas organizações não governamentais (ONGs). Os próprios indígenas começaram a reivindicar e lutar pelos seus interesses e direitos, o que culminou na aprovação de alguns dispositivos específicos e no reconhecimento constitucional de alguns direitos pertinentes, contudo, ainda com viés integracionista, até a promulgação da atual Constituição, de 1988.

Exemplo disso é o já mencionado Estatuto do índio (Lei n.º 6.001, de 1973), criado durante a ditadura militar, uma norma específica para os povos indígenas, mas com conteúdo extremamente preconceituoso, integracionista e paternalista, utilizando o termo “silvícola”, equiparando os indígenas a selvagens e, portanto, não civilizados. As constituições anteriores também adotavam o referido termo, equivocadamente, para se referirem aos povos originários.

É por isso que a promulgação da atual Constituição Federal significa uma guinada na história do Brasil e dos povos indígenas. Acolhidos pela primeira vez na história como cidadãos, os povos indígenas foram reconhecidos como povos e, além disso, povos socioculturalmente diferenciados. Longe de tutelá-los em função de sua diferença sociocultural e política, a Constituição de 1988 os protege em seu direito a usufruir plenamente de todos os direitos que cabem aos cidadãos, sem terem que, para tal, abdicar dessa diferença.

Participação cidadã, pluralismo político e igualdade, somados, engendram no seio do direito constitucional brasileiro a imprescindível isonomia: condições diferenciadas passam a ser, obrigatoriamente, ofertadas aos diversos para que acessem direitos universais, iguais, justamente por meio do exercício de sua diversidade.

O famoso art. 231 do diploma constitucional reconhece-lhes, finalmente, o direito ao usufruto pleno de todos os fatores constitutivos de sua identidade étnica, enquanto o art. 232 finalmente lhes reconhece, depois de cinco séculos de genocídio e etnocídio como políticas de Estado, o direito a litigar, enquanto coletividades, sociedades, povos que são, em prol de seus direitos: suas instituições deliberativas e representativas passam a ser finalmente reconhecidas e sua organização social, enfim, legalmente protegida.

Quase concomitantemente ao advento da Constituição Cidadã, que se insere em um movimento constitucional latino-americano marcado pela urgente abertura ao pluralismo e à jusdiversidade, conforme demonstra Ricardo Verdum (2009), verifica-se, em 1989, a promulgação da Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Assim como no Brasil, o processo que a engendrou foi marcado por disputas em torno do direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais à sua cidadania enquanto diversos: socioculturalmente e politicamente diferentes. Longo foi o caminho que levou a OIT a reformular a Convenção n.º 107, datada de 1957, e abandonar o forte caráter assimilacionista que este primeiro tratado carregava: a preocupação inicial da OIT com as condições de trabalho da mão de obra nativa de certa forma endossava, como fica evidente em alguns artigos do tratado, sua inevitável assimilação às sociedades hegemônicas (Caporrino, 2021a).

Foi justamente contra esse assimilacionismo e contra o caráter tutelar da Convenção n.º 107 que povos indígenas e tradicionais passaram a demandar, com cada vez mais afinco, junto à OIT, um tratado que finalmente lhes reconhecesse como direito-pilar o direito a existirem enquanto povos socioculturalmente diferenciados (Lasmar, 2016).

Nascendo em 1989, a Convenção n.º 169 da OIT se centra

no direito dessas sociedades a persistirem como tais, sendo possível dizer que se estrutura como um tratado contra o etnocídio (Caporrino, 2019) ao obrigar os Estados signatários a respeitar sua organização social, suas feições socioculturais e regimes de conhecimentos. Mesmo que formalmente não o mencione, é do direito à autodeterminação desses povos que trata a Convenção em seu teor, na somatória dos direitos que assegura, direito esse que fica salvaguardado, por exemplo, pelo instrumento da consulta prévia, como lemos no art. 6º:

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 [sic] e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

O direito a serem consultados por meio de suas próprias instituições representativas, por eles mesmos legitimadas – e não mais pelo Estado – e tomar decisões de acordo com seus próprios regimes sociopolíticos, em função de seus próprios regimes de conhecimentos, sobre toda e qualquer proposta que possa vir a

afetá-los, é finalmente amparado em tratado internacional que ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com estatuto especial: supralegal, a Convenção equipara-se à Constituição Federal¹.

A Convenção n.º 169 da OIT é resultado dos movimentos e lutas dos povos indígenas e tradicionais ao longo dos anos, que coaduna com algumas constituições dos países latino-americanos, inclusive a do Brasil. Inovou de vez o direito de participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais nas tomadas de decisão das ações dos Estados, assegurando, assim, o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado diante das alterações legislativas ou medidas administrativas que possam afetar diretamente seus modos de vida. Todavia, a maioria dos Estados latino-americanos, não fazia ou não faz valer a Convenção, o que tem gerado ingerência judicial para efetivação de tais direitos.

Hodiernamente, a Convenção n.º 169 é o principal instrumento que assegura aos povos indígenas e comunidades tradicionais a participação efetiva na política do Estado, com o qual podem, de fato, na seara administrativa, fazer parte da decisão – como, por exemplo, no caso de empreendimentos do governo, seja na esfera federal, sejam nas estaduais e municipais. No campo legislativo, a realização de consulta tem sido, talvez, mais difícil por conta da complexidade de a lei ser abrangente a todos povos indígenas e comunidades tradicionais, em outras palavras, a alteração legislativa vale para a população inteira, enquanto medidas administrativas podem, em alguns casos, valer apenas para determinada comunidade indígena ou comunidades tradicionais.

Esses direitos foram ainda mais fortalecidos quando, em 2007, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas e, em 2016, a Organização dos Estados Americanos (OEA), também lançou sua declaração sobre os direitos dos povos indígenas. Membro dos dois sistemas, o Brasil ganhou, com isso, mais um poderoso corpo normativo no trato com os povos indígenas.

¹ Sobre essa discussão, ver a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que atribuiu superioridade jurídica aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, às referidas convenções, qualificação constitucional (Brasil. Superior Tribunal Federal, 2009).

Ambas as Declarações se assentam nos direitos à autodeterminação e ao autogoverno: todos os seus dispositivos convergem para a proteção, respeito e fortalecimento da organização social, dos regimes sociopolíticos, dos regimes de conhecimentos, das práticas culturais e dos territórios dessas sociedades. Sua cidadania passa também a ser obrigatoriamente diferenciada: para protegê-los em seu direito à diferença, esses tratados estabelecem obrigações a serem cumpridas pelos Estados para assegurar que esses povos participem das decisões a fim de avaliar, por si mesmos, segundo sua própria autodeterminação, se medidas administrativas, legislativas ou projetos os afetam ou não em sua essência sociocultural.

Assim, tanto a Convenção n.º 169 da OIT quanto as Declarações da ONU e da OEA obrigam o Estado brasileiro a realizar a consulta prévia junto a esses povos a fim de possibilitar-lhes, no exercício de sua autodeterminação, participar de maneira diferenciada dos processos de tomada de decisão, salvaguardando sua existência enquanto sociedades diferenciadas.

Como se vê, a consulta prévia consiste em um direito humano fundamental cuja função normativa e epistemológica é assegurar aos diversos povos e comunidades seu direito essencial à diferença: somente por meio da participação diferenciada desses povos nos processos de tomada de decisões sobre medidas que têm potencial de afetá-los justamente em seu direito a persistir existindo socialmente, esse direito é garantido (Caporrino, 2021a).

3. Do direito universal à particularidade: pressupostos para uma hermenêutica segura quanto à consulta prévia

Como mencionado, a consulta prévia se relaciona diretamente com os princípios e fundamentos do Estado democrático de direito, assegurados nas cláusulas pétreas da Constituição, uma vez que, sem pluralismo e, portanto, diversidade, não há democracia, e, da mesma maneira, sem que condições diferenciadas

sejam ofertadas aos diferentes para que acessem, em condição de igualdade, direitos universais, não há democracia. Outrossim, sem participação cidadã diferenciada, os diversos segmentos da sociedade não conseguem contribuir com sua quota-parte no processo democrático e influenciar políticas públicas para frear seu potencial etnocida (Caporrino, 2019).

Portanto, como demonstrado, a Convenção n.º 169 da OIT e as Declarações da ONU e da OEA asseguram aos povos indígenas e tradicionais o direito à participação nos processos de tomada de decisão de maneira diferenciada justamente para que possam decidir, segundo seus próprios regimes de conhecimentos e de relações – e não os das sociedades hegemônicas – se medidas os afetam ou não, e isso tem uma razão muito especial: defender sua autodeterminação e seu autogoverno para que possam justamente realizar-se enquanto sociedades diferentes.

Essas devem ser, pois, as principais premissas para uma adequada hermenêutica referente à consulta prévia. E, para aprimorá-la, preme salientar ainda algumas premissas anteriores, porque mais profundas, sem as quais tal hermenêutica perde sua razão: em primeiro lugar, é absolutamente imprescindível reconhecer que povos indígenas e comunidades tradicionais são radicalmente diferentes da sociedade hegemônica.

Sua organização social (sistemas de parentesco e, portanto, modos de casar, habitar, partilhar saberes e bens), seus regimes de conhecimentos (suas cosmologias e cosmovisões, seus saberes e práticas) e seus regimes sociopolíticos (suas instituições sociais e políticas, suas modalidades de tomada de decisão, realização de trocas e chefia) são tão radicalmente diversos da sociedade hegemônica quanto suas línguas, práticas rituais, pinturas corporais e vestimentas – aspectos mais aparentes de sua diferença e que, devido à sua evidência, acabam sendo equivocadamente tomados como as únicas diferenças que manifestariam.

É como se os membros da sociedade hegemônica reconhecessem sua diferença apenas naquilo que é mais aparente e salta aos olhos: línguas, pinturas corporais, traços fenotípicos e vestimentas, por exemplo, acabam sendo tomados como as únicas

diferenças, resultando disso um perigoso pressuposto silente de que, diferentes na aparência, seriam iguais aos habitantes das grandes cidades em sua essência. Usariam pinturas e vestes diferentes, falariam línguas diferentes, mas, no fundo, seriam social, epistemológica e politicamente idênticos aos demais componentes da sociedade hegemônica. A isso, convém chamar de “armadilha epistemocida” (Caporrino, 2019).

Esse equívoco é perigoso e prejudica uma hermenêutica segura porque, em verdade, o que está em questão é seu direito a continuar existindo enquanto diferente, e essas diferenças são muito mais profundas e estruturais do que as diferenças superficiais da aparência. Assim, é imprescindível tomar como pressuposto de saída o reconhecimento de que suas diferenças são estruturais: que seus corpos, que a produção social da pessoa, do tempo e do espaço, que seus regimes de conhecimentos e relações são radicalmente diferentes dos demais.

Somente mediante o reconhecimento da profundidade dessa distinção, seu direito à diferença poderá ser respeitado e, portanto, somente com base nisso se pode ler o que determinam os tratados internacionais aqui mencionados, na lide com o caso a caso. Isso implica reconhecer legalmente seus regimes de conhecimentos como tão sérios e respeitáveis como o regime de conhecimento científico ocidental moderno; implica reconhecer seus regimes sociopolíticos tão políticos e institucionais quanto nosso sistema judicial e representativo, por exemplo.

A luta desses povos é pelo respeito aos direitos territoriais e suas diferenças culturais. Nesse sentido, defende o professor Carlos Marés:

A obrigação da consulta deriva da necessidade de os Estados nacionais preservarem os direitos dos povos — ou, dito de forma inversa, a incolumidade dos direitos dos povos tradicionais gera aos Estados a obrigação de consultar. É claro que a consulta deve ser feita pelas instituições representativas de cada povo. É neste exato ponto de inflexão que reside a possibilidade do rompimento com as práticas de subordinação

ou das instituições representativas. (SOUZA FILHO, 2019, p. 30-31).

Pelas instituições representativas, entende-se que as comunidades indígenas devem ser consultadas por meio de suas próprias instituições tradicionais ou locais, pois são elas as melhores a dizerem se concordam ou não com determinada decisão política dos governos. Assim, qualquer outra entidade de fora da comunidade não terá legitimidade para representá-los, a exemplo da FUNAI – ainda que seja um órgão indigenista legítimo e fundamental do Ministério da Justiça, ela é parte do corpo governamental e, desse modo, não tem legitimidade em responder por eles, no caso específico de consulta, sobretudo.

Vale lembrar que a forma de estabelecer hierarquia e representação de cada povo é diferente entre si e muito diferente das sociedades ocidentais, organizadas em Estados cuja representatividade é central, e não há comparação possível com as organizações indígenas (Glass, 2019). O Estado brasileiro tem se aproveitado da falta de uma estrutura centralizada de representação desses povos para não realizar consultas, reiterando a premissa da falta – “sem lei nem rei”, rezavam os Autos da Devassa.

A Convenção n.º 169 da OIT trouxe ao plano nacional e internacional dos direitos humanos o respeito à diversidade étnico-cultural dos povos indígenas e comunidades tradicionais, reconhecendo que esses grupos sociais devem decidir quais são suas prioridades em matéria de desenvolvimento e que têm o direito de se manifestar sobre os planos e programas governamentais que os afetam.

O segundo pressuposto essencial e estrutural sobre o qual hermenêutica deve se alicerçar é o de que esses povos e comunidades possuem uma abertura à alteridade que é fundante epistemológica e politicamente de si mesmos, como enaltece Eduardo V. de Castro (2017). Isso implica, como a história demonstra por meio de, infelizmente, inúmeros casos, sua prontidão a adequar-se aos termos políticos e epistemológicos que a sociedade hegemônica lhes impõe, e o problema está justamente na assimetria desse relacionamento: à sua plasticidade opõe-se a opacidade do regime

sociopolítico e de conhecimentos ocidental moderno, o que, somando-se aos cinco séculos de agência colonial, resulta fatalmente em etnocídio (Clastres, 2004).

Portanto, para uma adequada interpretação dos tratados mencionados, é fundamental incorporar essas premissas. Feito isso, será seguro e inequivocamente lógico ater-se ao fato de que a consulta prévia consiste em um processo político, muito mais que meramente administrativo e legal, por meio do qual, a esses povos e comunidades socioculturalmente diferenciados, é ofertado o direito a participar, enquanto povos, coletivamente, de processos de tomada de decisão, a fim de continuar assegurando condições para que existam em seu devir histórico enquanto diferentes (Caporrino, 2019).

Sintetizadas as premissas, é possível apresentar dois corolários que operam como alicerces para a adequada aplicação da norma no respeito a esses direitos. Face aos direitos à autodeterminação e ao autogoverno que constituem os pilares desse arcabouço, é imprescindível ter sempre em mente que somente esses povos e comunidades podem determinar como desejam se organizar para participar dos processos de consulta prévia. Ou seja, sendo o objetivo desses processos facultar a esses povos a realização de seus próprios regimes sociopolíticos e epistemológicos, somente eles podem determinar como esses processos devem acontecer.

Previendo isso, a própria Convenção n.º 169 da OIT e as Declarações da ONU e da OEA estabeleceram que esses povos e comunidades devem ser consultados segundo instrumentos próprios: afinal, quem mais, senão eles mesmos, poderia determinar quem toma decisões, em que língua devem ser realizadas as reuniões, quem os representa, quem deve ser consultado, quem deve e não estar em qual etapa ou momento, etc.

Chegamos, pois, a um corolário extraído dos próprios tratados em sua somatória: os instrumentos próprios, realizados por esses próprios povos e comunidades de maneira autônoma, ou seja, os Protocolos de Consulta e Consentimento, devem ser tomados como condição *sine qua non* para todo e qualquer processo de consulta prévia.

Diante dessa exposição sintética das premissas e de corolários

axiomáticos, pode-se passar a alguns corolários subsidiários, fundantes de uma hermenêutica segura.

4. Somente os povos indígenas e tradicionais podem determinar o que os afeta ou não

Com base no exposto, é possível avançarmos para o próximo corolário sobre a consulta prévia, que deve ser tomado como um processo por meio do qual se assegura em primeira e última instância o direito desses povos e comunidades a continuarem existindo segundo seus próprios modos de conhecer, se organizar social e politicamente, e tomar decisões, considerando, como demonstrado, sua diferença muito mais radical e profunda do que se costuma imaginar. Baseando-se no teor dos tratados mencionados, somente esses povos e comunidades podem determinar se uma medida legislativa (projeto de lei), uma medida administrativa (programa ou política de governo) ou um projeto (obra de infraestrutura, mineral etc.) pode afetá-los ou não. Somente eles, e ninguém mais.

Assim, quando o Estado toma para si a decisão sobre o que afeta ou não povos indígenas e comunidades tradicionais está violando os tratados internacionais mencionados e a Constituição Federal, além, é claro, de todos os regimes de conhecimentos e sociopolíticos dessas sociedades.

O objetivo da consulta prévia, como se extrai do teor do ordenamento, é facultar-lhes condições para que eles mesmos avaliem, segundo os seus – e de mais ninguém – regimes de conhecimentos, se uma proposta os afeta ou não (Caporrino, 2019).

Disso decorre que somente esses povos e comunidades podem determinar em que base epistemológica devem ser inventariados os impactos à sua diferença: assim, todo e qualquer estudo cuja finalidade seja avaliar impactos de uma proposta deve, forçosamente, ser conduzido em diálogo e negociação com esses povos e comunidades para que eles possam determinar condições episte-

mológicas para sua realização, caso contrário, incorre-se em etnocídio e epistemocídio (Caporrino, 2019).

5. O objetivo da consulta é obter o consentimento

Conforme determinam a Convenção n.º 169 da OIT e as convenções e declarações da ONU e da OEA, o dever de consultar é absolutamente repercutido na obrigação inquestionável de levar em consideração que a consulta não é meramente um ritual administrativo, é um direito que tem por finalidade permitir aos povos e comunidades tradicionais averiguar por si mesmos, coletivamente, se uma proposta os afeta, chegar a consensos quanto a isso e ofertar contrapropostas para, ao cabo do processo, decidirem se aceitam ou refutam a proposta submetida à consulta e em que condições.

Assim, o objetivo do processo de consulta é estabelecer negociações respeitadas por meio das quais os povos indígenas e tradicionais possam ofertar, ao final, seu consentimento. Mais do que um episódio isolado e único, deve ser entendido como um processo que se pauta por diversas idas e vindas da proposta até que, acolhendo críticas, condições e sugestões dos povos indígenas e tradicionais, obtenha-se o seu consentimento. A proposta inicialmente submetida à consulta pode ser modificada, incorporando as demandas desses povos em prol do respeito a seus regimes de conhecimentos, e deve ser novamente submetida à consulta.

É, portanto, absolutamente equivocado questionar o caráter vinculante da consulta. Há correntes que argumentam que a obrigação de realizá-la é clara nos tratados mas não a obrigação de levar em consideração a resposta dos consultados, o que, só de ser enunciado, já revela crassa interpretação e absoluta falta de lógica, ou mesmo eventual má-fé, evidenciada pelo simples questionamento: por qual motivo OIT, ONU e OEA performariam tratados nos quais obrigam os Estados a realizar uma consulta

sem tornarem obrigatório respeitar a resposta dada a ela? Usando um exemplo do senso comum, é como se fosse uma condição legal para um casamento se realizar que o rapaz pedisse a moça em casamento, mas não fosse legalmente obrigatório respeitar a resposta da moça em questão, caso ela seja negativa.

Há que se ter clareza, em todo caso que se apresente, das razões pelas quais o dispositivo da consulta foi amparado por esse arcabouço jurídico para se compreender que seu objetivo é negociar consentimentos a propostas que, submetidas a processos de consulta, são inquestionavelmente aperfeiçoadas porque minuciosamente modificadas com intensa e ampla participação. A consulta não consiste num mero rito administrativo por meio do qual se cumpriria um checklist de itens: trata-se de um processo político com o qual se constrói entendimentos e aperfeiçoa propostas, respeitando-se jurídica, política e epistemologicamente a diferença (Caporrino, 2019).

6. Momento de realização da consulta

O momento de realização da consulta prévia é outro ponto que exige compreensão, uma vez que tem gerado bastante confusão entre os tomadores de decisão. O que se tem verificado na prática é que o processo de consulta prévia acontece durante a fase de licenciamento ambiental: pula-se a etapa de planejamento, esquece-se que, nesta fase, há ciclos a serem seguidos, decisões importantes são tomadas e os povos indígenas simplesmente não são consultados, o que torna o processo radicalmente ilegítimo.

Para evitar isso é fundamental que se realize a consulta prévia na concepção do projeto e, assim, povos indígenas e comunidades tradicionais tenham, de fato, uma participação efetiva no processo de tomada de decisão. É na fase de planejamento que se verifica a viabilidade econômica, social, ambiental e cultural do projeto, e o licenciamento só pode advir depois de obtido, por meios legíti-

mos, o consentimento – se obtido. Assim, iniciativas polêmicas e negativamente impactantes nos territórios tradicionais podem ser evitadas se os atingidos forem ouvidos.

Na fase de implementação e operação novas consultas devem ser realizadas pois, nela, acontece também a avaliação da efetividade das medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos da proposta. É importante que o Poder Público se atente para a realização da consulta aos povos indígenas e comunidades tradicionais, sob pena de judicialização do caso devido à ilegalidade do processo.

Dessa forma, “a consulta deve ser realizada nas primeiras etapas de elaboração ou planejamento do projeto ou medida de modo que os povos indígenas possam verdadeiramente participar e influir na adoção das decisões” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 118, §§ 302 e 303² *apud* Yamada et al., 2019, p. 51).

Obviamente, o descumprimento da realização de consulta ainda na fase de planejamento ou concepção do projeto tem inquietado os povos interessados, que reclamam perante o Judiciário em ações conjuntas, por meio de suas próprias organizações indígenas, parceiros (ONGs) e Ministério Público Federal (MPF).

Esse entendimento, emanado da interseção dos referidos tratados, é endossado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre a qual seguem algumas considerações.

7. Jurisprudência da Corte IDH: critérios e parâmetros para consulta prévia

Promulgando disposições gerais sobre os novos paradigmas a serem adotados pelos Estados na lide com povos indígenas e comunidades tradicionais que os compõem, os tratados são revitalizados quando aplicados a casos concretos: por seu caráter genérico – cuja função é salvaguardar as especificidades de cada

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA, 2010. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.) Disponível em: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>.

caso e gozar de validade universal –, eles precisam ser interpretados no julgamento de cada situação e essa leitura, por tribunal internacional, gera marcos normativos jurisprudenciais.

A principal corte internacional promotora de jurisprudência na matéria é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que, em seus julgamentos, consolidou o paradigma atual, em consonância à hermenêutica acima apresentada. Essencial é o entendimento de que os julgados pela Corte conformam uma síntese jurisprudencial que demarcou a figura jurídica de consulta como mundialmente reconhecida, ou seja, prévia, livre, informada, de boa-fé e culturalmente adequada.

Até que esses julgados da Corte fossem propalados, os muitos e correlatos dispositivos assegurados pelos três tratados (a Convenção n.º 169 da OIT, as Declarações da ONU e da OEA) eram tomados de maneira muitas vezes desconexa e esparsa, de modo que a jurisprudência da Corte IDH performa uma base segura em seus julgamentos. Segundo Rodrigo Magalhães de Oliveira, os julgados mais importantes da Corte relacionados a temática são:

Os casos *Saramaka vs. Suriname* (Corte IDH, 2007), *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (Corte IDH, 2012), *Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras* (Corte IDH, 2015a), *Kaliñ Lokono vs. Suriname* (Corte IDH, 2015b), nos quais o órgão abordou o direito à consulta de maneira aprofundada. Se, inicialmente, a consulta tinha caráter de procedimento – ou seja, uma etapa a ser cumprida antes da adoção das medidas –, o avanço legislativo e jurisprudencial a tem constituído como direito autônomo, com princípios, estandartes, diretrizes e características próprias. Daí a consolidação da expressão direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) (Oliveira, 2016: 16).

Com base nesse levantamento realizado por Oliveira (2016), é possível concluir que as sentenças da Corte performaram o entendimento acerca da consulta como: a) prévia ao desenho de qualquer proposta; b) livre de ameaças, coação ou chantagem e da

interferência nos processos decisórios coletivos internos dos povos em tela; c) informada em um nível profundo, que inclui processos formativos, material didático e traduções para os idiomas nativos; d) de boa-fé, sem que Estados ou empreendedores omitam informações que, caso os grupos consultados conhecessem, os predisporiam a negar a realização da proposta e, por fim, e) culturalmente adequada, implicando no respeito às modalidades tradicionais de tomada de decisão, quaisquer que sejam elas.

As decisões da Corte estabelecem, assim, um marco zero jurisprudencial inquestionável sobre o qual alicerçar com segurança e legitimidade a hermenêutica: por meio das sentenças decretadas com base no inteiro teor nos três tratados somados e correlacionados – mais do que em meros recortes de trechos ou dispositivos específicos –, tal jurisprudência serve para que se considere transversalmente presentes em todos eles cada um desses elementos mínimos e imprescindíveis da consulta prévia.

Assim, com o advento desta jurisprudência internacional, consolida-se o instrumento da consulta com todos seus critérios: livre de ameaças, coação ou chantagem, ela deve ocorrer antes mesmo que o projeto ou medida seja definitivamente formatado, além de ser permeada por informações plenas, aprofundadas e fidedignas que apresentem às populações potencialmente afetadas todos os impactos da proposta sem omissão ou distorção. Desta jurisprudência também decorre a consolidação dos demais critérios: a consulta deve ser culturalmente adequada, respeitando línguas, costumes e organização social dos povos em questão, preferencialmente realizada em seus territórios e seguindo modalidades de tomada de decisão por eles apontadas, além de respeitar sua temporalidade (Oliveira, 2016).

Oliveira ainda aponta que essa jurisprudência amarra todos os dispositivos de todos os tratados em um corpus sem avançar na normatização específica de como as consultas devem ocorrer no caso a caso, uma vez que, conforme esse próprio corpo jurisprudencial, esse detalhamento deve advir das próprias populações indígenas e tradicionais.

8. Audiência pública, oitiva constitucional ou consulta³

Muito se tem confundido acerca dos três institutos que causam estranheza quando povos e comunidades tradicionais devem ser ouvidos. Isto porque os governos, de forma maliciosa, em vez de se utilizarem do instituto da consulta como um mecanismo apropriado e específico para participação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais nas decisões do Estado, se utilizam das audiências públicas com um intuito totalmente diverso, sem levar em consideração a especificidade dos grupos sociais: visam fazer desse rito uma fonte de legitimação o que, por isso mesmo, é ilegítimo.

As audiências públicas são regulamentadas pela Constituição Federal de 1988 no art. 225, § 1º, IV; pela Lei nº 9.784/1999; e pelas Resoluções Conama n.º 1/86 e n.º 9/1987. Têm como alvo principal a sociedade civil de modo geral, mas, quando se trata de empreendimentos (aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e pesquisa e lavra das riquezas minerais) que atinjam terras indígenas, a Constituição Federal determina que seja realizada a oitiva constitucional exclusiva e culturalmente apropriada aos povos indígenas (art. 231, § 3º).

Segundo o art. 3º da Resolução Conama n.º 1/1986, quem conduz audiência pública é o órgão de meio ambiente responsável pelo licenciamento, sendo, no âmbito federal, o IBAMA e, nas esferas estaduais, as secretarias de estado do meio ambiente e afins.

A consulta prévia, por sua vez, é o instrumento específico por meio do qual os povos indígenas e comunidades tradicionais devem participar verdadeiramente das tomadas de decisões, isto é, cada vez que acontecem alterações legislativas e medidas administrativas com impacto sobre os territórios e os modos de vida desses povos e comunidades. A consulta, como mencionado, está preconizada pela Convenção n.º 169 da OIT, norma incorporada ao corpo legislativo nacional, como visto supra. A consulta tam-

³ Para aprofundar o tema e consultar o quadro comparativo entre audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia, ver Pontes Jr. e Oliveira (2015). O texto explica a distinção entre audiência pública (Resoluções n.º 01/1986 e n.º 09/1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente); oitiva constitucional (Constituição Federal, art. 231, § 3º); e consulta prévia (Convenção n.º 169 da OIT, art. 6º e art. 15, e Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, art. 18 e art. 19).

bém é prevista na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, aprovada 107ª Sessão Plenária, de 13 de setembro de 2007 (Organização das Nações Unidas, 2008).

Decisões atinentes a projeto, medida, lei ou política que afetem os povos indígenas, quilombolas e as comunidades tradicionais devem passar por consulta junto aos interessados antes da decisão do Estado, a fim de assegurar aos povos e comunidades o direito de se manifestar sobre o impacto que sofrerão em relação a decisão administrativa ou legislativa (Yamada et al., 2019, p. 50). Assim, a consulta não é uma simples reunião, nem um fim em si mesma: é um instrumento para o diálogo que permite a participação das comunidades indígenas em decisões que afetam seu desenvolvimento e, mesmo, sua permanência no planeta Terra.

Portanto, não há que se confundir entre os três institutos: a audiência pública, em regra, é voltada para sociedade civil de modo geral sempre que a atividade modifica o meio ambiente; a oitiva ocorre porque a Constituição Federal assim o determina nos casos de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas; enquanto a consulta prévia deve ocorrer perante quaisquer medidas administrativas e legislativas suscetíveis de afetar determinado povo indígena ou comunidade tradicional. Nenhuma delas é excludente: todas são, pois, legalmente obrigatórias.

9. Protocolos comunitários de consulta

Partindo de uma interpretação equivocada, alguns afirmam que a Convenção n.º 169 não foi clara ao assegurar o direito à consulta prévia, livre e informada por não ter avançado na regulamentação de como ela deve ocorrer; alega-se a necessidade de regulamentação para que seja de fato aplicável e tenha efetiva concretização. Essa é a desculpa apresentada para descumprir a Convenção e que obriga os movimentos sociais a denunciar o Es-

tado brasileiro à OIT e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por descumprimento sistemático da obrigação de realizar a consulta e respeitar os procedimentos apropriados e particulares realizados por suas instituições representativas. Como vimos, os mencionados tratados deixam bem claro que somente os povos indígenas e tradicionais é que podem determinar, por si mesmos, as regras (a regulamentação) específicas acerca de como devem ser consultados, pois essa determinação (inscrita nos protocolos) deve ser essencialmente cultural: deve advir de seus regimes sociopolíticos, e não dos regimes ocidentais.

Devido à pressão dos povos indígenas, das comunidades tradicionais e da sociedade civil brasileira, o governo brasileiro sentiu-se na obrigação de constituir, em 27 de janeiro de 2012, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com o objetivo de elaborar uma proposta de regulamentação administrativa do direito à consulta (Rojas Garzón et al., 2016, p. 14). Isto porque um dos argumentos utilizados pelo governo para não cumprir adequadamente o direito à consulta era a falta de uniformização dos procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado pela Convenção n.º 169 da OIT – leitura que, com este texto, deixamos claro ser estruturalmente equivocada.

Soma-se a isso estar consolidado o entendimento de que as convenções e tratados internacionais, quando tratam da matéria de direitos fundamentais, são autoaplicáveis, segundo previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, fundamento constitucional utilizado pelos representantes indígenas, quilombolas, de comunidades tradicionais, juristas e representantes do MPF no pedido da realização da consulta.

Em contrapartida à regulamentação que o Estado tanto aspira, os povos indígenas e as comunidades tradicionais estão elaborando os protocolos comunitários de consulta desde 2014: dão o passo à frente e realizam os instrumentos para que o Estado possa fazer seu papel e consultá-los. Os protocolos autônomos têm funções fundamentais nas intermediações do processo de consulta para qualificação do conteúdo, oportunidade e alcance da aplicação do direito à consulta livre, prévia e informada, garantido por

instrumentos internacionais e a Constituição Federal de 1988.

Entendemos que a existência de protocolo de consulta é um grande avanço qualitativo em torno da aplicação deste direito, bem como do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais decidirem sobre suas vidas e seus futuros, substituindo qualquer regulamentação estatal, uma vez que, como demonstrado, somente eles, e ninguém mais, podem determinar quem deve tomar as decisões, de que forma, em quais condições, em que língua etc.

Os protocolos de consulta são instrumentos de autodeterminação dos povos nos quais se definem quais são suas instituições representativas, materializando e traduzindo em regras concretas e princípios orientadores como deve ser realizado o direito à consulta de acordo com seus regimes sociopolíticos, exatamente o que se pretende proteger e resguardar. Logo, os protocolos de consulta têm sido construídos como instrumento de exercício de direitos e como alternativa à regulamentação genérica e à visão restritiva sobre a consulta. Isso não só é legalmente possível, desejável ou, melhor, obrigatório, como concretamente viável.

Para citar um – dentre tantos – exemplos, em um caso inovador, o MPF ajuizou ação civil pública com o objetivo de anular a Licença Prévia (LP) no processo de licenciamento para operar a maior mina a céu aberto no Brasil, no rio Xingu, estado do Pará, concedida para a mineradora chamada Belo Sun Mineração Ltda., subsidiária da canadense Belo Sun Mining Corp. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) determinou que o licenciamento deve observar as formas de decidir de cada povo indígena afetado expostas no protocolo de consulta (Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2017). Trata-se da primeira vez que o Judiciário nacional analisou e reconheceu a importância do protocolo de consulta, endossando jurisprudência consagrada da Corte IDH.

10. Das sentenças e movimentações judiciais quanto à consulta prévia e o protocolo comunitário na Amazônia

Diante das premissas, corolários e jurisprudência até aqui apresentada, é possível estabelecer uma hermenêutica segura, realmente afeita às razões fundantes da consulta prévia e, portanto, devidamente alicerçada. Com base nela, ao avaliar o posicionamento e o entendimento do Judiciário, em particular as decisões do TRF1 quanto à consulta prévia e o protocolo comunitário, percebe-se que, de algum modo, há o reconhecimento da necessidade de consulta prévia e respeito aos protocolos comunitários, mas isso não é uma compreensão consolidada e há dúvidas ou reticência quanto a sua implementação em casos concretos.

Em alguns casos paradigmáticos, os juízes das varas federais ou o TRF1 podem até atender a demanda por realizar a consulta, mas o posicionamento da presidência do Tribunal é de realçar o aspecto econômico em detrimento da sobrevivência de sociedades inteiras, pois liminares foram suspensas pelo presidente do tribunal alegando que a suspensão do empreendimento poderia causar grave lesão à economia pública, conforme previsto no § 1.º, art. 12 da Lei n.º 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) (Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2012).⁴

Ainda há certa confusão de interpretação do Poder Público e das decisões judiciais entre consulta prévia e oitiva constitucional, segundo Rojas Garzón et al. (2016). O TRF1 já concedeu liminar favoravelmente à consulta prévia aos povos indígenas em caso que envolve a hidrelétrica de Belo Monte, fundamentada nos comandos constitucionais, mas logo em seguida a liminar foi suspensa por decisão monocrática do presidente do tribunal, alegando prejuízo econômico irreparável. Em alguns julgados, postula-se que a simples oitiva constitucional suprime a necessidade de consulta prévia.

A audiência pública prevista no art. 3º da Resolução Conama n.º 1/1986 não se confunde com a oitiva feita pelo Congresso

⁴ Sobre o levantamento das decisões dos tribunais a respeito da questão indígena, ver Brasil. Ministério Público Federal, 2019.

Nacional nos termos da Constituição, sendo esse o entendimento do Poder Judiciário. Portanto, a audiência realizada por órgão ambiental tem o intuito de colher subsídios de natureza técnica. Quanto a oitiva constitucional aos povos indígenas e comunidades tradicionais afetadas por obras, tem por objetivo subsidiar a decisão política e essa só se faz possível mediante processos bem diferentes, que são os de consulta prévia (Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2007; 2014).

Por isso, é um equívoco concluir que o direito à consulta prévia garantido pela Convenção n.º 169 da OIT não passa de uma lista de obrigações burocráticas e administrativas, podendo limitar-se a momentos específicos de consulta com fins em si mesmo: um mero rito administrativo, um mero checklist de itens formais, papéis, a cumprir a juntar a processos. A consulta prévia é um instrumento jurídico importante para os povos indígenas e as comunidades tradicionais porque garante o direito de serem ouvidos e de decidirem sobre suas próprias vidas. Não se trata de um mero ato administrativo, mas sim de discussões intra e extracomunidades tradicionais, discussões cosmopolíticas (Caporino, 2021b), processo que deve contar com quantas idas e vindas forem necessárias, pois seu objetivo é consultar os grupos sociais que serão afetados por empreendimento público ou privado, e cujo resultado será a compreensão de ambos os lados sobre os impactos sociais, culturais e ambientais, visando o consentimento livre, informado e de boa-fé do grupo.

A oitiva constitucional aos povos indígenas sobre aproveitamento de recursos hídricos e minerais que lhes afetem é uma imposição constitucional, obrigando o Congresso Nacional e as empresas privadas a ouvir os povos indígenas envolvidos, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal.

11. Conclusão

Qualquer conclusão contrária ao processo administrativo especial de consulta e consentimento prévio, livre, informado e de boa-fé, aos protocolos comunitários autônomos de consulta construídos pelos povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais viola a Constituição Federal, tratados internacionais (como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho e as declarações dos direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos) e a legislação ordinária. O respeito a esses direitos humanos fundamentais é uma obrigação do poder público e do judiciário, e o caminho para assegurar a construção de uma sociedade plural e socioambientalmente justa, evitando genocídio e etnocídio.

Referências bibliográficas

AMOROSO, Marta R. “A longa era da catequese dos índios”. Texto apresentado na mesa-redonda “As missões religiosas entre índios, antropologia e o Estado” durante a V Reunião de Antropologia do Mercosul, realizada em Florianópolis-SC, 2003.

_____. “Natureza e sociedade: disputas em torno do cultivo da paisagem em Itambacuri”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 24, n. 71, p. 55-72, out. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/kZXGv8CLSkF3RvNnmpxvCjQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. “Texto 5: Violações de direitos humanos dos povos indígenas”. In: _____. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, v. 2: textos temáticos. Brasília-DF: CNV, 2014; p. 203-262.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Resolução Conama n.º 1, de 23 de janeiro de 1986. Publicada no DOU, de 17 de fevereiro de 1986, Seção 1, páginas 2548-2549. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&cid=745. Acesso em: 30 out. 2021.

_____. _____. Resolução Conama n.º 9, de 3 de dezembro de 1987. Publicada no DOU, de 5 de julho de 1990, Seção 1, página 12945. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&cid=60. Acesso em: 30 out. 2021.

_____. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. Manual de jurisprudência dos direitos indígenas. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal Federal. HC 87585 / TO - Habeas Corpus. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03 dez. 2008. Diário da Justiça (DJ) de 26 jun. 2009. Ementa: Órgão julgador: Tribunal Pleno. Ementa: Depositário Infiel - Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 0017006-45.2006.4.01.0000. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, TRF1 - Quinta Turma. Diário da Justiça (DJ) de 05 fev. 2007. Ementa: Exploração de recursos energéticos em área indígena. Decreto Legislativo 788/2005 que autoriza a construção da UHE Belo Monte na Volta Grande do Rio Xingu e delega ao IBAMA a oitiva das comunidades indígenas potencialmente atingidas. Acréscimo feito no texto pelo Senado sem reexame pela Câmara. Art. 65 Parágrafo Único da CF. Vício formal que não causou prejuízo. Alegação da necessidade de Lei Complementar para exploração de recursos energéticos em área indígena. § 6º. Do art. 231 da CF/88. Delegação de ato da competência exclusiva do Congresso Nacional. Ao Poder Executivo (IBAMA) para a oitiva das comunidades indígenas. Momento da consulta aos índios, § 3º do art. 231 da CF/88.

_____. _____. Acórdão 00007098820064013903. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma. Diário da Justiça (DJ) de 27 ago. 2012. Ementa: Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação Civil Pública. Embargos de Declaração. Exploração de Recursos Energéticos Em Área Indígena. Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Autorização Do Congresso Nacional (Decreto Legislativo n.º 788/2005) Desprovida de Audiência Prévia das Comunidades Indígenas Afetadas. Violação à Norma do § 3º do art. 231 da Constituição Federal C/C os arts. 3º, Item 1, 4º, Itens 1 e 2, 6º, Item 1, Alíneas A, B, E C, E 2; 7º, Itens 1, 2 e 4; 13, Item 1; 14, Item 1; e 15, Itens 1 e 2, da Convenção n.º 169/OIT. Nulidade. Omissão do Julgado. Ocorrência. Efeitos Modificativos. Possibilidade.

_____. _____. Agravo Instrumento 00020646120134010000. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, TRF1 - Quinta Turma. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 1ª Região (eDJF1) de 10 jan. 2014. Ementa: Ambiental. Passagem de rodovia por terra indígena. Condicionantes impostas pela FUNAI após a expedição da licença ambiental. Inexistência de ilegalidade. Observância ao art. 231 da Constituição e à Convenção n.º 169 da OIT. Pretensão de continuidade das obras. Impossibilidade.

_____. _____. Agravo Instrumento 00025057020134013903. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, TRF1 - Sexta Turma. Diário Eletrônico da Justiça

Federal da 1ª Região (eDJF1) de 19 dez. 2017. Ementa: Processual Civil e Constitucional. Ação Civil Pública. Mineração. Projeto Volta Grande Do Xingu de Mineração. Impacto em Terra Indígena. Existência. Reconhecimento pelo órgão licenciador estadual. Estudo do componente indígena - ECI. Necessidade. De realização. Discussão quanto ao momento: antes da licença prévia ou no decorrer da mesma. Preliminares de ilegitimidade ativa do MPF e de incompetência da Justiça federal, perda superveniente do interesse de agir, ausência de interesse jurídico dos assistentes litisconsorciais e nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide afastadas. Mérito. Licenciamento Ambiental. Emissão de Licença Prévia sem o ECI. Possibilidade. Ausência de impacto. Emissão da Licença de Instalação sem o ECI. Impossibilidade. Estudo de componente indígena realizado a partir de dados secundários. Impossibilidade. Consulta livre e motivada dos indígenas afetados. Necessidade. Violação da Constituição Federal e da Convenção n.º 169 da OIT. Alegada omissão da FUNAI a impossibilitar a elaboração do ECI. Necessidade de discussão em autos distintos. Sentença reformada em parte.

CAPORRINO, Bruno W. Dos que flecham longe: o protocolo de consulta e consentimento Wajãpi. Manaus-AM, 2019. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Amazonas. Disponível em: <<https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7735>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Dos que flecham longe: o Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi. Manaus: Editora da Universidade Federal do Amazonas (EDUA), 2021a. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/113_c6xgP0WM9hc5kZo9sDuOplECsNuLB/view>. Acesso em: 04 out. 2022.

_____. “Do feitiço contra o feiticeiro: protocolos de consulta como instrumento de agenciamento cosmopolítico, contrapredação e domesticação”. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL, 9., 2021, Curitiba. Anais do..., vol. 6. Curitiba: Cepedis, 2021b. Disponível em: <<https://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/01/Anais.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2022.

CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASTRO, Eduardo V. de. A inconstância da alma selvagem. São Paulo: Ubu, 2017.

CLASTRES, Pierre. Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política. Trad.: Paulo Neves. Prefácio: Bento Prado Jr. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

CUNHA, Manuela C. da. “Índios na Constituição”. Novos estudos Cebrap, v. 37, n. 3, p. 429-443, set.-dez. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/fjnec/a/d9Kq7jjT-t8GqR8DqB5gQbTK/>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Índios no Brasil: história, direito e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

GLASS, Verena (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. São Paulo-SP: Fundação Rosa Luxemburgo; Cepedis, 2019. Disponível em: <<https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web-1.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 1996.

LASMAR, André Lopes. Autodeterminação e pós-colonialismo no direito internacional dos povos indígenas. São Paulo-SP, 2016. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. A ambição dos Pariwat: consulta prévia e conflito socioambiental. Belém-PA, 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/9584>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas. Santo Domingo, Dominican Republic: OEA, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 107: Populações Indígenas e Tribais, de 05 de junho de 1957. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235197/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais. Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2022.

PONTES JR., Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. “Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações”. In: DUPRAT, Deborah (org.). Convenção n.º 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015, p. 79-116.

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Érica M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e ao consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica (RCA); Washington-DC: Due process of Law Foundation, 2016. Disponível em: <<https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/08/2016-Livro-RCA-DPLf-Direito-a-Consulta-digital.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SANTOS, Carlos F. Genocídio indígena no Brasil: uma mudança de paradigma. Belo Horizonte-MG: Del Rey Editora, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da. “Sujeitos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI)”. In: GLASS, Verena (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. São Paulo-SP: Fundação Rosa Luxemburgo; Cepedis, 2019. Disponível em: <<https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web-1.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

Capítulo 2

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “A força vinculante do protocolo de consulta”. In: GLASS, Verena (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. São Paulo-SP: Fundação Rosa Luxemburgo; Cepedís, 2019. Disponível em: <<https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web-1.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

VERDUM, Ricardo (org.). Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília-DF: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

YAMADA, Érica M.; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; ROJAS GARZÓN, Biviany. Protocolos autônomos de consulta e consentimento: guia de orientação. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica (RCA), 2019. Disponível em: <<https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/prov0412.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.



Capítulo 3. TRF2

Uma ausência tão presente: O direito à consulta livre, prévia e informada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região

**Júlio José Araújo Junior
Maira de Souza Moreira**

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2).

Link de acesso: <https://isa.to/3OJk9s>



1. Introdução

A sociologia das ausências procurou demonstrar que aquilo que aparentemente não existe corresponde, em verdade, a algo que é ativamente produzido como não existente. De acordo com essa sociologia, há cinco lógicas de produção da não existência: o ignorante, o atrasado, o inferior, o local ou particular e o improdutivo ou estéril. O ignorante é fruto da monocultura do saber, em que a ciência moderna e a alta cultura são critérios únicos de verdade e de qualidade estética, de modo que aquilo que não é reconhecido ou legitimado pelo cânon é declarado inexistente. O atrasado liga-se à monocultura do tempo linear, segundo a qual a história tem sentido e direção únicos e conhecidos, rumo ao progresso e à modernização. Assim, é atrasado tudo aquilo que se mostra assimétrico em relação a este avanço.

A inferioridade relaciona-se à lógica da classificação social, mediante a naturalização das diferenças, em que a relação de dominação é consequência e não a causa da hierarquia social. Só importa o que é universal e global, com precedência sobre todas as outras realidades que dependem de contextos e que, por isso, são consideradas particulares. O improdutivo atende à monocultura dos critérios de produtividade capitalista, logo, aquilo que não maximiza a geração de lucro – seja oriundo da natureza, seja oriundo do trabalho humano – não existe. No caso do trabalho, há improdatividade; no caso da natureza, esterilidade.

Quando pensamos na realidade vivenciada pelos povos e comunidades tradicionais, a sociologia das ausências é de grande valia para pensarmos sobre os silêncios, as omissões e a falta de consideração de vivências que se mostram estranhas a modelos dominantes e hegemônicos. No campo jurídico, que é a forma por excelência do poder simbólico de atribuir nomes às coisas, criando grupos e conferindo permanência às realidades surgidas de sua classificação, tais processos são ainda mais visíveis. Pelos efeitos de neutralização e universalização, o direito transforma regularidade em regra, colocando-se a favor dos estilos de vida dominantes, restando às práticas diferentes serem consideradas como desviantes, anormais e até patológicas (Bourdieu, 1989, p. 247).

Ao analisarmos as poucas decisões produzidas pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) acerca do direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) desses grupos, lembramos dessas ausências. Uma ausência que não simboliza exatamente uma carência ou uma falta. Trata-se de uma ausência ruidosa, sentida, percebida, produzida. Ela está presente, viva, pois induz ativamente a pouca aplicabilidade da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ou a mera acomodação desta à legislação existente.

Como se verá, é claro que existem alguns avanços, sinalizações e possibilidades. Contudo, o exercício que se coloca neste trabalho é voltado a identificar as abordagens realizadas (e as ausentes) e oferecer caminhos para uma maior consolidação do direito à consulta e a conferência de uma maior densidade jurídica na prática aos preceitos contidos no art. 6º da Convenção. Dessa forma, o trabalho está estruturado em três partes. Na primeira, fazemos um breve relato do funcionamento do TRF2 e de sua abrangência, além de descrevermos os principais grupos que vivem na região. Na segunda, relatamos as decisões identificadas na pesquisa e lançamos algumas reflexões sobre o uso da ideia de “consulta” adotado pelo tribunal e pelos litigantes. Na terceira, procuramos lançar algumas hipóteses e problematizar temas que surgiram na análise das decisões. Ao final, tentamos apontar alguns caminhos para o aprofundamento desse debate.

2. A 2ª Região: competência, abrangência e limites da pesquisa

A competência do TRF2 abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. O tribunal responde por 20% do volume processual nacional¹, mas pouquíssimos processos tratam do direito à consulta livre, prévia e informada. Nas bases de dados sobre indígenas e quilombolas, divulgadas no ano de 2020, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de adoção de

¹ Cf. informação institucional contida no site do tribunal. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/institucional/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

medidas de contenção da pandemia, podemos verificar no estado do Espírito Santo 18 localidades indígenas e 87 localidades quilombolas, enquanto no Rio de Janeiro foram encontradas 27 localidades indígenas e 116 localidades quilombolas². São, ao todo, 45 localidades indígenas e 203 localidades quilombolas no âmbito de jurisdição deste tribunal³.

No que tange à presença de outros povos e comunidades tradicionais nos dois estados, embora esse dado não esteja quantitativamente bem definido, uma série de segmentos podem ser observados, sobretudo 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 fechos de pasto; ribeirinhos; cipozeiros; andirobeiros e caboclos.

Quanto às limitações da pesquisa, devemos considerar inicialmente que a base de dados apresenta diferenciações importantes na forma de sistematização. De 1989 até 2001, os resultados não contêm texto integral de todos os julgados (voto, relatório, ementa e decisão), uma vez que tais documentos só passaram a ser divulgados a partir de setembro de 2001. A base intitulada “decisões”, por sua vez, é composta pelos julgados monocráticos, do relator do processo, somente a partir de 2002⁴. Essas diferenças na base de dados impõem o desafio de uniformização, com vistas a incorporar materiais decisórios mais completos para pesquisas interessadas em perspectivas de longo prazo e não somente nas decisões

² Importa registrar que uma mesma comunidade pode ser constituída de várias localidades, conforme as características territoriais locais. Mais informações em Barros (2020).

³ De acordo com a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), o Brasil possui atualmente mais de 900 mil indígenas, 305 povos, 274 línguas faladas e 114 grupos isolados ou de recente contato. A Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq), por sua vez, informa a existência de mais de 6.300 comunidades quilombolas e cerca de 16 milhões de quilombolas. Além disso, segundo levantamento divulgado pelo IBGE (2020), há aproximadamente 7.103 localidades indígenas, bem como 5.972 localidades quilombolas no país.

⁴ Informações disponíveis em: Portal TRF2. “Jurisprudência”. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

do presente. Além disso, mostra-se imprescindível a digitalização desses conjuntos documentais para a manutenção e a criação de fontes de memória e pesquisa⁵.

Outro ponto relacionado à pesquisa diz respeito ao fato de que não há a intenção de descrever pormenorizadamente o resultado dos casos, tampouco fazer uma avaliação dos julgados. Procuramos fazer um relato, *estranhando o familiar* (Velho, 1978, p. 123-132), no sentido de descrever como o direito à CCPLI foi traduzido pelo TRF2 a partir do conjunto encontrado. Não obstante o direito à consulta contemple principalmente povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, a busca realizada resultou na seleção de casos em que outros atores demandaram “consulta” (ou utilizaram outras denominações) em sentido ampliado, como direito à participação.

De fato, embora o direito à consulta tenha sua própria trajetória de constituição e circunstâncias específicas relacionadas à sua positivação em sede internacional, bem como sujeitos destinatários específicos, pode-se remeter os dois direitos a uma reclamação por mais democracia, do ponto de vista procedimental, e à reivindicação por decisões mais justas, não raras vezes em conflito direto com a racionalidade técnico-instrumental que se associa ao desenvolvimento econômico capitalista.

Isso não representa uma surpresa. Afinal, um dos pressupostos fundamentais do direito à consulta é a compreensão de que os grupos destinatários possuem modo de vida diverso daquele imposto pela modernidade capitalista, sendo necessário prever limites (interdições) aos múltiplos autoritarismos da imposição dessa em determinadas circunstâncias e na relação com determinados grupos sociais específicos. Neste sentido, o direito à participação seria, por sua vez, mais amplo, alcançando todos os sujeitos sociais nos mais diversos momentos de decisão e circunstâncias.

⁵ Os processos eletrônicos passaram a ser incorporados pelo tribunal entre os anos de 2013 e 2014 (cf. Portal TRF2. “TRF2 tem processo eletrônico de todas as classes processuais originárias da segunda instância a partir de 15/8”. Notícias, 14 ago. 2014. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/portal/trf2-tem-processo-eletronico-de-todas-as-classes-processuais-originarias-da-segunda-instancia-a-partir-de-15/8/#:~:text=A%20mais%20recente%20novidade%20%C3%A9,tramita%C3%A7%C3%A3o%20exclusivamente%20como%20processos%20digitais>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

3. Relato das decisões pesquisadas: 11 julgados, 6 casos

A pesquisa identificou 11 (onze) decisões, com foco sobretudo no objeto da controvérsia e na forma como a CCPLI foi abordada nos textos⁶.

Esse conjunto de decisões se refere a apenas seis casos diferentes. Desses, quatro possuem uma relação mais clara com a mobilização do argumento do direito à CCPLI em casos concretos de povos e comunidades tradicionais, por isso serão abordados em primeiro lugar. São eles: i) o pleito por indenização em favor de comunidades quilombolas de Conceição da Barra e São Mateus (ES); ii) o pedido de compensação em razão da implantação do Parque Nacional da Serra da Bocaina, na costa verde fluminense (RJ); iii) o debate acerca de reintegração de posse da Aldeia Maracanã, situada no bairro do Maracanã, na capital fluminense (RJ); e iv) a garantia de direitos territoriais à comunidade quilombola Preto Forro, que vive em Cabo Frio (RJ).

O caso dos quilombolas de Conceição da Barra e São Mateus foi discutido na 5.^a Turma Especializada do tribunal, após provocação do Ministério Público Federal (MPF) e da Fundação Cultural Palmares (FCP) em face da Petrobras e da Transportadora Associada de Gás (TAG)⁷. A ação civil pública que tramitava na origem tinha por objeto a indenização por danos morais individuais homogêneos e coletivos decorrentes da violação ao direito de consulta e ao procedimento de licenciamento ambiental em razão de grande empreendimento (gasoduto Cacimbas-Catu) que impactava as comunidades quilombolas da região.

O tema central do agravo consistiu na possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do interesse das comunidades quilombolas. A inversão fora rejeitada pelo juízo de primeiro grau sob o fundamento de que ela só poderia ser adotada em demandas cole-

⁶ Neste sentido, não diferenciamos se o modo do tribunal fazer referência ao direito desta ou daquela forma se deve a como o autor ou o réu abordaram o direito na petição inicial, se está contida em citação de jurisprudência ou mesmo se foi objeto de parecer ministerial no âmbito do processo. Assim, buscase tão somente demonstrar que, em cada texto de decisão, o direito à consulta foi inserido de modo diverso, ganhando diferentes contornos e associações.

⁷ Agravo de Instrumento n.º 0010322-62.2015.4.02.0000 e Ação Civil Pública n.º 0000142-81.2013.4.02.5003 (1ª Vara Federal de São Mateus).

tivas associadas à matéria de direito do consumidor. Além disso, o juízo sustentou que existia ainda controvérsia acerca da existência do dano moral e também sobre o alcance do dano em relação às comunidades, o que afastaria os princípios da precaução e *in dubio pro natura*, que seriam típicos de casos de reparação ambiental.

Ao reformar a decisão, o tribunal entendeu que a inversão era cabível, tendo em vista as normas do direito ambiental e do processo civil e “o possível e simultâneo desrespeito às normas protetivas de grupos étnicos tradicionais e de regras de direito ambiental atinentes ao licenciamento no contexto da implantação de um empreendimento de grande porte”. Além disso, o relator do agravo, o Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, enfatizou a relevância da demanda ao aludir ao fato de que ela almejava “proteger direito humano consagrado por tratado internacional”, tendo mencionado expressamente o dispositivo que trata do direito à consulta. Do conjunto de casos analisados, esta decisão foi a que mobilizou o argumento da consulta prévia de maneira mais específica, embora o tenha feito sob a forma de argumento de reforço para garantir a distribuição dinâmica do ônus da prova em uma ação civil pública.

O segundo caso, que tratou de danos decorrentes da implantação e definição de limites do Parque Nacional da Serra da Bocaina (PNSB), foi discutido em quatro decisões em recursos de apelação e embargos de declaração⁸. As demandas foram propostas por integrantes de comunidades tradicionais (trindadeiros), em processos autônomos e individuais, sempre em face do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Os pleitos trataram essencialmente de indenização por danos morais em razão de omissões e da condução inadequada do processo de implantação do parque, inclusive quanto à falta de consulta e participação das comunidades da região. Em todas elas, os pedidos foram julgados improcedentes em primeiro grau e as decisões foram mantidas pelo TRF2.

⁸ As decisões foram proferidas em três apelações e em um recurso de embargos de declaração: i) Apelação Cível n.º 0106423-57.2015.4.02.5111 (8ª Turma); ii) Apelação Cível n.º 0038513-13.2015.4.02.5111 (3ª Turma); iii) Apelação Cível n.º 0023907-77.2015.4.02.5111 (8ª Turma); e iv) Embargos de Declaração em Apelação Cível n.º 0000483-11.2012.4.02.5111 (6ª Turma). Os casos em primeiro grau tramitaram na 1ª Vara Federal de Angra dos Reis.

As demandas trouxeram uma importante discussão sobre a necessidade de harmonização de bens jurídicos ambientais (no caso, unidade de conservação de proteção integral) com os direitos de povos e comunidades tradicionais. Apesar disso, as decisões passaram ao largo do debate sobre a CCPLI, assim, não enfrentaram o tema da necessidade de observância do direito à consulta e limitaram-se a abordar o processo de criação e implementação do parque sob a ótica da legalidade estrita. Na primeira apelação, por exemplo, o acórdão manteve a sentença por entender que ela estava suficientemente fundamentada e porque a exigência legal de oitiva da comunidade local foi prevista em norma posterior àquela que instituiu o parque (Decreto n.º 68.172/71). Note-se que o debate sobre a participação da comunidade esteve mais alinhado à previsão constante do art. 22, § 2º, da Lei n.º 9.985/2000⁹ do que ao art. 6º da Convenção n.º 169.

A (falta de) consideração do tribunal acerca da centralidade do direito à consulta – e o fato de esta ser um requisito de validade do próprio ato de criação, implementação e regularização fundiária do parque – está presente na ementa do acórdão que analisou a primeira apelação. Ao exigir, para a configuração da omissão específica, nexos causal com danos concretos sofridos pela comunidade, constata-se a relativização do tema da participação e a desconsideração da sua importância quanto a povos e comunidades tradicionais.

Assim, embora a autora tenha anunciado omissão do Estado ao não ouvir a população tradicional local no processo de regularização fundiária do PNSB, não relaciona, de forma específica, a causalidade entre tal omissão supostamente ilícita e os danos por ela sofridos¹⁰.

Na segunda apelação¹¹, por sua vez, foram discutidos os impactos da demolição de construções no parque. Temas como a ausência de homologação e de demarcação dos limites do parque, a falta de realização prévia de estudos técnicos, a inexistência de

⁹ “Art. 22 [...] § 2º A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.”

¹⁰ Apelação Cível n.º 0106423-57.2015.4.02.5111. Relatora: Desembargadora Federal Vera Lucia Lima.

¹¹ Apelação Cível n.º 0038513-13.2015.4.02.5111 (3ª Turma).

plano de manejo e de “consulta pública” e/ou “consulta do público” e até mesmo a necessidade de perícia antropológica foram abordados, porém pouco discutidos. Os pontos foram relevados pelo tribunal, por entender que eventual responsabilidade do Estado neste caso só poderia ser reconhecida mediante a demonstração de culpa (responsabilidade subjetiva) ou omissão específica, que não teria ocorrido.

Ao tratar do tema por meio de uma lente mais conservacionista do ponto de vista ambiental e voltada a uma legalidade estrita, em relação à Administração Pública, o TRF2 considerou regular o exercício do poder de polícia na atuação do ICMBio. Assim, embora tenha reconhecido a ocorrência de conflitos socioambientais na área, o Desembargador relator consignou que “a controvérsia acerca da devida demarcação dos limites territoriais do Parque Ambiental não significa, *in casu*, omissão específica a ocasionar dano moral reparável, não havendo nos autos elementos que demonstrem a ocorrência de lesão extrapatrimonial”. Verifica-se, mais uma vez, que o direito à consulta não ganhou a centralidade devida, como etapa procedimental e material imprescindível para a validade de atos do Poder Público que afetem povos e comunidades tradicionais.

O tema da participação voltou a aparecer na terceira apelação¹². Ao analisar o recurso, o tribunal reiterou o entendimento quanto à inexistência de omissão do ICMBio. No último recurso (embargos de declaração¹³), o embargante sustentou omissão no julgado quanto a questões importantes da apelação¹⁴, mas o tribunal entendeu que a impugnação pretendia mudar o julgado, e não esclarecê-lo.

O terceiro caso (Aldeia Maracanã) é relevante pelo contexto histórico, apesar de o debate no processo ter sido pontual. Em 2013, ao mesmo tempo em que o país assistia às mobilizações

¹² Apelação Cível n.º 0023907-77.2015.4.02.5111 (8ª Turma).

¹³ Embargos de Declaração em Apelação Cível n.º 0000483-11.2012.4.02.5111 (6ª Turma).

¹⁴ São elas: i) não observância da regra do litisconsórcio passivo necessário; ii) impossibilidade de utilização de prova emprestada; iii) cerceamento de defesa em decorrência da não produção de prova pericial; iv) ausência de prova quanto à exata localização da área objeto da lide, inclusive para fins de enquadramento no que dispõe a Resolução Conama n.º 13/90; v) existência de fato novo, consistente na elaboração de Parecer Técnico, pela Secretaria de Apoio Pericial da Procuradoria Geral da República, referente ao objeto da Ação Anulatória atuada sob n.º 0000484-59.2013.4.02.5111, ajuizada pela Associação de Defesa do Povo Tradicional de Trindade, em face do ICMBio; vi) falta de elaboração de plano de manejo no prazo de 5 anos a partir da data de criação do Parque; vii) absolvição em ação criminal promovida contra o ora Embargante.

de rua nas chamadas “jornadas de junho”, crescia no Rio de Janeiro a solidariedade aos ocupantes do antigo Museu do Índio, uma construção situada ao lado do Estádio Jornalista Mário Filho (Maracanã) que abrigou no passado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O local, abandonado, foi ocupado por indígenas de diversas etnias e tornou-se uma aldeia urbana em 2006, mas viria a se tornar objeto de atenção no contexto de reformas e empreendimentos realizados para a Copa do Mundo de 2014. Com vistas a adequar o estádio do Maracanã aos padrões da Federação Internacional de Futebol, o “padrão Fifa”, o governo do Estado do Rio de Janeiro pretendia demolir a construção do antigo museu e construir um estacionamento no local, por isso ajuizou demandas possessórias em face dos indígenas. Não contavam, porém, com forte resistência e mobilização social, que acabou por garantir a permanência de ao menos parte dos indígenas no local – um outro grupo chegou a um acordo e saiu da aldeia.

O processo pesquisado corresponde a uma exceção de suspeição, oposta para questionar a suposta parcialidade do juiz da demanda possessória em relação aos indígenas da Aldeia Maracanã¹⁵. Um dos argumentos mobilizados pelos indígenas para alegar a suspeição consistiu no fato de não ter ocorrido “consulta à comunidade indígena” na ação e que os “demandados [...] não estão tendo a oportunidade de acesso ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ficando em clara situação de vulnerabilidade e desvantagem processual”. A exceção de suspeição não teve, ao final, uma decisão de mérito, pois o tribunal a considerou intempestiva.

O quarto caso (comunidade Preto Forro-RJ) foi analisado em uma apelação¹⁶. O MPF propôs ação civil pública na 1ª Vara Federal de São Pedro da Aldeia em face da Fundação Cultural Palmares, da União, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e de pessoa física com o objetivo de “salvaguardar os direitos da comunidade remanescente de quilombo de Preto Forro, cuja sobrevivência étnica e cultural [...] encontra-se seriamente ameaçada em razão das odiosas condutas praticadas por E”

¹⁵ Exceção de Suspeição n.º 0021503-54.2013.4.02.5101 (8ª Turma Especializada).

¹⁶ Apelação Cível n.º 0000313-63.2003.4.02.5108 (8ª Turma Especializada).

¹⁷ Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procedentes e a Convenção n.º 169 e os direitos nela positivados foram abordados como parte do arcabouço jurídico que protege as comunidades quilombolas, como “necessidade de oitiva da comunidade envolvida e conveniência de participação de um ‘tradutor cultural’, que permita às partes ‘se fazer compreender em procedimentos legais’ (Convenção n.º 169 da OIT)”.

No tribunal, porém, houve reforma da decisão. Entendeu-se que “não há, por evidente, umnexo causal entre a turbacão da posse praticada pelo réu E. e a suposta omissão da União em salvaguardar direitos da comunidade de afrodescendentes estabelecida no território ao qual se atribui a qualificação de quilombo”. Ademais, o TRF2 considerou que o Incra havia realizado o que lhe competia no caso, ou seja, “encaminhar os autos do processo administrativo ao ente responsável na seara estadual”.

Chama a atençã que, em três dos quatro casos em que o direito à consulta e a Convenção n.º 169 foram abordados de maneira mais específica – seja pelas partes, seja pelo órgão julgador –, a fundamentação esteve ligada a questões processuais. No primeiro caso (comunidades quilombolas de Conceição da Barra e São Mateus), o direito previsto no art. 6º do tratado internacional foi mencionado para reforçar o cabimento da inversão do ônus da prova, de modo a enfatizar a vulnerabilidade das comunidades. No debate sobre a implementação do Parque Nacional da Serra da Bocaina, a parte recorrente procurou dar destaque a um suposto cerceamento de defesa decorrente da falta de sua oitiva e de outras testemunhas. Já no caso da Aldeia Maracanã, a violação do direito à consulta é abordada como sinônimo de ausência de contraditório e de ampla defesa.

Essa mescla de argumentos processuais e direito à consulta merece um exame mais aprofundado, mas podemos vislumbrar algumas razões para a sua utilização. Ela pode denotar, por um lado, uma tentativa de manejo da Convenção como uma cartada singular (um “super trunfo”), ou seja, um argumento diferencial capaz de sustentar uma posição especial dos povos e comunidades tradi-

¹⁷ Neste texto, substituímos os nomes pelas expressões “pessoas físicas” ou pela inicial do nome, quando mencionado.

cionais no processo. Assim, o direito à consulta foi apresentado, tanto pelo julgador (primeiro caso) quanto pela parte (segundo e terceiro casos), para corroborar um aspecto distintivo da posição processual. Por outro lado, a abordagem do art. 6º enfatiza o caráter imprescindível da participação em qualquer ato ou processo e da necessidade de ela ser fortalecida em relação a esses grupos. A remissão ao tratado oferece uma defesa normativa de processos participativos como pré-requisitos de validade de decisões e medidas, inclusive no Poder Judiciário. Devemos reconhecer que, embora as petições e decisões não tenham oferecido contexto e conteúdo jurídico mais específicos e estruturados sobre o direito à consulta, nota-se algum esforço nesse sentido.

O outro grupo de casos pesquisados corresponde a decisões que não trataram especificamente de grupos ou comunidades, mas abordaram a Convenção ou o direito à CCPLI. Neste grupo, há dois casos. O primeiro, examinado pelo órgão especial, tratou de pregão destinado à contratação de instituição financeira para operação de crédito, no valor de R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais), com vistas à antecipação de receita de privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae). Já o segundo contém algumas decisões que discutiram se o edital de um concurso da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo poderia conter a previsão genérica “Organização Internacional do Trabalho” no programa e cobrar, na prova, um conteúdo específico – no caso, a Convenção n.º 169 da OIT.

Na decisão sobre a Cedae, o tribunal, por meio de seu órgão especial, se debruçou sobre recurso¹⁸ contra decisão da Presidência, que havia suspenso os efeitos de decisão liminar da 3ª Vara Federal de Niterói¹⁹ para permitir a realização de pregão relativo à contratação de instituição financeira para operação de crédito. O pano de fundo, como se mencionou acima, consistia na utilização dos recursos para antecipação de receita de privatização da Cedae.

O direito à consulta foi traduzido de forma ampla (“consulta ou negociação com os titulares do serviço público em questão”) e estrita (como nas seguintes menções: “a violação direta aos arts.

¹⁸ Agravo Interno n.º 0012862-15.2017.4.02.0000 (órgão especial).

¹⁹ Ação Civil Pública n.º 0200062-91.2017.4.02.5101 (3ª Vara Federal de Niterói).

1º e 6º da Convenção n.º 169 da OIT, por ausência de consulta pública prévia as comunidades tradicionais interessadas”; e “por analogia, violação aos arts. 1º e 6º da Convenção n.º 169 da OIT, por ausência de consulta pública prévia as comunidades carentes em geral”). Ao final, acolhendo o voto do Presidente, o tribunal deixou de analisar a matéria, por entender que não estava autorizado “a apreciar qualquer argumento referente ao futuro procedimento de licitação de alienação das ações da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE (privatização)”, negando provimento ao agravo.

O caso da Cedae desperta interesse por conter, na instrução do processo, diversos debates acerca dos impactos da privatização da companhia na vida da população fluminense, com menção a povos e comunidades tradicionais e ao próprio direito fundamental à água. A despeito disso, os argumentos sequer foram considerados, sob o fundamento de que a matéria estava sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF)²⁰.

Por fim, o caso do programa de concurso da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo contempla outros três julgados²¹. Trata-se de demandas propostas por candidatos ao concurso público em face da organizadora, Fundação Universidade de Brasília (FUB-UNB). A controvérsia residiu no fato de que o edital do certame indicou no programa o tema “OIT”, sendo posteriormente cobrado em questão da prova conteúdo relativo à Convenção n.º 169. Os autores alegaram prejuízo no resultado do certame em razão da falta de especificação. No primeiro caso, o tribunal chegou a reformar a sentença, pois entendeu que, “[...] tendo havido a especificação dos temas que seriam cobrados nas provas do concurso, especialmente em relação ao tema Organização Internacional do Trabalho, não se pode aceitar a referência à Convenção n.º 169 da OIT feita na questão 03 da prova ‘p2’”. A decisão foi revista após embargos infringentes. No segundo caso, o tribunal

²⁰ Ação Cível Originária n.º 2981-DF. Relator Ministro Luiz Fux.

²¹ São eles, i) Apelação Cível n.º 0005567-61.2014.4.02.5001, com processo de origem da 4ª Vara Federal Cível de Vitória, sob atribuição da 8ª Turma Especializada, acompanhada de Embargos Infringentes; ii) Agravo de Instrumento n.º 0007620-17.2013.4.02.0000, com processo de origem na 3ª Vara Federal Cível de Vitória, sob atribuição da 5ª Turma Especializada; iii) Apelação Cível n.º 0008695-26.2013.4.02.5001, processo de origem da 4ª Vara Federal Cível de Vitória, sob atribuição da 6ª Turma Especializada.

compreendeu que a intervenção judicial em casos desse tipo deve limitar-se a inconstitucionalidades ou ilegalidades flagrantes. Por fim, no último caso, o tribunal não enfrentou a legalidade da previsão, porém garantiu a participação da candidata no concurso.

Esses casos não discutem o próprio direito à CCPLI, tampouco contextos de conflito socioambiental em que a ausência dela poderia acarretar risco à continuidade do grupo étnico minoritário. No entanto, o caso desperta interesse por trazer a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT como objeto do concurso, o que é um pleito constante de povos e comunidades tradicionais e dos seus defensores como forma de garantir o conhecimento dos candidatos e futuros profissionais das carreiras jurídicas acerca da matéria.

4. O que as ausências mostram

No conjunto de decisões analisadas, é possível perceber que o direito à CCPLI é mobilizado de diferentes maneiras, tanto pelas partes como pelo órgão julgador. Nesse sentido, ele pode aparecer associado a outros pedidos, ao reforço de argumentos processuais ou mesmo, em caso de ausência, como indicativo de danos morais. Nas respostas do TRF2, por sua vez, o direito foi mobilizado como razão de decidir ou consistiu no próprio objeto de decisão. Diante desse cenário, levantamos algumas questões que podem auxiliar a reflexão inicial sobre o comportamento do Poder Judiciário na 2ª Região sobre o tema: i) a existência de poucos casos revela um dado de não judicialização do direito de CCPLI?; ii) a heterogeneidade de casos e as formas de tradução desse direito pelo tribunal podem indicar alguma coisa sobre o próprio conteúdo do direito de CCPLI?; iii) dentre as decisões selecionadas, podemos dizer que há um entendimento majoritário do TRF2 sobre o assunto?

Quanto à primeira questão, com base em nossas experiências, entendemos ser necessário tecer considerações sobre o universo de incerteza que é produzido sobre o direito à CCPLI. Em boa parte dos casos, vigora primordialmente uma grande estratégia baseada no que vamos chamar de *negativa geral* de existência – dos grupos,

de seus interesses e/ou de seus direitos. Inicialmente nega-se a própria existência de grupos sociais, interesses ou direitos conflitantes com os projetos que têm pretensão de implementação. Assim, a existência de grupos afetados é a primeira zona de incertezas criada. Isso gera um ônus inicial aos grupos, pois muitos deles não possuem reconhecimento formal enquanto povos indígenas, comunidades quilombolas ou povos e comunidades tradicionais, tampouco possuem direitos territoriais já reconhecidos e juridicamente consolidados. Em meio ao conflito, ficam obrigados a traduzir seus modos de viver, fazer e criar em identidades étnicas e em categorias jurídicas atributivas de direitos, exigindo que se tornem visíveis aos demais atores.

Soma-se a isto o fato de que os diferentes órgãos e entes estatais responsáveis pelo acesso às políticas públicas pelos grupos étnicos minoritários, no Estado brasileiro, sofrem historicamente grande *instabilidade, transições e desmantelamentos* (cf. Moreira *et al.*, 2020), como é o caso da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), do Incra, da FCP e órgãos ambientais federais e locais responsáveis por procedimentos de regularização territorial de outros povos e comunidades tradicionais, entre outros atores institucionais. Desse modo, a aparência gerada aos grupos é de “terra arrasada”, do ponto de vista das condições de proteção do direito²².

Além disso, os conflitos sociopolíticos em torno daquilo que compõe o Estado ou daquilo que compõe o direito, nos casos em que há um desencaixe entre um direito e interesses econômicos de grupos que possuem relevante poder econômico, político, entre outros –, geralmente terminam por produzir incerteza sobre a própria base positiva (estatal) do direito. Já não se trata de um direito disputado no caso concreto, mas cujas bases gerais de assento são postas em questão. Ainda estamos diante da estratégia de *negativa geral* (normativa), mas que, neste caso, tem a pretensão de atingir a base normativa sobre a qual se assenta a reivindicação dos demandantes pela consulta, livre, prévia e informada.

Na maior parte dos casos em que atuamos persiste igualmente uma dúvida substancial imposta por particulares e por órgãos

²² Mbembe usa a expressão para designar a imagem que uma “guerra infraestrutural” procura produzir diante dos grupos cujas territorialidades pretende-se suprimir (ver: Mbembe, 2018).

e entidades do Estado sobre “quem deve ser consultado?” e sobre “quem deve consultar?”. Assim, o universo de incerteza criado gera uma paulatina desconstrução das condições de judicialização, passando a demandar alto grau de especialização do operador/a do direito e dos grupos interessados para que, apenas em superando o universo de incertezas produzido, adotar posição criativa e afirmativa do direito em diferentes âmbitos, inclusive no âmbito judicial. Isso porque as instituições judiciais possuem a tendência de maior abertura a conflitos que versem sobre bases normativas mais estritamente delimitadas e/ou sobre as quais há maior consenso²³.

Desta forma, algumas das condições de judicialização do direito – o sujeito (individual ou coletivo) determinado ou mesmo indeterminado (quando a determinação não seja possível), que possa ser considerado sujeito de direito e interessado, a base positiva sobre a qual apoiar a demanda, e um outro, face ao qual demandar –, passam a ser postas em uma zona de incertezas. Diante dela, pretensões de completude, fechamento e certeza que rondam o direito podem torná-lo incapaz de administrar os conflitos sociopolíticos ali presentes, hipótese na qual ficam os grupos sociais destinatários do direito à consulta imersos em um universo de desproteção.

Acresça-se a isso a hipótese de que, na 2ª Região, a pluralidade de grupos não implica grandes extensões de territórios formalmente reconhecidos, o que representa mais um obstáculo à afirmação de direitos em circunstâncias de conflito. Nesse ponto, pode-se mencionar a presença majoritária de comunidades quilombolas, cujos territórios alcançam baixíssima titulação formal. Assim, a despeito da existência de debates e discussões sobre a regularização dos territórios, inclusive refletida em processos, nem sempre o argumento do direito à CCPLI é mobilizado. Com isso, o não reconhecimento de áreas reivindicadas pelos grupos consiste em um primeiro obstáculo ao acesso a ferramentas para resistir a

²³ No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3239/2004, proposta pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), tendo por objeto o Decreto n.º 4.887/2003 (que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o período de discussão sobre a sua inconstitucionalidade gerou múltiplos efeitos, inclusive a instauração de incidentes de inconstitucionalidade nos tribunais locais, até julgamento definitivo pelo STF, o que ocorreu apenas em fevereiro de 2018. É o caso do Quilombo de Santana (RJ), por exemplo.

imposições, empreendimentos e medidas.

Para responder à segunda questão, que trata do conteúdo do direito à consulta, voltamos a nos deter ao conjunto de decisões apresentadas, tendo em vista que há também um universo de incertezas produzido pelo próprio tribunal em suas decisões. O direito à consulta foi traduzido de diferentes formas no âmbito das decisões apresentadas, nem sempre interpretado tal como previsto na Convenção n.º 169 da OIT e muitas vezes sem referência expressa ao tratado²⁴. As diferentes traduções do direito à consulta pelo tribunal não vêm necessariamente acompanhadas de sua base normativa.

Nesse sentido, as decisões desafiam um movimento a mais em direção ao conjunto de peças processuais que compuseram o processo judicial para que seja possível compreender se se trata do debate judicial sobre o direito à consulta livre, prévia e informada aos grupos étnicos minoritários e populações afetadas, ou de uma consulta pública geral, que pode ser deduzida das normas que regulam, por exemplo, o licenciamento ambiental, ou mesmo do direito à participação deduzido de diferentes dispositivos da Constituição de 1988.

Não obstante a possibilidade de obter respostas mais objetivas para o problema empírico levantado, a forma como o direito à consulta e outros direitos de democratização e participação são mobilizados acabam por gerar o efeito de ampliação do universo de incerteza e, assim, terminam por alargar também a zona de desproteção dos grupos destinatários, fazendo do direito à consulta livre, prévia e informada uma grande dúvida. Neste sentido, além de as decisões não reforçarem o dever de consulta, em sua maioria, ampliaram a zona de incerteza. Com isso, além dos efeitos que

²⁴ Citamos, a título de exemplo, as diferentes traduções feitas pelo tribunal no conjunto de decisões apresentado: “sem participação da comunidade” e sem “ouvir a população tradicional local”; “consulta pública” e/ou “consulta do público”; momento que “prescindiu da participação da comunidade”; “sem prévia oitiva” da comunidade tradicional; ausência de “consulta à comunidade” ou de “consulta à comunidade atingida”, ausência de “participação da comunidade tradicional”, “participação da comunidade local”; “desconsiderou [...] que não houve consulta à comunidade indígena” e, ainda, “demandados [...] não estão tendo a oportunidade de acesso ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ficando em clara situação de vulnerabilidade e desvantagem processual”; ausência de “consulta ou negociação com os titulares do serviço público em questão”, bem como “iii) a violação direta aos arts. 1º e 6º da Convenção n.º 169 da OIT, por ausência de consulta pública prévia às comunidades tradicionais interessadas” e, ainda, “iv) por analogia, violação aos arts. 1º e 6º da Convenção n.º 169 da OIT, por ausência de consulta pública prévia às comunidades carentes em geral”; “necessidade de oitiva da comunidade envolvida e conveniência de participação de um ‘tradutor cultural’, que permita às partes ‘se fazer compreender em procedimentos legais’ (Convenção n.º 169 da OIT)”.

geraram nos territórios específicos, acarretam efeitos cognitivos de longo prazo, que iniciativas como essa pesquisa buscam contornar, com a pretensão de conferir algumas chaves de leitura possível do conjunto de decisões encontrado.

De fato, compreender as diferentes temáticas associadas ao direito à consulta e perceber as fronteiras construídas pelos atores é uma condição de possibilidade para que possamos responder ao desafio de promover estudos mais sistemáticos sobre o direito à consulta livre, prévia e informada nos Tribunais, especificamente no TRF2.

Por fim, quanto à última questão, dadas as inúmeras incertezas mencionadas anteriormente, tecer comentários sobre um entendimento majoritário do tribunal se torna um desafio. Com efeito, não é possível dizer que se trata do entendimento majoritário do TRF2, mas pode-se dizer que ele pode ser encontrado no conjunto de decisões aqui reunido. Deste modo, nos desfazemos de pretensões de totalidade, optando por tecer esses últimos comentários nos limites da pesquisa, considerando o primeiro grupo de casos apresentado.

Nos casos em que visualizamos conflitos socioambientais em que o direito à consulta livre, prévia e informada é mobilizado – comunidades tradicionais em processos de afirmação de suas territorialidades específicas frente à instalação de empreendimentos, à implementação de unidades de conservação de proteção integral ou em meio a conflitos possessórios (primeiro grupo de casos) –, as interpretações, em sua maioria, não atribuem centralidade ao direito à consulta, produzindo resultados concretos desfavoráveis aos sujeitos deste direito nas realidades sociais em que estão inseridos, não raras vezes conflitos socioambientais que envolvem múltiplas violações.

A despeito do posicionamento majoritário acima mencionado, é possível dizer, todavia, que isso não significa necessariamente “perda” em um sentido político mais amplo, uma vez que o fato de o debate sobre o direito à consulta estar adentrando os Tribunais aponta para a multiplicação das arenas de luta por esse direito, na medida em que compreendamos o direito como *campo de conflito* (Thompson, 1997, p. 351), tornando-o assim apto a não ignorar conflitos sociopolíticos de grande complexidade, que envolvem largas zonas de incertezas.

5. Considerações finais

O exercício realizado neste trabalho conduz à necessidade de densificarmos o conteúdo jurídico da previsão contida no art. 6º da Convenção n.º 169. Para realizar essa tarefa, é imprescindível inseri-la na lógica dos processos de participação, mas também diferenciá-la enquanto medida de consentimento das comunidades. Nesse sentido, deve-se reiterar que a consulta não pode revestir-se de uma mera embalagem pluralista, por meio de uma escuta protocolar. Ela deve representar uma medida transformadora, capaz de oferecer condições a uma visão contra-hegemônica, baseada na autodeterminação e na incorporação de estratégias jurídicas pelos povos e comunidades tradicionais para a sua mobilização política. Deve-se, ainda, recusar uma adoção meramente conciliatória do procedimento de consulta, devendo levar em conta que ela pode demonstrar a inviabilidade de empreendimentos que acarretem violação ao direito ao desenvolvimento das comunidades.

A ênfase na participação deve ser compatibilizada, pois, com um maior destaque à lógica do consentimento. A CCPLI é fator de reconhecimento das assimetrias entre o Estado e grupos dominantes em relação às comunidades, e mostra-se urgente que os tribunais, ao menos do ponto de vista teórico, compreendam esse fenômeno e atualizem o seu vocabulário jurídico na matéria (cf. Garavito, 2012). Nesse sentido, no esforço de apontar caminhos possíveis, pode ser mencionada a Resolução n.º 230, de 08 de junho de 2021, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que disciplina a atuação do Ministério Público brasileiro junto aos povos e comunidades tradicionais.

Um aspecto fundamental da norma está no reconhecimento de um sistema de proteção constitucional dos povos e comunidades tradicionais, que compreende os conjuntos de arts. 215, 216, 231 e 232 da Constituição, além do art. 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. Isso significa que as previsões constitucionais sobre povos indígenas e quilombolas devem ser compreendidas como normas que abordam a realidade de todos os povos e comunidades tradicionais, produzindo efeitos em todo o ordenamento jurídico. Com isso, afasta-se uma tentativa de hierarquização desses

grupos, colocando-os dentro de um mesmo sistema de defesa de seus direitos, com status constitucional e convencional.

Além disso, a Resolução n.º 230/2021 fixa o diálogo intercultural como uma diretriz fundamental na relação do Ministério Público com esses povos. A tradução intercultural, prevista no art. 4º, atende a uma lógica de garantir o trânsito entre mundos diferentes. É necessário que as perspectivas, os modos de vida e as compreensões de mundo das populações tradicionais possam ser trazidas ao conhecimento do órgão também por meio do auxílio de profissionais, como intérpretes, antropólogos e representantes de outras áreas do conhecimento.

No art. 5º da resolução, temos a consagração do direito à participação, que tem como diretriz fundamental o respeito à consulta prévia, livre e informada prevista no art. 6º da Convenção n.º 169 da OIT. A resolução dispõe que a ausência de consulta prévia enseja a nulidade de processos e procedimentos, cabendo ao Ministério Público zelar pelo respeito à norma e aos protocolos de consulta estabelecidos pelos grupos. Assim, não se trata de mera etapa protocolar, mas procedimento a ser enfrentado por meio do diálogo intercultural.

Desse modo, a norma do CNMP atualiza o debate e oferece mecanismos vinculantes no tratamento da matéria, ainda que se limite ao Ministério Público. A resolução oferece também coesão e contrapontos jurídicos e aos ataques normativos e interpretativos que o tema vem sofrendo, a serem manejados principalmente pelos grupos em processos de luta. Ao mostrar o compromisso constitucional do Ministério Público com essa pauta e consolidar entendimentos jurídicos e jurisprudenciais sobre a matéria, o CNMP está informando também outros atores do sistema de justiça acerca da efetividade dos direitos fundamentais dessas comunidades.

Algumas outras iniciativas parecem igualmente importantes, como o Parecer n.º 3, de 02 de setembro de 2021, da Defensoria Pública da União, que, diante de sucessivas modificações nos procedimentos de licenciamento ambiental de empreendimentos, obras e atividades que impactam comunidades quilombolas, apresenta recomendações importantes ao Incra²⁵, entre elas: “b. que

²⁵ O Decreto n.º 10.252, de 20 de fevereiro de 2020, transferiu a atribuição de acompanhamento dos

realizem os processos de consulta de forma livre, prévia, informada e de boa-fé, como preconizado pela Convenção nº 169 da OIT, inclusive em relação à proposta de texto de sua futura Instrução Normativa”²⁶. Ou mesmo iniciativa do próprio TRF2 que, por meio da Portaria n.º 725, de 18 de outubro de 2019, constituiu a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (COCDH), que atua, dentre outros eixos temáticos, com “povos tradicionais”. Considerando que as iniciativas apresentadas apontam caminhos para uma densificação do direito à consulta livre, prévia e informada na 2ª Região, resta evidente o desafio de apropriação dessas propostas pelo TRF2.

Referências bibliográficas

ARAÚJO JUNIOR, Júlio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

BARROS, Alerrandre. “Contra Covid-19, IBGE antecipa dados sobre indígenas e quilombolas”. *Agência IBGE Notícias*, 02 jun. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27487-contracovid-19-ibge-antecipa-dados-sobre-indigenas-e-quilombolas>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

GARAVITO, César Rodríguez. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa em los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2012.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Trad. de Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MITCHELL, Timothy. “Sociedad, Economía y el Efecto del Estado”. In: ABRAMS, Philip; GUPTA, Akhil; MITCHELL, Timothy. *Antropología del estado*. Pról. de Marco Palacios. Trad. de Marcela Pimentel. México: FCE, 2015.

MOREIRA, Maira de Souza. “Racismo e necropolítica: a ameaça permanente sobre referidos procedimentos da FCP para o Incra.

²⁶ Em 22 de dezembro de 2021 foi publicada a Instrução Normativa n.º 111, que demandará esforços de crítica de múltiplos atores, posto que contém inúmeros dispositivos aptos a lesar direitos convencionais e constitucionais das comunidades quilombolas.

a política quilombola e a pandemia como condição de administração”. In: CUNHA, José Ricardo; SILVA, Rogério Borba da; MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva (orgs.). *A violação e a proteção dos direitos humanos na pandemia da Covid-19*, vol. 1, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MOREIRA, M. S.; SOUZA, M. J. A.; OLIVEIRA, V. L. “O agronegócio, a contrarreforma agrária e a luta por direitos no campo”. In: OLIVEIRA, Valter Lúcio de; RIBEIRO, Ana Motta; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *O Brasil que arde e a boiada que passa: instituições, conflitos e relações de poder*, vol. 1, 1. ed., Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Epistemologías del Sur”. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 16, n. 54, jul.-set., 2011.

THOMPSON, E.P. *Senhores e caçadores*. 2. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1997.

VELHO, Gilberto. “Observando o familiar”. In: _____. *Individualismo e cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.



Capítulo 4. TRF3

A Convenção n.º 169 da OIT e a efetividade do direito de consulta nos julgamentos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Andrew Toshio Hayama
Inês Virginia P Soares
Maria Luiza Grabner

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3).

Link de acesso: <https://isa.to/3OD6oLX>



1. Um panorama sobre a realização do direito de consulta no âmbito do TRF3

O conjunto examinado neste capítulo abrange uma seleção de 09 decisões judiciais proferidas pelo Tribunal Federal Regional da 3ª Região (TRF3) entre os anos de 2009 e 2021, período, portanto, em plena vigência da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil.

Embora presente em todos os casos, a abordagem de conflitos, individuais ou coletivos, envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e outras tradicionais, a Convenção n.º 169 da OIT aparece sob diferentes roupagens: às vezes como fundamento jurídico; outras, como mera argumentação de reforço; e, somente em anos mais recentes, como objeto central das demandas.

No lapso temporal de doze anos, dentre as 09 decisões do TRF3 que foram selecionadas para análise, 06 demandas são relacionadas a direitos indígenas, 02 são situações relativas a comunidades quilombolas e 01 questão versa sobre outra comunidade tradicional.

As decisões compiladas revelam, em princípio, um Tribunal atento às normas constitucionais de 1988, aplicáveis aos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais, bem como às normas da Convenção n.º 169 da OIT, especialmente no tocante ao direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (DCCLPI), o que demonstra certo avanço, sem dúvida alguma, quando se leva em conta um Poder Judiciário normalmente pouco permeável ao tema sob estudo, como de resto aos direitos humanos, de um modo geral.

Ainda que tímida, não por acaso, essa evolução vem a reboque de uma atuação mais incisiva das Defensorias Públicas e do Ministério Público Federal (MPF), sem prejuízo do protagonismo dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais na luta por seus direitos, o que se revela também tanto nos aspectos materiais quanto processuais das demandas judiciais que lhes dizem respeito.

Esta evolução ganhou maior impulso com a atenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao tema, pela expedição da

Resolução CNJ n.º 287, de 25 de junho de 2019, que estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário e que em seus “considerandos”, além de mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Constituição Federal, também destaca “que o relatório da missão da Relatora Especial sobre os povos indígenas da ONU [Organização das Nações Unidas] no Brasil, de 2016, recomendou aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo que considerem, com urgência, e em colaboração com os povos indígenas, a eliminação das barreiras que os impedem de realizarem seu direito à justiça”. Assim, o CNJ se mostrou atento não apenas à normativa internacional e nacional, mas também à opinião da comunidade internacional sobre seu papel enquanto um poder do Estado brasileiro.

Além disso, ainda no âmbito do CNJ, recentemente foi publicada a Resolução n.º 454, de 22 de abril de 2022, que estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas. Essa norma foi construída, com importante participação indígena, pelo Grupo de Trabalho (GT) “Direitos indígenas: acesso à justiça e singularidades processuais”, instituído pela Portaria n.º 63, de 25 de fevereiro de 2021, assinada pelo Ministro Luiz Fux, presidente do CNJ. Além do trabalho de elaboração da resolução, o GT continua suas atividades para atender outros objetivos dessa portaria, especialmente: “desenvolver roteiro de atuação judicial baseado em boas práticas na condução de processos judiciais envolvendo direitos indígenas; organizar publicação destinada ao aperfeiçoamento dos cursos de formação de magistrados na temática indígena” (art. 1º, incisos II e III).

A atenção do CNJ às singularidades processuais – criminais ou cíveis – que afetam o exercício do direito de acesso à justiça dos povos indígenas, a começar pela reafirmação de direitos básicos e essenciais, como o da autodeterminação, poderá funcionar como “acelerador” na consolidação de direitos, não apenas desses povos, mas também das comunidades quilombolas e outras tradicio-

nais. O material produzido pelo mencionado GT sobre processos cíveis também poderá tornar mais nítida a necessidade de aplicação da Convenção n.º 169 da OIT pelos julgadores e a garantia, pelo judiciário, do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado em situações que ainda hoje são tradicionalmente julgadas sem a perspectiva intercultural, quer dizer, em situações em que já há jurisprudência consolidada, precedentes ou entendimentos sumulados sob a ótica da matéria em litígio: processual, administrativo, previdenciário, ambiental dentre outras.

A não observância do direito à consulta dos povos indígenas, das comunidades quilombolas e outras tradicionais pelo judiciário, apesar do tema ter sido veiculado pelas partes, pode se esconder sob o manto da corriqueira aplicação das normas processuais. A importância dos processos judiciais como espaços de afirmação e fortalecimento dos direitos desses povos, no entanto, não deve ser ignorada. E, agora, há também a Resolução n.º 454, de 22 de abril de 2022, do CNJ, que não pode ser ignorada pelos magistrados. Na abordagem dos julgados, o silêncio sobre a Convenção n.º 169 da OIT e o DCCLPI, e também o afastamento dessa normativa precisam ser levados em consideração, principalmente pelo impacto (em potencial) que podem ter no processo de consolidação dos direitos.

Ao mesmo tempo, é sabido que, assim como todas as cortes julgadoras, o TRF3 possui atribuições e responsabilidades enquanto órgão revisor, adstrito aos limites da demanda proposta e do desenvolvimento da lide no curso da relação processual. Além das limitações impostas pelo modo como os pedidos são elaborados e de como o contraditório é desempenhado, o exercício jurisdicional depende igualmente do espaço de atuação autorizado pelo rito procedimental utilizado.

O escopo deste texto não é promover debate jurídico profundo sobre o mérito dos conflitos que tramitaram no TRF3, mas, sim, fazer uma análise a partir do DCCLPI nos casos a ele submetidos, ainda que o instituto não tenha figurado de forma explícita e direta nos votos como argumento, fundamento ou objeto.

Para analisar os nove casos julgados pelo TRF3, procuramos

reunir as decisões por blocos ou encadeá-las destacando pontos de diálogos. Isso com a pretensão de transformar a leitura de casos judiciais em uma atividade leve e agradável, e, principalmente, de provocar a reflexão sobre novos casos e oferecer subsídios para outras formas de atuar em prol da valorização da Convenção n.º 169 da OIT e da consolidação do DCCLPI.

Para desenvolvimento do texto, começaremos por dois casos de “silêncios” sobre a Convenção n.º 169 que encontram abrigo na instrumentalidade processual. Depois traremos um caso de 2009 que tem um ponto de contato com os dois primeiros por também não mencionar a norma da OIT, mas que se difere pela excelente fundamentação.

Após, passaremos para um bloco de quatro casos em que notamos a dificuldade do TRF3 de incorporar o DCCLPI em demandas que versam sobre gestão pública e discricionariedade administrativa, concursos públicos, licitações e outros temas de direito administrativo.

Na sequência, abordaremos uma decisão que lança luzes para a importância do processo de consulta como instrumento efetivo de autodeterminação dos povos indígenas e se ampara no direito ao mínimo existencial, na viabilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e na rejeição da tese da reserva do possível como blindagem para efetividade de direitos. E terminamos a análise dos casos com um julgado inspirador, que efetiva os direitos de um povo indígena severamente impactado por construção de rodovia e depois por sua duplicação e ampliação.

Vamos aos casos!

2. Análise dos casos julgados pelo TRF3

Começamos nossa análise destacando dois casos de “silêncios”, que foram abrigados ou suplantados por questões processuais ou pelo instrumento processual utilizado, para iluminar a Convenção n.º 169 da OIT e o DCCLPI: a decisão que anulou sentença em fun-

ção de ausência de citação de comunidade quilombola em reintegração de posse¹; e a demanda que envolveu comunidade tradicional impactada pelo Parque Nacional no Pantanal Matogrossense².

Na decisão sobre a reintegração de posse, vale destacar trecho da ementa que indica o conhecimento do julgador sobre o tema:

O fato de a área em questão se encontrar, possivelmente, em terras tradicionalmente quilombolas muda por completo o panorama da presente discussão, por não se poder ignorar, juridicamente, tal fenômeno, o qual envolveria não apenas discussão sobre domínio – o que seria vedado na presente demanda – mas também a questão da posse em si.

[...]

Por esta razão, faz-se mister que se manifeste nos autos a Associação dos Remanescentes de Quilombo - Espírito Santo da Fortaleza, Porcinos e Outros, associação devidamente constituída e reconhecida pela Fundação Cultural Palmares (Ministério da Cultura), CNPJ 10.323.510/0001-53, a qual representa a Comunidade quilombola nesta ação, a fim de integrar a lide no polo passivo litisconsorcial.

- Não há razão alguma que justifique o cerceamento da manifestação processual da referida representante da comunidade nos presentes autos, mormente considerando que essa foi a razão que justificou a atração da competência federal.

Apesar do resultado positivo, com o reconhecimento da legitimidade da Associação dos Remanescentes de Quilombo Espírito Santo da Fortaleza, Porcinos e Outros e a determinação de sua integração à lide no polo passivo, é inegável que a decisão ganharia robustez com a menção ao aporte normativo protetivo das comunidades quilombolas, especialmente à Convenção n.º 169 da OIT.

A outra decisão em que o “silêncio” encontra abrigo na instrumentalidade processual é a dos embargos de declaração no caso em que Ministério Público Federal buscava a regularização de ati-

¹ Apelação Cível n.º 0001914-06.2011.4.03.6108/SP (2011.61.08.001914-5/SP). Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Decisão publicada em: 30 ago. 2019.

² Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 5015838-77.2017.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Johanson Di Salvo. Notificação das partes via sistema PJe em: 10 fev. 2020.

vidades tradicionais sustentáveis no âmbito do plano de manejo da unidade de conservação de proteção integral Parque Nacional do Pantanal Matogrossense (PNPM), reivindicando o respeito a procedimento de consulta e consentimento livre, prévio e informado. O MPF apresentou os embargos de declaração por entender que o acórdão havia sido omissivo quanto à garantia ao direito de sobrevivência da comunidade ribeirinha da Barra do São Lourenço, por ter como lugar de pesca para subsistência uma área situada na zona de amortecimento do parque. Para embasar a rejeição aos embargos, o julgador utiliza os seguintes argumentos processuais:

Destarte, a efetiva desatenção do embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque incorreu em omissão; o embargante usa dos aclaratórios para discutir as “premissas” de onde partiu o voto condutor e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

[...]

Ou seja, “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa”.³

Como os embargos de declaração foram rejeitados, não houve debate a respeito do direito da comunidade de pescadores (comunidade tradicional) sob a ótica da Convenção n.º 169 da OIT,

³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 967190 Agravo Regimental - Embargos de Declaração (AgR-ED). Relator: Ministro Celso de Mello (2.ª Turma). Julgado em: 28 jun. 2016. Processo eletrônico DJe-178. Divulgado em: 22 ago. 2016. Publicado em: 23 ago. 2016. Grifos nossos.

embora conste da ementa deste julgado, no tópico 2, a referência “ao direito de influência e participação das comunidades envolvidas, nos termos dos arts. 2º, 5º, 6º, 7º e 15 da Convenção n.º 169 da OIT e dos arts. 27 da Lei n.º 9.985/2000 e parágrafos, bem como do art. 42, 2º da mesma lei”. O Acolhimento dos embargos e o aprofundamento no tema certamente enriqueceria a própria fruição dos direitos pelos pescadores daquela comunidade tradicional, além de fortalecer e consolidar os direitos de outros povos e comunidades em situação semelhante.

Há um outro caso, que não enquadrámos como “silêncios” abrigados em temas processuais, mas que merece ser tratado agora. É uma decisão⁴ de 2009, a mais antiga que analisamos neste capítulo. O julgado interdito um projeto de turismo empresarial de interesse do governo do estado de São Paulo em território quilombola. O juízo relator não se conteve em apenas deferir o pedido, fundamentando a decisão em dados históricos das comunidades quilombolas do Vale do Ribeira e nas violações de direitos ainda praticadas pela sociedade hegemônica em face de tais grupos, em contexto de racismo estrutural. Consta nos tópicos da ementa deste voto:

6. [...] é adequada a decisão judicial de impedir o projeto de ecoturismo na área que aparenta ser dos quilombolas, a qual inclui o entorno da “Caverna do Diabo”. Ao reverso do que sustenta a recorrente, juízo não impediu pesquisas científicas no local, nem tampouco prática de turismo; evitou, sim, a degradação de local que merece especial proteção, notadamente das autoridades do poder executivo.

7. O presente instrumento e a ação que lhe deu causa tornam visível a dificuldade que a sociedade brasileira tem em resgatar os erros do seu passado. [...] Pois bem. Essa massa de pessoas vive em conflitos perenes ou mal resolvidos, disfarçando com samba e futebol uma agressividade latente e uma violência manifesta. E finalmente, com pura demagogia busca esconder um racismo severo que permeia todos os segmentos sociais – sem exceção – e que faz vítimas preferenciais dessa sociedade hete-

⁴ Agravo de Instrumento n.º 0029172-55.2006.4.03.0000 (2006.03.00.029172-9/SP). Relator: Desembargador Federal Johanson Di Salvo. Decisão publicada em: 14 out. 2009.

rogênea os pobres e os “não brancos”.

8. Enquanto o Brasil não resolver a crise de identidade do seu corpo social, enquanto houver ainda súditos e não cidadãos, enquanto vivermos numa “quase-república”, enquanto não existir compreensão sobre nossa essência humana comum, independentemente de origem, que nos torna iguais, persistirá a dificuldade – dentre inúmeras outras – em reconhecer e implementar os direitos das chamadas “minorias”.

Apesar da profunda análise e da densa argumentação produzida pelo Juízo, prova de sensibilidade e familiaridade com a questão quilombola, não há qualquer menção na decisão à Convenção n.º 169 da OIT e muito menos ao DCCLPI, mesmo diante de proposta governamental que afetaria diretamente território quilombola. Aqui, remete-se aos comentários, nos dois casos anteriores, não somente sobre os limites processuais impostos pela demanda proposta, mas principalmente sobre o prejuízo causado pela não menção à aplicação da Convenção n.º 169 da OIT.

Imaginar os ganhos advindos da alusão à Convenção por uma decisão de qualidade, como a comentada no parágrafo anterior, é também pensar no tempo perdido, desde 2009, momento do julgamento do feito. O que temos constatado, especialmente na última década, é que os precedentes judiciais certamente se retroalimentam, formando uma consistente jurisprudência nacional que tem servido ao aprimoramento do trabalho dos magistrados, ministérios públicos, defensorias públicas, advogados das comunidades, entre outros.

Em um outro bloco, separamos quatro decisões do TRF3, em que notamos a dificuldade de incorporar o DCCLPI em demandas que versam sobre gestão pública e discricionariedade administrativa, concursos públicos, licitações e outros temas de direito administrativo, especialmente naquelas com jurisprudência consolidada nas cortes superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, há duas demandas individuais envolvendo direitos indígenas⁵ nas quais se invoca e se enfrenta diretamente o

⁵ Consta dos tópicos das ementas desses dois julgados: “4. Em que pese a observância da Convenção

DCCLPI. Pretendeu-se o cumprimento do previsto na Convenção n.º 169 de forma a afastar os princípios da legalidade e da vinculação ao edital em matéria de concurso público. O TRF3 deliberou que a ausência de previsão e regulamentação de direito de consulta em edital de concurso afastaria a necessidade de sua observância, por força do princípio da legalidade estrita. A solução proposta pelo MPF para esses casos era bem diferente, como consta no próprio corpo de um dos votos em análise:

Consigne, ainda, o fato de tal procedimento ser reincidente em seleção para comunidades indígenas e, para tal situação, a Procuradoria da República já havia apresentado uma recomendação, no sentido de que o veto dos candidatos deveria ocorrer após um período de experiência, conforme bem ressaltado pelo ilustre Procurador da República à fl.184:

“A Recomendação do Ministério Público Federal deixa claro que a consulta e eventual veto de candidatos, por parte das comunidades indígenas, deve ocorrer após o período de experiência dos profissionais e não antes de sua contratação: ‘que as contratações dos profissionais de saúde para prestação de serviço na CASAI/SP fiquem condicionadas às aprovações dos usuários dos serviços prestados pelos profissionais recém-contratados, devendo a aprovação ser um requisito para a contratação definitiva destes profissionais após o prazo contratual de experiência’⁶.

nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito, restam claro que a impetrada não fez constar do edital a aprovação prévia do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169. 5. Consolidada a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal, no sentido de ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital.” (Apelação/Remessa Necessária n.º 0006156-95.2012.4.03.6100/SP - 2012.61.00.006156-9/SP. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. Publicado em 16 ago. 2016) e “8. Em que pese a observância da Convenção nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito, verifica-se que a impetrada não fez constar do edital a aprovação do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169. 9. Deve o edital ser respeitado, [...] O critério de aprovação pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena, para ser válido, deveria ter constado prévia e explicitamente na carta editalícia. 10. Destarte, por ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente no edital, o ato de desrespeitar a ordem classificatória consubstanciou flagrante violação dos princípios da isonomia e da vinculação ao edital.” (Apelação Cível n.º 0006563-04.2012.4.03.6100/SP - 2012.61.00.006563-0/SP. Relator: Desembargador Federal Nelson dos Santos. Publicado em: 19 jan. 2017).

⁶ Apelação/Remessa Necessária n.º 0006156-95.2012.4.03.6100/SP (2012.61.00.006156-9/SP). Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. Publicado em: 16 ago. 2016. fls. 132. (Grifos nossos.)

Parece adequado entender que, na verdade, concurso público envolvendo serviço prestado a comunidades indígenas deveria ser submetido a anterior procedimento de consulta e consentimento, sem o qual o certame ficaria comprometido. A menção do julgador à recomendação do MPF – instrumento previsto na lei de ação civil pública, que não tem força vinculante, mas que indica ao gestor a irregularidade da conduta e a necessidade de sua correção quando da elaboração de editais para prestação desse tipo de serviço – é ponto que merece atenção. Assim, a aceitação de que o debate fosse travado a partir do direito administrativo e dos direitos titularizados por terceiros supostamente prejudicados, sem qualquer consideração sobre o necessário diálogo entre a Convenção n.º 169 e o litígio, é preocupante.

Da mesma forma, o DCCLPI foi analisado em uma terceira demanda⁷ deste bloco, mas o Tribunal entendeu que este direito não prevaleceria sobre a discricionariedade administrativa de livre nomeação de agente para cargo comissionado. Na perspectiva do juízo, não caberia a aplicação do procedimento de consulta na escolha de coordenação regional da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), sob o argumento de que a medida não afetaria diretamente ou substancialmente direitos ou interesses indígenas. Vale destacar o seguinte trecho da ementa:

3. Como se percebe pela dicção art. 6º, 1, “a”, da mencionada Convenção, a consulta aos povos interessados somente deve ocorrer quando estejamos diante de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Quer isso significar que a consulta aos povos indígenas não deve ocorrer em toda e qualquer situação em que houver a adoção de uma medida legislativa ou administrativa que cuide de matéria indígena, mas apenas naquelas situações em que seus interesses restarem substancialmente afetados.

4. No caso em comento, a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de

⁷ Agravo de Instrumento n.º 5003271-09.2020.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Notificação das partes via sistema PJe em: 15 set. 2020.

outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso. Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estar-se-ia numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando. (Gri-fos no original).

Note-se que, nesse julgado, a expressão “substancialmente” foi incorporada aos interesses dos povos indígenas, para justificar a (des)necessidade de aplicação do art. 6º, 1, “a” da Convenção. Além disso, o julgador se afasta totalmente da visão intercultural necessária para compreensão do que se debate na ação – elos de confiança estabelecidos entre gestor e comunidade, legitimidade dos agentes públicos para o diálogo com os povos indígenas e para oitiva de suas demandas, dentre outros pontos. A ausência de julgamento sob a perspectiva intercultural fica explícita na passagem da ementa em que se fala sobre a necessidade de ocorrência de “um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas” para que a “decisão judicial fosse diferente da adotada” e que se considera que “a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, por si só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso”.

O quarto caso⁸ do bloco de temas solucionados com base no direito administrativo é a decisão em sede de agravo de instrumento no qual o tribunal rejeitou pedido do MPF que pretendia reverter retrocesso administrativo na tutela de territórios indígenas com a inclusão das terras do estado do Mato Grosso do Sul no Sistema de Gestão Fundiária (Sigef) e no Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (Sicar), de modo a constar nesses sistemas

⁸ Agravo de Instrumento n.º 5026986-80.2020.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. Notificação das partes via sistema PJe em: 25 mar. 2021.

as áreas indígenas regularizadas ou em processo de demarcação. Novamente, o DCCLPI foi enfrentado, mas afastado.

Vale lembrar que esse julgado foi publicado em 2021, já durante a pandemia da Covid e após algumas decisões proferidas pelo ministro Luiz Barroso e pelo plenário do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709⁹. Nas decisões dessa ADPF, há menção à necessidade de promoção de “um diálogo institucional entre esta Corte e o Poder Executivo” com o objetivo de “possibilitar a construção de uma solução para a questão indígena” com o apoio e a expertise da administração; e também de “estabelecer um diálogo intercultural entre Poder Executivo, Poder Judiciário e povos indígenas, prática que, além de ser determinada por documentos internacionais de que o Brasil é signatário, abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento”.

No caso em análise, que tramitou no TRF3, há trecho da decisão que ilustra a pouca permeabilidade do direito de consulta quando a visão do julgador é somente lastreada na gestão administrativa e não abraça a perspectiva da interculturalidade:

A eliminação do Atestado Administrativo também não representa um retrocesso às garantias dos direitos indígenas, pois, se por um lado inviabilizava a regularidade da propriedade rural potencialmente localizada em área indígena, também não promovia a defesa dos direitos indígenas, que permaneciam sem o usufruto da terra.

Por fim, considerando que a IN 09/2020 somente simplifica os requisitos administrativos para a regularização da propriedade rural, sem negar o direito originário das populações indígenas, não se mostra impositiva a consulta aos povos interessados, como exige o art. 6^a, 1, “a”, da Convenção 169 da OIT.

No tocante à alegação de risco gerado às comunidades indígenas durante a atual situação de pandemia, não se vislumbra a sua presença, tendo em vista que a IN 09/2020 apenas gera

⁹ Destacamos aqui o voto de 05 de agosto de 2020, levado ao plenário do STF para Referendo na Medida Cautelar na ADPF n.º 709 - DF. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 22 out. 2021.

efeitos formais, atinentes ao georreferenciamento das propriedades privadas, sem determinar ou ocasionar efeitos práticos sobre eventual ocupação ou posse indígena sobre essas terras.

A penúltima decisão¹⁰ que comentaremos está bem embasada e parece beber não somente da fonte normativa e da produção jurisprudencial, mas também dos conhecimentos advindos da pesquisa acadêmica e pelos instrumentos construídos a partir das necessidades cotidianas, como os protocolos de consulta. Esse julgado responsabiliza a FUNAI e, além de lançar luzes para a importância do processo de consulta como instrumento efetivo de autodeterminação dos povos indígenas, está amparado no direito ao mínimo existencial, na viabilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e na rejeição da tese da reserva do possível como blindagem contra deveres constitucionais.

A pesquisa sobre o tema no Brasil ganhou, nos últimos anos, relevância com a publicação de obras voltadas ao aprofundamento dos fundamentos jurídicos do DCCLPI e também dos protocolos de consulta, hoje já reconhecidos como documentos juridicamente vinculantes pela jurisprudência pátria. Além disso, atualmente há uma práxis, já incorporada por muitas comunidades tradicionais¹¹, que permite o aprimoramento do exercício desse direito, cada vez mais presente na realidade dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais como instrumento efetivo de sua autodeterminação.

Esses aportes foram bem utilizados no caso que expõe situação de violência contra povo indígena atingido por instalação de usina hidrelétrica e a inexistência de políticas públicas adequadas durante a realocação da comunidade, submetida a diversas formas de negligência. Transcrevemos trechos da ementa que nos parecem mais relevantes:

7 - No caso em exame, percebe-se que a comunidade Ofayé

¹⁰ Apelação Cível n.º 0007766-30.2000.4.03.6000/MS (2000.60.00.007766-4/MS). Relator: Desembargador Federal Marcelo Saraiva. Publicado em: 24 jul. 2019.

¹¹ Ver, por exemplo, o material reunido pelo Observatório de Protocolos Autônomos, disponível em: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/>> (acesso em: 20 mar. 2022).

não conta com os pressupostos fáticos para o exercício efetivo de sua autodeterminação. O descaso com a tribo torna-se ainda mais evidente quando analisada à luz de direitos já consagrados aos índios pelos tratados assinados pelo Brasil, em especial a Convenção n.º 169 da OIT, internalizada por força do Decreto 5.051/2004.

8 - Ressalte-se que ficou claro que a omissão do Poder Público em designar servidor da FUNAI para atuar de forma constante na comunidade, permitiu a perpetuação de diversas mazelas, violando frontalmente a dignidade humana dos índios Ofayés, os quais vivem sem o mínimo existencial, os quais diante da ausência de tutela dos seus direitos sociais são privados também da liberdade de autodeterminação.

[...]

10 [...] É por essa razão que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

[...]

18 - Impõe-se, dessa forma, a reforma da sentença, para reconhecer o dever das partes réas de prestação de serviço adequado a comunidade indígena, devendo promover todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, devendo ser designado no mínimo um servidor da FUNAI para o atendimento adequado, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante.

No entanto, nesse julgado, há dois pontos a serem considerados: a) não há, propriamente, debate sobre DCCLPI; e b) o tribunal assume posição problemática diante de pedido do Ministério Público Federal que questiona a extinção de postos indígenas. Na decisão é afirmado que a medida não seria ilegal porque não haveria prova de que os povos interessados não teriam sido previamente consultados, invertendo ônus probatório e atribuindo a responsabilidade de provar-se fato negativo. Assim, renovamos a observação sobre a ne-

cessidade de que os julgamentos adotem a perspectiva intercultural.

Encerramos a análise dos casos com um julgado¹² cujo resultado merece comemoração por efetivar direitos fundamentais dos povos Guarani, Guarani Kaiowá, Guarani Nhandeva e Terena, da Reserva Indígena Dourados (RID), severamente impactada pela construção da rodovia MS-156 e depois por sua duplicação e ampliação¹³. O processo contém, além disso, ponto que reclama olhar atento à luz do DCCLPI. O procedimento de consulta foi adotado posteriormente apenas para a definição de medidas mitigadoras, pactuadas de forma adequada em conjunto com a comunidade indígena impactada. Consta da ementa:

17. Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de terras indígenas, a consulta prévia da Comunidade Indígena afetada era requisito prévio indispensável à decisão de realizar a obra. Tal medida está prevista no artigo 6º da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de natureza supralegal e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051/04.

18. O direito dos Povos Indígenas de participarem da tomada de decisões sobre medidas administrativas que os afetem também está consolidado nos arts. 18, 19 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

19. Ocorre que, no caso, conforme admitido pelo próprio réu, a consulta à Comunidade Indígena e a elaboração de Estudos Antropológicos e Ambientais se deu quando as obras já haviam começado, invertendo-se a ordem de todo o procedimento, razão pela qual se fez necessária a adoção de medidas mitigadoras. [...]

22. Assim, claro está que não houve qualquer interferência do

¹² Apelação Cível n.º 0001650-79.2012.4.03.6002. Relator: Desembargador Federal Valdecir dos Santos. Intimação via sistema em: 25 jun. 2020. Acórdão assinado em: 24 jun. 2020.

¹³ O MPF ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP), em face do estado do Mato Grosso do Sul, visando à condenação do réu na obrigação de fazer consistente na execução das medidas mitigadoras e compensatórias pactuadas com a comunidade indígena por ocasião da duplicação da MS-156, que transfixa a Reserva Indígena de Dourados. Consta que, em 2010, o estado do Mato Grosso do Sul duplicou a rodovia no trecho que liga as cidades de Dourados e Itaporã sem consulta prévia aos indígenas, contrariando a Convenção n.º 169 da OIT. Atualmente, após o julgamento da apelação pelo TRF3, em 2020, o processo de consulta sobre as reparações (execução da sentença) tem sido acompanhado pelo Observatório de Protocolos Autônomos, por iniciativa do MPF em Dourados.

Judiciário na discricionariedade da Administração Pública, que, inclusive, decidiu pela realização da obra, sem consultar as Comunidades Indígenas envolvidas, em evidente violação aos direitos dos indígenas. Dessa forma, a intervenção do Judiciário só se deu para determinar o cumprimento das medidas mitigadoras que o apelante já havia se comprometido a efetivar.

Portanto, apesar do TRF3 ter enfrentado diretamente o instituto do DCCLPI e ter levado tal direito a sério, as violações de direitos se consolidaram e tornaram a situação irreversível. Destacamos, assim, a complexidade sempre presente nessas demandas, a importância de decisões que reafirmem os direitos previstos na Convenção n.º 169 da OIT, mesmo sobre violações pretéritas, bem como a necessidade de que todos os envolvidos abreviem os lapsos temporais nas soluções dos litígios.

3. Conclusões

Apesar da análise com viés bastante crítico lançado para as decisões do TRF3, terminamos esse texto de maneira otimista, por vermos no conjunto de julgados um avanço.

Relembramos que o art. 232 da Constituição Federal, até bem pouco tempo, era ignorado nas decisões judiciais prolatadas em demandas que tinham os povos indígenas no polo passivo, que nem sequer eram citados para contestarem as respectivas ações. Contentavam-se, o Poder Judiciário e, muitas vezes, as demais partes envolvidas, única e exclusivamente com a representação das comunidades indígenas pela FUNAI, nos autos, revelando resquícios de uma tutela indígena de caráter orfanológico não mais vigente desde a promulgação da Constituição de 1988, mas sempre pronta a nos assombrar.

Esse “assombro” ainda paira nos ares de 2021 e podemos notar seus voos discretos e sua presença sutil em algumas passagens dos votos analisados, embora não o tenhamos identificado nas

ementas dos julgados, o que já é de grande importância. Por exemplo, no corpo do voto de uma das decisões aqui analisada (a do julgamento sobre a inclusão das terras do Estado de Mato Grosso do Sul nos sistemas Sigef e Sicar), há menção ao art. 1º da Lei n.º 6.001/73 para justificar a decisão, indicando uma visão de integração e não de interação, como prevê o art. 231 da Constituição.

Entendemos que há uma arquitetura normativa de ordem processual e procedimental, pensada em tese para otimizar, racionalizar e organizar a função jurisdicional, que determina aquilo que pode ser dito, discutido e decidido em cada tipo de demanda e conflito. Por isso destacamos, logo na introdução, a relevância do olhar e das normas do CNJ nesse tema, assim como a necessidade de que o judiciário incorpore a perspectiva intercultural em seu cotidiano, no curso processual.

Tudo indica que os agentes do Sistema de Justiça, como o Ministério Público Federal, têm elaborado manifestações e construído fundamentos jurídicos específicos e robustos invocando diretamente a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT e do DCCLPI, mas, nas deliberações do TRF3 avaliadas nesta oportunidade, a legislação internacional não ganhou o destaque que mereceria, mesmo constituindo norma de hierarquia supralegal.

Não seria justo dizer, com base nos julgados em análise, que há uma resistência do TRF3 em incorporar internamente a gramática do direito internacional dos direitos humanos. Aliás, não notamos essa resistência nos casos em que a Convenção n.º 169 da OIT e o DCCLPI sequer são mencionados e, tampouco, nos casos em que são afastados.

Importante realçar que a evolução, por parte da magistratura nacional e em especial do TRF3, na compreensão da importância dos instrumentos jurídicos previstos no direito internacional dos direitos humanos enriquece o desempenho da função judicante, notadamente no contexto de relativo desconhecimento do conteúdo normativo da Convenção n.º 169 da OIT pelos órgãos da administração pública (Schneider, 2018, p. 73).

Tais decisões, ao fazerem expressa menção aos tratados internacionais assinados pelo Brasil sobre o tema e, em especial, à Con-

venção n.º 169 da OIT, reconhecem a importância do direito à consulta prévia, livre e informada como um direito fundamental dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais. É certo, no entanto, que tal reconhecimento, muitas vezes, é feito com ressalvas, como podemos observar nas decisões do TRF3 sobre concurso público comentadas nesse artigo, com restrições antevistas especialmente quanto ao momento e procedimentos a serem adotados na realização da consulta nos casos concretos, o que representa também um desafio a ser urgentemente superado, sobretudo com a indispensável participação dos próprios povos interessados em tais procedimentos, a serem por eles estabelecidos conforme seu tradicional modo, para tornar efetivos tais direitos¹⁴. Reconhecemos as fragilidades, devemos apontar os erros para contribuir com o aperfeiçoamento, mas celebramos os mínimos avanços.

É necessário que a sociedade brasileira como um todo e, principalmente, os povos indígenas e demais comunidades tradicionais, magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e demais advogados aprofundem seu conhecimento não só sobre as normas da Convenção n.º 169 da OIT, mas também sobre as causas e condições que as inspiraram, de modo a se assegurarem não só do texto mas também do contexto social, econômico e cultural que moldou um dos mais importantes instrumentos de proteção e promoção dos direitos dos “povos indígenas e tribais” de todo o mundo, desde sua adoção em 1989 até os dias atuais, e que ainda hoje se mostra atual justamente pela sua natureza emancipatória.

Não podemos encerrar esse artigo sem mencionar a enorme necessidade de redobramos a atenção aos “assombros” que vêm do Legislativo e do Executivo, como o Projeto de Decreto Legislativo n.º 177/2021, para autorizar o Presidente da República a denunciar a Convenção n.º 169 da OIT. A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal elaborou uma nota técnica com o objetivo de subsidiar a deliberação dos congressistas, alertando para as inconsistências e para a invalidade da proposta de denúncia. De acordo com referida nota:

¹⁴ No mesmo sentido, ver: <<https://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/>> (acesso em: 20 mar. 2022) e a Resolução n.º 454/2022, do CNJ.

[...] a denúncia da Convenção n.º 169 da OIT contradiz as determinações da Constituição brasileira e, como ato normativo estampado em decreto legislativo, incide em inconstitucionalidade material. [...]

É certo que a Convenção n.º 169 da OIT não está sozinha e forma hoje um quadro normativo bastante diversificado, composto de outras normas internacionais e internas, de jurisprudência e de doutrina. [...]. Um dos pontos mais importantes da Convenção n.º 169 da OIT refere-se à consulta prévia, livre e informada como mecanismo de participação efetiva dos povos e comunidades tradicionais nos assuntos que lhes digam respeito. Essa modalidade democrática de contemplação de grupos não-hegemônicos (“minorias”) já está entronizada na prática jurídica e não depende mais apenas da Convenção (Ministério Público Federal, 2021).

Portanto, as normas constantes da Convenção n.º 169 da OIT, por todos os relevantes e irretocáveis argumentos constantes da nota mencionada, gozam de status materialmente constitucional, atreladas indissociavelmente ao princípio da dignidade humana. Nela se assume uma atitude geral de respeito pelas culturas e formas de vida dos povos indígenas e tribais, reconhecendo que eles têm direito a uma existência permanente, durável e a um desenvolvimento em função de suas próprias prioridades. Por sua vez, os direitos de participação, de consulta e de consentimento prévio, livre e informado são considerados verdadeiros princípios fundamentais da Convenção n.º 169 da OIT. Neles se encontra o cerne, a nosso ver, do diálogo intercultural proposto por esse documento internacional para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais (Grabner, 2018, p. 54).

Daí a importância de uma jurisprudência construída sobre bases sólidas, utilizando subsídios técnicos, com respaldo no direito interno e no direito internacional capaz de resistir às tentativas de supressão ou amesquinamento dos direitos humanos, como os ora examinados, unindo forças com outros segmentos da sociedade no que Fábio Konder Comparato bem denominou como

Capítulo 4

“afirmação histórica dos direitos humanos” (Comparato, 2007).

Os tribunais federais têm, assim, a oportunidade e a relevantíssima função de tornar o direito à consulta prévia, livre e informada, expresso na Convenção n.º 169 da OIT, um importante instrumento jurídico concretizador de outros direitos, capaz de realizar o tão necessário diálogo intercultural entre povos indígenas e Estados nacionais.

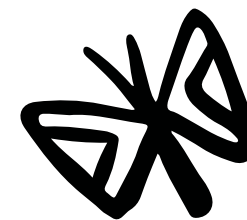
Referências bibliográficas

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed., São Paulo-SP: Saraiva, 2007.

GRABNER, Maria Luiza. “A Convenção n.º 169 da OIT e sua aplicação em defesa dos direitos territoriais das comunidades quilombolas: a consulta e o consentimento livre, prévio e informado como direito fundamental”. In: ____; STUCCHI, Deborah; CHAGAS, Miriam de Fátima (orgs.). Manual de Atuação – 6ª CCR/MPF: reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas. Brasília-DF: MPF, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. Nota Técnica - Projeto de Decreto Legislativo 177/2021 (Denúncia da Convenção n.º 169 da OIT). Brasília-DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/Nota_Tecnica_Convencao169.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SCHNEIDER, Fabiana Keylla. “A consulta livre, prévia e informada no Judiciário brasileiro”. In: GRABNER, Maria Luiza; STUCCHI, Deborah; CHAGAS, Miriam de Fátima (orgs.). Manual de Atuação – 6ª CCR/MPF: reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas. Brasília-DF: MPF, 2018.



Capítulo 5. TRF4

O TRF4 e o racismo estrutural nos estados do sul do Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Isabela da Cruz

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

Link de acesso: <https://lisa.to/3YDRHgr>



1. Introdução

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) abrange os três estados do sul do Brasil: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Esses estados tiveram um processo de intensa colonização europeia no último século e meio e uma tentativa oligárquica de esconder a presença das populações já consolidadas, sejam originárias das Américas, sejam as sequestradas e trazidas da África. De tal forma e tão profundamente esse “branqueamento” se deu, que as oligarquias tentaram apagar da historiografia e esquecer até mesmo os conflitos que obviamente se mantiveram presentes. Não raramente, é alegado que os não brancos têm origem fora das fronteiras nacionais.

Os conflitos por territórios indígenas têm sido tratados pelas autoridades – e oligarquias recém-chegadas – como conflitos gerados pela invasão de estrangeiros. Esse tem sido o discurso e a prática de empresas como a Southern Brazil Lumber & Colonization Co. Inc. que, de 1910 a 1960, destruiu as melhores matas de araucária de Santa Catarina e Paraná, se orgulhava de não empregar brasileiros e usou o exército nacional e as polícias dos estados para empreender uma guerra contra os camponeses do Contestado entre 1912 e 1916 (Fraga, 2009).

Não é muito diferente o que faz a Itaipu Binacional com o povo Guarani 60 anos depois. O discurso é de que não havia indígenas na margem direita do rio Paraná, os que lá estavam – e que ainda estão – são chamados de “paraguaios” e insistentemente desconsiderados em sua vida e em sua cultura, assim como é desconsiderada a sua natureza. Do outro lado, muito longe dessa concepção, a região é considerada na cultura do povo como o centro do mundo e, efetivamente é o centro do mundo guarani, negado, invisibilizado e excluído do discurso e história oligárquica (Caleiro, 2021).

Se há uma negação sistemática e estrutural dos caboclos e indígenas, isso é ainda mais forte com relação à população afrodescendente. A negação e a invisibilidade são totais. Em Curitiba, nesse processo de branqueamento em que a intenção era omitir

a existência de negros e índios, reafirmando o caráter europeu da cidade, foram criados os parques alemão, polonês, italiano, ucraniano e, para mostrar que o preconceito não é total, foram construídos uma pequena praça japonesa e um pequeno, incompreensível e inacessível monumento árabe. O mesmo prefeito que implantou os chamados parques “étnicos” vetou a criação do Parque Cigano negando a essa população um lugar para aportar cada vez que chegasse a Curitiba, e não reconheceu a terra Guarani reivindicada pelos povos indígenas da região. A Praça Zumbi dos Palmares, localizada no bairro Pinheirinho, em Curitiba, só após reivindicações de ativistas antirracistas e da realização de eventos culturais e feiras de afro-empendedorismo, recebeu atenção e recursos, em grande parte vindos do Senegal, para a revitalização do espaço.

Curitiba não é exceção. Histórias terríveis são conhecidas em cochichos, embora omitidas nos livros oficiais. Nas terras férteis de Santa Catarina, em pleno século XX, os chamados ‘bugreiros’ eram pagos para caçar e destruir o povo Xokleng, exibindo as orelhas arrancadas com o mesmo facão que cortava as carnes e veias do povo caçado. Nas planícies gaúchas, os lanceiros negros lutaram na Guerra Farroupilha ao lado dos estancieiros, amigos de seus amos, sob a promessa de que a república a ser conquistada significaria também a liberdade sonhada. Foram traídos e devolvidos a seus senhores que, em todo caso, nada tinham prometido por escrito.

É assim que se desdobra o racismo estrutural no sul do país: invisibilizando a história da população negra e indígena, e se apresentando como a “fina” colonização europeia, a ponto de um famoso grupo carnavalesco de Salvador propor, como tema no carnaval de 2012, a invisibilização da população negra na Região Sul. O bloco afro Ilê Aiyê questionou uma imagem de colonização apresentada às outras regiões do Brasil por anos ao afirmar: “Negros do Sul – Lá também tem”. Uma comitiva realizou uma viagem a cada um destes estados para dialogar com ativistas negras e negros e aprofundar as pesquisas sobre a presença negra enquanto agente histórico, socioeconômico, cultural e político desses estados (Campos, 2011).

Quantas histórias poderiam ser contadas, visto que ainda hoje existem mais de duzentas comunidades quilombolas no sul do Brasil, invisibilizadas pelo racismo institucional que historicamente constrói as narrativas de colonização dessa região. Essas histórias não são apenas de violência, são também de amor pela liberdade, de conhecimento da natureza, de solidariedade e, principalmente, de luta e resistência. Inúmeras também são as histórias indígenas que se somam às caboclas e quilombolas. Não é por acaso que a maior guerra camponesa do Brasil se deu exatamente nessa região, entre 1912 e 1916, a Guerra Camponesa do Contestado. Nela lutaram camponeses e camponesas, em uma região muito próxima à cidade de Quilombo e onde se localizam terras indígenas Xokleng e Kaingang. Ainda que a historiografia omita, a guerra foi indígena e quilombola em defesa da floresta, dos pinheiros, das imbuías, canelas, cedros e erva mate, não pelo valor que elas têm mortas, como queriam as oligarquias, mas vivas e servindo de moradia para gentes, bichos e outras plantas.

Isso significa que, apesar do esforço das oligarquias, os povos resistiram e disputam até hoje seus direitos não reconhecidos. Seria natural, então, que o tribunal federal da região apresentasse muitas decisões e tivesse uma jurisprudência consolidada na garantia desses direitos, mas não é assim.

2. O acesso à justiça e os limites da ação judicial

O sistema judiciário representado pelos juízes e tribunais foi criado e pensado para dirimir conflitos e direitos individuais, a partir de direitos criados por lei, por contratos legalmente estabelecidos ou por atos de poder legítimo. Os direitos coletivos dos povos e os relativos aos direitos humanos têm muito mais dificuldades de serem recebidos, conhecidos e julgados, na expressão do jargão dos tribunais, que quer dizer, simplesmente, têm muito mais dificuldades para chegar aos tribunais.

As regras procedimentais do chamado “processo civil” são

muito estreitas e suas interpretações estão sempre ligadas aos direitos individuais para os quais foram construídas. Além disso, o racismo estrutural e a ideologia da sociedade da mercadoria, decantada por suas oligarquias, impõem uma maior invisibilidade dos direitos coletivos e dos direitos humanos. A técnica jurídica acrescenta a estes ingredientes uma custosa formação e construção de doutrinas e conceitos emitidos em densos e antigos livros, e interpretação, pareceres comprados e prática social oligárquica que, em muitos casos, afasta direitos coletivos e humanos. A tudo isso é acrescido um preço. A justiça é cara! Nesse contexto, quando a lei concede ou reconhece algum direito aos povos e procura compensar a inexistência de igualdade na sociedade tentando retirar o véu de invisibilidade, esbarra em sua concretização nos atos da administração pública e nas decisões dos tribunais.

De fato, há reconhecimento de direitos expressos em leis, muito especialmente a partir da Constituição de 1988, tanto para os povos indígenas como para quilombolas e outros povos tradicionais, e, reforçando este conjunto, direitos coletivos inerentes à natureza e ao patrimônio cultural, os assim chamados meio ambiente natural ou artificial. A partir de 1989 há o reconhecimento internacional desses direitos com a Convenção n.º 169 da OIT e outros tratados internacionais, como a Convenção sobre a Biodiversidade Biológica, de 1992, que se somaram a normativas anteriores, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), direitos que devem ser concretizados tendo como base a igualdade e o acesso pleno das pessoas e comunidades. A Assembleia Geral da ONU proclamou o período entre 2015 e 2024 como a Década Internacional de Afrodescendentes, com o objetivo de que a comunidade internacional reconheça que os povos afrodescendentes representam um grupo distinto cujos direitos humanos precisam ser promovidos e protegidos, e tem como tema “reconhecimento, justiça e desenvolvimento”, e enfatiza a necessidade de reforçar a cooperação nacional, regional e internacional em relação ao pleno aproveitamento dos direitos das pessoas afro-

descendentes, e traz como um dos objetivos centrais adotar e reforçar os quadros jurídicos nacionais, regionais e internacionais de acordo com a Declaração e Programa de Ação de Durban e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, bem como assegurar a sua plena e efetiva implementação¹.

Esses reconhecimentos internacionais adotados pelo Brasil em diferentes momentos fariam pressupor que o século XXI seria marcado pela não violação de direitos, pela redução da violência e da destruição da natureza, pela diminuição da fome e aumento significativo na realização de direitos à alimentação saudável, moradia, educação, proteção do conhecimento próprio e saúde, pelo menos.

As oligarquias, porém, ajustaram suas instituições e convocaram seus intérpretes e hermeneutas para impedir ou dificultar que esses direitos fossem realizados. Usaram duas estratégias bem evidentes: a primeira, a inércia ou letargia da administração pública na concreção desses direitos; a segunda, um ativismo legislativo para, por meio de leis, decretos e outros atos normativos diminuir ou dificultar a realização dos direitos coletivos de povos e comunidades tradicionais. Uma consulta nos arquivos do parlamento sobre projetos de leis, emendas constitucionais, decretos legislativos e medidas provisórias propostas revelam essa intencionalidade estratégica.

Em relação à administração pública, dois atos, ao lado de muitos outros, explicitam essa intenção de diminuir direitos: primeiro, a regulamentação da demarcação de terras indígenas em 1996, que dificultou o procedimento e garantiu a não indígenas direitos de disputar o reconhecimento dessas terras, revogando o processo estabelecido em 1991, que adequa os trâmites à velocidade exigida pela Constituição. O segundo exemplo, que chega a ser infame, foi o decreto de 2002 que regulamentou a identificação dos direitos quilombolas e exigia que a comunidade provasse a ocupação do território desde 1888 até os dias atuais, estabelecendo uma usucapião de cem anos. Felizmente este decreto foi revogado e substituído por uma norma adequada à Constituição em 2003.

Exatamente porque os direitos estabelecidos são negados sis-

¹ Ver site da Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: <www.acnur.org/portugues>; acesso em: 04 out. 2022.

tematicamente, o poder judiciário foi sendo mais chamado a recompor essas violações. Depois de conseguir superar as barreiras “naturais” do judiciário como custos, exigência de advogados constituídos e normas procedimentais restritivas, outra grande dificuldade encontrada é o desconhecimento que as autoridades, especialmente juízes, demonstram das normas garantidoras desses direitos. Como não são direitos de propriedade nascidos do contrato, mas, ao contrário, devem ser deduzidos da vida, de normas internacionais de direitos humanos, das constituições, dos princípios, muitas vezes cotejados e confrontados com os direitos individuais de propriedade, é mais fácil aos juízes decidirem pela regra proprietária. Soma-se a esse desconhecimento o racismo estrutural presente na sociedade.

A tentativa de apagamento desses grupos de forma gradual e ao longo do tempo é uma das formas como o racismo opera. De acordo com a Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o TRF4 é o que possui o menor percentual de negras e negros. Dos 5.010 aprovados após a implantação da política nacional de cotas raciais no Poder Judiciário², apenas 6,1% eram negros, um total de 308 pessoas (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 34). A pesquisa mostra ainda que os percentuais são bastante próximos entre os tribunais superiores, figurando o Tribunal Superior do Trabalho com o maior percentual (14,3%) e o Superior Tribunal de Justiça com o menor (12,7%) de aprovados(as) negros(as).

3. A decisão do TRF4 sobre a Invernada Paiol de Telha

A comunidade quilombola Invernada Paiol de Telha, localizada no centro do Paraná, foi a primeira comunidade quilombola reconhecida pela Fundação Cultural Palmares no estado, sob a égide do Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. O decreto, porém, sofreu uma ação de inconstitucionalidade no Supremo

² Orientada pelo CNJ, com o cumprimento da Resolução CNJ n.º 203/2015.

Tribunal Federal (STF) imediatamente e, apesar de não ter sido suspenso, as forças oligárquicas arguíram a inconstitucionalidade incidental de sua aplicação junto à Justiça Federal.

Ao analisar a decisão final ou os relatórios das ações nas quais figuram a comunidade quilombola Paiol de Telha, pouco se imagina sobre as articulações necessárias para movimentar e fortalecer a defesa jurídica junto aos tribunais. O fortalecimento da comunidade através do envolvimento coletivo promove uma maior aproximação do direito, cumprindo um importante papel de popularizar o acesso à justiça.

A luta histórica da comunidade quilombola Invernada Paiol de Telha na Região Sul do país se construiu ao longo de muitas gerações de pessoas que nunca desistiram de seu direito ao território, e acompanharam e protagonizaram momentos decisivos da história da luta quilombola nacional. Podemos observar que muitas ações foram importantes ao longo do tempo: desde a força da comunidade à assessoria jurídica popular e o apoio estratégico na área de comunicação. Reuniões da comunidade entre si, com anciãs e anciãos, entre a coordenação e associados da representação jurídica da comunidade, reuniões com equipes de comunicação, de técnicos e técnicas representantes da gestão pública, atividades em universidades, reuniões entre movimentos sociais estaduais e nacionais, reuniões com desembargadoras e desembargadores para apresentar um relatório técnico e o livro da comunidade permitiram, dentre outras, que as vozes da comunidade fossem ecoadas ao Brasil, e mundo afora.

Fato marcante foi a presença da comunidade no TRF4 nos dias de julgamento. Raramente se vê cerca de 100 pessoas, negras, empunhando bandeiras, cantando palavras de resistência, tocando tambores ao passar pelas portas giratórias do fórum. Crianças, idosos, pessoas com deficiência, homens e mulheres que lutam em defesa de sua própria história e para continuar existindo. Algumas pessoas ficaram impedidas de entrar devido à vestimenta exigida em alguns espaços públicos, mas a quantidade de pessoas que viajou por quase dois dias para estar em um momento tão importante para sua comunidade era tão grande que todos

acabaram passando, e o tribunal pintou-se de povo.

As pessoas ali presentes, mesmo sem entender muito as palavras que eram ditas, sentadas na arquibancada vermelha, olhavam e ouviam atentamente cada gesto e cada palavra. Ao final de cada voto, todos se olhavam até que uma pessoa explicava para outra o que havia acontecido. Até que entendessem. O julgamento foi tumultuado e emocionante. Acompanhado com apreensão até por quem não estava lá – tratou-se de um caso importante para a jurisprudência e o entendimento sobre o tema.

A visibilidade que a comunidade Paiol de Telha construiu em torno de sua luta pelo território, atravessando gerações ao longo dos anos, se assemelha às reivindicações ancestrais de povos e comunidades tradicionais na Região Sul. Ainda é preciso afirmar que a população desta região se constitui de muitos grupos étnicos e merece respeito à sua história, bem mais do que o discurso racista tenta cotidianamente apagar.

A decisão sobre a causa foi histórica porque antecipou o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto n.º 4.887/03 que, alguns anos depois, seria integralmente reconhecido pelo STF. A decisão sobre a constitucionalidade, porém, era uma preliminar de um conjunto de ações que versavam sobre o território³ e, uma vez superada, possibilitou o julgamento da existência e o reconhecimento dos direitos do quilombo. A decisão seria diferente se tivesse continuado a tramitar sem a interferência direta da comunidade.

4. A consulta prévia: o objeto desta pesquisa e as decisões encontradas

A Convenção n.º 169 da OIT reconheceu aos povos e comunidades tradicionais – nela denominados “povos indígenas e tribais” – o direito de serem consultados sempre que um ato admi-

³ Como se pode ver na busca pelo processo no Portal do TRF4: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200870000001583&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=1&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=>. Acesso em: 20 mar. 2022.

nistrativo ou legislativo viole ou ameace violar seus direitos. Esta consulta está regulamentada na Convenção como prévia, livre, informada e de boa-fé, devendo chegar a um consentimento para a prática do ato. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por sua vez, reconheceu este direito mesmo quando o país não ratificou a Convenção, entendendo-o como uma norma de princípio dos direitos dos povos no caso Saramaka versus Suriname (Corte Interamericana..., 2007). O Brasil, em todo caso, ratificou a Convenção e sua entrada oficial em vigência ocorreu em 2003, um ano após a ratificação, promulgada pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004

Entretanto, esse direito demorou muito a ser entendido pelos tribunais e ainda é pouco aplicado, apesar de sua importância e simplicidade. Sua aplicação tem sido objeto de luta permanente dos povos e sofre uma intensa reação das oligarquias. Esta pesquisa buscou verificar como o tema estava sendo entendido pelo TRF4 e resultou de veras frustrante. Foram encontradas 28 decisões, sendo 19 agravos de instrumento, 8 apelações e 1 pedido de efeito suspensivo à apelação⁴. Como em sua grande maioria são decisões interlocutórias, é difícil apreciar a aplicação do instituto, mas fica clara a fragilidade jurídica na defesa dos povos e comunidades tradicionais na Região Sul do país. Passemos à análise dessas decisões.

Em apelação cível⁵ onde se discutia a implantação da Usina Hidrelétrica de Mauá, o tribunal entendeu estar demonstrado que a usina incidia sobre terra indígena e reconheceu que houve irregularidade na obtenção do licenciamento ambiental por descon siderar as alterações do modo de vida e das tradições das comunidades indígenas Mococa, Queimadas, Apucarantina, Barão de Antonina, São Jerônimo, Pinhalzinho, Laranjinha e Yvyoporã-Laranjinha, mesmo que não seja terra demarcada, pois os direitos indígenas são anteriores à demarcação e o Poder Judiciário tem

⁴ A metodologia e as palavras-chave utilizadas na seleção das decisões analisadas aqui foram definidas pela equipe de organização desta publicação e são apresentadas no capítulo “Pesquisas em jurisprudência socioambiental: metodologia da coleção de decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada”.

⁵ Apelação Cível n.º 5012980-68.2012.404.7001.

obrigação de reconhecê-los por força constitucional. Assim se expressa a decisão: “o reconhecimento de território indígena, pelo Poder Judiciário, independe de prévia demarcação administrativa, notadamente quando verificada a omissão do Poder Executivo em cumprir seu mister constitucional. Cabe ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) proceder ao licenciamento ambiental de empreendimento potencialmente incidente sobre terra indígena, sobretudo quando apuradas irregularidades no licenciamento levado a efeito por entidade ambiental estadual”. Apesar de discutir o direito indígena diretamente, não faz referência à necessidade de consulta prévia, nem mesmo se pôde aferir da decisão se houve pedido nesse sentido do Ministério Público.

Em outra apelação⁶ que também discutia a implantação de uma usina, a Usina Hidrelétrica Monjolinho, vemos que, como a ação demorou muito tempo, quando, afinal, foi julgada, a construção já havia sido concluída. A decisão entendeu que houve perda do objeto, mas manteve a necessidade de reparação do dano. Porém, como havia sido feito um acordo entre a empresa e alguns indígenas, a decisão entendeu que não havia mais o que indenizar. Apesar de o Ministério Público ter alegado a ausência de consulta prévia, a decisão sequer a menciona.

No Agravo de Instrumento n.º 5017701-07.2018.4.04.0000 há uma interessante discussão e uma manifestação de insatisfação do relator pela defesa apresentada pelos órgãos federais, especialmente a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), na proteção dos interesses e direitos indígenas. É que, por tratar-se de agravo, o tribunal não pode conhecer toda a extensão da ação e o relator várias vezes se refere ao recurso como insuficiente para rever a decisão contrária aos indígenas. É a demonstração de como a forma muitas vezes exclui e impede a realização do direito.

O Agravo de Instrumento n.º 5030196-15.2020.4.04.0000/SC, julgado em 3 de agosto de 2020, revela, em toda sua integridade, a confusão do tribunal em relação ao conceito, o sentido e o fundamento da consulta prévia. Ele tratava da concessão da

⁶ Apelação Cível n.º 5001090-75.2012.4.04.7117.

administração dos parques nacionais de Aparados da Serra e da Serra Geral, que poderão ter atividades turísticas. O Ministério Público pediu a paralisação da licitação até que os quilombolas que vivem em território limdeiro fossem consultados. Na decisão, o relator chegou a afirmar que o empreendimento será até positivo para os quilombolas, que terão possibilidade de comércio com os turistas, e afirma que, em todo caso, há a previsão de que sejam ouvidos na implantação do projeto. Porém, em outra decisão⁷, de 27 de abril de 2021, que trata da mesma contradição entre a cessão da administração dos parques e a comunidade quilombola, a relatora reconhece que “o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental”. Afirmando ainda que o direito à consulta é um direito fundamental, mencionando as normas internacionais que o embasam e citando diretamente decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, acrescenta: “violam a Convenção n.º 169 da OIT e o art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos as interpretações que restringem o alcance da consulta ou estabeleçam exceção às hipóteses de incidência”. Com este entendimento, a relatora suspendeu os trabalhos de implantação da administração até que houvesse efetiva consulta à comunidade quilombola de São Roque.

Na Apelação/Remessa Necessária n.º 5027134-66.2018.4.04.7200, houve uma discussão sobre racismo estrutural. Havia uma disputa para a licitação da administração de um camping em parque federal e a comunidade quilombola Vidal Martins reivindicava o direito a essa administração, que estava sendo negado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). A decisão de primeira instância reconheceu o direito quilombola e condenou os réus ao pagamento de indenização por danos morais em função do racismo estrutural revelado. Em grau de apelação, a decisão foi reformada e negada a existência de racismo.

⁷ Agravo de Instrumento n.º 5003779-88.2021.4.04.0000.

5. Considerações de uma crítica que não se encerra aqui

Apesar das comunidades seguirem reafirmando seus direitos, seja dentro ou fora dos tribunais, o TRF4 ainda tem longo caminho a percorrer até reconhecer as normas internacionais e o pleno direito à consulta prévia, livre e informada, realizada de boa-fé e com a finalidade de alcançar o consentimento dos povos e comunidades tradicionais.

Seja pelo histórico de colonização na Região Sul, seja pelo racismo institucionalizado no país do mito da democracia racial, ainda temos muito o que fortalecer no que diz respeito à participação dos povos e comunidades tradicionais no acesso à justiça. São constantes e históricas as violações de direitos a que esses povos estão sujeitos, e cada vez mais essas violações vêm sendo denunciadas.

O direito dos povos tradicionais de serem consultados quando algo vier a impactar diretamente seus territórios pode ser aplicado de diversas formas, mas é preciso que haja o reconhecimento desses grupos, não apenas como sujeitos de pesquisa, ou sujeitos de direitos. É preciso que se reconheça sobretudo a humanidade desses povos e seus direitos fundamentais.

Não basta apenas existir, é preciso existir com dignidade, com qualidade de vida. É um direito de existir como comunidade, em coletivo, e de preservar sua história e a história de seus ancestrais. Não basta a liberdade proclamada, é preciso transitar pelas fronteiras que nos afastam e que se garanta o respeito às diferentes formas de ver, ser, estar, sentir e conviver no mundo.

Não basta dizer que somos iguais, é preciso buscar formas de promover a igualdade entre os que foram historicamente tratados como desiguais. A consulta livre, prévia e informada é um dos passos nessa longa caminhada que é a garantia da participação política e social de povos e comunidades tradicionais nas decisões sobre suas próprias vidas.

Referências bibliográficas

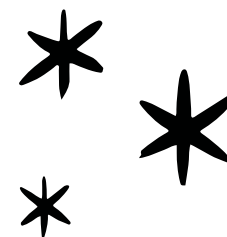
CALEIRO, Manuel Munhoz. Os Guarani e o direito ao centro da terra: direitos territoriais e preservacionismo no Parque Nacional do Iguaçu. 2. ed., Naviraí-MS: Aranduhá, 2021.

CAMPOS, Graça. “Tradicional bloco Afro, Ilê Aiyê, lança tema para o Carnaval 2012”. G1 Bahia, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2011/04/tradicional-bloco-afro-ile-aiye-lanca-tema-para-o-carnaval-2012.html>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname: sentença de 28 de novembro de 2007. San José (Costa Rica): CIDH, 2007. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f-84fb5effe768fe8c.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

FRAGA, Nilson Cesar (org.). Contestado: o território silenciado. Florianópolis: Insular, 2009.



Capítulo 6. TRF5

Invisibilidade e bipolaridade: Notas sobre a aplicação do direito à consulta prévia e do critério de autoatribuição em decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Jeferson Pereira
Clarissa Marques
André Carneiro Leão

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5).

Link de acesso: <https://isa.to/3KD1du7>



1. Introdução

O presente trabalho tem como escopo analisar a forma como o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) tem aplicado o direito à consulta prévia e o critério de autoatribuição, previstos na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para a garantia da autonomia das comunidades quilombolas na definição e gestão de seus territórios. Nesse sentido, o objetivo é investigar teses que dialoguem com os direitos territoriais e autodenominativos dos quilombos. Para tanto, utilizou-se uma metodologia com abordagem qualitativa, com viés exploratório e descritivo, além de pesquisa documental.

O levantamento da jurisprudência foi desenvolvido pela equipe organizadora da presente obra coletiva e partiu de decisões judiciais encontradas na página do portal eletrônico do respectivo órgão julgador. O mapeamento teve como termo inicial a data de 1º de janeiro de 1988 e, como termo final, março de 2021.

O levantamento apontou um conjunto de seis processos, dos quais três referem-se à apreciação de questões relativas a direitos indígenas, um refere-se a uma comunidade pesqueira, outro às comunidades afetadas por determinada obra hídrica no estado do Rio Grande do Norte e apenas uma sobre direitos quilombolas.

Este breve quadro já aponta a reduzida movimentação da temática sobre a aplicação/apreciação da Convenção n.º 169 da OIT e os direitos quilombolas no âmbito do TRF5. O silêncio, nesse caso, é bastante eloquente. Diz muito sobre a invisibilização desse direito fundamental das comunidades quilombolas à consulta prévia e sobre as dificuldades de acesso à justiça por parte dessas comunidades.

De qualquer sorte, serão analisadas, primeiramente e de forma breve, as decisões que, embora não versem sobre direitos quilombolas, podem refletir a forma como a corte regional tem interpretado o direito à consulta prévia. Na sequência, será destacado o julgado que apreciou os direitos reivindicados por uma comunidade quilombola em Pernambuco.

Ressalta-se, por fim, que o artigo apresenta uma reunião de diálogos que partem de três espaços de pesquisa-ação: a contribuição por parte de um advogado da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) e pesquisador bolsista do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental - Cepedis), cujas atividades serviram de base para este trabalho, e as reflexões trazidas pelo Projeto SER Quilombola, uma parceria entre a Universidade de Pernambuco (UPE) e a Defensoria Pública da União (DPU).

2. A proteção constitucional dos direitos quilombolas: algumas considerações

A pesquisa ora apresentada partiu da premissa de que as comunidades quilombolas tiveram historicamente os seus direitos negados desde o período escravocrata, o que perdura, em parte, até os dias atuais. Destaca-se que a opressão escravagista vigorou mesmo após a abolição inconclusa, gerando um grande prejuízo histórico-cultural. A partir dessas perdas incomensuráveis, começou-se a busca, dentre as várias trincheiras existentes, pela efetivação dos direitos negados.

Ressalta-se que a busca por direitos ocorreu e ainda ocorre mediante muitos conflitos, muitas vezes sangrentos. Tais processos culminaram em situação de desterritorialização e reterritorialização. A contrassenso, diante de uma realidade negacionista quanto à existência dos quilombos, e por meio de um grande processo de luta do movimento quilombola organizado, foram conquistados alguns instrumentos normativos para garantia dos direitos quilombolas. Tais instrumentos, mesmo que tardiamente, asseguram, minimamente, a dignidade da pessoa humana aos quilombolas, e, dentre eles, destaca-se a Convenção n.º 169 da OIT, objeto de análise do presente trabalho.

Quinze anos após a constitucionalização do direito quilombola pela Constituição Federal de 1988, foi necessária a regulamentação do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Trata-se do Decreto n.º 4.887/2003, que atua como mecanismo de reafirmação identitária das comunidades quilombolas. Um ano antes da promulgação do referido decreto, em 2002, o Brasil ratificou um outro instrumento de defesa dos direitos quilombolas: a “Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais”, que será aqui analisado à luz da jurisprudência do TRF5.

O referido artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é um divisor de águas no processo de reconhecimento formal dos direitos dos quilombos no Brasil. Fruto de uma intensa luta do movimento negro e de parceiros na Assembleia Legislativa Constituinte, a implantação desse dispositivo garantiu o direito à propriedade coletiva dos quilombos, além de chamar o Estado para tal responsabilidade. Assim, apregoa o dispositivo: “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Importante destacar que tal dispositivo promove uma ressignificação do conceito de posse e propriedade da terra e territórios quilombolas. Quando a Constituição garantiu às comunidades de quilombos o título das terras que ocupam, tutelou o legislador o direito ao trabalho, à preservação da cultura, dos costumes e das tradições. Não haveria fundamento em tutelar constitucionalmente um direito de acesso à terra sem que esse direito se transportasse para a função que a terra desempenha para esse povo e que é parte fundamental da formação da nação brasileira (Prioste; Araújo, 2015).

Desta forma, o território perpassa o conceito de terra, pois subjaz a concretização das conquistas das comunidades afrodescendentes no Brasil, fruto das várias e heroicas resistências ao modelo escravagista e opressor instaurado no período colonial, e do reconhecimento das injustiças históricas. Embora continue presente, perpassando as relações socioculturais da sociedade

brasileira enquanto sistema, o sistema escravagista vigorou até 1888 e foi responsável pela entrada de mais de 3,5 milhões de homens e mulheres prisioneiros oriundos do continente africano – embora haja discrepância entre as estimativas apresentadas.

Destaca-se que o Decreto n.º 4.887/2003, em seu art. 2º, § 1º, além de garantir o direito ao território, também estabeleceu a autoatribuição como critério definidor da identidade quilombola, vinculando-a ao processo histórico ao qual pertencem e à sua ancestralidade negra.

Sendo assim, impulsionou-se a ressignificação do conceito de “comunidade quilombola”: “A partir desse momento, a categoria ‘quilombo’ passou a ser reinterpretada. Precisou assumir um novo sentido para atender à questão agrária de todas as comunidades negras rurais, e não apenas às remanescentes de quilombo” (Fiabani, 2007, p. 71 *apud* Barroso, 2016). Com a devida alocação desse artigo no texto constitucional, as comunidades quilombolas rompem o paradigma terminológico de que quilombo é “local de negros fugidos”, adotando uma nova premissa, tão bem elucidada por Makota Valdina, “não somos descendentes de escravos, somos descendentes de seres humanos que foram escravizados”. Buscou-se definir o quilombola, rompendo com este conceito, afirmado desde o Conselho Ultramarino de 1740 (Junior, 2007 *apud* Barroso, 2016).

É necessário destacar também o papel importantíssimo da Convenção n.º 169 da OIT para a normatização da proteção da autodenominação e ao acesso à terra pelos quilombos no Brasil. Ratificada em 2002, tal instrumento consolidou e resguardou o direito das minorias, protegendo o direito daqueles que sempre carecem de leis para proteger seus direitos.

Desta feita, a referida normativa veio fortalecer os dispositivos presentes no Decreto n.º 4.887/2003 e no art. 68 do ADCT. A Convenção amplia também essas garantias por meio do direito

¹ FIABANI, Adelmir. “O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo: verdades e construções”. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 24., 2007, São Leopoldo-RS. História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos: anais do XXIV Simpósio Nacional de História; Associação Nacional de História (Anpuh). São Leopoldo: Unisinos, 2007. Disponível em: <<http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adelmir%20Fiabani.pdf>>.

à consulta prévia, livre e informada. O direito à consulta prévia é um direito fundamental dos povos. Essa normativa assegura às comunidades quilombolas sua livre autonomia de escolha perante ações externas. Grosso modo, toda ação estatal que vier a interferir nas relações de vida dos povos interessados, exigirá que estes sejam consultados previamente. Os processos de consultas devem ser realizados através de regras internas de cada comunidade, estabelecidos a partir de protocolos de consulta.

Tais normativas garantem direitos fundamentais de extrema relevância, pois se fundam no reconhecimento do direito identitário e comunal de uma população historicamente marginalizada. Porém, a existência de tais garantias no ordenamento jurídico pátrio não necessariamente assegura o pleno gozo desses direitos. Genericamente, esses direitos tornaram-se objeto de disputas políticas e permanecem sub judice em diversos graus do poder judiciário. Um exemplo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.239, julgada constitucional no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 742, também julgada procedente no mesmo tribunal. E tantas outras ações protocoladas em tribunais de justiça de 1º e 2º grau de jurisdição. Deste modo, passamos a destacar alguns precedentes dessas disputas judiciais em torno dos dispositivos constitucionais que asseguram os direitos quilombolas.

3. A jurisprudência do TRF5 e a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT: uma breve análise entre 1988 e 2021

Como mencionado anteriormente, para verificar como o Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem aplicado (ou ignorado) a Convenção n.º 169 da OIT, foi realizado um levantamento das decisões desse tribunal sobre o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado entre 1º de janeiro de 1988 e março de 2021, ficando a cargo dos autores do presente capítulo

tecer observações quanto aos julgados proferidos.

Nesse sentido, o primeiro dos processos pesquisados² tem como objeto um Agravo de Instrumento em sede de Ação Civil Pública. A ementa do julgado foi assim lavrada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGTR [agravo de instrumento]. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À MORADIA. COMUNIDADE INDÍGENA. SUBSTITUIÇÃO DE CASAS DE TAIPA POR CONSTRUÇÕES EM ALVENARIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CRONOGRAMA DE REFORMA/RECONSTRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO TRÂMITE ADMINISTRATIVO RESPECTIVO. CITAÇÃO DO COORDENADOR REGIONAL DA FUNAI [Fundação Nacional do Índio] NO CEARÁ. DESNECESSIDADE. REPRESENTAÇÃO DA FUNAI PELA PROCURADORIA FEDERAL NA PARAÍBA. AGTR PROVIDO EM PARTE. Rel[ator]. Des[embargador]. Federal Emiliano Zapata Leitão. Primeira Turma TRF5. Junho 2012.

A decisão agravada determinou, dentre as providências: “c) consulta à comunidade indígena, por suas lideranças, a ser realizada no prazo de sessenta dias, sobre a modalidade escolhida pela FUNAI para construção/reconstrução das residências e eventuais especificações”.

Apesar da decisão determinar a referida consulta à comunidade indígena, não há menção expressa à consulta prévia, livre e informada nos moldes previstos pela Convenção 169 da OIT. De qualquer sorte, percebe-se que essa turma do TRF5 reconheceu, por um lado, a importância da realização da consulta à comunidade indígena para a execução de uma política concreta de construção de moradias. Por outro lado, não houve referência a qualquer protocolo de consulta, tendo o tribunal assumido que a consulta às lideranças da comunidade seria suficiente para suprir

² Autos n.º 0002783-03.2011.4.05.0000.

as questões de representatividade e legitimidade.

A segunda decisão listada pelo levantamento³ tem como objeto um Agravo de Instrumento em sede de Ação Civil Pública na qual se discutia a suspensão da retirada de água de lagoa situada em área considerada indígena. A ementa foi assim redigida:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SUSPENSÃO DE RETIRADA DE ÁGUA DE LAGOA SITUADA EM ÁREA TIDA COMO INDÍGENA. Rel. Des. Federal Frederico Azevedo. Primeira Turma TRF da 5a Região. Junho 2012.

Chama atenção um trecho das alegações apresentadas pelo agravante, o Ministério Público Federal (MPF): “a inexistência de consulta ao Congresso Nacional, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou à FUNAI acerca da possibilidade de exploração do local”. Percebe-se que dentre as consultas referidas pelo MPF não se encontra a consulta livre, prévia e informada, direito dos povos e comunidades indígenas e tribais, segundo a previsão da Convenção n.º 169 da OIT.

Outro ponto que merece destaque é a afirmação do desembargador relator que “o reconhecimento do direito dos índios à posse das terras por eles habitadas independe de sua demarcação”, apesar de ter indicado haver incerteza quanto ao direito de a comunidade indígena em razão da portaria declaratória da posse da área ter tido seus efeitos suspensos liminarmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O referido destaque (direito à posse independente da demarcação) aponta a variação de entendimento dentre as turmas do TRF5, conforme pode-se perceber na decisão a seguir comentada⁴.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO INTERIOR DE SUPOSTA ÁREA INDÍGENA, DESACOMPANHADA

³ Autos n.º 0010933-70.2011.4.05.0000.

⁴ Autos n.º 0801750-32.2017.4.05.0000.

DE LICENÇA AMBIENTAL E AUTORIZAÇÃO DA FUNAI. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE ÁREA INDÍGENA. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO NÃO CONCLUÍDO. RECURSO IMPROVIDO. Relator Des[embargador]. Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto. Quarta Turma do TRF5. Agosto 2017.

A situação levada ao tribunal tratava de um pedido de suspensão de obra de esgotamento sanitário em terras identificadas como tradicionalmente ocupadas por indígenas, conforme os trabalhos de campo realizados pela FUNAI. Entretanto, o desembargador relator entendeu que “não se pode afirmar que a área sobre a qual está sendo realizada obra de esgotamento sanitário cuida-se, de fato ou de direito, de terras indígenas, uma vez que não foi concluído o procedimento de demarcação”.

Destacou ainda que:

[...] até que seja concluído o procedimento de demarcação e declarada como indígena a área, não há razões para se exigir autorização da FUNAI para realização de obras pelo agravado [...] Como consequência, aparentemente não seria o IBAMA competente para conceder licença ambiental à obra, já que a narrativa contida na petição inicial associa a competência do IBAMA ao fato de a área se tratar de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, o que até então não restou demonstrado.

O Agravo de Instrumento foi improvido, não havendo menção à Convenção n.º 169 no relatório.

Já no Relatório dos Embargos Declaratórios, o desembargador Rubens de Mendonça Canuto Neto aponta que, conforme destacado pela embargante, o acórdão não se manifestou sobre alguns artigos da Constituição, da Lei n.º 6.001/1973 e da Convenção n.º 169 da OIT. Entretanto, o relator decidiu que “a discordância com o resultado do julgamento deve ser aventada por outro recurso e não através de embargos de declaração”, tendo

rejeitado os embargos de declaração sem que a necessidade de aplicação da Convenção n.º 169 da OIT tivesse sido apreciada.

Percebe-se, nesse julgado, a existência de posicionamento diverso dentro do mesmo tribunal quanto à extensão do direito à consulta prévia, livre e informada.

Para a Quarta Turma do TRF5, os direitos das comunidades indígenas à autonomia sobre seu território (e, por conseguinte, à consulta prévia sobre ações que lhes sejam potencialmente danosas) só poderiam ser reconhecidos quando “concluído o procedimento de demarcação e declarada como indígena a área em questão”. Esse entendimento restritivo permitiria (como, de fato, permitiu) que vulnerações ao território tradicional fossem/sejam praticadas, sem consulta prévia às comunidades (indígenas ou quilombolas), enquanto não concluído o processo de demarcação.

Ignora-se, desse modo, o critério de autoatribuição prescrito na Convenção n.º 169 da OIT, na medida em que condiciona o reconhecimento de direitos a esses povos a atos administrativos de caráter declaratório do poder público, com o complexo processo de demarcação. Enquanto não concluída a demarcação, na perspectiva da decisão agora examinada, empreendimentos poderiam ser realizados sobre o território reivindicado como indígena independentemente de consentimento prévio.

Note-se que o tribunal foi instado a se manifestar expressamente sobre o teor da Convenção n.º 169 da OIT por meio do recurso de embargos de declaração, mas optou por manter a decisão anterior e a omissão quanto ao normativo internacional.

Na sequência, temos os Autos n.º 0001302-52.2011.4.05.8100 referentes à apelação interposta nos autos de ação popular.

AÇÃO POPULAR. ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DA PRAINHA DO CANTO VERDE. CRIAÇÃO DE RESERVA EXTRATIVISTA. AMPLIAÇÃO DE SEUS LIMITES. SENTENÇA MANTIDA. Relator Des[embargador]. Federal Leonardo Carvalho. Segunda Turma do TRF5. 2017.

Defende o autor da apelação que a Associação dos Moradores

da Prainha do Canto Verde, “requereu ao IBAMA a criação de uma reserva extrativista exclusivamente marinha. Entretanto, sem o necessário consentimento dos moradores, o Presidente da associação aditou o requerimento, solicitando que fosse incluída na RESEX a parte terrestre da comunidade da Prainha do Canto Verde”.

Em seu Voto, o Desembargador Relator Leonardo Carvalho nega provimento à apelação após destacar alguns fatos, dentre eles:

[...] consta nos autos cópia da Ata da Reunião da Consulta Pública, realizada em 07/01/2007, na sede do Centro Comunitário da Prainha do Canto Verde, acompanhada da lista de presença e de fotos do evento, tendo o evento sido precedido de ampla publicidade (fls. 92/128).

Por este aspecto, não se vislumbra vícios patententes no procedimento administrativo de implantação da RESEX, tendo atendido, outrossim, à diretriz do art. 5º, III, da Lei 9.985/2000, e ao princípio da publicidade, uma vez que a população interessada foi convocada a participar do ato público para discutir o projeto, como revelam os documentos acostados aos autos, dentre os quais avisos de consulta pública publicados no Diário Oficial da União (fl. 129) e em jornal de grande circulação (fl. 130). Relator Des. Federal Leonardo Carvalho. Segunda Turma do TRF5. 2017.

A decisão aponta que houve “consulta pública” e que ela foi precedida de ampla publicidade em conformidade com a lei federal que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Snuc), a Lei n.º 9.985/2000. Entretanto, o Voto não menciona a necessidade de consulta prévia, livre e informada, nos termos da Convenção n.º 169 da OIT, bem como não considera o necessário atendimento a um protocolo de consulta cuja elaboração compete exclusivamente aos povos que possam ser afetados por medidas legislativas ou administrativas. Resta, portanto, prejudicado o entendimento quanto à aplicabilidade da referida convenção.

Na sequência das decisões apontadas pelo levantamento jurisprudencial realizado, temos os Autos n.º 0001697-

43.2013.4.05.8401, que versam sobre Apelação em sede de Ação Civil Pública:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EIA-RIMA [Estudo de impacto ambiental-Relatório de impacto ambiental] APRESENTADO PELO DNOCS [Departamento Nacional de Obras Contra as Secas]. PROJETO DE IRRIGAÇÃO SANTA CRUZ DO APODI. VIABILIDADE HÍDRICA ATESTADA POR LICENCIAMENTO CHANCELADO PELO ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL - IDEMA [Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente]. Relator Des[embargador]. Federal Leonardo Carvalho. Segunda Turma do TRF5. Outubro 2020.

De acordo com a ementa, “a questão controvertida central é a seguinte: saber se o projeto do perímetro irrigado Santa Cruz do Apodi tem, ou não, viabilidade hídrica”. Considerando a metodologia aplicada na análise dos demais acórdãos, destaca-se que, nos autos acima apontados, não há qualquer menção, no relatório ou no voto do relator, à Convenção n.º 169 e/ou ao protocolo de consulta prévia, livre e informada.

Por fim, os Autos n.º 0800318-34.2018.4.05.8312 referem-se à ação de reintegração de posse ajuizada pela Associação de Moradores da Comunidade Quilombola Ilha de Mercês, município de Ipojuca-PE.

CONSTITUCIONAL. ADCT. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INÉPCIA DA INICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA AÇÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. INVASÃO. COMUNIDADE QUILOMBOLA. AUTOATRIBUIÇÃO COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE QUILOMBOLA. PARTICULAR NÃO RECONHECIDO PELA COMUNIDADE. REQUISITOS DO ART. 561 DO CPC[Código de Processo Civil]/2015 CUMPRIDOS. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO PROVIMENTO. Relator Desembargador Federal Elio

Wanderley de Siqueira Filho. Primeira Turma do TRF5. Fevereiro 2020.

Trata-se de um recurso interposto por Laucies Neves da Silva em face de sentença prolatada pelo juízo da 35ª Vara Federal do Estado de Pernambuco, que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada pela Associação da Comunidade Quilombola Ilha de Mercês, determinando que o demandado desocupasse o imóvel no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da intimação.

O caso consiste em uma disputa possessória entre as partes em que o TRF5 reconheceu o direito da posse da comunidade quilombola sobre o território reivindicado, nos ditames legais do art. 68 do ADCT, Decreto n.º 4.887/2003 e Convenção n.º 169 da OIT. Na decisão, o tribunal resguarda o direito das comunidades de protegerem a posse do seu território, bem como reconhece o direito da autonomia dos povos sobre o seu território.

Destaca-se, ainda, que, nessa decisão, a turma do TRF5 reforça a importância da Convenção n.º 169 na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Senão vejamos:

[...] Ainda no bojo da ADI n.º 3.239/DF, decidiu a Corte Suprema, tomando como base a Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, incorporada ao ordenamento jurídico nacional, que é a consciência da própria identidade o critério para se determinar a quais grupos a norma se aplica, como foi previsto no art. 2º, § 1º, do Decreto n.º 4.887/2003 [...]

No acórdão em exame, o TRF5 reconhece, mesmo que timidamente e de forma bem menos abrangente do que seria necessário, a relevância jurídica da consulta à comunidade e da necessidade de se respeitar a sua manifestação de vontade. Reforçando a autonomia dos povos diante das decisões do Estado e do próprio processo de organicidade e reconhecimento dos seus sujeitos, o acórdão assenta que:

A partir de consulta à comunidade, realizada no dia 11.06.2018, a autarquia informou que, segundo os quilombolas: “(...) a família de Lauces Neves da Silva é desconhecida por todos e, logo, por não ter parentesco com as famílias quilombolas, não é quilombola e não faz parte do grupo étnico auto identificado”.

[...] a comunidade em questão foi ouvida, indicando que a área invadida está inserida na área reivindicada como remanescentes de quilombos, não fazendo a invasora parte da referida comunidade [...].

Note-se que o tribunal ressalta que a autoatribuição não é uma manifestação de vontade individualizada e que a permanência no território de terceiras pessoas não pertencentes à comunidade quilombola dependeria do consentimento expresso da coletividade. Reforça-se, desse modo, o entendimento da autodenominação como parte de um processo de participação e reconhecimento do grupo, enquanto pertencente aquela coletividade. Aduz ainda que tal percepção sempre deverá compor-se a partir de um processo de consentimento dos povos interessados, pois estes é que definem e reconhecem seus componentes.

O caso que envolve a comunidade quilombola de Ilha de Mercês apresenta, ao menos, duas peculiaridades.

A primeira refere-se ao fato de que esta comunidade não teve ainda o seu processo de demarcação territorial concluído, e essa foi uma das teses da defesa de Laucies. A Primeira Turma do TRF5 entendeu, como visto, que, no caso concreto, estava em discussão apenas o direito à posse sobre o território invadido por terceiro alheio à comunidade, sendo possível, portanto, reconhecer o direito tradicional da população quilombola à proteção de seu território, antes mesmo da conclusão do processo de demarcação, em respeito ao critério de autoatribuição.

Percebe-se, portanto, nítida divergência entre essa decisão e aquela presente nos Autos 0002783-03.2011.4.05.0000, acima examinada, pois, nesta última, como visto, o mesmo tribunal havia condicionado o usufruto de direitos sobre o território reivin-

dicado à conclusão do processo de demarcação. A divergência pode ser parcialmente explicada pela distinta composição da turma no momento do julgamento, mas revela uma inconsistência dogmática na jurisprudência do TRF5.

Além disso, uma outra peculiaridade do caso diz respeito ao contexto de disputas sobre o território da comunidade. A comunidade quilombola de Ilha de Mercês localiza-se no litoral sul do estado de Pernambuco. Cuida-se de uma comunidade de pescadores e de pequenos agricultores que pratica a cultura de subsistência. Sem qualquer consulta prévia a essa comunidade, foi instalado sobre o seu território o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, conhecido como Porto de Suape. Esse empreendimento, patrocinado pelo governo do estado de Pernambuco, desde o início, pretendeu o deslocamento forçado da comunidade. A decisão política de esvaziamento do território tradicionalmente ocupado pela comunidade foi tomada sem a consulta prévia, sob a alegação de que não se reconhecia ali a existência de uma comunidade quilombola, embora fossem, desde sempre, evidenciados os seus sinais de tradicionalidade.

Do mesmo modo, também sem consulta prévia, para a construção de uma ponte na região e para impedir o acesso de pescadores ao mar, Suape promoveu o enrocamento do rio que margeia a comunidade, provocando danos severos ao ecossistema de mangue que serve à subsistência da comunidade.

Depois de muita mobilização da comunidade, o desenrocamento está sendo acompanhado e tratado extrajudicialmente pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal.

Não bastasse o assédio do poder público e do poder econômico sobre suas terras, a comunidade quilombola de Ilha de Mercês enfrenta também invasões de terceiros não quilombolas, como a narrada no caso de Laucies.

A decisão do TRF5 forma, nesse sentido, um importante precedente e reforça a resistência da comunidade, inclusive no campo jurídico de batalhas.

4. Conclusões

Como referido ao longo desse estudo, o art. 6º da Convenção n.º 169 da OIT negrita que as comunidades tradicionais têm o direito de serem consultadas, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente.

Apesar da evidência textual desse preceito normativo e de ter sido ele incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro há anos, são ainda poucas as decisões no TRF5 que aplicam esse diploma, particularmente no que se refere ao reconhecimento do direito de consulta prévia.

Esse fato chama a atenção, entre outras razões, porque o TRF5 abrange a maior parte dos estados da região Nordeste do Brasil, que concentra uma quantidade elevada de comunidades quilombolas e comunidades indígenas.

Essa diminuta referência à Convenção n.º 169 da OIT pode ser compreendida como mais um reflexo do processo histórico de invisibilização dos direitos das comunidades tradicionais, espelhando também os obstáculos que essas comunidades têm para o exercício da garantia fundamental do acesso à justiça.

Mesmo a partir da análise das poucas decisões que foram extraídas do levantamento jurisprudencial realizado para a presente obra, pode-se já perceber inconsistências na jurisprudência do tribunal.

De um lado, em caso envolvendo a disputa de direitos de comunidades indígenas, a Primeira Turma do TRF5 entendeu que os direitos das comunidades indígenas à autonomia sobre seu território (e, por conseguinte, à consulta prévia sobre ações que lhes sejam potencialmente danosas) só poderiam ser reconhecidos quando “concluído o procedimento de demarcação e declarada como indígena a área em questão”, transparecendo uma manifesta contrariedade ao critério de autoatribuição previsto na Convenção n.º 169 da OIT.

Por outro lado, a mesma Primeira Turma do TRF5, embora com composição distinta, em caso envolvendo o direito de posse de comunidade quilombola sobre seu território tradicional, invadido por terceiro alheio à comunidade, entendeu que seria possível reconhecer o direito tradicional da população quilombola à proteção de seu território antes mesmo da conclusão do processo de demarcação, em respeito ao critério de autoatribuição.

A divergência pode ser parcialmente explicada pela distinta composição da turma no momento do julgamento, mas revela uma inconsistência dogmática na jurisprudência do TRF5 que certamente impacta negativamente a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT na região e provoca insegurança jurídica para os povos e comunidades tradicionais no que se refere ao seu direito de consulta prévia.

Referências bibliográficas

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BARROSO, Marina Ribeiro. “Comunidade quilombola: breve estudo normativo sobre o artigo 68 do ADCT e o decreto n.º 4887/03 no que se refere à desapropriação das terras”. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://marina0402.jusbrasil.com.br/artigos/412260588/comunidade-quilombola-breve-estudo-normativo-sobre-o-artigo-68-do-adct-e-o-decreto-n-4887-03-no-que-se-refere-a-desapropriacao-das-terras>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DE QUILOMBOS. “O que é Quilombo?”. Disponível em: <<http://conaq.org.br/coletivo/terra-e-territorio/>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

DIREITOSOCIOAMBIENTAL.ORG. Protocolos comunitários de consulta. Cepedis, s.d. Disponível em: <<http://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/protocolos-comunitarios-de-consulta>>. Acesso em: 15 out. 2021.

LUCENA, Danielle Cabral de. “A proteção conferida pelo Art. 68, ADCT, às comunidades remanescentes de quilombos”. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 24 dez. 2014.

Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42618/a-protecao-conferida-pelo-art-68-adct-as-comunidades-remanescentes-de-quilombos>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; ARAÚJO, Eduardo Fernandes de (orgs). Direito constitucional quilombola: análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3239. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2015.



Capítulo 7. STJ

Direito à consulta: Uma análise decolonial da atuação do Superior Tribunal de Justiça

Renan Sotto Mayor
Silvano Chue Muquissai
Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa
Tiago Cantalice

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Link de acesso: <https://isa.to/3OETCNb>



1. Introdução

A história oficial do Brasil se inicia com um gigantesco processo de invasão e usurpação de terras, com o extermínio de milhões de indivíduos, com a destruição de centenas de culturas ancestrais e com a disseminação de uma série de rótulos pejorativos sobre suas populações originárias, marcadas, segundo o olhar eurocentrista, por uma completa ausência, já que seriam povos sem religião, sem pudores, sem valores, sem cultura, sem civilização. Ao mesmo tempo, é marcada por processos de resiliência e resistência dos povos indígenas frente à realidade colonial que se impunha de maneira tão cruel e violenta. Não obstante, ainda hoje se encontram tantas dificuldades em reconhecer o colonialismo como um dos maiores crimes de lesa-humanidade de todos os tempos.

Desde então, os povos indígenas vêm adotando, não só no Brasil, distintos e variados itinerários para defender sua humanidade, sua história, seus modos de vida, suas crenças, suas terras e seu direito ao bem-viver. Inegavelmente, trata-se de uma das lutas populares mais longevas no contexto da sociedade brasileira, na qual ainda se enfrentam inúmeros obstáculos e antagonistas na disputa pela garantia e reconhecimento de seus direitos humanos, com foco especial no direito ao território.

É indiscutível também se tratar de um movimento que acumula diversas conquistas, estruturadas com maior vigor a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 215, 216, 231 e 232) e da adesão do Brasil a tratados e convenções internacionais que versam sobre aquilo que confere especificidade aos povos originários, a exemplo da Convenção n.º 169 da OIT, de 1989, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016.

Esses marcos normativos são fundamentais para os povos indígenas. Todavia, entre o plano do “dever ser” e a realidade vivenciada por eles há uma discrepância abissal. Em realidade, o que se verifica, cotidianamente, é uma série de violações aos direitos

desses povos, conforme será demonstrado. O reconhecimento das pluralidades socioculturais indígenas possibilita um marco decolonial na histórica trajetória de negação desses povos, cabendo ao Estado aceitar seu dever de percurso inevitável, ainda que adiável por sua postura negacionista de direitos. Importante mencionar que não basta reconhecer, no plano formal, a pluralidade da sociedade brasileira, deve-se implementar políticas de governo concretas, voltadas a práticas e estruturas do poder público decoloniais.

Dessa maneira, o presente artigo objetiva realizar uma análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processos que envolvem povos indígenas e o direito à consulta prévia, livre e informada. Mais especificamente, tentando verificar se (e como) o tribunal superior aplica o “controle de convencionalidade”, isto é, se tais decisões estão ou não alinhadas tanto com os tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas celebrados e ratificados pelo Brasil quanto com a interpretação dada a eles pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Em suma, trata-se de uma tentativa de analisar a contribuição do STJ para o reconhecimento dos direitos específicos dos povos originários de nosso país.

2. Do assimilacionismo colonial à decolonialidade

A situação colonial é, ainda hoje, alçada discursivamente por várias lideranças indígenas, quilombolas e tradicionais não só pelo fato de suas histórias terem sido violentamente afetadas por aquele contexto, mas, também, por essa situação e seus efeitos perdurarem até os dias atuais, ainda que com diferentes roupagens.

Segundo Aníbal Quijano (2005), o processo de colonização, iniciado em fins do século XV, estabeleceu um padrão de poder de escala mundial (a colonialidade), que, não só fez surgir América, Europa e África, mas também organizou pessoas e grupos sociais com base na ideia de raça, sobre a qual se constituíram (e se le-

gitimaram) as relações de dominação exigidas pela “conquista”.

As categorias raça e identidade racial foram, portanto, produtos oriundos da invasão das Américas e do estabelecimento da empresa colonial. A diferenciação entre conquistados e conquistadores com base nos traços fenotípicos logo passou a ser entendida como diferenças de raiz biológica e resultaram na naturalização da classificação que demarcava posições de superioridade e inferioridade.

Esse instrumento de classificação social, marcadamente eurocentrista, foi usado como determinante dos lugares e papéis sociais que seriam assumidos pelos sujeitos, dando base para a divisão do trabalho nas colônias. Dessa forma, enquanto os indígenas eram reunidos dentro da estrutura de servidão e os espanhóis e portugueses (os brancos – “raça dominante”) podiam receber salários, estabelecer comércios e atuar como produtores independentes, os negros foram relegados ao regime de escravidão.

É a colonialidade, por outro lado, que permite explicar a continuidade das formas coloniais de dominação, pois parte de suas estruturas de poder e subordinação seguem sendo reproduzidas por mecanismos estatais e sociais contemporâneos. Trata-se de uma marca comum a todas as nações latinoamericanas e que precisa ser reconhecida para ser, então, adequadamente enfrentada. Por isso, não basta a busca por novas estruturas governamentais ou normativas se não houver uma conscientização sobre como a colonialidade do poder repercute nas estruturas do Estado, nas subjetividades (pessoal e social) e na episteme¹ (pensamento).

Colonialidade é um conceito diferente de, ainda que vinculado a, Colonialismo. Este último refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas

¹ A teoria decolonial, de acordo com Walter D. Mignolo, traz entre suas propostas o exercício de aprender a desaprender, de modo a compreendermos que existem outras formas de ser e de viver, não experimentadas ou definidas pelo Ocidente. Assim, decolonial “significa pensar a partir da exterioridade e em uma posição epistêmica subalterna vis-à-vis à hegemonia epistêmica que cria, constrói, erige um exterior a fim de assegurar sua interioridade” (Mignolo, 2008, p. 304). A opção decolonial é, portanto, epistêmica.

noutra jurisdição territorial. Mas nem sempre, nem necessariamente, implica relações racistas de poder. O colonialismo é, obviamente, mais antigo, enquanto a colonialidade tem vindo a provar, nos últimos 500 anos, ser mais profunda e duradoura que o colonialismo. Mas foi, sem dúvida, engendrada dentro daquele e, mais ainda, sem ele não poderia ser imposta na intersubjetividade de modo tão enraizado e prolongado. (Quijano, 2009, p. 73).

De acordo com Quijano (2005), apesar da independência dos Estados latinoamericanos, nenhum deles teria constituído, até hoje, sociedades nacionalizadas; continuamos sendo sociedades coloniais. Para que Estados e sociedades latinoamericanas sejam nacionalizadas seria preciso um processo radical e global de democratização de ambos. O que vemos, todavia, é uma rearticulação da colonialidade do poder sobre outras bases institucionais que mantêm as massas alijadas de todo e qualquer processo de construção da nação e de identidades nacionais².

Como destacam Sonia Alvarez, Evelina Dagnino e Arturo Escobar (2000), os princípios da cultura política dominante na Europa Ocidental (racionalismo, universalismo e individualismo) se misturaram, na América Latina, com outros que se destinavam à manutenção da desigualdade e da exclusão social e política.

Mitos e práticas populistas contribuíram para ofuscar a desigualdade e a exclusão vivenciadas em países como o Brasil. Como consequência, “os grupos subalternos, excluídos, passaram a ver a política como ‘negócio privado’ das elites (como diz Baierle, como ‘o espaço privado dos doutores’), resultando numa imensa distância entre sociedade civil e política [...]” (Alvarez et al., 2000, p. 27). O mesmo pode ser aplicado ao Poder Judiciário e à justiça.

² “A construção da nação e sobretudo do Estado-nação foram conceitualizadas e trabalhadas contra a maioria da população, neste caso representada pelos índios, negros e mestiços. A colonialidade do poder ainda exerce seu domínio, na maior parte da América Latina, contra a democracia, a cidadania, a nação e o Estado-nação moderno.” (Quijano, 2005, p. 135-136).

3. O direito à consulta, a agenda decolonial e suas repercussões no estado democrático de direito

Com vistas a contextualizar o principal normativo internacional que assegura aos povos originários e comunidades tradicionais direitos específicos e fundamentais, como ao autorreconhecimento e à consulta, lembramos que a Convenção n.º 169 da OIT foi elaborada com o objetivo de substituir a Convenção n.º 107, de 1957, que ainda operava pela lógica da colonialidade do poder, o que se refletia em seu viés assimilacionista, pois “tratava o direito dos povos como direito a adquirir um trabalho assalariado individual por meio de contrato ao preço de abandonar a ideia de coletivo e de tribal” (Souza Filho, 2018, p. 163-164).

A revisão ocorreu a fim de desfazer a ideia de integração pelo trabalho, especialmente em relação aos chamados “trabalhadores indígenas” que englobavam, como lembra o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “todos os nacionais não integrados, tribais, camponeses, quilombolas, etc.” (2018, p. 164). A ideia da Convenção n.º 107 da OIT era que o ingresso na modernidade se dava pelo contrato de trabalho e pelo abandono da comunidade.

A vinda de estrangeiros africanos, asiáticos ou europeus em sistema direto de escravidão ou semiescravidão por leoninos contratos, criou novos trabalhadores locais que, na concepção antiga da OIT, também foram chamados de “trabalhadores indígenas” porque eram tão forçados a trabalhar quanto os de ancestralidade anterior à colonização. (Souza Filho, 2018, p. 164).

A Convenção n.º 169 da OIT faz a mesma distinção que a Convenção 107 entre povos de origem anterior à colonização e povos originados posteriormente à “conquista, colonização ou estabelecimento das fronteiras atuais” em qualquer tempo. Porém, enquanto essa

[...] tratava de pessoas, indivíduos e seus direitos individuais, especialmente contratuais, já que o objetivo era a integração,

assimilação por meio do contrato de trabalho. [... A Convenção 169 da OIT] trata do direito dos povos, coletividades e comunidades. Portanto trata do direito à manutenção da situação histórica anterior à colonização ou criada enquanto o processo colonial se desenvolvia. [...] são os direitos das sociedades tradicionais em oposição à ação da sociedade hegemônica, capitalista, no território de um Estado Nacional constituído e independente, membro da Organização Internacional. (Souza Filho, 2018, p. 165.)

Por essa razão, afirma que tanto “os indígenas como os tribais têm os mesmos direitos e a ambos se aplica o conjunto da Convenção. A diferença entre um e outro é somente o período da etnogênese, se anterior ou posterior à conquista” (Souza Filho, 2018, p. 166)³.

A Convenção n.º 169 da OIT, portanto, se alinha ao ideário decolonial ao reconhecer a esses povos, como explicitado em seu preâmbulo, o direito “a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida” e “o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento”⁴.

Ao subscreverem e ratificarem o referido normativo internacional, os países, quase todos latinoamericanos, indicam um compromisso e esforço em reparar os danos causados pelas representações estereotipadas e eurocentristas, por um lado, e por políticas discriminatórias e violentas, por outro, sobre indivíduos e coletividades tradicionais. No entanto, como veremos, trata-se de uma tarefa extremamente complexa, pois, ainda hoje, essa lógica

³ Segundo o Manual da Convenção n.º 169, publicado em 2003 pela própria OIT, os elementos distintivos e marcadores dos povos tribais são: estilos de vida tradicional; culturas e modos de vida diferentes dos outros segmentos da população nacional; e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes, cosmovisões ou por uma legislação ou regulações especiais. Essa tipificação é também abordada por Marcos Marinho: “[...] os povos tribais são aqueles que têm: estilos de vida tradicionais; culturas e modos de vida diferentes de outros segmentos da população nacional, por exemplo, modos de produzir, língua, costumes, etc.; organização social própria e leis tradicionais. A diferença entre os povos indígenas e os tribais é que os indígenas, além daquelas características, vivem histórica e continuamente numa área determinada, ou nela já estavam antes da colonização.” (2014, p. 06).

⁴ Registre-se que, até a presente data, apenas 22 países subscreveram a Convenção: Argentina, México, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, Dinamarca, Espanha, Fiji, Noruega, África Central, Nepal, Nicarágua, Paraguai, Peru, Venezuela, Países Baixos, Honduras, Guatemala e Dominica.

e projeto de poder continuam a influenciar nossa autoimagem de sociedade e a forma de atuação de nossas instituições, dentre elas as do Judiciário.

A Convenção n.º 169 da OIT, todavia, indubitavelmente, contribui para a consolidação e efetivação da agenda decolonial em decorrência dos direitos que reconhece, das obrigações que estabelece aos Estados e dos caminhos que traça em busca da construção de sociedades justas, igualitárias e culturalmente diversas, que respeitem as especificidades dos diversos povos que as formam, destacadamente os indígenas e as comunidades tradicionais.

Por essa razão, ela define como obrigação dos governos consultar tais povos “por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º, § 1º, “a”); e que as consultas sejam conduzidas “de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado” (art. 6º, § 2º).

A Convenção n.º 169 da OIT coloca os povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais como sujeitos políticos centrais e indispensáveis, que devem participar da “formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente”, reconhecendo-lhes o direito de

[...] definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. (art. 7º, § 1º).

Antecipando o que só será incorporado por nosso arcabouço normativo interno anos depois, a Convenção n.º 169 da OIT obriga os Estados signatários a garantir

[...] a realização de estudos, em colaboração com os povos

interessados, para avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental das atividades de desenvolvimento planejadas sobre eles. Os resultados desses estudos deverão ser considerados critérios fundamentais para a implementação dessas atividades. (art. 7º, § 3º).

Destaca-se que essa Convenção ainda determinou que, em situações nas quais o Estado retenha a propriedade dos direitos minerais ou dos recursos do subsolo, como é o caso do Brasil, além da consulta aos povos indígenas e comunidades tradicionais afetadas para avaliar a dimensão dos impactos, antes da autorização de qualquer projeto de exploração desses recursos existentes em suas terras, eles, sempre que possível, “participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades” (art. 15, § 2º).

Finalmente, cabe mencionar que seu art. 16 é taxativo ao dispor que “os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam”.

O direito à consulta prévia, livre e informada está fundamentado também em outros instrumentos de direito internacional, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, que influenciam o arcabouço normativo interno de vários países.

Na América Latina, a Bolívia, por exemplo, possui a Lei n.º 3.058/2005 e o Decreto Supremo n.º 29.033/2007 que tratam especificamente do direito a consulta aos povos indígenas. Na Venezuela, chama a atenção a Lei Orgânica dos Povos Indígenas que, em seu capítulo 2, trata da consulta prévia aos povos indígenas. Já a Colômbia é um dos países da América do Sul que mais tem debatido internamente o direito de consulta prévia aos povos indígenas.

O Brasil, por sua vez, ratificou a Convenção n.º 169 da OIT como norma definidora de direitos humanos com aplicação imediata (nos termos do art. 5º, §1º, e art. 2º da Constituição Federal), tendo caráter de norma constitucional ou, conforme o entendimen-

to do Supremo Tribunal Federal (STF), de norma de caráter supralegal. A Constituição Federal de 1988, aliás, guarda vários pontos de intersecção com as disposições dessa Convenção já que prevê, por exemplo, o reconhecimento do direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput) e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes (art. 231, § 3º e § 6º)⁵. Do mesmo modo, vemos os marcos estabelecidos pela Convenção n.º 169 da OIT reverberarem por normativos infralegais basilares para os povos indígenas e comunidades tradicionais, como o Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, o Decreto n.º 5.758, de 13 de abril de 2006, o Decreto n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007 e o Decreto n.º 7.747, de 05 de junho de 2012.

Contudo, sabemos que a submissão e a adequação da estrutura jurídico-administrativa do país frente aos tratados internacionais de direitos humanos ainda são parciais. Somado a isso, persistem muitas incertezas sobre o procedimento de consulta. São comuns os argumentos de que a previsão feita pela Convenção n.º 169 é registrada de modo genérico e falta uma regulamentação oficial⁶ sobre “como, quando e a quem” ela deve ser aplicada. Isso gera contraproducentes disputas de narrativas e interesses envolvendo empreendedores, órgãos públicos responsáveis pela proteção dos povos indígenas e comunidades tradicionais⁷, movimentos sociais, entidades do terceiro setor, ministérios públicos, defensorias, órgãos licenciadores ambientais e órgãos de governo responsáveis pela condução da política econômica e de infraestrutura.

⁵ Nesse sentido, a Carta Cidadã também converge com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, haja visto que seus arts. 25 e 26 preconizam que os indígenas possuem o direito aos seus territórios, terras e recursos que neles existam.

⁶ Com base na Portaria Interministerial n.º 35, de 31 de janeiro de 2012, houve uma tentativa de regulamentação pelo governo da ex-presidenta Dilma Rousseff, bastante criticada pelos movimentos sociais. No presente momento, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) n.º 177/2021, que denuncia e tenta retirar o Brasil da Convenção n.º 169 da OIT (ver: Ministério Público Federal, 2021).

⁷ O Decreto n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, define povos e comunidades tradicionais (PCTs) 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” (art. 3º, I).

Para responder às questões sobre “como, quando e a quem” aplicar o direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé é preciso realizar dois movimentos. Primeiro, identificando as fontes do direito dos povos indígenas que, segundo Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, integrante do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS),

[...] han sido establecidos a través del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en setiembre 2007 y las demás fuentes del derecho internacional. Los estados están vinculados a estos derechos por el derecho convencional, la jurisprudencia internacional, el derecho consuetudinario internacional, los principios generales del derecho y la doctrina. A nivel interno, este corpus de derechos ha sido adoptado en la región a través de las reformas constitucionales desatadas a partir de la última década del s. XX. En lo procesal, estos derechos obligan a los estados a implementar procesos de diálogo, participación y consulta previa antes de tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas. En lo sustantivo, los estados quedan obligados a respetar las decisiones y prioridades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. En el caso de proyectos de desarrollo, en particular, los estados están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas, de acuerdo a la visión de desarrollo de éstos. (2011, p. 1-2).

E, segundo, exercendo o chamado “controle de convencionalidade”, que permite que a decisão (administrativa, legislativa ou judicial) seja tomada em conformidade não apenas com os preceitos constitucionais, mas, também, com tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e com os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência das cortes internacionais, a exemplo da Corte IDH⁸.

8 Vale registrar que essa Corte, ao analisar o caso do povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador,

No Brasil, o direito à consulta vem sendo com frequência utilizado pelos povos indígenas e comunidades tradicionais em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos, obras e atividades potencialmente poluidoras ou capazes de causar degradação ambiental como meio de garantir um mínimo de protagonismo na condução de tais processos.

No entanto, o licenciamento ambiental desses projetos de infraestrutura e desenvolvimento, muitas vezes, tem avançado sem que o processo de consulta esteja concluído ou mesmo tenha sido iniciado. Por esse motivo, aos olhos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, as potencialidades afirmativas e transformadoras da consulta vêm sendo sufocadas e reduzidas por empresas e governos que, em diversas ocasiões e por razões antidemocráticas, enxergam tal dispositivo como mais uma mera etapa de cumprimento de formalidades, cujos resultados não possuem caráter vinculante.

[...] a consulta prévia, livre e informada, está sendo limitada a discutir eventuais medidas para compensar ou reduzir impactos, não sendo objeto de discussão a necessidade de construção do empreendimento por si, ou seja, já se parte do pressuposto de que o empreendimento deve ser construído, sem opção. [...] nesse sentido não existe, atualmente, no Brasil o mecanismo de consulta prévia, livre e informada, nos moldes previstos na Convenção 169 da OIT. Embora o tratado tenha sido ratificado pelo Brasil e regularmente incorporado ao ordenamento jurídico interno, os seus dispositivos não são respeitados. [...] Apesar de o método de consulta e elaboração dos estudos ser dinâmico, não é razoável que ocorra a inversão das fases do licenciamento, no sentido de se avançar à fase seguinte sem cumprir os requisitos do momento anterior. Isso significa que uma exigência da licença prévia de um empreendimento não pode ser postergada para a licença de instalação com o objetivo de aceleração da obra ou cumprimento de cronograma. (Nunes, 2018, p. 116-117).

classificou o direito à consulta como um “princípio geral do direito internacional” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012).

Para sua aplicação adequada, todavia, a consulta deve ser prévia

[...] a la medida que va a adoptar el Estado. Si se trata de actos complejos o procesos largos como actividades extractivas donde el Estado adopta varias medidas a lo largo del ciclo de un proyecto, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Además, deberá implementarse consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas: por ejemplo, antes de una lotización, concesión, ampliación, exploración, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente, deberán convocarse consultas para acciones concretas, como la determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios, y por tanto indemnizaciones. (Fajardo, 2011, p. 15-16).

Tal pressuposto é complementado por Nunes, segundo o qual “[...] é dever do Estado garantir que os povos indígenas afetados participem ativamente da tomada de decisões a respeito do modelo que será implantado o empreendimento nas áreas tradicionalmente ocupadas” (2018, p. 114). Trata-se, como vemos, de direito coletivo e fundamental que deve ser respeitado.

Os estudos específicos de impacto socioambiental a que têm direito os povos indígenas devem ser conduzidos de modo participativo e apresentar de forma clara as “vantagens e desvantagens dos empreendimentos para as comunidades indígenas e a real necessidade de construção desses empreendimentos nas áreas tradicionalmente ocupadas por essas comunidades” (Nunes, 2018, p. 117).

A consulta prévia, livre e informada não se coloca a priori contra qualquer projeto de desenvolvimento ou contra o progresso socioeconômico dos Estados, mas opõe-se à lógica desumanizante, assimilacionista, homogeneizadora, ambientalmente insustentável e socialmente injusta do “desenvolvimento a qualquer custo”. Não se trata de um dispositivo que instaura um conflito intransponível de direitos e interesses. Ao contrário, como determina o § 2º do art. 6º da Convenção n.º 169 da OIT, a consulta deve ser conduzida “[...] no sentido de que um acordo ou consen-

timento em torno das medidas propostas possa ser alcançado”.

Não obstante, é preciso que o Estado, e as empresas, ao buscar o acordo ou consentimento de um povo indígena assumam “[...] de buena fe que la medida propuesta no es sólo un asunto de ‘interés general’ sino que beneficiará al pueblo en cuestión” (Fajardo, 2011, p. 15).

Sabemos, porém, que devido a uma série de irregularidades que se dão nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos, obras e atividades que afetam povos indígenas e comunidades tradicionais quanto à consulta, muitos deles são alvo de judicializações.

Dessa forma, a fim de contribuir com a verificação quanto ao modo como vem se constituindo internamente a jurisprudência em torno da consulta prévia, livre e informada, passamos a analisar, em seguida, algumas decisões do STJ.

4. A atuação do Superior Tribunal de Justiça

Como destacamos até aqui, a Convenção n.º 169 da OIT representa uma possibilidade de abertura epistemológica do ordenamento jurídico às alteridades, assim como a própria Carta da República de 1988 possibilitou essa abertura em seu art. 231, ao reconhecer aos povos indígenas a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Considerando esses marcos normativos, a pergunta que se faz é: o STJ realmente aplica a Convenção n.º 169 da OIT e o direito internacional dos direitos humanos em relação à consulta e consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas?

Antes de responder esta pergunta é importante recordar que uma das competências do STJ é: “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais

Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art.105, inciso III, “a”). Portanto, sendo a Convenção n.º 169 da OIT um tratado de direitos humanos, cabe ao STJ julgar os recursos especiais interpostos que tenham como fundamento a violação à citada convenção.

Assim, realizamos pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ buscando localizar precedentes referentes ao direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, bem como que fizessem referência à Convenção n.º 169 da OIT. É importante destacar que a pesquisa teve como recorte temporal o período entre o ano da promulgação da Constituição (1988) e julho de 2021.

Após longa análise dos julgados do STJ, foi possível observar que existe uma verdadeira barreira de acesso à justiça aos povos originários, quilombolas e comunidades tradicionais. Enquanto a Convenção n.º 169 explicita uma série de direitos a esses grupos, o STJ parece estar apegado a formalismos exacerbados, desconsiderando todo o processo histórico de violação de direitos humanos/genocídio que tais povos sofreram.

Na maioria dos precedentes do STJ analisados, verifica-se que não se ingressou na análise do mérito da questão, ou seja, não se analisou o conteúdo jurídico do direito de consulta e consentimento livre, prévio e informado. Em realidade, na maior parte dos julgados o STJ utilizou argumentos processuais preliminares que impediram o julgamento do mérito. Traremos alguns exemplos: no Agravo em Recurso Especial n.º 1.685.603-CE (2020/0073912-2), a Defensoria Pública da União buscava que houvesse consulta prévia às comunidades do povo Anacé e dos pescadores e agricultores do Planalto do Cauípe, Ceará. Um dos principais argumentos para negar provimento ao recurso foi a incidência da Súmula n.º 07 do STJ que assim dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Outro exemplo é a decisão proferida nos Autos do processo n.º 1.676.445-SC (2020/0055899-6) em sede de Agravo em Recurso Especial no qual se tratava de ação civil pública proposta

pelo Ministério Público Federal (MPF) para adequação do programa Bolsa Família às especificidades da cultura indígena. Mais uma vez o STJ não analisou o mérito e negou provimento ao recurso com base na Súmula n.º 07 do STJ.

Há um julgado, em especial, que demonstra quanto o STJ parece não compreender o conteúdo jurídico dos direitos previstos na Convenção n.º 169 da OIT, a saber: Recurso Especial n.º 1.704.452-SC (2017/0270853-1). Transcreve-se parte do relatório do precedente:

Trata-se de recurso especial interposto por Ministério Público Federal, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF[Constituição Federal]/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ, fl. 644):

DIREITO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO GRAN-ELEIRO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INOCORRÊNCIA.

- Não havendo demonstração consistente de que o empreendimento questionado venha a interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, não há que falar em nulidade do processo de licenciamento ambiental.

- **Tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI (Fundação Nacional dos Povos Indígenas) não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo.** (grifos nossos).

No caso em análise o STJ entende que a consulta/notificação da FUNAI seria suficiente para respeitar os parâmetros de direitos humanos relativos à consulta prévia, vejamos:

Nota-se, portanto, ter havido a consulta ao órgão responsável pela questão indígena, que silenciou. Ainda assim, foi disposto como condição da licença de instalação a realização de estudos de impacto sobre o componente indígena. Não dimana da norma internacional a previsão expressa de que a consulta aos povos tradicionais seja anterior a qualquer outra; no caso, tal manifestação não foi descartada e, nos termos da decisão, será efetivada no curso do processo de licenciamento do empreendimento, antes de sua instalação ou operação.

O acórdão em análise vai de encontro frontal ao disposto na Convenção n.º 169 da OIT e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um primeiro ponto a se destacar é que o acórdão confunde consulta aos povos indígenas com consulta à FUNAI. Com a Constituição da República de 1988, a FUNAI deixa de ter um papel tutelar e quem deve ser consultado são os povos indígenas afetados, não o órgão indigenista, conforme determina a já citada Convenção.

Outro ponto importante é que o STJ olvidou que a consulta deve ser prévia, ou seja, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos a consulta deve ocorrer desde os momentos de planejamento:

El derecho de participación, siendo imprescindible al momento de adoptarse políticas, programas y proyectos, no exime, sin embargo, de que el Estado convoque la consulta previa respecto de medidas concretas a adoptar en el marco de dichas políticas. Por ejemplo, si se ha adoptado la política petrolera, minera o de transportes y comunicaciones, y en ese marco se han definido prioridades o proyectos específicos, ello no exime al Estado de su obligación de consultar por la licitación de un lote, o una actividad de exploración o explotación específica, o el trazado de una carretera, a darse en el marco de la política correspondiente. Pasada la consulta, seguirá funcionando el derecho de participación, pues este comprende además la aplicación y evaluación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo. (Fajardo, 2011, p. 14).

Portanto, quando o STJ dispõe que a consulta “será efetivada no curso do processo de licenciamento do empreendimento”, viola inegavelmente a Convenção n.º 169 da OIT, sendo uma decisão absolutamente contrária ao direito internacional dos direitos humanos e que, dessa maneira, ignora o “controle de convencionalidade”.

Assim, é possível perceber que, apesar de todas as aberturas epistemológicas que a Convenção n.º 169 da OIT possibilita a nosso ordenamento jurídico, o STJ ainda precisa avançar bastante para a adequada aplicação do direito internacional dos direitos humanos, alinhando suas decisões tanto aos tratados internacionais de direitos humanos celebrados e ratificados pelo Brasil, quanto aos parâmetros estabelecidos a esses pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5. Conclusão

Diante do exposto e através da breve análise dos casos apresentados, concluímos que, mesmo diante de todo o processo histórico de usurpação dos territórios tradicionais dos povos indígenas e da violência sofrida por eles desde os primórdios da colonização até os dias atuais, a violação de seus direitos humanos ainda continua presente.

É notório que o Estado brasileiro ainda não garante plenamente os direitos dos povos indígenas, mesmo após as diversas conquistas por reconhecimento de direitos alcançadas por eles, graças a suas mobilizações, organizações e articulações, a exemplo da inclusão dos art. 231 e 232 na Constituição Federal de 1988 e da assinatura pelo Brasil de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção n.º 169 da OIT. Em verdade, continua, de certa maneira, a enxergá-los como cidadãos de segunda categoria e a atribuir-lhes a condição de obstáculos a uma ideia genérica de desenvolvimento.

Isso se expressa quando, mesmo com a adesão a esses Tratados, não há efetivação na aplicação dessas normas. Vimos, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça se mostra mais preocupado com a verificação de adequações formais dos pleitos em defesa dos direitos dos povos indígenas do que com a análise do mérito da questão, não analisando o conteúdo jurídico dos direitos violados, mesmo sabendo que lhe cabe julgar causas decididas que contrariam tratado ou lei federal, ou que lhes neguem vigência.

Portanto, para que se haja respeito e garantia do direito dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, é fundamental que o STJ e demais instâncias do Poder Judiciário observem e apliquem, em todos os casos, o “controle de convencionalidade”, garantindo, dentre outros, seu direito à livre determinação, à participação, à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado.

Referências bibliográficas

ALVAREZ, Sonia; DAGNINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo. “Introdução: O cultural e o político nos movimentos sociais latino-americanos”. In: _____ (orgs.). *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos: novas leituras*. Belo Horizonte-MG: Ed. UFMG, 2000.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGROS RURAIS QUILOMBOLAS; TERRA DE DIREITOS (orgs.). *Racismo e violência contra quilombos no Brasil*. Curitiba-PR: Terra de Direitos, 2018. Disponível em: <[https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/\(final\)-Racismo-e-Violencia-Quilombola_CO-NAQ_Terra-de-Direitos_FN_WEB.pdf](https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/(final)-Racismo-e-Violencia-Quilombola_CO-NAQ_Terra-de-Direitos_FN_WEB.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador: sentença de 27 de junho de 2012. San José (Costa Rica), 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. “El derecho a la libre determinación del desarrollo,

la participación, la consulta y el consentimiento”. In.: APARICIO, Marco (org.). *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio: conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona (Espanha): Icaria, 2011.

MARINHO, Marcos dos Santos. “A proteção internacional dos direitos de povos e populações indígenas e tribais”. *Jus.com.br*, Artigos, 2014.

MIGNOLO, Walter D. “Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade política”. *Cadernos de Letras da UFF, Dossiê: Literatura, língua e identidade*, n. 34, 2008, p. 287-324.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Comunicação Social. “Denúncia da Convenção n.º 169 da OIT pelo Brasil é inconstitucional, inválida e inócua, afirma MPF em nota técnica”. Notícias, 17 nov. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/denuncia-da-convencao-169-da-oit-pelo-brasil-e-inconstitucional-invalida-e-inocua-afirma-mpf-em-nota-tecnica>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

NUNES, Edson Antonio Baptista. *Direitos fundamentais indígenas e recursos hídricos no Brasil*. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro-RJ: Unic, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas: AG/RES.2888. Brasília-DF: OEA, 2016. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

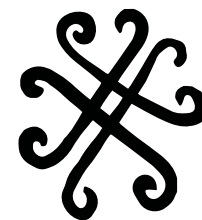
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília-DF: OIT, 2011

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: um manual*. Genebra (Suíça): OIT, 2003.

QUIJANO, Aníbal. “Colonialidade do poder e classificação social”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria de Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra (Portugal): Edições Almedina, 2009.

QUIJANO, Aníbal. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires (Argentina): Clacso, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. “Os povos tribais da Convenção n.º 169 da OIT”. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia-GO*, v. 42, n. 3, p. 155-179, 2018. DOI: 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v42i3.55075>>. Acesso em: 01 set. 2021.



Capítulo 8. STF

**Consulta livre, prévia e informada:
O que o Supremo Tribunal Federal
tem a ver com isso?**

Juliana de Paula Batista
Luiz Eloy Terena
Luiz Henrique Reggi Pecora
Vercilene Francisco Dias

Decisões judiciais relativas ao direito à consulta livre, prévia e informada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Link de acesso: <https://isa.to/45bjhUr>



1. Introdução

A partir da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, o art. 5.º, § 3.º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) passou a estabelecer que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Iniciaram-se, então, discussões acerca da hierarquia dos tratados sobre direitos humanos aprovados antes da EC n.º 45. Ao enfrentar a questão, o STF definiu que tais tratados seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Nos termos do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”¹. Portanto, a Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, tratado internacional que versa sobre direitos humanos, mas que foi ratificado antes da entrada em vigor da EC n.º 45, teria, no mínimo, a estatura de norma supralegal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.269², o STF se pronunciou pela primeira vez sobre os sujeitos de direito da Convenção n.º 169 no país. A ação questionava a proteção deficiente de comunidades quilombolas e tradicionais em razão das alterações promovidas na Lei n.º 11.952/2009. Na ocasião, o ministro relator consignou que “ambas [comunidades quilombolas e tradicionais] se encontram no âmbito de tutela especial abarcado pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais”.

A Convenção n.º 169 da OIT, notadamente o direito à consulta livre, prévia e informada nela inscrito, está sob constante

¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário (RE) n.º 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 05 jun. 2009. Trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (p. 1154). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 02 ago. 2022.

² Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 4.269. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe: 1.º fev. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339400275&text=.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2022.

ameaça no Brasil. No legislativo, o Projeto de Decreto Legislativo n.º 177/2021 visa retirar o país do rol dos signatários do tratado.

Já no STF, a ADI n.º 5.905³, proposta pela então governadora do estado de Roraima, em 2018, questiona a constitucionalidade da Convenção, notadamente o direito de consulta. Tais medidas, demonstram a recalitrância de grupos políticos em reconhecer direitos indígenas, quilombolas e de comunidades tradicionais, bem como a tentativa de reduzir a proteção institucional conferida a eles.

Mas o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado não decorre tão somente da Convenção n.º 169 da OIT. A proteção jurídica ao direito de consulta também encontra amparo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 22 de novembro de 1969; na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007; e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 15 de junho de 2016.

De acordo com Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 8), “no plano jurisprudencial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante interpretação evolutiva do art. 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI [consulta e consentimento prévio, livre e informado] como ‘princípio geral do direito internacional’”. Segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH):

164. [...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional.

165. Portanto, está claramente reconhecida, hoje, a obrigação dos Estados de realizar processos de consulta especiais e diferenciados quando determinados interesses das comunidades e povos indígenas corram o risco de ser afetados. Esses processos devem respeitar o sistema específico de consulta de cada povo, ou comunidade, para que possa haver um relacionamento adequado e efetivo com outras autoridades estatais, atores sociais, ou políticos, além de terceiros interessados.

³ Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5.905. Relator: Ministro Luiz Fux.

166. A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (artigo 1.1). Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas. (Corte Interamericana de..., 2014, p. 466-467).

Internamente, o STF ainda não enfrentou a temática da consulta e consentimento livre, prévio e informado em processo de natureza objetiva, ou seja, aqueles que possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal.

O tema vem sendo ventilado e debatido em processos de natureza subjetiva. No presente trabalho, analisaremos alguns desses precedentes e decisões monocráticas. Os casos apresentam algumas premissas comuns. Primeiramente, todos reconhecem a legitimidade da Convenção n.º 169 da OIT e o instituto da consulta livre, prévia e informada. Posto isso, parece improvável que o STF venha a declarar a inconstitucionalidade da Convenção n.º 169 e do direito de consulta.

Em segundo lugar, os precedentes reconhecem que a discussão sobre a consulta se reveste de natureza constitucional, visto que adentram à análise de mérito dos pedidos. O Procurador Regional da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, nas razões do Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.312.132⁴, explica, de maneira irretocável, a natureza constitucional da discussão: “a adequada participação da comunidade indígena, mediante consulta prévia, é decorrência direta do art. 231, caput, da Constituição, uma vez que é esta a forma que se dá concretude ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios” (p. 04).

O terceiro ponto em comum nas decisões monocráticas e precedentes analisados se refere ao reconhecimento do direito de consulta para empreendimentos no entorno de terras indígenas. A esse respeito, a Ministra Cármen Lúcia pronunciou: “Na proteção aos direitos dos índios, devem ser considerados não só impactos diretos nas terras por eles habitadas, mas as modificações estruturais no entorno dessas terras que possam causar danos ambientais ou interferir na organização cultural das comunidades indígenas” (p. 05).

Há, ainda, outra característica comum: a maior parte dos precedentes e decisões monocráticas estão distantes de garantir o direito de consulta, tal como o direito vem sendo reconhecido por outras cortes constitucionais na América Latina e pela jurisprudência da Corte IDH. Passemos à análise de alguns desses casos.

2. Direito de consulta e suspensão de liminares: o papel contrapedagógico do STF

O Ministério Público Federal (MPF) vem propondo inúmeras ações para garantir o direito de consulta de indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Em duas oportunidades, o STF pôde se manifestar sobre o assunto.

⁴ Supremo Tribunal Federal. RE n.º 1.312.132/RS. Decisão Monocrática. Ministra Presidente: Cármen Lúcia. DJe: 22 mar. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345986215&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

No Agravo Regimental (AgR) na Suspensão de Liminar (SL) n.º 800⁵, o relator considerou que a suspensão de licenciamento ambiental e de obras de usina hidrelétrica configuraria lesão à ordem econômica:

Entendo que manter a paralisação das obras da usina hidrelétrica de Paiaguá representaria grave risco de lesão à ordem e à economia públicas do Estado do Mato Grosso.

Diante dos entendimentos acima expostos e firmados por esta Corte, tenho que o agravo interposto pelo Estado de Mato Grosso deve ser provido para que as obras da citada usina possam ter continuidade.

No caso em apreço, o empreendimento detinha apenas a licença prévia, ou seja, a licença que autoriza a realização de estudos para a posterior solicitação da licença de instalação. Manter o empreendimento suspenso seria a medida mais protetiva dos direitos humanos dos povos indígenas afetados e garantiria a consulta livre, prévia e informada. O evidente impacto sobre os recursos ambientais necessários à sobrevivência física e cultural dos indígenas parece ter sido colocado em segundo plano.

Considerar que “a suspensão do licenciamento e das obras de uma usina hidrelétrica, de forma abrupta, tem o potencial de acarretar graves lesões à economia pública” (ibid.) é deixar preponderar um juízo político do STF em detrimento da guarda da Constituição e do exercício de seu poder contramajoritário de defesa dos direitos humanos e das minorias. A ordem econômica é passível de recuperação. Os impactos deletérios sobre terras e povos indígenas são permanentes e, infelizmente, na maior parte das vezes, sequer passíveis de mitigação pela “ordem econômica”.

O Ministro Edson Fachin apresentou voto divergente que, na nossa compreensão, aquilata de forma mais adequada os contornos da discussão posta à apreciação do Poder Judiciário. Senão vejamos:

⁵ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SL n.º 800-AgR/MT. 20 dez. 2019. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 05 mar. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342536270&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

Ora, por se tratar de matéria atinente à manutenção da vida de todos, a desconsideração das questões ambientais para se sobrelevar a ordem e a economia pública como valores absolutos não parece se coadunar com os princípios constitucionais atinentes ao tema.

A realização do competente estudo para a definição e mitigação dos danos causados às comunidades indígenas que residem na área e que são afetadas pela instalação da UHE [usina hidrelétrica], conforme determina a Resolução n.º 001/86-CONAMA [Conselho Nacional do Meio Ambiente], é essencial para a concretização do estudo prévio de impacto ambiental exigido pela Constituição Federal, em seu artigo 225, §1º, inciso IV, e não se pode desconsiderá-lo, sob nenhuma hipótese, restando de todo evidente que, apesar de não ocorrer o empreendimento dentro do perímetro de terras indígenas, os efeitos deletérios da obra podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que vivem em sua [sic] proximidades.

Pela mesma razão, resta inviável a concessão do referido licenciamento ambiental sem a realização de consulta prévia às comunidades indígenas cujas terras serão diretamente afetadas pelo empreendimento de alto impacto ambiental, nos termos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo direito brasileiro pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

Na medida em que se trate de matéria atinente à manutenção da vida dessas comunidades, com grande impacto ambiental e sanitário, a desconsideração da consulta prévia, determinada pela Convenção n.º 169 da OIT, como meio de informar os índios e de buscar um consenso em relação às obras a serem realizadas em seus territórios, ou nas proximidades mas que tenham o potencial de atingir seu modo de vida tradicional, parece-me descumprir os ditames constitucionais e infraconstitucionais que protegem as formas de ocupação e aproveitamento da terra pelos indígenas.

[...]

A consulta preconizada pela Convenção, portanto, é prévia à realização de qualquer obra ou empreendimento que possa afetar as comunidades indígenas, e não se pode desconsiderá-la, restando de todo evidente que os efeitos deletérios desses empreendimentos podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem.

[...]

Assim, diante de todas essas considerações, o argumento de que se configura, in casu, graves lesões à ordem e à economia públicas, não se coaduna com a tutela determinada pelos artigos 216 e 231 da Constituição Federal.

Por um juízo meramente político, o STF também deixou de garantir o direito de consulta dos indígenas Waimiri Atroari na SL n.º 995-AgR⁶. Ao analisar o caso, o relator considerou que:

Ademais, as obras relacionados [sic] ao licenciamento descrito nos autos seguem seu curso regular há já alguns anos, devendo ser reconhecido, então, que sua abrupta interrupção acarretaria grave lesão à ordem econômica do estado de Roraima, o qual, como se sabe, é a única unidade da federação não interligada ao sistema nacional de energia elétrica, o que acarreta inúmeros problemas a sua população.

[...]

Impende salientar, por fim, que a obra aqui retratada estava em adiantado estado e, certamente, muito ainda progrediu em virtude do não acolhimento do pedido de suspensão, decorridos mais de três anos desde seu ajuizamento.

A obra, até a presente data, ou seja, mais de dezesseis meses depois da decisão, está paralisada por problemas que refogem à esfera dos indígenas. Na decisão, o relator considerou que “conforme consta de documento posteriormente trazido aos autos pelo IBAMA (e-doc. n.º 42), depois da emissão da licença prévia

⁶ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SL n.º 995-AgR/AM. 05 nov. 2019. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 02 dez. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341848041&text=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

por parte daquele órgão, os estudos prosseguiram, inclusive com a plena participação da tribo indígena mencionada no agravo regimental ora em análise”. O documento “trazido aos autos pelo IBAMA” narra reuniões com os indígenas e intermediação da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) que, em hipótese alguma, poderiam ser confundidos com um processo de consulta livre, prévia e informada. O Ministro Fachin apresentou voto divergente, todavia foi vencido:

Nem mesmo o argumento de que a obra já estaria em aditando estado de realização convence, eis que outras licenças devem ser regularmente exigidas desses empreendimentos; ademais, não se pode passar às Administrações a mensagem de que é possível a construção de grandes empreendimentos, com gravíssimos impactos sócio-ambientais, ignorando-se as normativas referentes ao respeito ao modo de vida das comunidades tradicionais que serão diretamente afetadas.

No julgamento do caso povo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, a Corte IDH ponderou que a consulta deve ser realizada também em relação a planos de desenvolvimento ou investimento “e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, quando seja o caso”. Para a Corte, “o descumprimento dessa obrigação, ou a realização da consulta sem observar suas características essenciais, comprometem a responsabilidade internacional dos Estados” (Corte Interamericana de..., 2014, p. 471).

É imperioso considerar que a Convenção n.º 169 da OIT é um tratado internacional que versa sobre direitos humanos. “Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”⁷.

⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE n.º 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 04

A paralisação de empreendimentos para que se realize a consulta é medida pedagógica e que melhor atende a proteção dos direitos humanos dos indígenas. Uma vez que não encontrem respaldo para suas pretensões, a União e os estados irão se organizar para realizá-la. Sabendo que encontrarão na “suspensão de segurança” abrigo para sua omissão, seguirão sem realizar a consulta livre, prévia e informada.

3. Medidas legislativas e direito de consulta: requisito de validade do processo legislativo

Com a ratificação da Convenção n.º 169 da OIT, medidas legislativas que afetem diretamente indígenas, quilombolas e povos tradicionais também devem ser precedidas de consulta livre, prévia e informada. Contudo, apesar de a Convenção estar vigente desde 2004, o Congresso Nacional ainda não teve ações proativas no sentido de realizar essas consultas.

Em 2019, o presidente da República submeteu ao Congresso Nacional o texto do Acordo sobre Salvaguardas Tecnológicas (AST) entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo dos Estados Unidos da América (EUA), em relação à participação dos EUA em lançamentos a partir do Centro Espacial de Alcântara (CEA).

Em resposta ao Requerimento de Informação formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade (Psol), o Ministro da Defesa afirmou: “caso a ratificação do AST pelo Congresso promova, como se espera, um incremento nos negócios e isso leve o Governo Brasileiro a prosseguir com a consolidação do CEA, **a população quilombola, que ora habita a área a ser futuramente utilizada pelo Centro, será assentada em outra área da mesma região**” (Brasil. Ministério da Defesa, 2019, p. 06 – grifos nossos).

Deputados Federais impetraram o Mandado de Segurança

jun. 2009. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

n.º 36.662⁸, no STF, questionando a omissão congressional no que concerne ao direito de consulta. Também arguiram, acertadamente, que, ante a possibilidade de remoção dessas comunidades, seria necessário seu prévio consentimento, a teor do art. 16, §§ 1º e 2º, da Convenção n.º 169 da OIT.

Em informações prestadas ao STF, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, informou que “a consulta aos povos interessados se faz necessária por expressa determinação da Convenção n.º 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, **mas deverá ocorrer após eventual aprovação do Acordo pelo Congresso Nacional, no âmbito do Poder Executivo.**” (Brasil. Câmara dos Deputados, 2019⁹ *apud* Supremo Tribunal Federal, MS n.º 36.662/DF, e-Doc. n.º 28 – grifos nossos).

O documento desconsidera que a consulta deve ser prévia à tomada de decisão pelo Congresso Nacional, e não posterior. Além disso, o presidente da Câmara dos Deputados não teria como garantir sua realização “no âmbito do Poder Executivo”, por se tratar de outro Poder. Ainda que se admitisse a consulta posterior, a decisão já teria sido tomada, restando inócua a possibilidade de os quilombolas terem suas perspectivas devidamente consideradas.

O Tribunal Constitucional do Peru salientou que a consulta de atos consumados revela ausência de boa-fé:

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento

⁸ Supremo Tribunal Federal. MS n.º 36.662/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Decisão da presidência. Brasília, 19 set. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0wbztxmdefvwy45o-0734z0lfi20790464.node0?codteor=1809987&filename=Tramitacao-MSC+208/2019>. Acesso em: 03 ago. 2022. Incluído como e-Doc. n.º 28 no MS n.º 36.662/DF.

posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. **Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe.** En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan. (Tribunal Constitucional del Perú, 2010 – grifos nossos.)

Sobre o tema, eis o posicionamento da Corte IDH:

181. A esse respeito, a Comissão de Peritos da OIT estabeleceu, ao examinar uma reclamação em que se alegava o descumprimento da Convenção n.º 169 da OIT por parte da Colômbia, que o requisito de consulta prévia implica que essa consulta deva ser realizada antes de tomar-se a medida, ou executar o projeto suscetível de afetar as comunidades, inclusive de medidas legislativas, e que as comunidades afetadas sejam envolvidas o quanto antes no processo. Quando se trate de consulta prévia à adoção de uma medida legislativa, os povos indígenas deverão ser consultados antecipadamente, em todas as fases do processo de produção normativa, e essas consultas não devem ser restritas a propostas. (Corte Interamericana de..., 2014. p. 471).

O Ministro relator do Mandado de Segurança no STF, sem adentrar especificamente na violação à Convenção n.º 169, negou provimento ao mandado de segurança porque considerou que as normas tidas como violadas se referiam ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o que configuraria decisão interna corporis do Poder Legislativo, na qual o Poder Judiciário não poderia se imiscuir.

Discordamos do entendimento. Com a internalização da Convenção n.º 169 da OIT, a não realização da consulta gera vício formal, capaz de eivar de nulidade o devido processo legislativo.

A ausência de consulta também acarreta nulidade material, visto que malfez os direitos de participação política dos povos interessados, alijando-os da garantia de participação qualificada.

Como já apontou a Corte Suprema de Justiça da Colômbia,

só se pode falar de uma verdadeira democracia, representativa e participativa, onde a composição formal e material do sistema guarde uma correspondência adequada com as diversas forças que constituem a sociedade, e permita a todas elas participar da adoção das decisões que lhes diga respeito. Isso é especialmente importante num Estado Social de Direito, que se caracteriza por pressupor a existência de uma profunda inter-relação entre os espaços, tradicionalmente separados, do “Estado” e da “Sociedade Civil”, e que pretende superar a concepção tradicional da democracia, vista simplesmente como o governo formal das maiorias, para acoplar-se melhor à realidade e incluir no debate público, enquanto sujeitos ativos, os diferentes grupos sociais, minoritários ou em processo de consolidação, desse modo promovendo sua participação nos processos de tomada de decisões em todas as esferas. (Corte Constitucional da República de Colombia, 2001 – tradução dos autores.)

O Acordo sobre Salvaguardas Tecnológicas foi aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 10.220, de 05 de fevereiro de 2020. A consulta livre, prévia e informada jamais foi realizada.

O aprimoramento democrático é prejudicado quando um dos aspectos do princípio democrático – a democracia representativa – é vilipendiado. Assim, a não realização da consulta não pode ser interpretada a partir da vulneração unicamente do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, mas como violação grave de direitos humanos inserido em norma com estatura hierárquica de suprallegalidade. Em casos assim, não há que se falar em quebra do princípio da separação dos poderes, já que é função dos Poderes da República, em especial do Poder Judiciário, ser instrumento con-

cretizador dos direitos humanos. Vejamos as palavras do Ministro Edson Fachin sobre essa questão mais geral em outro processo: “há que se insistir na missão institucional dos poderes públicos e, em especial, do Poder Judiciário de ser instrumento concretizador dos direitos humanos, que são, na ambiência constitucional brasileira, os princípios fundamentais da nova ordem jurídica”¹⁰.

O STF, em futuro próximo, terá outras oportunidades para avaliar o incumprimento da Convenção n.º 169 da OIT. É fundamental que o Tribunal esteja preparado para fazer o controle de constitucionalidade e de convencionalidade de atos que violem o gozo dos direitos humanos previstos na Convenção, notadamente precisarão controlar atos de outros Poderes que estão descumprindo, estruturalmente, tais direitos. Afinal, o STF ainda é o garantidor dos direitos fundamentais.

4. O caso Raposa Serra do Sol e sua inadequação frente à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Em 2009, o STF julgou o caso “Raposa Serra do Sol”¹¹. Na oportunidade, o Tribunal fixou dezenove “salvaguardas institucionais” com a finalidade de operacionalizar o julgado. Entre elas, constam as seguintes:

(v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estraté-

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradicação (Ext.) n.º 1.362. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator do Acórdão: Ministro Teori Zavascki. DJe: 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315099059&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022. Trecho do voto do Ministro Edson Fachin – grifos nossos.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição (Pet) n.º 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão de 19 mar. 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Texto.asp?id=2576665&ext=RTF>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

gico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

Embora o caso Raposa Serra do Sol não tenha efeitos vinculantes, o precedente vem sendo utilizado para justificar a não realização da consulta livre, prévia e informada nas hipóteses mencionadas nas salvaguardas “v” e “vi”, muito embora elas afrontem o art. 30 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.

2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

Não faz qualquer sentido que as atividades militares sejam realizadas sem consentimento dos povos interessados. Tampouco se pode permitir que atividades altamente impactantes como “expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico” possam ser realizadas sem consulta às comunidades envolvidas e a participação da FUNAI. A própria Constituição Federal, no art. 231, § 6º, estabelece que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham

por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar”.

Ou seja, algumas das hipóteses previstas na “salvaguarda” reclamam a edição de lei complementar, com o competente processo de consulta para a edição de lei e, posteriormente, com a realização de consulta para cada empreendimento. De se destacar que a exploração de potenciais energéticos necessita, ainda, da autorização do Congresso Nacional, conforme dispõem os arts. 49, inciso XVI, e 231, § 3º, da Constituição.

No sentido do que aqui se discute, o relator especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas precisou que

Todo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales adecuados para abordar esas cuestiones. (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, 2003, § 73).

Não faz sentido que um precedente crie direito novo e restrinja diretriz prevista na Constituição e em tratados internacionais.

5. Considerações finais

Durante o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709¹², o Ministro Luiz Fux destacou que a Corte Constitucional da Colômbia e a Corte IDH possuem importantes precedentes sobre a consulta prévia:

7. No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural.

8. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes.

¹² Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n.º 709 MC-Ref/DF (Referendo na Medida Cautelar). Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 07 out. 2020. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621000&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

No âmbito do direito de consulta, contudo, o “diálogo das cortes” ainda precisa ser aprimorado para estar em compasso, por exemplo, com a jurisprudência da Corte IDH. Como destaca Ramos:

Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo:

- 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extra-convencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
- 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;
- 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
- 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional. (2015, p. 409-410).

A Convenção n.º 169 da OIT, tratado de direitos humanos com especial valor no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana precisa ser considerada para a concretização dos direitos de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Sem o devido diálogo das cortes, estaremos diante de uma falsa internalização da Convenção n.º 169 da OIT e da violação estrutural dos direitos destes povos.

Referências bibliográficas

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Defesa. Ofício n.º 12.719/GM-MD. Brasília, 21 maio 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node076x4w2m0x5ej3cplkhwkpncf2665224.node0?codteor=1762168&filename=Tramitacao-RIC+414/2019>. Acesso em: 03 ago. 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-169/01. Bogotá, 14 feb. 2001. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-169-01.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Comissão de Anistia; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (orgs.). Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Trad.: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

GARZÓN, Biviany Rojas; 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.

NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. “Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas: informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. Doc. E/CN.4/2003/90. 21 jan. 2003. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/487606?ln=en>>. Acesso em: 19 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas. Santo Domingo, Dominican Republic: OEA, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais. Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphlan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. n.º 0022-2009-PI/TC. Lima, 09 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>>. Acesso em: 03 ago. 2022.



Capítulo 9.

Corte IDH

Coletânea e sistematização analítica de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à consulta e o consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tribais

Daniel Lopes Cerqueira
Biviany Rojas Garzón

1. Introdução

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem como objetivo promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas que habitam ou que se encontram sujeitas à jurisdição dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Tais Estados adotaram uma série de instrumentos que consagram e protegem os direitos humanos e criam dois órgãos destinados a salvaguardá-los: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O marco normativo do SIDH constitui-se da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), ambos de 1948, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana), de 1969, e de uma série de protocolos e convenções adicionais¹. O alcance de tais instrumentos se complementa com as sentenças da Corte IDH.

A Corte IDH é uma instituição judicial autônoma, responsável pela aplicação e interpretação da Convenção Americana e demais instrumentos do SIDH. Possui uma vasta jurisprudência sobre direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, incluindo a obrigação estatal de realizar processos de consulta livre, prévia e informada (CLPI) perante qualquer decisão suscetível de impactar os direitos de tais povos. De acordo com a jurisprudência interamericana, a relação especial dos povos indígenas com seus territórios ancestrais é um elemento integrante da sua cosmovisão, religiosidade e integridade cultural, perfazendo assim “um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática”².

¹ Vide: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. “Documentos básicos em matéria de direitos humanos no Sistema Interamericano”. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/dbasicos.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

² Corte Interamericana de Direitos Humanos. Povo Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e reparações). San José (Costa Rica), 2012. Série C n.º 245. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022. A respeito do reconhecimento jurisprudencial da Corte IDH sobre direitos territoriais de povos indígenas, ver também os casos paradigmáticos: comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicarágua, §§ 148 a 153; comunidade indígena Yakye Axa *vs.* Paraguai, §§ 138 a 139; comunidade indígena

Embora o direito à CLPI tenha sido consagrado inicialmente através da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1989³, sua proteção jurídica internacional também se fundamenta nos principais tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil, dentre os quais destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção Americana, a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), recentemente aprovada, em 2016.

O presente capítulo apresenta uma breve sistematização dos parâmetros desenvolvidos pela Corte IDH em relação à CLPI, a partir das cinco sentenças publicadas pelo tribunal interamericano, até o momento, que tratam explicitamente em seus pontos resolutivos do conteúdo e alcance do referido direito. Assim, as decisões aqui compiladas são: 1) caso do povo Saramaka *vs.* Suriname (2007)⁴; 2) caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador (2012)⁵; 3) caso da comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros *vs.* Honduras (2015)⁶; 4) caso da comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros *vs.* Honduras (2015)⁷; e 5) caso dos povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname (2015)⁸.

Sawhoyamaya *vs.* Paraguai, §§ 122 a 123; e comunidade indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguai, § 143 (Corte Interamericana de..., 2001, 2005, 2006, 2010).

3 Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil no dia 20 de junho de 2002 e entrou em vigor em 25 de julho de 2003, conforme Decreto Legislativo n.º 143/2002 e Decreto Executivo n.º 5051/2004.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Saramaka. *vs.* Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Série C No. 172. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

5 *Idem*, Povo Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, *op. cit.*

6 *Id.* Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros *vs.* Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 304. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

7 *Id.* Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros *vs.* Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 305. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

8 *Id.* Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, Re-

O capítulo está dividido em três partes. A primeira descreve a elaboração jurisprudencial da Corte IDH sobre o alcance da CLPI, com ênfase no fundamento normativo da proteção internacional de tal direito. A segunda aborda as principais regras jurisprudenciais e padrões de aplicação derivados das decisões do tribunal interamericano em relação à CLPI. A terceira parte do capítulo trata da obrigação das autoridades judiciais do Estado brasileiro de aplicar tais parâmetros, à luz do controle de convencionalidade. A título de conclusão, o capítulo oferece uma breve síntese dos elementos considerados como parte do núcleo essencial do direito à CLPI pelo SIDH.

2. A consulta livre, prévia e informada como direito fundamental protegido em diversos instrumentos internacionais

Desde sua primeira sentença sobre o direito à CLPI no Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, de 2007, a Corte IDH tem reiterado que a obrigação de consultar os povos indígenas se deriva tanto da Convenção n.º 169 da OIT quanto do art. 21 da Convenção Americana⁹, atinente ao direito de propriedade dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios, bem como do art. 1º, comum aos pactos “dos Direitos Civis e Políticos” e “dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” da Organização das Nações Unidas (ONU), entre outros instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

A Corte IDH define a CLPI como “princípio geral do Direito Internacional”¹⁰, tendo como fundamento normativo uma série de instrumentos que vão além da Convenção n.º 169 da OIT e cujo alcance atual foi sistematizado na Declaração das Nações

paraciones y Costas). Série C n.º 309. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada e se encontra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro desde 25 de setembro de 1992, conforme Decreto n.º 678/1992.

¹⁰ Ver: Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, §§ 161-164.

Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovadas em 2007 e em 2016, respectivamente, ambas com o voto favorável do Brasil, assim como da maioria dos Estados membros do SIDH. Por disporem sobre direitos humanos, a Convenção Americana e os demais instrumentos do SIDH e do Sistema Universal ratificados pelo Brasil foram incorporados à legislação nacional na qualidade de normas supraleais, possuindo aplicabilidade imediata, tal e como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹.

Para a Corte IDH, a CLPI permeia a aplicação integral do conjunto de direitos reconhecidos aos povos indígenas, autóctones e tribais, nos diferentes instrumentos de direitos humanos ratificados e aprovados pelos Estados membros da OEA. Dita afirmação foi desenvolvida pelo tribunal interamericano no caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, onde a Corte explicita os elementos que caracterizam a CLPI como princípio geral de direito internacional:

161. Em outras oportunidades, este Tribunal salientou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação estabelecidas no art. 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte tem afirmado que, **ao interpretar um tratado, não só se levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados (art. 31.2 da Convenção de Viena), mas também o sistema no qual se inscreve (art. 31.3 do mesmo instrumento).** Este Tribunal tem considerado também que poderia “abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos num Estado membro do Sistema Interamericano”, mesmo que esse instrumento não tenha origem no mesmo sistema regional de proteção.
[...]

¹¹ Ver: Supremo Tribunal Federal, 2009.

166. **A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais** sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, **está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (art 1.1).** Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas. (Povo Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012, §§ 161 e 166 – grifos nossos.)

É importante ressaltar a posição da Corte IDH em casos relacionados a países que ainda não ratificaram a Convenção n.º 169 da OIT, destacando que as obrigações em matéria de CLPI se derivam diretamente da Convenção Americana e de outros tratados internacionais. É o caso de Suriname e Panamá¹², países que não ratificaram a Convenção, mas cuja obrigação de consultar e outras obrigações nela contidas foram reconhecidas pela Corte IDH a partir de outros instrumentos internacionais ratificados pelos

¹² No caso do Panamá, é interessante observar que, apesar da não ratificação da Convenção n.º 169, sua legislação interna consagra expressamente o direito à CLPI. Os arts. 92 a 100 da lei geral do meio ambiente, promulgada em 1998 (Panamá, 1998), reproduz textualmente parte da referida Convenção. Por outro lado, a Corte Suprema do Panamá e vários tribunais inferiores possuem uma ampla jurisprudência que ampara o direito à CLPI dos povos indígenas, sendo recorrente a citação da Convenção n.º 169 da OIT pelos tribunais de tal país. Ver, por exemplo, Panamá (2019).

respectivos países, incluindo a própria Convenção Americana¹³. A respeito, a Corte IDH manifestou que:

164. Diversos Estados, membros da Organização dos Estados Americanos, mediante suas normas internas e por intermédio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram as normas mencionadas. Desse modo, a legislação interna de vários Estados da região, como, por exemplo, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, e Venezuela, refere-se à importância da consulta ou da propriedade comunitária. Além disso, vários tribunais internos de Estados da região que ratificaram a Convenção nº 169 da OIT referiram-se ao direito à consulta prévia, em conformidade com suas disposições. Nesse sentido, altos tribunais da Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Peru ou Venezuela salientaram a necessidade de respeitar as normas de consulta prévia e dessa Convenção. Outros tribunais de países que não ratificaram a Convenção nº 169 da OIT referiram-se à necessidade de realizar consultas prévias com as comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território. Desse modo, observam-se desdobramentos jurisprudenciais similares por parte de altas cortes de países da região como o Canadá, ou os Estados Unidos da América, ou de fora da região, como a Nova Zelândia, ou seja, a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, § 164).

Assim, considerando a relevância e o reconhecimento internacional do direito à CLPI, tanto entre os Estados membros da OEA como em países fora da região, o tribunal interamericano entende

¹³ Ver, por exemplo, Caso Pueblos Kallina y Lokono *vs.* Surinam (2015, §§ 122 a 124); e Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de... (2014, §§ 12, 15, 27 e 28).

que se trata de um princípio geral do direito internacional que orienta a interpretação sistêmica do conjunto de direitos humanos dos povos indígenas, autóctones, nativos e tribais, tendo seu fundamento legal no sistema internacional de direitos humanos e não apenas em um instrumento normativo isoladamente considerado.

Na seção seguinte, apresentamos as principais partes das sentenças emitidas pela Corte IDH cuja controvérsia jurídica se centra no escopo e conteúdo do direito à CLPI, ressaltando as regras jurisprudenciais derivadas de tais pronunciamentos.

3. Regras jurisprudenciais e padrões de aplicação do direito à CLPI pela Corte Interamericana

De acordo com os parâmetros internacionais sobre o direito à CLPI, as consultas devem ser prévias (antes de aprovar a lei, medida administrativa, plano de desenvolvimento ou projeto de exploração ou aproveitamento), livres (sem pressão ou ressalvas) e informadas (sobre as consequências do projeto, plano, lei ou medida); devendo ser feita através de procedimentos culturalmente adequados (de acordo com as próprias tradições e através das instituições representativas do povo ou comunidade consultada).

Entre os principais problemas jurídicos sobre os quais a Corte IDH se debruça nos casos relacionados à CLPI, estão: se a obrigação internacional se deve apenas aos povos indígenas ou se estende a outros coletivos com características sociais, culturais, econômicas e políticas diferentes das da sociedade envolvente; e se o Estado está obrigado a consultar atividades extrativas que afetam territórios de povos indígenas e comunidades tradicionais não reconhecidos, delimitados, nem demarcados. A Corte IDH também se manifestou sobre as controvérsias jurídicas de se o Estado pode indicar os representantes de povos indígenas e comunidades tradicionais que participam de um processo de CLPI, e se tal processo pode ser delegado a empresas privadas.

A partir dos mencionados problemas jurídicos, o tribunal interamericano possui algumas regras jurisprudenciais que auxiliam a interpretação do conteúdo e alcance do direito à CLPI.

4. Sobre os sujeitos do direito à CLPI

De acordo com os parâmetros internacionais, os sujeitos do direito à CLPI são os povos e comunidades indígenas ou tribais¹⁴. No contexto brasileiro, esses coletivos abarcam os povos quilombolas e as comunidades tradicionais.

O tribunal interamericano entende que coletivos sociais cujas características culturais, econômicas e sociais se diferenciam da sociedade majoritária ou envolvente são considerados povos tribais, para efeito do direito internacional, e, portanto, a eles são reconhecidos direitos coletivos especiais para garantir sua permanência e continuidade física e cultural.

Nesse sentido, no caso do Povo Saramaka. *vs.* Suriname, a Corte IDH reiterou o reconhecimento da titularidade do direito à CLPI de povos tribais como parte das medidas especiais necessárias para garantir o acesso efetivo a direitos fundamentais por parte desses povos:

84. Por isso, de acordo com o exposto, a Corte considera que os membros do povo Saramaka constituem uma comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas são diferentes de outras partes da comunidade nacional, particularmente graças à relação especial existente com seus territórios ancestrais, e porque se regulam eles mesmos, ao menos de forma parcial, através de suas próprias normas, costumes e tradições. [...]

85. Esta Corte afirmou anteriormente, com base no artigo 1.1 da Convenção, que os membros dos povos indígenas e tribais necessitam de certas medidas especiais para garantir o exercí-

¹⁴ Vide o art. 1º da Convenção n.º 169 da OIT.

cio pleno de seus direitos, em especial o gozo de seus direitos de propriedade, a fim de garantir sua sobrevivência física e cultural.¹⁵ Outras fontes do Direito Internacional declararam, no mesmo sentido, que estas medidas são necessárias.¹⁶ (Caso do Povo Saramaka *Vs.* Suriname, 2007 – grifos nossos).

O tribunal interamericano tem sido explícito em afirmar a equivalência de direitos entre povos indígenas e tribais, considerando não apenas as particularidades sociais, econômicas e culturais de cada um deles, mas também a particular relação que tanto povos indígenas como tribais mantêm com seus territórios tradicionais, motivo pelo qual a Corte IDH entende que deve se estender aos povos tribais toda a jurisprudência desenvolvida para povos indígenas por este tribunal.

86. [...] este Tribunal declara que os membros do povo Saramaka devem ser considerados como uma comunidade tribal e que a jurisprudência da Corte a respeito do direito de propriedade dos povos indígenas também é aplicável aos povos tribais em virtude de que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintas, incluindo a relação especial

¹⁵ Nota 72 do original: “Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, nota 49 supra, pars. 148-149, e 151; Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya *Vs.* Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, pars. 118-121, e 131, e Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa *Vs.* Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, pars. 124, 131, 135-137 e 154.”

¹⁶ Nota 73 do original: “Desde o ano de 1972, na resolução adotada pela Comissão sobre ‘Proteção Especial dos Povos Indígenas – Ação para Combater o Racismo e a Discriminação Racial’, a Comissão declarou que ‘por razões históricas e por princípios morais e humanitários, a proteção especial dos povos indígenas constitui um compromisso sagrado dos Estados’. Cf. Resolução sobre a Proteção Especial dos Povos Indígenas. Ação para Combater o Racismo e a Discriminação Racial, OEA/Ser.L/V/II/29 Doc. 41 rev. 2, 13 de março de 1973, citado em Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 12/85, Caso nº 7615, Yanomami. Brasil, 5 de março de 1985, par. 8. Cf. também Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos no Equador, OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 ver. 1, 25 abril de 1997, Capítulo IX (afirmando que ‘dentro do Direito Internacional em geral, e especificamente no direito interamericano, requer-se de proteção especial para que os povos indígenas possam exercer seus direitos plena e equitativamente com o resto da população. Além disso, talvez seja necessário estabelecer medidas especiais de proteção para os povos indígenas a fim de garantir sua sobrevivência física e cultural – um direito protegido em vários instrumentos e convenções internacionais.’); UNCERD, Recomendação Geral nº 23, Os Direitos dos Povos Indígenas (sessão cinquenta e um, 1997), U.N. Doc. A/52/18, anexo V, 18 de agosto de 1997, par. 4 (convidando os Estados Parte a tomar certas medidas para reconhecer e garantir os direitos dos povos indígenas), e ECHR, Caso *Connors Vs.* Reino Unido, Sentença de 27 de maio de 2004, Demanda nº 66746/01, par. 84 (afirmando que os Estados têm a obrigação de tomar ações positivas para promover e proteger as diferentes tradições de minorias de acordo com o parâmetro de igualdade perante a lei).

com seus territórios ancestrais, o que requer medidas especiais conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos a fim de garantir a sobrevivência física e cultural deste povo. (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007)

57. Por otra parte, este Tribunal recuerda que la protección ofrecida respecto del derecho a la propiedad colectiva por el artículo 21 de la Convención y el Convenio 169 de la OIT, es la misma independientemente de la calificación de los titulares de dicho derecho como un pueblo o una Comunidad indígena o tribal, por lo que el desconocimiento del Estado de la Comunidad como un pueblo originario no tiene incidencia alguna en los derechos de los cuales esta y sus miembros son titulares, ni en las obligaciones estatales correspondientes¹⁷. En este sentido, y con base en lo ya resuelto por este Tribunal (supra párrs. 22 y 23), la Corte analizará el caso teniendo presente la naturaleza de pueblo indígena o tribal de la Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz. (Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros *vs.* Honduras, 2015)

5. Sobre a obrigação de consultar atividades extrativas que afetam territórios de povos indígenas ou tribais ainda não reconhecidos, delimitados nem demarcados

A maioria das sentenças emitidas pela Corte IDH sobre o direito à CLPI se relacionam com controvérsias nas quais as comunidades e povos indígenas ou tribais não contavam com a devida delimitação, demarcação e titulação de seus territórios tradicionais por parte dos respectivos Estados declarados internacionalmente responsáveis pelo descumprimento da obrigação de consultar.

Nestes casos o tribunal interamericano tem reiterado que o direito de consulta dos povos não depende do reconhecimento for-

¹⁷ Nota 53 do original: “Honduras ratificó el Convenio 169 de la OIT el 28 de marzo de 1995, el cual entró en vigor para Honduras, según establece el artículo 38 del Convenio, el 28 de marzo de 1996. Además Honduras aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de septiembre de 2007.”

mal de seus territórios tradicionais, e que qualquer autorização pública para intervenção nos seus territórios tradicionais deve ser antecedida do reconhecimento formal de tais territórios e da realização de processos de CLPI, ou se for o caso, da obtenção do consentimento por parte dos povos diretamente afetados.

121. De acordo com a jurisprudência da Corte, segundo o estabelecido nos casos *Yakye Axa* e *Sawhoyamaxa*, os integrantes dos povos indígenas e tribais têm o direito de ser titulares dos recursos naturais que tradicionalmente usaram dentro de seu território em função das mesmas razões pelas quais têm o direito de ser titulares da terra que usaram e ocuparam tradicionalmente durante séculos. Sem eles, a sobrevivência econômica, social e cultural destes povos está em risco.¹⁸ Daí a necessidade de proteger as terras e os recursos usados tradicionalmente: para prevenir sua extinção como povo. Isto é, o objetivo e o fim das medidas requeridas em nome dos membros dos povos indígenas e tribais é garantir que poderão continuar vivendo seu modo de vida tradicional e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições características serão respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados.

[...]

143. [...] o artigo 21 da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos] não proíbe per se a emissão de concessões para a exploração dos recursos naturais em territórios indígenas ou tribais. Entretanto, se o Estado quisesse restringir legitimamente os direitos à propriedade comunal dos membros do povo *Saramaka*, deveria consultar as comunidades afetadas a respeito dos projetos de desenvolvimento que fossem realizados nos territórios ocupados tradicionalmente, compartilhar os benefícios razoáveis com elas, e realizar estudos prévios de impacto ambiental e social (pars. 126-129 supra).

[...]

¹⁸ Nota 120 do original: “Cf. Caso da Comunidade Indígena *Yakye Axa*, nota 75 supra, par. 137, e Caso da Comunidade Indígena *Sawhoyamaxa*, nota 75 supra, par. 118.”

194. A fim de garantir a não repetição da violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à propriedade e à proteção judicial dos membros do povo Saramaka, o Estado deve realizar as seguintes medidas:

a) **delimitar, demarcar e conceder o título coletivo do território dos membros do povo Saramaka, de acordo com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas** com o povo Saramaka, sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais. Até que não se realize esta delimitação, demarcação e concessão de título coletivo sobre o território Saramaka, o Suriname deve abster-se de realizar atos que possam estimular agentes do próprio Estado ou terceiros, atuando com consentimento ou tolerância do Estado, a agir com potencialidade de afetar a existência, valor, uso ou gozo do território ao qual têm direito os integrantes do povo Saramaka, a menos que o Estado obtenha o consentimento prévio, livre e informado deste povo. (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007 – grifos nossos).

157. [...] para que a exploração, ou extração, de recursos naturais, nos territórios ancestrais, não impliquem uma denegação da subsistência do povo indígena como tal, o Estado deve aplicar as seguintes salvaguardas: i) efetuar um processo adequado e participativo que garanta seu direito à consulta, em especial, entre outras hipóteses, em casos de planos de desenvolvimento, ou de investimento, em grande escala; ii) a realização de um estudo de impacto ambiental; e iii) quando seja pertinente, distribuir de maneira razoável os benefícios que decorram da extração dos recursos naturais (como uma forma de justa indenização exigida pelo artigo 21 da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos]), segundo o que a própria comunidade determine e resolva a respeito de quais seriam os beneficiários dessa compensação, segundo seus costumes e tradições.

[...]

159. A Corte observa, então, que a estreita relação das comunidades indígenas com seu território tem, em geral, um componente essencial de identificação cultural baseado em suas

próprias cosmovisões, e que, como atores sociais e políticos diferenciados em sociedades multiculturais, devem ser especialmente reconhecidos e respeitados numa sociedade democrática. O reconhecimento do direito à consulta das comunidades e povos indígenas e tribais está alicerçado, entre outros, no respeito de seus direitos à cultura própria ou identidade cultural (pars. 212 a 217 *infra*), os quais devem ser garantidos, sobretudo numa sociedade pluralista, multicultural e democrática.

160. É por todo o exposto que uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas a medidas que afetem seus direitos e, em particular, seu direito à propriedade comunal é, justamente, o reconhecimento de seu direito à consulta, o qual está reconhecido na Convenção nº 169 da OIT, entre outros instrumentos internacionais complementares. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012).

6. Sobre a finalidade do processo de consulta

Os órgãos do SIDH têm reiterado o dever dos Estados de adotar decisões fundamentadas que reflitam o diálogo genuíno, produto de um adequado processo de consulta livre, prévia e informada, onde é possível identificar as preocupações e propostas expressadas pelos povos, e, caso o Estado não acolha em sua decisão final as considerações feitas pelos povos, precisar motivar explicitamente os objetivos, razoáveis e proporcionais a um interesse legítimo em uma sociedade democrática, para os rejeitar.¹⁹

¹⁹ A esse respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou: “325. El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Desde otra perspectiva, las decisiones relativas a la aprobación de estos planes, que no expresen las razones que justifican la falta de acomodo de los resultados del proceso de consulta, podrían ser consideradas contrarias a las garantías del debido proceso establecidas por los estándares del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión Interamericana de..., 2009).

A Corte IDH tem insistido no fato de que a decisão final relativa à adoção ou não das medidas objeto de consulta não envolvem nem o direito de veto de nenhuma das partes, nem a arbitrariedade da imposição imotivada e unilateral do Estado. O tribunal interamericano entende que qualquer decisão do Estado que implique restrição de direitos territoriais dos povos indígenas e tribais precisa atender minimamente quatro salvaguardas: estar prevista em lei; ser necessária; ser proporcional ao objetivo perseguido; e ter um objetivo comprovadamente legítimo numa sociedade democrática.

127. [...] Ainda que a Corte reconheça a interconexão entre o direito dos membros dos povos indígenas e tribais ao uso e gozo de suas terras e o direito aos recursos necessários para sua sobrevivência, estes direitos de propriedade, como muitos outros direitos reconhecidos na Convenção [Americana sobre Direitos Humanos], estão sujeitos a certos limites e restrições. Nesse sentido, o artigo 21 da Convenção estabelece que “a lei poderá subordinar [o] uso e gozo d[os bens] ao interesse social”. Por isso, a Corte afirmou em outras ocasiões que, de acordo com o artigo 21 da Convenção, o Estado poderá restringir o uso e gozo do direito à propriedade sempre que as restrições: a) tenham sido previamente estabelecidas por lei; b) sejam necessárias; c) sejam proporcionais e d) que tenham o objetivo de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.²⁰ (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007).

A jurisprudência da Corte IDH é clara ao afirmar que a finalidade última de qualquer processo de consulta deve ser a obtenção do consentimento do povo ou da comunidade em questão. Isso significa que a consulta não deve ser conduzida como um mero procedimento formal, destinado a validar ou a obter a licença

²⁰ Nota 122 do original: “Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa, nota 75 *supra*, pars. 144-145 citando (mutatis mutandi) Caso Ricardo Canese *Vs.* Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C N° 111, par. 96; Caso Herrera Ulloa *Vs.* Costa Rica. Exceções Preliminares, mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C N° 107, par. 127, e Caso Ivcher Bronstein *Vs.* Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C N° 74. par. 155. Cf., também, Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya, nota 75 *supra*, par. 137.”

social de uma decisão estatal pré-constituída. Tal processo deve ser um diálogo intercultural contínuo entre o Estado e o povo consultado, permitindo-lhe compreender o impacto de uma determinada decisão suscetível de afetar seus direitos e expressar livremente sua posição favorável ou contrária a tal decisão.

No caso *Sarayaku vs.* Equador, a Corte IDH destacou que “a consulta tampouco deve se esgotar num mero trâmite formal, mas deve ser concebida como ‘um verdadeiro instrumento de participação’, ‘que deve responder ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos, e com vistas a alcançar um consenso entre elas’” (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012, § 186). De igual maneira, afirmou que “esses processos de diálogo e busca de acordos devem ser realizados desde as primeiras etapas da elaboração e planejamento da medida proposta, a fim de que os povos indígenas possam participar verdadeiramente e influir no processo de tomada de decisões, em conformidade com as normas internacionais pertinentes” (*idem*, § 167).

7. Sobre a obrigatoriedade de obtenção do consentimento

É necessário distinguir a finalidade de obter o consentimento em um processo de consulta, qual seja, permitir que o povo ou a comunidade manifeste sua posição sobre um determinado projeto, e a obrigatoriedade da obtenção do consentimento perante projetos de grande escala. Os parâmetros internacionais vigentes permitem identificar as circunstâncias em que a obtenção do consentimento é obrigatória, ou seja, quando a posição do povo ou comunidade consultada é vinculante para o Estado e não admite restrições. Essa obrigatoriedade ocorre nos seguintes casos:

- quando se tratar da transferência das terras que ocupam e da realocação (Convenção n.º 169 da OIT,

art. 16.2, e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 10);

- no caso de depósito ou armazenamento de materiais perigosos em terras ou territórios indígenas (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 29);
- quando se tratar de execução de projetos de desenvolvimento em grande escala, que gerem maior impacto no território de um povo indígena (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007, § 135).

No caso Saramaka *vs.* Suriname, a Corte IDH ressaltou que “[...] quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições” (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007, § 134).

No seu relatório titulado “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, a CIDH desenvolveu critérios para definir os casos que demandam a obrigatoriedade de obtenção de consentimento de povos afetados por decisões administrativas ou legislativas. A Comissão reiterou a interpretação da Corte Interamericana no caso Saramaka, onde manifesta que decisões dos Estados que envolvem a implementação de projetos de infraestrutura “de grande escala”, que têm o potencial de mudar a dinâmica de desenvolvimento econômico e social de toda uma região devem, necessariamente, obter o consentimento dos povos diretamente afetados²¹.

²¹ Ver, a esse respeito: DPLE, 2018.

8. Sobre a proibição do Estado de delegar a obrigação de consulta a terceiros

O processo de consulta deve ser conduzido exclusivamente pelo Estado, sem que seja possível delegar sua realização. Tal processo deve ser realizado de boa-fé e com a finalidade de obter o consentimento livre, prévio e informado da comunidade ou povo respectivo. A proibição da delegação do processo de consulta a terceiros está expressamente prevista nos arts. 6º da Convenção n.º 169 da OIT e 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Ao pronunciar-se sobre o caráter indelegável da CLPI, a Corte IDH enfatizou que: “a obrigação de consultar é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta” (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012, §187).

9. Obrigações estatais conexas ao direito à CLPI

No contexto do processo de tomada de decisões, por parte do Estado, que podem afetar direitos e interesses de povos indígenas e tribais, além da CLPI, o tribunal interamericano estabelece outras duas obrigações conexas com o direito à consulta que devem ser exigidas simultaneamente do Estado. A primeira é a realização de um estudo prévio de impacto ambiental e social cujos requisitos foram desenvolvidos em várias decisões da Corte IDH. A segunda é a necessidade de compartilhamento dos benefícios razoáveis de um determinado projeto de investimento com o povo consultado. (Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y..., 2015, § 215).

10. Estudo de Impacto Ambiental e Social

Estudos de impacto ambiental e social são avaliações sobre os efeitos que um determinado plano ou projeto podem ter no espaço físico em que são realizados. Devem abarcar não somente os aspectos ambientais, mas também a identificação dos impactos diretos e indiretos sobre as formas de vida dos povos e comunidades que dependem de seu território e recursos naturais, bem como os riscos de impacto nos direitos humanos inerentes às atividades extrativas e de desenvolvimento.

Respondem à finalidade última de preservar, proteger e garantir a relação especial dos povos indígenas, quilombolas, e outros povos e comunidades tradicionais com seus territórios e garantir sua subsistência como povos. Devem ser realizados com caráter prévio à aprovação do projeto ou plano; por entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado. Devem permitir aos povos ou comunidades participarem de sua elaboração. Seus resultados devem ser compartilhados com os povos ou comunidades consultadas.

40. [...] [os Estudos de Impacto Social e Ambiental] servem para avaliar o possível dano, ou impacto, que um projeto de desenvolvimento, ou investimento, pode ter sobre a propriedade e comunidade em questão. O objetivo desses [estudos] não é [unicamente] ter alguma medida objetiva do possível impacto sobre a terra e as pessoas, mas também [...] assegurar que os membros do povo [...] tenham conhecimento dos possíveis riscos, inclusive os riscos ambientais e de salubridade”, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto, “com conhecimento e de forma voluntária. (Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, 2008 – tradução dos autores).

206. [...] a Corte estabeleceu que os Estudos de Impacto Ambiental devem ser realizados conforme as normas internacionais e boas práticas pertinentes; respeitar as tradições e a cultura dos povos indígenas; e ser concluídos previamente

à outorga da concessão, já que um dos objetivos da exigência desses estudos é garantir o direito do povo indígena de ser informado acerca de todos os projetos propostos em seu território. Portanto, a obrigação do Estado de supervisionar os Estudos de Impacto Ambiental coincide com seu dever de garantir a efetiva participação do povo indígena no processo de outorga de concessões. Além disso, o Tribunal acrescentou que um dos pontos sobre os quais deveria tratar o estudo de impacto social e ambiental é o impacto acumulado que tem gerado os projetos existentes, e os que gerarão os projetos que tenham sido propostos. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012).

11. Benefícios razoáveis compartilhados

“Benefícios razoáveis compartilhados” são inerentes ao direito de indenização reconhecido na Convenção Americana (art. 21.2) e protegido na Convenção n.º 169 da OIT (art. 15.2). Um dos seus objetivos é que as condições de vida do povo ou comunidade consultada melhorem. A determinação dos benefícios compartilhados deve contar com a participação do povo ou comunidade afetados, no marco dos procedimentos de consulta prévia. Tal direito não deve confundir-se com a prestação de serviços sociais básicos que, de qualquer modo, corresponde ao Estado.

138. A segunda garantia que o Estado deve cumprir ao considerar os projetos de desenvolvimento dentro do território Saramaka é a de compartilhar, razoavelmente, os benefícios do projeto com o povo Saramaka. Pode-se dizer que o conceito de compartilhar os benefícios, que pode ser encontrado em vários instrumentos internacionais a respeito dos direitos dos povos indígenas e tribais, é inerente ao direito de indenização reconhecido no artigo 21.2 da Convenção [Americana] [...].

139. [...] No presente caso, o direito a obter o pagamento de

uma “indenização justa” conforme o artigo 21.2 da Convenção [Americana] se traduz no direito dos membros do povo Saramaka a participar, de forma razoável, nos benefícios derivados da restrição ou privação do direito ao uso e gozo de suas terras tradicionais e daqueles recursos naturais necessários para sua sobrevivência. (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007).

12. Parâmetros específicos de atuação estatal em processos de CLPI

A consulta livre prévia e informada é um direito humano que exige que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais sejam consultados antes da adoção de medidas administrativas ou legislativas que possam afetar diretamente seus direitos e territórios. trata-se de um dever exclusivo dos estados, não podendo ser delegada a terceiros, devendo cumprir-se os seguintes requisitos:

I. PRÉVIA: deve ser realizada nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento ou investimento

167. Posto que o Estado deve garantir esses direitos de consulta e participação em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto que possa afetar o território sobre o qual se assenta uma comunidade indígena, ou tribal, ou outros direitos essenciais para sua sobrevivência como povo, esses processos de diálogo e busca de acordos devem ser realizados desde as primeiras etapas da elaboração e planejamento da medida proposta, a fim de que os povos indígenas possam participar verdadeiramente e influir no processo de tomada de decisões, em conformidade com as normas internacionais pertinentes. Nesse sentido, o Estado deve assegurar que os direitos dos povos indígenas não sejam ignorados em qualquer outra atividade, ou acordos, que faça com terceiros particulares, ou no âmbito de decisões do poder público que afetariam

seus direitos e interesses. Por esse motivo, caso seja cabível, compete também ao Estado realizar tarefas de fiscalização e de controle em sua aplicação e dispor, quando pertinente, formas de tutela efetiva desse direito, por intermédio dos órgãos judiciais respectivos²². (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012 – grifos nossos).

133. [...] o povo Saramaka deve ser consultado, de acordo com suas próprias tradições, **nas primeiras etapas do projeto de desenvolvimento** ou investimento e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for o caso. **O aviso com antecedência proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para oferecer uma adequada resposta ao Estado.** (Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, 2007 – grifos nossos).

181. [...] o requisito de consulta prévia implica que essa consulta deva ser realizada antes de tomar-se a medida, ou executar o projeto suscetível de afetar as comunidades, inclusive de medidas legislativas, e que as comunidades afetadas sejam envolvidas o quanto antes no processo. Quando se trate de consulta prévia à adoção de uma medida legislativa, os povos indígenas deverão ser consultados antecipadamente, em todas as fases do processo de produção normativa, e essas consultas não devem ser restritas a propostas. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012).

II. LIVRE: pressupõe a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado ou de terceiros

Nesse sentido, tanto o Comitê Tripartite da OIT como a Corte IDH têm afirmado em repetidas oportunidades que a consulta não deve limitar-se a um mero trâmite formal, mas precisa ser concebida como um “verdadeiro instrumento de participação”

²² Nota 218 do original: “Cf. arts. 6, 15, 17.2, 22.3, 27.3 e 28 da Convenção nº 169 da OIT, e arts. 15.2, 17.2, 19, 30.2, 32.2, 36.2 e 38, da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas.”

que exige confiança e respeito entre as partes²³.

60. Al respecto, es importante señalar que el Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”²⁴ y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contemplan el derecho de los Pueblos a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural²⁵. (“Voto Concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto”, Comunidad Garífuna Triunfo De La Cruz..., 2015, p. 14, § 60.) 186 [...] é inerente a toda consulta com comunidades indígenas o estabelecimento de “um clima de confiança mútua”, e a boa-fé exige a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado, ou de agentes, ou terceiros que atuem com sua autorização ou aquiescência. Além disso, **a mesma consulta, com boa-fé, é incompatível com práticas como as intenções de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja mediante a corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, seja por meio de negociações com membros individuais das comunidades, contrárias**

²³ Como o indicou o Comitê Tripartite do Conselho de Administração da OIT: “considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo (...) el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo” (Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53 *apud* Comisión Interamericana..., 2009).

²⁴ Nota 49 do original: “Convenio N° 169 de la OIT, considerando quinto.”

²⁵ Nota 50 do original: “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1(1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1(1), y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, considerando sexto, noveno, décimo, 16, y artículos 3 a 5. El Comité de Derechos Humanos estableció que el derecho a la libre determinación establecido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ‘se trata de un derecho perteneciente a los pueblos’.”

às normas internacionais. Do mesmo modo, a legislação e a jurisprudência nacional de Estados da região têm-se referido a esse requisito de boa-fé. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012 – grifos nossos).

III. INFORMADA: as partes consultadas devem ter conhecimento dos possíveis riscos do plano de desenvolvimento ou investimento proposto, inclusive sobre os riscos ambientais e de salubridade. Requer que o Estado receba e forneça informações, o que implica uma comunicação constante entre as partes

208. Conforme se ressaltou, a consulta deve ser fundamentada, no sentido de que os povos indígenas **tenham conhecimento dos possíveis riscos do plano de desenvolvimento ou investimento proposto, inclusive os riscos ambientais e de salubridade**. Nesse sentido, a consulta prévia exige que o Estado aceite e preste informação, e implica **uma comunicação constante entre as partes**. A jurisprudência de tribunais nacionais²⁶ e a legislação interna²⁷

²⁶ Nota 276 do original: “A Corte Constitucional da Colômbia salientou que a consulta prévia deve visar a que ‘a comunidade tenha conhecimento pleno dos projetos destinados a explorar ou extrair os recursos naturais nos territórios que ocupa ou lhe pertencem, e sobre os mecanismos, procedimentos e atividades necessários para colocá-los em execução’; a que ‘seja inteirada e esclarecida sobre como a execução dos referidos projetos pode implicar danos ou deterioração dos elementos que constituem a base de sua união social, cultural, econômica e política e, por conseguinte, o substrato para sua subsistência como grupo humano com características especiais’; e a “[q]ue lhe seja dada a oportunidade para que, livremente e sem interferências estranhas, possa, mediante a convocação de seus integrantes ou representantes, avaliar conscientemente as vantagens e desvantagens do projeto sobre a comunidade e seus membros, ser ouvida em relação às preocupações e pretensões que apresente, no que diga respeito à defesa de seus interesses, e pronunciar-se sobre a viabilidade do projeto’ (Sentença SU-039/97). Ver também Sentença C-030/08. Ver também a respeito Corte Constitucional do Equador, Caso Intag (459-2003-RA), Caso Nanagaritza (0334-2003-RA) e Caso Yuma (0544-06-RA).” (Grifos nossos.)

²⁷ Nota 277 do original: “Peru: do Direito à Consulta Prévia aos Povos Indígenas ou Originários Reconhecidos na Convenção n° 169 da OIT, art. 4.f): ‘Ausência de coação ou condicionamento. A participação dos povos indígenas ou originários no processo de consulta deve ocorrer sem coação ou condicionamento algum’; art. 4.7: ‘Informação oportuna. Os povos indígenas ou originários direito a receber das entidades estatais toda a informação que seja necessária para que possam manifestar seu ponto de vista, devidamente fundamentado, sobre a medida legislativa ou administrativa a ser consultada. O Estado tem a obrigação de prestar essa informação desde o início do processo de consulta e com a devida antecipação’. Bolívia: Decreto Supremo n.º 29.033, de 16 de fevereiro de 2007: ‘O processo de consulta e participação deverá enquadrar-se neste princípio de veracidade em concordância com as normas legais vigentes, especialmente nas disposições da Convenção n.º 169 da OIT, que estabelecem que a consulta deve ser realizada de boa-fé e, por-

referiram-se a esse elemento da consulta. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012 – grifos nossos).

IV. CULTURALMENTE ADEQUADA: o Estado deve considerar os métodos tradicionais do povo ou da comunidade para tomar suas decisões, assim como suas formas próprias de representação

201. Este Tribunal estabeleceu, em outros casos, que as consultas a povos indígenas devem-se realizar mediante procedimentos culturalmente adequados, isto é, em conformidade com suas próprias tradições. Por sua vez, a Convenção n° 169 da OIT dispõe que “os governos deverão (...) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas”, bem como adotar “medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes, ou outros meios eficazes”, levando em conta sua diversidade linguística, particularmente nas áreas onde o idioma oficial não seja falado majoritariamente pela população indígena.

202. [werrtuio’]

[...] A adequação também implica que a consulta tem uma dimensão temporal, a qual, novamente, depende das circunstâncias precisas da medida proposta, levando em conta o respeito às formas indígenas de decisão. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012).

tanto, toda a informação que seja parte e resultado do processo de consulta e participação deverá ajustar-se à verdade’. Equador: Lei de Gestão Ambiental, Registro Oficial Suplemento 418, 10 de setembro de 2004, art. 29: ‘Toda pessoa física ou jurídica tem direito a ser informada oportuna e suficientemente sobre qualquer atividade das instituições do Estado que, em conformidade com o Regulamento desta Lei, possa provocar impactos ambientais’. No mesmo sentido, na Venezuela, a Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas, de 8 de dezembro de 2005, dispõe, em seu art. 14 que ‘[o]s projetos serão apresentados com não menos de noventa dias de antecipação à consideração dos povos e comunidades indígenas respectivos, reunidos em assembleia. Os projetos deverão conter toda a informação necessária sobre sua origem, objetivos e alcance, bem como sobre os benefícios que perceberão os povos e comunidades indígenas envolvidos e os possíveis danos ambientais, sociais, culturais ou de qualquer natureza e suas condições de reparação, a fim de que possam ser avaliados e analisados previamente pelo povo ou pela comunidade respectiva [...]’. Ver também o art. 3 da Lei n.º 445, de 23 de janeiro de 2003, da Nicarágua. Ver também Colômbia, Decreto n.º 1.397, de 1996, arts. 8 e 16.” (grifos nossos).

V. BOA-FÉ: deve conceber-se como um verdadeiro instrumento de participação, que deve responder ao objetivo final de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos

186. A consulta não deve se esgotar num mero trâmite formal, mas deve ser concebida como “um verdadeiro instrumento de participação”, “que deve responder ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos, e com vistas a alcançar um consenso entre elas”. Nesse sentido, é inerente a toda consulta com comunidades indígenas o estabelecimento de “um clima de confiança mútua”, e a boa-fé exige a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado, ou de agentes, ou terceiros que atuem com sua autorização ou aquiescência. Além disso, a mesma consulta, com boa-fé, é incompatível com práticas como as intenções de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja mediante a corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, seja por meio de negociações com membros individuais das comunidades, contrárias às normas internacionais. [...]

187. Cumpre salientar que a obrigação de consultar é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012 – grifos nossos).

18. La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, 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. (Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, 2008).

13. Obrigação das autoridades judiciais brasileiras de realizarem um controle de convencionalidade e aplicar os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A Convenção Americana cria obrigações vinculantes que formam parte do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, os tribunais nacionais devem aplicar esse tratado, conforme determinado pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se do chamado “controle de convencionalidade”, o qual exige não só utilizar enunciados normativos do tratado internacional, mas também a interpretação da Corte IDH sobre o direito em questão. Caso contrário, abrir-se-ia a possibilidade de haver interpretações conflitantes sobre a Convenção Americana – uma oriunda da Corte IDH, outra de tribunais brasileiros, e ainda as de tribunais de outros Estados americanos (Carvalho Ramos, 2016). Nesse sentido, a Corte IDH se manifestou da seguinte forma:

Em várias sentenças, este tribunal demonstrou estar ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de Direito e, portanto, são obrigadas a aplicar o disposto na lei. Mas, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo juízes e outros órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis, também estão sujeitos ao tratado, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de regras contrárias ao seu objeto e finalidade, para que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial das obrigações internacionais. Quer dizer, todas as autoridades estatais são obrigadas a exercer [...] controle de convencionalidade [...] no âmbito das respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. Nesta tarefa, devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete último da Convenção Americana. (Caso *Gelman vs. Uruguay*, 2013 § 66 – tradução dos autores).

Dessa forma, atos passíveis de impactar direitos humanos devem passar por um duplo crivo judicial. Por um lado, os tribunais devem analisar se são compatíveis com a Constituição brasileira (controle de constitucionalidade). Adicionalmente, devem analisar se são compatíveis com a Convenção Americana, tal qual interpretada pela Corte IDH (controle de convencionalidade). Essa interpretação é referendada pela própria construção jurisdicional que lastreia o controle de convencionalidade nas mais altas cortes brasileiras. No Supremo Tribunal Federal, o precedente do Recurso Extraordinário (RE) n.º 466.343/SP, que consolidou o controle de convencionalidade interno, reconheceu o locus especial que as normas de direitos humanos gozam em nosso ordenamento e o dever do Poder Judiciário de agir neste sentido²⁸.

14. Conclusão

Internacionalmente, o reconhecimento do direito à consulta é compreendido tanto como um instrumento indispensável para o exercício de outros direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais (direito à autodeterminação, à livre escolha de prioridades de desenvolvimento e ao território, entre outros), bem como base estruturante das regras que devem orientar o relacionamento do Estado com esses povos.

Para a Corte IDH, o direito à CLPI está estabelecido nos diferentes instrumentos ratificados e aprovados pelos Estados membros da OEA, como na Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, entre outros.

Adicionalmente, o tribunal interamericano tem destacado o

²⁸ Como reflexo da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, sobreveio o entendimento fixado no RE n.º 466.343 (Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03/12/2008, DJe: 04/06/2009), que reconheceu destaque constitucional aos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos em nosso ordenamento.

reconhecimento regional do direito à CLPI na legislação doméstica e na jurisprudência constitucional de uma parte considerável de países do continente. No caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, a Corte IDH apresentou uma breve sistematização dos países da região que têm incorporado instrumentos internacionais que garantem o direito à CLPI e desenvolvido linhas jurisprudenciais que ordenam a implementação do direito de consulta como: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Peru e Venezuela, assim como a verificação de decisões jurídicas no mesmo sentido em países que não ratificaram a Convenção n.º 169 da OIT, como os Estados Unidos e o Canadá, mas que reconhecem em seus tribunais domésticos a obrigação de consulta do Estado para com os povos indígenas e tribais (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012, § 162).

O extenso desenvolvimento jurisprudencial do direito à consulta na região americana, e em geral em todos os órgãos multilaterais do sistema das Nações Unidas, consolida um entendimento dos elementos considerados como núcleo essencial do direito à consulta, destacando dentre esses: 1) a obrigatoriedade de consultar decisões públicas (administrativas ou legislativas que tratem de direitos indígenas) ainda durante sua fase de preparação ou planejamento, de forma a garantir a oportunidade que permita aos povos interessados influenciar efetivamente as decisões que lhes afetam; 2) a impossibilidade do Estado, titular da obrigação de consulta, delegar para terceiros, como empresas ou outros interessados, sua obrigação de estabelecer diálogos interculturais, de boa-fé e imparciais para tratar com os povos indígenas e tribais; 3) a obrigação do Estado de reconhecer e respeitar as formas de organização social e instituições representativas de cada povo indígena e tribal, sem decidir unilateralmente sobre os interlocutores, as formas, os tempos e os locais de realização do processo de consulta; e 4) as CLPI têm como objetivo chegar a um acordo ou obter o consentimento dos povos indígenas e tribais sobre as decisões públicas capazes de afetar seus direitos, e, em caso de decisões administrativas ou legislativas que envolvam o direito à

própria subsistência física e cultural dos povos indígenas e tribais, o Estado está na obrigação de obter explicitamente o consentimento dos povos diretamente afetados.

O Brasil, como membro da comunidade interamericana de nações e da Organização das Nações Unidas, não só compartilha as obrigações descritas, mas também se comprometeu nacional e internacionalmente em superar o passivo histórico de marginalização, discriminação e perseguição de povos indígenas e tribais para promover uma relação respeitosa com tais povos, cuja diversidade cultural enriquece o pluralismo da sociedade brasileira.

Referências bibliográficas

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional dos direitos humanos*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 dic 2009. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 31 dic. 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

_____. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

_____. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

_____. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Série C n.º 172. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008

(Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

_____. Povo Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e reparações). San José (Costa Rica), 2012. Série C n.º 245. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá (Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros *vs.* Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 304. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros *vs.* Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 305. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 309. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Caso Gelman *vs.* Uruguay (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

DPLF. Manual para defender os direitos dos povos indígenas e tradicionais. Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://www.dplf.org/sites/default/files/povos_indigenas_web_c.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional dos direitos civis e políticos. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 dez. 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%Aadticos.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 dez. 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Nova York, 1966. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração americana dos direitos e deveres do homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Convenção americana sobre direitos humanos. San José (Costa Rica), 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Carta da Organização dos Estados Americanos. Subscrita em Bogotá em 1948 e reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992 e pelo Protocolo de Managuá em 1993. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

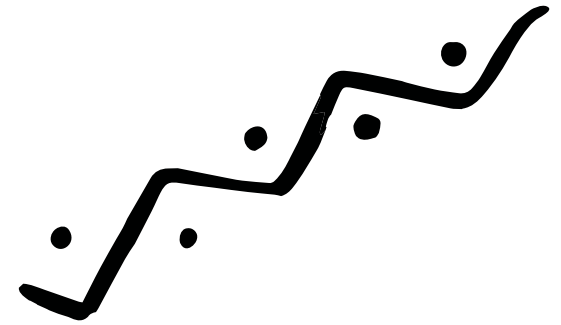
_____. Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas. Santo Domingo, Dominican Republic: OEA, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais. Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphlan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2022.

PANAMÁ. Ministerio Público. Procuraduría de la Administración. Proceso Contencioso Administrativo de Protección de Derechos Humanos. Carlos Henry Mojica contra el artículo cuarto del Decreto Ejecutivo 21 de 7 de agosto de 1980, emitida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Panamá, 04 abr. 2019. Disponível em: <<http://vocc.procuraduria-admon.gob.pa/sites/default/files/V-351-19-1490-18%20Carlos%20Henry%20Mojica%20%28Cacique%20General%20de%20Takargunyal%29%20vs%20MIDA.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

PANAMÁ. Asamblea Legislativa. Ley General de Ambiente de la República de Panamá, publicada el 03 jul. 1998. Disponível em: <<https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/41-de-1998-jul-3-1998.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário (RE) n.º 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Brasília, 05 jun. 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 02 ago. 2022



Capítulo 10

**A consulta prévia nos tribunais:
Um balanço crítico da
jurisprudência brasileira**

Rodrigo Magalhães de Oliveira
Liana Amin Lima da Silva
Joaquim Shiraishi Neto

1. Introdução: o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à consulta prévia

Como garantir que tratados internacionais de direitos humanos tenham “ressonância cultural” (Engle Merry, 2010)? Como estabelecer normas internacionais de respeito à igual dignidade e aos direitos de pessoas e povos tradicionais, sem descuidar de sua enorme diversidade étnica e racial? Tais dilemas – que expressam um dos capítulos do debate entre compreensões relativistas e universalistas – permeiam a elaboração dos tratados internacionais de direitos humanos. Para além da grande diversidade entre povos, essas normas são aplicadas em diferentes realidades políticas e institucionais. Por isso, os tratados internacionais recorrem a uma linguagem ampla, estabelecendo normas, princípios e diretrizes que deverão ser densificados ao serem transpostos às realidades nacionais e locais, notadamente, plurais e complexas, como a brasileira.

A Convenção n.º 169 da OIT é o tratado internacional de direitos humanos que mais encarna o desafio de estabelecer direitos coletivos em meio à diversidade, não apenas nacional, mas étnica, cultural e racial. O pluralismo social permeia sua construção, conteúdo e aplicação ao se propor a respeitar e promover a enorme diversidade existente entre povos indígenas e tribais – grupos étnicos resistentes aos moinhos homogeneizantes do Estado-nação.

O desafio colocado à Convenção n.º 169, portanto, é ainda maior: como garantir um núcleo de direitos coletivos a povos e comunidades tradicionais, muito diversos entre si e historicamente vulnerabilizados, sem violar suas especificidades socioculturais, ou seja, sem que a aplicação da norma represente uma atualização das leis e políticas assimilacionistas, promovendo novas formas de colonização.

A OIT respondeu ao desafio imprimindo duas características importantes à Convenção n.º 169: (i) os direitos são previstos em uma linguagem ampla, estabelecendo diretrizes, noções e conceitos que deverão ser culturalmente adaptadas, bem como incorporadas aos processos e instituições locais, sempre considerando o

princípio pro homine, que veda a restrição ao alcance do conteúdo dos direitos humanos; (ii) a própria aplicação de suas normas pressupõe intenso diálogo, participação e consulta com os seus destinatários, isto é, com os povos indígenas e tribais.

Além de ser um princípio transversal da Convenção n.º 169, tido como “pedra angular”, a consulta e o consentimento prévio, livre e informado constituem um direito fundamental próprio, autônomo, de os povos indígenas e tribais serem consultados pelos Estados sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente, tal como discutido nos capítulos desta obra. Embora se aplique a uma gama variada e não taxativa de medidas administrativas, o direito à consulta prévia está no epicentro de disputas envolvendo projetos neoextrativos e de infraestrutura na América Latina, tais como mineração, petróleo, ferrovias, rodovias, estradas, hidrelétricas, dentre outros. Corolário do direito à autodeterminação, a consulta e o consentimento buscam reverter um longo histórico de genocídio, etnocídio, ecocídio e desterritorialização vividos, ao garantir que os povos indígenas e tribais participem do processo decisório sobre a implantação ou não de empreendimentos econômicos que possam afetar suas existências, territórios, modos de vida e futuros, baseados em saberes locais.

Sob outro ângulo, a consulta prévia representa uma limitação ao arbítrio estatal e empresarial na destinação de territórios e de recursos naturais. Por essa razão, observa Rodríguez-Garavito, a consulta prévia é um campo sociojurídico intensamente disputado em escalas internacional, regional, nacional e local, nas quais diferentes agentes travam um embate para significar os contornos desse direito (2012, p. 19). De um lado, os povos indígenas e tribais, movimentos sociais, organizações não governamentais e pesquisadores lutam para que os padrões de aplicação do direito à consulta prévia estabelecidos no direito internacional dos direitos humanos sejam respeitados em sua integralidade. De outro, Estados, empresas e instituições financeiras também se apropriaram desse dispositivo para manter o controle sobre os processos, e o fazem tentando reduzir o direito à consulta prévia a um mecanis-

mo genérico de resolução negociada de conflitos (Oliveira, 2016), que não afete a ampla possibilidade de conversão de territórios tradicionais e da natureza em capital privado (Rodríguez-Garavito, 2012, p. 30).

Nesse sentido, as regulamentações nacionais, publicadas em distintos contextos e formas até então, violam diversas diretrizes cogentes estabelecidas na Convenção n.º 169 para o direito à consulta, por exemplo, excluindo sujeitos coletivos, reduzindo as hipóteses de aplicação, postergando o início da participação, limitando os efeitos jurídicos, dentre outras restrições. Tais violações foram verificadas mesmo em países em que os povos indígenas protagonizam um maior espaço na política institucional, como Bolívia, Colômbia, Equador e Peru (Baquero Díaz, 2014a, 2014b).

Os embates, no entanto, não se restringem ao campo regulatório e são travados também na aplicação do direito à consulta prévia, em meio a conflitos concretos. Estados e empresas veem a consulta prévia como obstáculo à implementação de seus empreendimentos econômicos, enquanto povos indígenas e tribais a mobilizam na esperança de salvaguardar a integridade de seus territórios e modos de vida (Oliveira, 2016). Esses contextos são marcados pela aguda assimetria política, econômica, técnica e simbólica entre empresas e grupos étnicos, e pela escassa mediação estatal (Rodríguez-Garavito, 2012, p. 13).

No caso dos países da América Latina, o racismo é um elemento que deve ser considerado ao se observar os discursos e as inúmeras decisões judiciais, na maioria das vezes protelatórias dos direitos desses grupos culturalmente diversos. As disputas judicializadas envolvendo o direito à terra, por exemplo, geralmente se arrastam por longos períodos nos tribunais, como se o tempo não fosse uma medida que importasse à garantia de reprodução física e cultural dos povos e comunidades tradicionais. O tempo aqui opera contra a vida desses grupos.

A internalização da Convenção n.º 169, e particularmente do direito à consulta prévia, portanto, é resultante de disputas entre agentes profundamente desiguais, sobretudo do ponto de vista econômico. Por isso, tem prevalecido, seja na dimensão regulatória

nacional ou na concreta, compreensões do direito à consulta prévia que não apenas limitam a possibilidade de participação dos povos indígenas e tribais, como violam as normas da própria Convenção n.º 169 e de outros dispositivos internacionais e nacionais conexos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tende a desempenhar um papel central na efetivação do direito à consulta prévia. Primeiro, porque se trata de um direito essencialmente judicializado na América Latina (Rodríguez-Garavito, 2012, p. 36), como tantos outros direitos que foram deslocados para essa arena. No Brasil, os principais conflitos que envolvem violação à consulta prévia foram parar nos tribunais, conforme se pode constatar na compilação jurisprudencial sistematizada neste livro. É o caso das usinas hidrelétricas Belo Monte, Teles Pires, São Manoel e São Luiz do Tapajós, da Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista, do Centro de Lançamentos de Alcântara, dentre outros projetos econômicos tidos como de menor impacto, mas de efeitos igualmente nefastos. A construção e duplicação de rodovias e ferrovias para escoamento da produção de commodities, por exemplo, tem sido uma grave ameaça às garantias de produção e reprodução das formas de vida de vários povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais pelo Brasil, conforme será analisado adiante.

Segundo, porque o Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, tem o poder-dever de garantir a adequada aplicação dos direitos humanos de grupos étnicos minoritários, quando em conflito com interesses políticos e econômicos hegemônicos.

Nesse processo de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e da Convenção n.º 169, em particular, o Poder Judiciário tem o dever de zelar para que os grupos políticos e econômicos dominantes – que possuem amplo acesso e representação nos Poderes Executivo e Legislativo – não atropelam ou esvaziem direitos de grupos minoritários. Ao garantir a plena aplicação das garantias do direito à consulta prévia, o Poder Judiciário atua para equilibrar uma balança desigual, suavizando, ainda que pontualmente, a assimetria entre Estados/empresas e os povos indígenas e tribais que permeia os conflitos dessa natureza, sendo que a sua atuação/mediação não é o de repartição de parce-

las, mas de garantir que o povo ou comunidade afetados possam permanecer vivendo ao seu modo.

No contexto da política econômica em sua dupla dobra, neoliberal e financeirizada, o Poder Judiciário desempenha um papel crucial na efetivação do direito à consulta prévia no Brasil, não apenas para impor sua aplicação, mas para explicitar as balizas e garantias que devem ser observadas pelos governos na condução dos processos de consulta, em cumprimento à Convenção n.º 169 e a outros dispositivos internacionais e nacionais. Sem adentrar no mérito dos efeitos jurídicos dos precedentes judiciais, não se trata de criar ou de inovar direitos, o que é próprio à função legislativa, mas de ratificar e consolidar direitos e garantias previstos e plenamente aplicáveis no país, em diálogo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com os próprios sujeitos coletivos de direito, cuja participação nos processos judiciais de seu interesse deve ser assegurada. A consolidação de precedentes garantistas no país é fundamental para que as instituições estatais adaptem seus processos e fluxos para observar o direito à consulta prévia em sua plenitude, respeitando todas as garantias prescritivas.

Conforme debatido no início deste texto, as expressões utilizadas pela Convenção n.º 169 para definir os contornos e as garantias do direito à consulta e ao consentimento possuem significado amplo (tais como, “consulta”, “prévia”, “livre” e “informada”, “boa-fé”, “instituições representativas”, “culturalmente apropriada”, “diretamente afetados” e “consenso”) e são densificadas ao serem incorporadas ao ordenamento jurídico de cada país.

Portanto, isso não significa que estas garantias sejam indeterminadas e que os Estados possam estabelecer livremente seu conteúdo, mesmo porque a Convenção n.º 169 estabelece diretrizes, noções e conceitos autoaplicáveis e cogentes. A amplitude e a flexibilidade dizem respeito tão somente ao fato de essas garantias serem adaptáveis a diferentes povos e realidades institucionais e às circunstâncias dos casos concretos; sendo que o conteúdo do tratado a ser preservado vincula-se à proteção e à autonomia dos mais diversos grupos existentes nos países. Do ponto de vista do

direito (“virada ontológica”), o debate de que nossa existência está condicionada à existência do outro – à igual dignidade entre os povos – está assentado em diversos trabalhos de direito constitucional desde o Brasil (Sarlet, 2005) a Alemanha (Haberle, 2002).

Para não ficar no abstrato, vejamos a questão do momento em que a consulta deve ser realizada. A Convenção n.º 169 dispõe que os governos devem consultar os povos indígenas e tribais sempre que forem “previstas” medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6º), antes de “empreender ou autorizar” qualquer projeto (art. 15). A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ratifica que o Estado deve garantir a participação e a consulta “em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto” e “desde as primeiras etapas de elaboração e planejamento da medida proposta” (Corte Interamericana de..., 2007; 2012, § 167).

O governo não pode, portanto, autorizar ou conceder licença ao empreendimento antes de consultar, tampouco postergar a consulta para uma etapa posterior à tomada de decisões sobre aspectos essenciais da medida proposta, como tem acontecido no Brasil. O procedimento de planejamento, concessão e licenciamento varia conforme a natureza da medida proposta, havendo trâmites específicos para usinas hidrelétricas, ferrovias, rodovias e exploração minerária, por exemplo.

A adaptabilidade da exigência que a consulta seja “prévia” não autoriza sua postergação, devendo necessariamente ocorrer desde as primeiras etapas de planejamento e preceder qualquer licença e autorização, sobretudo considerando os momentos em que são tomadas decisões sobre aspectos essenciais da medida proposta, de acordo com cada rito específico de planejamento, concessão e licenciamento. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem o papel essencial de zelar para que a incorporação do direito à consulta prévia às instituições e procedimentos domésticos observe os parâmetros do direito internacional dos direitos humanos.

Feitas essas considerações, o presente livro buscou revelar o estado da arte da jurisprudência do direito à consulta prévia no Brasil. Nesse sentido, perguntamos: como o Poder Judiciário bra-

sileiro tem decidido sobre esse tema? As garantias do direito internacional dos direitos humanos estão sendo devidamente observadas? Os precedentes dialogam com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema?

2. Os tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia

Neste item, faremos um balanço crítico das decisões de mérito de cada uma das cortes, em diálogo com as garantias do direito internacional dos direitos humanos, tomando como referência os capítulos e o banco de dados contendo as decisões, construído por pesquisadores bolsistas e colaboradores do Observatório de Protocolos Comunitários, do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental e do Instituto Socioambiental.

Para fins desta análise, foram excluídos os precedentes que não discutiram no mérito o tema do direito à consulta prévia, como aqueles acórdãos com juízo negativo de admissibilidade recursal ou nos quais a consulta prévia é citada apenas no relatório (por exemplo, em razão de a ação originária ter a consulta prévia como causa de pedir), porém não consta como razão de decidir.

Também não foram analisados os julgados que tratavam da “consulta pública” prevista no art. 22 da Lei n.º 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), ou de consulta do órgão licenciador à Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), mas que não tratavam especificamente do direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção n.º 169. Assim, oitivas, escutas, audiências e reuniões meramente informativas não serão objeto de análise, pois, apesar de serem equivocadamente empregadas como equivalentes, não se trata do direito à consulta propriamente dito.

2.1. Supremo Tribunal Federal

O primeiro julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) foi a Suspensão de Liminar (SL) n.º 125/PA, que tratou do Decreto Legislativo n.º 788/2005, que autorizou o Poder Executivo a implantar o “Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte em trecho do Rio Xingu, localizado no Estado do Pará”. Em decisão monocrática e sem aprofundar a discussão do mérito, a Ministra Ellen Gracie permitiu a continuidade do licenciamento sob o argumento de que a oitiva aos indígenas poderia ocorrer após a autorização do Congresso Nacional, que teria caráter meramente programático. A norma em discussão não era a Convenção n.º 169, mas o art. 231, § 3º da Constituição Federal, que dispõe que cabe ao Congresso Nacional autorizar o aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, “ouvidas as comunidades afetadas”¹.

Ao menos em duas outras oportunidades, a Corte Constitucional julgou Suspensões de Liminares para autorizar prosseguimento de obras ou do licenciamento ambiental sem a realização de consulta prévia aos povos indígenas potencialmente afetados: (i) Linhão Manaus-Boa Vista, que afetará os Waimiri Atroari²; e (ii) Usina Hidrelétrica (UHE) Paiaguá, que poderá impactar os Rikbaktsa, Paresí e Irantxe (ou Iranxe Manoki)³. Em ambos os casos, a Corte considerou, sem adentrar no mérito do direito à consulta prévia, que a interrupção do licenciamento causaria “grave lesão à ordem econômica”, desconsiderando a grave lesão à ordem sociocultural, isto é, a igual dignidade desses povos e o direito de livre determinação para viverem suas vidas como grupos etnicamente diferenciados.

Digno de nota o voto divergente do Ministro Edson Fachin, que reconheceu, em ambos os casos, que a matéria é “atinente

¹ Supremo Tribunal Federal. SL n.º 125/PA. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 16 mar. 2007.

² Idem. Tribunal Pleno. SL n.º 995-AgR/AM. 05 nov. 2019. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 02 dez. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341848041&text=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

³ Id. Tribunal Pleno. SL n.º 800-AgR/MT. 20 dez. 2019. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 05 mar. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342536270&text=.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

à manutenção da vida dessas comunidades, com grande impacto ambiental e sanitário”, e que, por isso, excepcionar a consulta prévia “não parece se coadunar com os princípios constitucionais atinentes ao tema”. Fachin reafirmou que a consulta deve ser prévia à realização de qualquer obra ou empreendimento e que ela não pode ser desconsiderada “ao argumento de que há outras formas de participação posteriores dos índios, já durante a realização de estudos ou mesmo das obras”, sob pena de “atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem”. A participação dos povos é condição imperativa ao direito à consulta, pois os grupos afetados têm as condições de melhor avaliar os problemas afetos às gerações (sublinha-se: ninguém está delegado a postulá-lo). Em outros termos, o “saber local”, situacional, até então desqualificado, é dado a ser considerado nesse direito.

No acórdão que julgou a Petição (Pet) n.º 3.388/RR⁴, referente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo deliberou que operações militares e instalações de estruturas imprescindíveis à defesa nacional podem ser implementadas independentemente de consulta aos povos indígenas:

e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI.

⁴ Id. Tribunal Pleno. Pet n.º 3.388/RR. Decisão de 19 mar. 2009. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2576665&text=RTF>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

No caso da regra de exceção ao tratado criada para o bem da defesa nacional, que deliberou sobre a possibilidade de operações e instalação de estruturas militares independentemente de consulta aos povos indígenas, é reveladora do “desconhecimento” das relações entre os povos e militares e do direito à consulta pelos ministros, mesmo aqueles considerados garantistas, bem como da história do Brasil e da vida dos povos indígenas e tradicionais. O STF acaba por desconsiderar o histórico de opressão sofrida pelos povos durante o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), bem como os impactos diretos que a implantação de bases militares nos territórios e sua proximidade com as aldeias podem gerar.

Em 2013, o Ministro Luís Roberto Barroso julgou monocraticamente os embargos de declaração opostos ao referido acórdão e afirmou que “o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional”, por exemplo, o planejamento de operações militares. Barroso esclareceu que a exceção, sublinha-se, não prevista na Convenção n.º 169, diz respeito tão somente a medidas estritamente relacionadas à defesa nacional, ao passo que outras obras, ainda que “estrategicamente relevantes para o país”, devem ser consultadas, cabendo “às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como Declaração Americana (art. XXX, § 5º), dispõe que:

Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.

2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representati-

vas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares. (Organização das Nações..., 2007).

O Ministro Barroso, ao final, afastou o direito ao consentimento prévio, livre e informado, sem fazer referência à Convenção n.º 169, à Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas ou à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabelecem hipóteses nas quais o consentimento é exigido:

Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios⁵.

Para esse tipo de interpretação jurídica, que valida o posicionamento de uma ordem política/econômica fundada na “otimização dos ganhos”, os direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais são vistos, paradoxalmente, como espécie de ameaça à democracia. Isto é, tais grupos só podem ser partes da sociedade nacional desde que submetidos e que executem as tarefas para as quais foram “naturalmente” destinados.

Mais recentemente, em 2021, em julgamento monocrático do Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.312.132/RS, a Ministra Carmem Lúcia destacou o direito de os povos indígenas participarem das “deliberações que afetem seus interesses e direitos”, bem como a “necessidade de estudos de impacto ambiental e a consulta prévia e participação de povos indígenas na aprovação de projetos empresariais que poderão causar impactos ambientais em suas comunidades”⁶. Trata-se de um precedente importante,

⁵ Id. Embargos de Declaração na Pet n.º 3.388/RR. 23 out. 2013. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

⁶ Id. RE n.º 1.312.132/RS. 02 mar. 2021. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJe: 22 mar. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345986215&ext=.pdf>>.

pois reafirma que a consulta prévia tem por escopo influenciar os processos deliberativos do Estado, não sendo um procedimento meramente informativo.

A Ministra ainda afirmou que “devem ser considerados não só impactos diretos nas terras por eles habitadas, mas as modificações estruturais no entorno dessas terras que possam causar danos ambientais ou interferir na organização cultural das comunidades indígenas”⁷. O precedente confronta interpretações limitantes da Convenção n.º 169 arbitrariamente determinadas por normativas infralegais, a exemplo da Portaria Interministerial n.º 60/2015 e da Instrução Normativa/FUNAI n.º 02/2015, que condicionam o direito à consulta prévia ao fato de o empreendimento estar localizado a distâncias específicas dos grupos potencialmente afetados.

Os julgados analisados até aqui foram proferidos no âmbito da competência recursal do STF e têm efeito interpartes. No caso do recurso extraordinário, o Código de Processo Civil dispõe que os juízes deverão necessariamente observar os acórdãos proferidos pelo plenário e em recursos repetitivos (art. 927, IV), não sendo este o caso das decisões analisadas acima. A Corte também se pronunciou sobre o tema em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Antes de analisar os precedentes em si, cabe situar um problema relativo ao acesso à justiça quanto à invalidação de medidas legislativas (declaração de inconvencionalidade) editadas sem consulta prévia aos povos indígenas e tribais potencialmente afetados, portanto violando o art. 6º da Convenção n.º 169.

A atual jurisprudência do Supremo atribui status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido ratificados na forma do art. 5º, § 3º da Constituição – isto é, com rito análogo ao processo legislativo das emendas constitucionais –, de modo que estes documentos não integram formalmente o bloco de constitucionalidade⁸.

Acesso em: 03 ago. 2022.

⁷ Id.

⁸ Id. Tribunal Pleno. RE n.º 466.343/SP. 03 dez. 2018. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe: 04 jun. 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

Considerando a longa jurisprudência da Corte no sentido de que o controle abstrato de constitucionalidade pressupõe ofensa direta à Constituição e não meramente reflexa ou indireta, isto significa que os tratados internalizados com status supralegal, como é o caso da Convenção n.º 169, não poderiam servir de paradigma ao controle concentrado de constitucionalidade: “não se admite o exame de contrariedade à norma infraconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade”⁹.

Na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 856/BA, que trata da nulidade das licenças ambientais concedidas para a construção da rodovia BA-099 (Via Metropolitana Camaçari-Lauro de Freitas) em razão da falta de consulta à comunidade quilombola Quingoma, a Ministra Presidente Carmem Lúcia deixou de apreciar a suspensão “por ausência de matéria constitucional”, já que constituiria ofensa direta à Convenção n.º 169, mas apenas indireta ou reflexa à Constituição Federal¹⁰.

Esse cenário suscita o questionamento: qual o instrumento processual apto para exercer o controle concentrado de convencionalidade, isto é, para sustar os efeitos de leis em abstrato que contrariem tratados internacionais de direitos humanos ratificados com status supralegal? Mais especificamente: como invalidar uma medida legislativa que afete diretamente os povos indígenas e tribais, mas que tenha sido tramitada, aprovada e promulgada sem consulta prévia, livre e informada?

Além desta possível limitação ao controle repressivo, também há um precedente que pode inviabilizar o controle preventivo de convencionalidade. Sabe-se que, em regra, não é admitido o controle preventivo de constitucionalidade material. No entanto, o STF admite a impetração de Mandado de Segurança (MS) para o exercício de controle formal preventivo de constitucionalidade apenas no caso de tramitação de proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea e de proposta de emenda constitucional ou projeto de lei cuja tramitação esteja ocorrendo com violação às regras cons-

⁹ Id. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º. 2.030/SC. 09 ago. 2017. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁰ Id. STA n.º 856/BA. 1º mar. 2017. Relatora: Ministra Carmem Lúcia.

titucionais do processo legislativo¹¹. Em tais casos, a legitimidade ativa é exclusiva dos parlamentares, com o propósito de resguardar seu direito líquido e certo a participar de um processo legislativo de acordo com as exigências formais da Constituição Federal.

O art. 6º, § 1º da Convenção n.º 169 determina que os governos deverão consultar previamente os povos indígenas e tribais acerca de medidas legislativas que possam afetá-los diretamente. Entende-se, nesse sentido, que a Convenção introduziu uma exigência formal adicional ao processo legislativo desta espécie de medida legislativa.

No entanto, o plenário do STF não entendeu desta forma no julgamento do Agravo Regimental (AgR) no MS n.º 36.662/DF. Embora não tenha impugnado uma lei *stricto sensu*, mas um decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência exclusiva, prevista no art. 49, inciso I da Constituição (resolver sobre acordos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional), os ministros não acolheram o argumento da parlamentar impetrante de que a ausência de consulta prévia constituiria violação ao processo legislativo constitucional.

O Mandado de Segurança questionou a Mensagem n.º 208/2019, por meio da qual o presidente da República submeteu ao Congresso Nacional o texto do “Acordo sobre Salvaguardas Tecnológicas (AST) entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (EUA), em relação à participação dos EUA em lançamentos a partir do Centro Espacial de Alcântara (CEA)”. A inicial afirmava que “o processo legislativo foi rompido, não pelas alegadas inobservâncias do Regimento Interno, mas porque o trâmite dele deu-se pela inobservância de um tratado internacional ratificado pelo Brasil”, em razão da ausência de consulta prévia aos quilombolas afetados pelo Centro Espacial de Alcântara.

No entanto, os ministros denegaram o mandamus por entenderem que não fora demonstrada violação ao “processo legislativo constitucional” e que a demanda versava sobre interpretação

¹¹ Id. MS n.º 32.033/DF. 20 jun. 2013. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

de normas regimentais, ou seja, um conflito interna corporis, matéria sobre a qual é vedado o controle jurisdicional¹².

No precedente que firmou a tese da supralegalidade, o STF julgou que os tratados internacionais de direitos humanos têm “efeito paralisante” sobre a legislação ordinária com eles conflitantes¹³. Trata-se, em outras palavras, do controle de convencionalidade, ou seja, da aferição da compatibilidade vertical – nas dimensões formal e material – entre as leis ordinárias e os tratados supralegais. No entanto, segundo as decisões analisadas acima, não haveria, a princípio, um instrumento processual disponível para impugnar, via controle concentrado, projetos de lei ou leis que não tenham observado o direito à consulta prévia dos povos indígenas e tribais ao longo de sua tramitação.

Este quadro jurisprudencial, além de violar o direito à consulta prévia, representa uma limitação ao acesso à justiça e ofende a cláusula pétrea da inafastabilidade da tutela jurisdicional (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV). Permite que sigam vigentes ou tramitando medidas legislativas ordinárias que não observam requisito formal do processo legislativo estabelecido por norma hierarquicamente superior, violando a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Mais recentemente, no entanto, o STF admitiu duas ações em controle de constitucionalidade tendo por fundamento concorrente a violação ao direito à consulta prévia, o que sinaliza uma relativização dos entendimentos discutidos acima.

A primeira foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.062 ajuizada contra a Medida Provisória n.º 870/2019 (art. 21, inciso XIV e §2º) que “deslocou da FUNAI para o Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento (MAPA) a competência para: (i) normatizar, traçar diretrizes, identificar e demarcar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas; e (ii) manifestar-se, em licenciamento ambiental, acerca de atividades que afetem direta ou indiretamente terras indígenas”. Uma das causas de pedir da ação é a falta de consulta prévia aos povos indígenas. Em

¹² Id. Agravo Regimental em MS n.º. 36.662/DF. 25 out. 2019. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

¹³ Id. RE n.º 466.343/SP, *op. cit.*

decisão monocrática, Barroso decidiu que a medida não significaria “por si só, sem outros elementos, grave prejuízo aos interesses de tais comunidades” e, por essa razão, não precisaria ter sido precedida de consulta, inexistindo vício de forma:

[...] trata-se de uma medida provisória que produz a reestruturação de ministérios. A norma em questão é primariamente voltada à organização da administração pública federal, e não ao trato da questão indígena. A simples mudança do órgão competente para a demarcação não significa, por si só, sem outros elementos, grave prejuízo aos interesses de tais comunidades¹⁴.

A ratio decidendi está equivocada. A reorganização administrativa implicaria, dentre outras muitas mudanças, alterações no processo administrativo de demarcação de terras indígenas, o que inevitavelmente afetaria os direitos dos povos indígenas, com a suspensão das demarcações das terras e as violências decorrentes. Mesmo que a premissa do Ministro estivesse correta (a de que a mudança por si só não acarretaria grave prejuízo aos interesses dos indígenas), a Convenção não condiciona a consulta prévia ao fato de que a medida cause prejuízo, mas tão somente que tenha o potencial de afetar, inclusive positivamente. Apesar do equívoco, o precedente representa uma admissão do controle concentrado de convencionalidade, já que o Ministro, ao apreciar o mérito, não acolheu argumento da Advocacia Geral da União de que a Convenção n.º 169 é um “tratado recepcionado como norma infraconstitucional, não sendo cabível o controle de convencionalidade incidental, no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade”.

Por fim, em 2021, o STF publicou um importante precedente relativo à consulta prévia ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709, interposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) para que fosse determinada ao governo federal a adoção de medidas sanitárias e de proteção territorial para o enfrentamento à pandemia do novo coronavírus entre os povos indígenas.

¹⁴ Id. ADI n.º 6.062. 23 abr. 2019. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

O plenário da Corte referendou medida cautelar que havia sido concedida pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso e reafirmou a “imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas” (grifo nosso). A Corte sublinhou que a Convenção n.º 169 “determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com sua participação”, bem como que “cada comunidade tem suas particularidades, circunstâncias e culturas próprias” e que, por isso, é imprescindível que os povos “possam expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções”:

11. Finalmente, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação (Convenção n.º 169 da OIT, arts. 2º, 1; 4º, 2; 5º, “c”; 6º, 1, “a” e “b”; art. 7º, 1). Como já observado, cada comunidade tem suas particularidades, circunstâncias e cultura próprias. É imprescindível que tais povos possam expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções. Por essa razão, toda e qualquer decisão que envolva povos indígenas deve assegurar também um diálogo intercultural.¹⁵

Vale destaque o voto convergente do Ministro Luiz Fux, cuja fundamentação dialogou com a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

7. No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros

¹⁵ Id. ADPF n.º 709 MC-Ref/DF (Referendo na Medida Cautelar). 03 ago. 2020. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural.

8. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes¹⁶.

Como visto, o STF se pronunciou poucas vezes sobre o tema e a maior parte das decisões é monocrática. Não há, até o momento, uma coerência nas decisões, havendo inclusive decisões conflitantes entre si. Outro ponto preocupante é o pouco diálogo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não há nenhuma referência à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a documentos da Organização Internacional do Trabalho ou da Organização das Nações Unidas. Com exceção do acórdão da ADPF n.º 709, a Corte não se dispôs a enfrentar o tema da consulta prévia de modo adequado. Em que pese o histórico, os julgados mais recentes, de 2021, representam um avanço, como o Recurso Extraordinário n.º 1.312.132/RS e, sobretudo, o acórdão do plenário na ADPF n.º 709, que possui efeitos erga omnes, e que internalizou e reafirmou importantes diretrizes do direito à consulta prévia.

¹⁶ Id.

2.2. Superior Tribunal de Justiça

O principal precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à consulta prévia foi proferido na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.745/PA, bem como no Agravo Regimental e na Reclamação n.º 17.224/PA, correlatos. A Suspensão foi interposta contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, que suspendeu o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós, em Itaituba-PA, em razão da ausência de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas e comunidades tradicionais potencialmente afetadas.

Em decisão monocrática, posteriormente referendada pelo plenário em Agravo Regimental, o Ministro Félix Fischer sustou os efeitos da decisão recorrida e autorizou a continuidade do licenciamento da hidrelétrica. No entanto, o Ministro enfatizou que “o Governo Federal deverá promover a participação de todas as comunidades, sejam elas indígenas ou tribais, a teor do art. 1º do texto convencional [Convenção n.º 169 da OIT], que podem ser afetadas com a implantação do empreendimento, não podendo ser concedida a licença ambiental antes das suas oitivas”¹⁷. Ou seja, a decisão autorizou a continuidade do licenciamento, porém proferiu tutela inibitória para que o governo federal se abstinhasse de emitir qualquer licença ao empreendimento antes de ser realizada a consulta prévia.

A controvérsia recursal, portanto, não dizia respeito à aplicabilidade, mas ao momento de realização da consulta, que deverá ser prévio: o Ministério Público Federal defendia que a consulta deveria ocorrer desde a fase de planejamento e de avaliação da viabilidade técnica e econômica, sendo este o entendimento acolhido pela decisão recorrida; ao passo que o ministro do STJ decidiu que a consulta prévia deveria anteceder a emissão da Licença Prévia, pois os estudos de viabilidade não causariam impactos aos grupos, logo não precisariam ser precedidos de consulta.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.745/PA. Relator: Ministro Félix Fischer. Julgado em: 19 jun. 2013. Grifos no original. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301078790&dt_publicacao=26/06/2013>. Acesso em: 10 ago. 2022.

A Convenção n.º 169 dispõe que os governos deverão consultar os povos indígenas e tribais sempre que forem previstas medidas administrativas suscetíveis de afetá-los (art. 6º, §1º, alínea a), logo, antes de se empreender ou autorizar (art. 15, §2º). A Corte IDH esclarece que os Estados devem garantir o direito à consulta em todas as fases de planejamento e desde as primeiras etapas de planejamento da medida proposta, a fim de que os grupos possam participar e influenciar a tomada de decisão:

167. Posto que o Estado deve garantir esses direitos de consulta e participação em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto que possa afetar o território sobre o qual se assenta uma comunidade indígena, ou tribal, ou outros direitos essenciais para sua sobrevivência como povo, esses processos de diálogo e busca de acordos devem ser realizados desde as primeiras etapas da elaboração e planejamento da medida proposta, a fim de que os povos indígenas possam participar verdadeiramente e influir no processo de tomada de decisões, em conformidade com as normas internacionais pertinentes. (Corte Interamericana de..., Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012.)

Não há dúvidas, assim, que a consulta prévia deva ocorrer desde as etapas de planejamento e de avaliação da viabilidade técnica, econômica e ambiental do empreendimento, mesmo porque, nessa fase são tomadas decisões importantes a respeito do projeto, a exemplo de sua configuração técnica, localização, análise de eficiência e viabilidade econômica, dentre outros aspectos. Não garantir a consulta desde essa fase, portanto, implica operar com a exclusão dos povos indígenas e tribais de processos deliberativos essenciais sobre a medida, violando a Convenção n.º 169. Do ponto de vista do empreendedor, pode implicar também em aumento dos custos, perda de tempo e a conseqüente insegurança jurídica.

A consulta aos povos indígenas e tribais potencialmente afetados contribui para uma avaliação mais abrangente acerca da viabilidade econômica, garantindo um dimensionamento de

“custos” mais próximo à realidade. No caso do licenciamento administrativo e ambiental das usinas hidrelétricas, por exemplo, é na fase de planejamento que são realizados os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), o inventário do potencial hidrelétrico da bacia hidrográfica, bem como aprovado o empreendimento pelo Conselho Nacional de Política Energética. Os topônimos indígenas, que designam lugares e acidentes geográficos, são exemplos de como essa relação, estabelecida desde o início, é imprescindível à análise da viabilidade do projeto sob as mais diversas dimensões.

Apesar de ter autorizado a continuidade do licenciamento, o julgado defende que a consulta deve se dar “concomitante às avaliações e estudos”:

Além disso [...], não há uma regulamentação específica que exija que a consulta deverá se dar antes mesmo do início dos estudos de viabilidade do empreendimento, decorrendo daí a possibilidade de, obedecido o princípio de preservação dos direitos fundamentais dessas comunidades, a consulta se dar concomitante a avaliação e estudos, pois, nesse caso, ao meu sentir, não haverá “medida administrativa” tendente a afetar diretamente as comunidades envolvidas¹⁸.

Apesar de ter violado algumas garantias da Convenção n.º 169 e da Corte IDH, o julgado foi de extrema importância para o povo indígena Munduruku e para as comunidades tradicionais da região, pois serviu como bloqueio às inúmeras tentativas em curso do governo federal de simplesmente “atropelar” o processo de consulta. O governo federal chegou a publicar o edital de leilão para a concessão da usina hidrelétrica, sem que os grupos tivessem sido consultados (Oliveira, 2021).

O julgado tem outros dois avanços: (i) reconhece o caráter deliberativo do direito à consulta prévia ao dizer que “[...] o governo deverá promover consultas de modo a inseri-las no contexto participativo de tomada de decisão”; (ii) reconhece que a consulta

¹⁸ Id.

deve permitir “uma discussão mais ampla a respeito da viabilidade do empreendimento”.

No julgamento da Reclamação n.º 17.224/PA, referente ao possível descumprimento da Suspensão de Liminar acima, o relator descreveu a consulta prévia “como forma de pluralizar a decisão político-administrativa correspondente”. Outro ponto importante foi o relator enfatizar que devem ser consultados “todos os povos indígenas e tribais potencialmente afetados pelo empreendimento”, independentemente da distância de seus territórios em relação ao empreendimento:

Ressalve-se, no entanto, a necessidade de que o Governo Federal persista em sua tarefa de realizar ampla e prévia consulta a todos os povos indígenas e tribais potencialmente afetados pelo empreendimento energético que se pretende implantar, sem a qual restará inviabilizada a licença ambiental¹⁹.

Esse trecho da decisão responde ao posicionamento do governo federal de restringir a abrangência espacial da consulta prévia aos limites artificialmente definidos pela Portaria Interministerial n.º 60/2015, no caso, apenas aos indígenas cujas aldeias estivessem localizadas a uma distância máxima de 40 km em relação ao eixo da hidrelétrica.

A Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 2.266/PA, por sua vez, atacou decisões da Justiça Federal de Itaituba-PA que determinaram a sustação do contrato de concessão florestal para exploração madeireira na Floresta Nacional (Flona) do Crepori “até a elaboração de estudo antropológico complementar que defina as características dos povos inseridos na Flona Crepori”, bem como a realização de consulta prévia junto às comunidades tradicionais. A Ministra Laurita Vaz rejeitou o pedido. Ratificou a decisão recorrida e considerou que ela resguardou “patrimônio cultural das possíveis comunidades tradicionais” afetadas²⁰.

¹⁹ Id. Reclamação n.º 17.224/PA *apud* Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.745/PA, *op. cit.*

²⁰ Id. Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 2.266/PA. 1º ago. 2017. Relator: Ministra Laurita Vaz.

Em sentido contrário, o julgamento monocrático da Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 2.895/SC, que impugnou decisão do TRF4 que suspendeu contrato de concessão de parcerias ambientais público privadas (BR M1120) que visava “à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta” aos parques em referência. O relator Humberto Martins suspendeu a decisão atacada, considerando que a concessão não traria prejuízo aos quilombolas, e por isso não precisaria ser objeto de consulta:

Destaque-se que o procedimento licitatório em tela objetiva delegar à iniciativa privada a prestação de serviços de apoio à visitação, com previsão de custeio de ações de apoio à conservação, proteção e gestão da unidade de conservação, o que atenderá ao interesse público de prestação eficiente da atividade de ecoturismo, não tendo havido nenhuma demonstração comprobatória inequívoca na ação originária de que há prejuízo ao meio ambiente e à cultura das comunidades quilombolas. Há, na verdade, tão somente, mera especulação de que pode ser que sejam configurados no futuro prejuízos²¹.

O Ministro ignorou que a consulta prévia, tal como prevista na Convenção n.º 169, não está restrita às medidas que causem prejuízo, como observamos ao discutir a jurisprudência do STF. Além disso, a decisão confunde a audiência e a consulta pública, instrumentos previstos no art. 22 do SNUC, com o direito à consulta prévia.

Outro precedente contrário à Convenção n.º 169 foi o julgamento do Recurso Especial n.º 1.704.452/SC e seu respectivo Agravo Interno, sobre a nulidade das licenças concedidas ao Terminal Graneleiro da Babitonga, dentre outras razões, pela falta de consulta prévia, livre e informada ao povo indígena Kaingang, da Terra Indígena Queimada. Antes de analisar o mérito, ainda em

²¹ Id. Suspensão de Liminar e de Sentença n.º. 2.895/SC. 11 mar. 2021. Relator: Ministro Humberto Martins.

juízo de admissibilidade recursal, o Ministro Og Fernandes afirmou que eventuais violações a tratados internacionais de direitos humanos estariam na “zona de penumbra” entre o cabimento de recurso especial, por violação à lei federal, e de recurso extraordinário, por violação à norma constitucional. Em entendimento dissonante à jurisprudência atual do STF, o relator afirmou que estes tratados integrariam o “bloco de constitucionalidade”:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVENÇÃO N. 169/OIT. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NORMA SUPRALEGAL. COMPETÊNCIA. ZONA DE PENUMBRA. CONSULTA PRÉVIA. MOMENTO PRECISO. TERRA INDÍGENA. NATUREZA INCERTA. SÚMULA 7/STJ. RESOLUÇÃO CONAMA. DECRETOS FEDERAIS. NORMA INFRALEGAL. SÚMULA 284/STF. FUNAI. INTERVENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. MERA TRANSCRIÇÃO DAS RAZÕES DO ESPECIAL. DIALETICIDADE. AUSÊNCIA. SÚMULA 182/STJ.

1. A violação direta de convenção internacional supralegal deve ser alegada em recurso extraordinário interposto na origem e com agravo à Corte Suprema pendente.
2. Interpretações de Cortes internacionais a respeito de disposições convencionais de natureza supralegal devem ser submetidas à Corte competente para analisar a matéria. Ainda que se considere possível a apreciação da violação da norma federal infraconstitucional à luz das convenções internacionais por este Tribunal, na espécie, não se verifica a incompatibilidade entre os entendimentos jurisprudenciais internacionais e nacionais acerca do momento preciso de oitiva das comunidades indígenas.
3. As disposições legais e convencionais invocadas não definem o momento preciso em que deve ocorrer a consulta prévia, embora exijam serem anteriores à execução do empreendimento e ainda por ocasião do planejamento. Hipótese em que se condicionou a continuidade do planejamento à efetiva

participação dos povos tradicionais afetados no licenciamento [...]”²².

Apesar de apresentar fundamentação tendente à inadmissibilidade, o STJ apreciou o mérito do recurso especial e autorizou a continuidade do licenciamento, afirmando que a consulta deveria anteceder apenas à instalação do empreendimento, pois “não dimanava da norma internacional a previsão expressa de que a consulta aos povos tradicionais seja anterior a qualquer outra [Licença Prévia]; no caso, tal manifestação não foi descartada e, nos termos da decisão, será efetivada no curso do processo de licenciamento do empreendimento, antes de sua instalação ou operação”.

O julgamento não apenas contrariou o entendimento do plenário expressado na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.745/PA – que reconheceu a obrigatoriedade da consulta prévia ocorrer desde antes da emissão de qualquer licença –, como colide com seus próprios fundamentos. Na *ratio decidendi*, o julgado cita sentença da Corte IDH que dispõe que a consulta prévia deve ocorrer desde as fases de planejamento e projeto – portanto, antes da emissão da Licença Prévia, que aprova a viabilidade ambiental, a localização e a concepção técnica do empreendimento:

Por sua vez, extrai-se da jurisprudência daquele Colegiado que a consulta prévia aos povos tradicionais deve ser realizada, por seu envolvimento concreto nas fases de planejamento e projeto, antes de efetivar-se qualquer exploração de recursos e terras que afetem territórios e patrimônios imateriais indígenas, o mais cedo possível (Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, CorteIDH, 27.6.2012). A hipótese dos autos expressamente condicionou a continuidade do empreendimento aos estudos com participação da comunidade indígena²³.

O STJ tem poucos julgados – em sua maioria, em decisões monocráticas – e nenhum aprofunda a discussão de mérito so-

²² Id. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.704.452/SC. 10 mar. 2020. Relator: Ministro Og Fernandes.

²³ Id.

bre o tema da consulta prévia. Não há linhas jurisprudenciais consolidadas e são verificadas decisões bastante divergentes entre si. Grande parte dos precedentes analisados contraria regras expressas da Convenção n.º 169 e a Corte não vem dialogando minimamente com a jurisprudência da Corte IDH. De positivo, destacamos o acórdão proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.745/PA que, embora tenha contrariado disposições cogentes da Convenção n.º 169, notadamente quanto ao momento em que a consulta deve ser iniciada, trouxe alguns avanços e, no caso concreto, estabeleceu limites às tentativas do governo federal de “atropelar” o direito à consulta prévia referente à UHE São Luiz do Tapajós.

2.3. Tribunais federais

Os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) do país possuem situações discrepantes no que diz respeito à jurisprudência sobre o direito à consulta prévia, livre e informada. Enquanto o TRF1 possui um grande volume de julgados e análises de mérito mais coerentes com os ditames Convenção, os TRFs das 2ª, 3ª e 5ª regiões possuem pouquíssimos julgamentos sobre o tema. O TRF4 proferiu uma quantidade significativa de decisões a respeito, porém a grande maioria dos casos analisados evidencia que o tema não foi tratado com a devida profundidade, chegando a violar regras expressas da Convenção n.º 169, bem como parâmetros estabelecidos pelos julgados da Corte IDH.

2.3.1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Dentre todos os tribunais analisados, o TRF1 é o que possui o maior número de julgamentos sobre a consulta prévia, talvez em função dos inúmeros povos e comunidades existentes em sua área de atuação e dos empreendimentos econômicos que ameaçam as suas vidas. Nesse contexto, seus julgamentos de mérito são os que mais aprofundaram a discussão sobre o tema no país, tratando não apenas a aplicabilidade da consulta, mas parâmetros

de aplicação, e os que mais respeitaram as balizas da Convenção n.º 169, com um número reduzido de precedentes contrários à aplicação desse direito.

De modo geral, o Tribunal avançou em diretrizes importantes da aplicação da consulta prévia aos casos concretos, a exemplo do reconhecimento da obrigatoriedade de o Estado observar os protocolos de consulta dos povos indígenas e tribais; da diferenciação entre participação em conselhos deliberativos, audiência pública e consulta prévia; do reconhecimento das comunidades tradicionais enquanto sujeitos do direito à consulta; da declaração de nulidade das licenças ambientais emitidas sem consulta prévia; e do afastamento dos limites da Portaria Interministerial n.º 60/2015 para fins de aplicação do direito à consulta.

Apesar dos avanços louváveis, o Tribunal ainda dialoga pouco com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e precisa avançar na efetivação de seus acórdãos, fixando precedentes mais claros quanto às diretrizes de realização da consulta, sempre de acordo com a Convenção n.º 169 e com a jurisprudência da Corte (como a obrigatoriedade de que a consulta seja realizada diretamente pelo Estado, que deve anteceder toda e qualquer licença, e se aplicar desde a fase de planejamento, dentre outros pontos), assim como revendo a utilização da Suspensão de Liminar, instrumento processual que tem sido o maior obstáculo à efetivação do direito à consulta prévia dos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais da Amazônia brasileira.

Em razão do volume de julgamentos, optamos por somente citar aqueles casos em que houve um reconhecimento simples da aplicação do direito à consulta prévia, e por abordar com maior detalhe os julgamentos que representaram avanço ou retrocesso na jurisprudência do tema. As análises serão organizadas por espécie de medida na qual se discute a consulta.

O maior volume de precedentes do TRF1 sobre consulta prévia está relacionado a empreendimentos hidrelétricos. O primeiro foi a Apelação Cível n.º 2006.39.03.000711-8 que tratou da nulidade do Decreto Legislativo n.º 788/2005, autorizando a instalação da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no rio Xingu, sem ter sido prece-

dido de oitiva constitucional aos onze povos indígenas afetados.

A 5ª Turma do tribunal, por maioria, decidiu que a oitiva constitucional poderia ocorrer após a edição do Decreto Legislativo autorizador e que não haveria óbice de a oitiva ser delegada pelo Congresso Nacional à FUNAI. Concluiu depois que as audiências públicas do licenciamento ambiental e que as reuniões realizadas pela FUNAI para a supervisão da elaboração do Estudo do Componente Indígena satisfariam a exigência da oitiva aos indígenas²⁴.

Em razão de o acórdão não ter apreciado a violação à Convenção n.º 169, somente ao art. 231, §3º da Constituição, o Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, aos quais o Tribunal atribuiu efeitos infringentes e reformou o acórdão anterior por unanimidade. Seguindo o voto da relatora, Selene Maria de Almeida, o Tribunal reconheceu que a oitiva constitucional é intuito personae e “não se configura em matéria passível de delegação, sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional”.

A desembargadora afirmou que a oitiva deve anteceder à autorização do Congresso, ser realizada no território e que “uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região”. O Tribunal desclassificou as reuniões informativas da FUNAI como consulta prévia (a propósito, as atas das reuniões registraram expressamente que não se tratava de consulta), desfazendo a confusão presente no acórdão recorrido entre este instituto e as reuniões informativas:

As diversas reuniões levadas a efeito pelo órgão responsável pela política indigenista, a FUNAI, o órgão ambiental, o IBAMA, tiveram objetivo de informar às comunidades a decisão do Congresso e suas repercussões na localidade, isto é, foram encontros para esclarecimento e informação aos povos da bacia do Rio Xingu, mas não se deu o processo de diálogo previsto no art. 6º nem a participação prevista no art. 7º da Convenção 169 da OIT²⁵.

²⁴ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 2006.39.03.000711-8. 14 nov. 2011. Voto Conduzido: Desembargador Fagundes de Deus.

²⁵ Id. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2006.39.03.000711-8/PA. 14 ago. 2012. Relatora: Desembargadora Selene Maria de Almeida.

O acórdão também diferenciou oitiva constitucional e audiência pública: “11. A audiência pública prevista no art. 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição”. O julgado ainda elenca alguns requisitos para que o processo de consulta seja considerado válido:

As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc.; 4) a informação quanto ao procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas, ações mitigadoras e reparadoras dos danos causados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado²⁶.

Por fim, outros pontos de destaque no acórdão foram: (i) a compreensão ampla da expressão “diretamente afetados”, determinando que devem ser consultadas medidas que possam “afetar as formas de vida dos povos indígenas em seus aspectos territorial, ambiental, social, econômico e outros aspectos que incidam em sua integridade étnica”; (ii) o diálogo com a jurisprudência da Corte Interamericana; (iii) a afirmação de que qualquer marco regulatório sobre o direito à consulta prévia deverá respeitar as prescrições vinculantes da Convenção n.º 169.

Esses mesmos fundamentos foram utilizados no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0002064-61.2013.4.01.0000 para reconhecer a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais por ocasião da pavimentação da rodovia MA-280²⁷.

²⁶ Id.

²⁷ Id. Agravo de Instrumento n.º 0002064-61.2013.4.01.0000. 10 jan. 2014. Relatora: Desembargadora Selene Almeida.

Mais recentemente, o TRF1 julgou o Agravo de Instrumento n.º 1026716-47.2021.4.01.0000, que discutiu, entre outras razões recursais, a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais da Volta Grande do Xingu para fins de revisão do hidrograma da UHE Belo Monte. O Tribunal diferenciou os institutos jurídicos da consulta prévia e da participação em conselhos deliberativos (tema que será aprofundado adiante) e reconheceu a aplicação da consulta às comunidades tradicionais²⁸.

No julgamento da Apelação Cível n.º 0005891-81.2012.4.01.3600 e de seu respectivo agravo regimental, o TRF1 reconheceu a ausência de litispendência entre ações civis públicas que tratavam da ausência do Estudo do Componente Indígena e de consulta prévia aos povos indígenas potencialmente afetados pela UHE Teles Pires, enfatizando que se trata de institutos jurídicos distintos:

Tenho para mim que efetivamente não ocorre a litispendência no caso em exame. Como bem observado pelo Ministério Público Federal ora apelante, não se confundem as causas de pedir nas duas ações civis públicas, porque não se confundem a pretensão de realização de consulta prévia, livre e informada prevista no art. 6º da Convenção 169 da OIT, e o Estudo de Componente Indígena como integrante do Plano Básico Ambiental. Trata de institutos jurídicos diversos. [...] Assim sendo, a consulta prévia, livre às comunidades é, no fundo, um processo político amplo de participação indígena, segundo regras e procedimentos acordados com os próprios povos indígenas e suas organizações representativas. Por conseguinte, não há que haver confusão conceitual entre um processo de participação política na tomada de decisões administrativas e/ou legislativas que afetem o *modus vivendi* das comunidades indígenas e o estudo meramente técnico que se denomina EIA/RIMA, do qual o estudo do componente indígena se ocupa de examinar²⁹.

²⁸ Id. Agravo de Instrumento n.º 1026716-47.2021.4.01.0000. 02 dez. 2021. Relator: Desembargador Souza Prudente.

²⁹ Id. Agravo Regimental na Apelação Cível n.º 0005891-81.2012.4.01.3600. Voto da Desembargadora Selene Almeida. 13 set. 2013.

O TRF1 determinou a aplicação do direito à consulta aos povos indígenas quanto a outros seis empreendimentos hidrelétricos: UHE Teles Pires, que afeta os povos indígenas Munduruku, Kaiabi (Kawaiwete) e Apiaká³⁰; UHE São Luiz do Tapajós, que impactaria o povo Munduruku e dezenas de comunidades tradicionais beiradeiras³¹; Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) Salto Belo e Sacre II, que impactaram o povo Paresí³²; PCH Jesuíta, que também afeta o povo Paresí³³; UHE Paiaguá, que deveria ter sido precedida de consulta aos Manoki³⁴.

Outra classe de empreendimento discutida de forma reiterada pelo TRF1 pela falta de consulta prévia é a mineração. No julgamento dos Agravos de Instrumento n.º 0005755-44.2017.4.01.0000 e 1011113-36.2018.4.01.0000, o relator permitiu a continuidade do licenciamento ambiental do empreendimento Projeto Ferro Carajás - Mina S11D, da Vale S.A., em que se questionava a falta de consulta prévia ao povo Xikrin.

O Desembargador Daniel Paes Ribeiro entendeu que a falta de consulta não causaria nulidade das licenças ambientais e reconheceu as reuniões realizadas para elaboração do Estudo do Componente Indígena como consulta, contrariando a jurisprudência do próprio Tribunal nos casos das UHEs Belo Monte e Teles Pires, já comentados³⁵.

Entendimento diverso prevaleceu no julgamento da Apelação Cível n.º 2505-70.2013.4.01.3903, que discutia irregularidades no licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração de Ouro da empresa canadense Belo Sun Mineração Ltda., dentre outras razões, pela falta de consulta prévia aos povos indígenas Juruna (Yud-

³⁰ Id. Agravo de Instrumento n.º 18341-89.2012.4.01.0000. 1º ago. 2012. Relator: Desembargador Souza Prudente.

³¹ Id. Agravo de Instrumento n.º 19093-27.2013.4.01.0000. 12 abr. 2013. Relator: Desembargador João Batista Moreira.

³² Id. Apelação Cível n.º 2004.36.00.002419-8. 18 nov. 2013. Desembargador Souza Prudente.

³³ Id. Apelação Cível n.º 2009.36.00.009043-1. 13 dez. 2013. Desembargador Souza Prudente.

³⁴ Id. Agravo de Instrumento n.º 0076857-68.2013.4.01.0000. 13 jun. 2014. Relator: Desembargador Souza Prudente.

³⁵ Respectivamente: id. Agravo de Instrumento n.º 0005755-44.2017.4.01.0000/PA. 13 fev. 2017. Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro; e id. Agravo de Instrumento n.º 1011113-36.2018.4.01.0000. 27 ago. 2020. Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro.

já), da Terra Indígena Paquiçamba; Arara, da Terra Indígena Arara da Volta Grande do Xingu; e a outros povos que vivem em territórios não reconhecidos formalmente pelo Estado brasileiro.

Os desembargadores mantiveram a validade da Licença Prévia emitida sob o fundamento de que ela não autorizaria o início das obras e, por isso, não causaria impactos ambientais sobre os indígenas, bem como de que não haveria regulamentação específica exigindo que a consulta precedesse esse tipo de licença. Esse entendimento viola a Convenção n.º 169, conforme visto anteriormente.

O acórdão, todavia, ao diferenciar os institutos do Estudo do Componente Indígena e da consulta prévia, determinou a suspensão Licença de Instalação até que ambas as exigências fossem cumpridas. O julgamento também é, no país, um importante marco desse direito por ser o primeiro precedente a reconhecer que a consulta prévia deve ser realizada em conformidade com os Protocolos de Consulta dos próprios povos³⁶.

Em sintonia com a Convenção n.º 169, o TRF1 reconheceu que a consulta prévia é condição *sine qua non* para a emissão da licença ambiental, não podendo ser convertida em mera medida condicionante a ser cumprida no curso do licenciamento. Por essa razão, apontou a nulidade da licença. Esse entendimento prevaleceu no caso da instalação de minerioduto a apenas 100 m da Terra Indígena Turé-Mariquita, do povo Tembé³⁷.

No caso do Projeto Serro de mineração, o relator João Batista Moreira entendeu não haver, a princípio, necessidade de consulta prévia às comunidades quilombolas Baú, Ausente, Mata dos Crioulos, Vila Nova e Santa Cruz por não ter sido demonstrada a ocorrência de impactos e essas comunidades estarem localizadas a uma distância superior a 10 km do empreendimento³⁸. Tal como discutimos, a localização/distanciamento não é critério juridicamente válido para a verificação de incidência da consulta prévia.

³⁶ Id. Apelação Cível n.º 2505-70.2013.4.01.3903. 06 dez. 2017. Relator: Desembargador Jirair Aram Meguerian.

³⁷ Id. Apelação Cível n.º 2006.34.00.020010-0. 12 abr. 2018. Relator: Souza Prudente.

³⁸ Id. Agravo de Instrumento n.º 1040065-88.2019.4.01.0000. 14 dez. 2020. Relator: João Batista Moreira.

Mais recentemente, ao julgar antecipação de tutela em apelação cível no caso da mineração de ouro Projeto Coringa, da empresa Chapleau Exploração Mineral Ltda., localizada próximo ao limite oeste da Terra Indígena Baú, do povo Mebêngôkre Kayapó, o Tribunal reiterou a necessidade de se observar os protocolos de consulta para a realização do processo de consulta prévia. Outro destaque do julgamento foi afastar os limites estabelecidos pela Portaria Interministerial n.º 60/2015 que restringem o direito à consulta prévia:

Nesse sentido, não merece prosperar a alegação de que a providência foi determinada pelo juízo monocrático, mas a FUNAI teria descartado a medida, com base no Anexo I, da Portaria Interministerial n.º 60/2015, dispensando o Estudo do Componente Indígena (ECI) em virtude de o empreendimento minerário se localizar há mais de 10 km da Terra Indígena Baú, tendo em vista que o posicionamento do órgão indigenista não se baseou em qualquer estudo técnico ou em vistoria no local, sendo que, na verdade, o referido território se encontra há aproximadamente 11 km da mina. A esse respeito, a aludida Portaria considera presumida a intervenção em terra indígena, “quando a atividade ou o empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam ocasionar impacto socioambiental direto na terra indígena, respeitados os limites do Anexo I” (art. 3º, § 2º, I), que define a distância mínima de 10 km entre a atividade de mineração e a terra indígena, no âmbito da Amazônia legal. De ver-se, portanto, que não é possível emprestar à mencionada Portaria uma interpretação estanque e restrita do que representa a área de impacto socioambiental de uma atividade econômica tão agressiva quanto a mineração, de forma a justificar a dispensa de um estudo do componente indígena, na hipótese dos autos, em face de suposta diferença de 1 km a mais do limite normativo³⁹.

³⁹ Id. Antecipação de Tutela na Apelação Cível n.º 0001592-34.2017.4.01.3908. 03 dez. 2021. Relator: Desembargador Souza Prudente.

A falta de consulta prévia em casos de exploração madeireira também é um tema recorrente no Tribunal. No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0045734-47.2016.4.01.0000 e do Mandado de Segurança n.º 10000831-70.2017.4.010000, a Corte manteve a suspensão da concessão florestal da Floresta Nacional do Crepori, entre outras razões, por falta de consulta prévia às comunidades tradicionais. No último caso, os desembargadores ainda enfatizaram que a participação das comunidades nos conselhos da unidade de conservação não elide a necessidade de consulta⁴⁰.

A tutela recursal do Agravo de Instrumento n.º 0020386-27.2016.4.01.0000, por sua vez, foi julgada procedente para reformar decisão de primeiro grau que suspendeu a autorização de exploração florestal nas proximidades da Terra Indígena Apinajé, concedida sem consulta prévia aos indígenas. O relator entendeu que os indígenas não seriam afetados em razão de o polígono da autorização não estar sobreposto à terra indígena⁴¹.

Como já discutido neste artigo, o critério empregado pela Convenção n.º 169 não é a localização ou o distanciamento do empreendimento, mas a possibilidade de ele afetar diretamente o grupo indígena ou tribal, daí a necessidade de escutá-los. Nesse sentido, não é possível afirmar de antemão que a Autorização de Exploração Florestal não os afetará apenas por não estar localizada na terra indígena, uma vez que poderá provocar outros impactos (aumento da extração ilegal de madeira, pressão fundiária, afugentamento de caça etc.). Tal entendimento revela o desconhecimento da realidade vivida por esses povos na região.

No Agravo de Instrumento n.º 1007927-65.2020.4.01.3902, foi apreciada a ausência de consulta, pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), aos indígenas e comunidades tradicionais da Reserva Extrativista Tapajós-Arapiuns a respeito da concessão florestal de planos manejo no interior da unidade de conservação.

⁴⁰ Id. Agravo de Instrumento n.º 0045734-47.2016.4.01.0000. 12 set. 2015. Relator: Desembargador Souza Prudente; e id. MS n.º 10000831-70.2017.4.010000. 28 nov. 2017. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

⁴¹ Id. Agravo de Instrumento n.º 0020386-27.2016.4.01.0000. 06 maio 2016. Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro.

O Tribunal determinou a suspensão da concessão acolhendo a fundamentação apresentada pelo Ministério Público Federal, que sinalizou as diferenças entre a participação em conselhos comunitários/deliberativos e a consulta prévia, institutos absolutamente distintos quanto à previsão legal, sujeitos envolvidos, objeto, finalidade e caráter culturalmente adequado:

Com efeito, conforme bem destacado pelo douto órgão ministerial, na hipótese dos autos, não se pode admitir que as reuniões realizadas unicamente com o Conselho Deliberativo, Conselho Comunitário e Associação Tapajoara substituam o indispensável procedimento de consulta prévia, livre e informada das comunidades indígenas e tradicionais ocupantes da área descrita nos autos, o qual haverá de se operar mediante a estipulação de um Plano de Consulta respeitando regras, protocolos e procedimentos apropriados, a serem definidos pela própria comunidade consultada, nos termos do art. 6º, itens 1 e 2, da sobredita Convenção OIT n.º 169⁴².

Como se observa, o precedente afirma que a consulta deverá “se operar mediante a estipulação de Plano de Consulta” que precisa respeitar o protocolo definido pela própria comunidade consultada.

Ainda sobre empreendimentos extrativos, o TRF1 reconheceu o direito à consulta dos povos das Terras Indígenas Nukini, Nawa, Poyanawa e Vale do Javari quanto à extração de hidrocarboneto (gás de xisto) na Bacia Sedimentar do Acre (bloco AC-T8)⁴³.

A Corte da 1ª Região também tem uma vasta jurisprudência sobre a consulta prévia relacionada a projetos de infraestrutura de transporte, como rodovias, ferrovias e portos. Na Antecipação de Tutela no Agravo de Instrumento n.º 0006021-31.2017.4.01.0000, a Corte reconheceu o direito à consulta da comunidade quilombola Quingoma, potencialmente afetada pelas obras da rodovia

⁴² Id. Agravo de Instrumento n.º 1007927-65.2020.4.01.3902. 29 abr. 2021. Relator: Desembargador Souza Prudente.

⁴³ Id. Agravo de Instrumento n.º 0005825-95.2016.4.01.0000. 17 dez. 2018. Relator: Roberto Carlos de Oliveira; e id. Agravos de Instrumento n.º 0008464-86.2016.4.01.0000 e 0008467-41.2016.4.01.0000. 31 jan. 2019. Relator: Roberto Carlos de Oliveira.

BA-099, tendo declarado a nulidade das licenças emitidas⁴⁴.

O Tribunal também reconheceu o direito à consulta das comunidades quilombolas Contente e Barro Vermelho, potencialmente afetadas pela Ferrovia Transnordestina⁴⁵. No entanto, ao analisar novamente o caso, o Tribunal julgou de maneira contraditória. Por um lado, reconheceu o direito das comunidades quilombolas à consulta prévia independentemente de o território estar titulado, pois não existe “nenhuma exigência em seu bojo no sentido de formalização das comunidades junto ao órgão de representação para que seja exercido o direito fundamental de consulta”. A decisão também destacou que a consulta prévia é um procedimento deliberativo, que “tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver a fim de que possam exercer influência na deliberação a ser tomada”. Por outro, o Tribunal não declarou a nulidade das licenças concedidas em razão de a obra estar em andamento. Com isso, o Desembargador Carlos Augusto Pires Brandão determinou que as obras poderiam ser retomadas e que o direito à consulta deveria ser garantido para o estabelecimento das medidas de mitigação e compensação do Plano Básico Ambiental⁴⁶.

Nos Agravos de Instrumento n.º 0032360-32.2014.4.01.0000 e 0031507-23.2014.4.01.0000, a Corte reconheceu o direito à consulta prévia das comunidades tradicionais e condicionou a instalação do Polo Naval do Amazonas ao “consentimento claro” destas comunidades, uma vez que teriam que ser removidas: “3. A ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima”⁴⁷.

Outros precedentes relevantes sobre portos e consulta prévia

⁴⁴ Id. Antecipação de Tutela no Agravo de Instrumento n.º 0006021-31.2017.4.01.0000. 21 fev. 2017. Relator: Desembargador Souza Prudente.

⁴⁵ Id. Agravo de Instrumento n.º 0072329-83.2016.4.01.0000. 24 maio 2017. Relator: Convocado Rodrigo Navarro de Olivera.

⁴⁶ Id. Apelação Cível n.º 1635-08.2016.4.01.4004. 05 set. 2019. Relator: Carlos Augusto Pires Brandão.

⁴⁷ Id. Agravos de Instrumento n.º 0032360-32.2014.4.01.0000 e 0031507-23.2014.4.01.0000. 12 jun. 2015. Relator: Desembargador Ney Bello.

foram proferidos no caso do Terminal Portuário da Empresa Brasileira de Portos de Santarém, previsto para ser instalado no Lago do Maicá, em Santarém-PA. O tribunal reconheceu a aplicação do direito à consulta prévia às comunidades quilombolas (Arape-mã, Bom Jardim, Maria Valentina, Murumuru, Murumurutuba, Pérola do Maicá, Tingu e Saracura) e às comunidades tradicionais ribeirinhas e de pescadores artesanais.

Outro ponto importante foi a não aplicação dos limites da Portaria Interministerial n.º 60/2015 para fins de restrição da abrangência dos grupos consultados. O relator reconheceu que os quilombolas e ribeirinhos devem ser consultados em razão de utilizarem intensamente o Lago do Maicá em atividades tradicionais (como navegação e pesca de subsistência e comercial), de modo que seriam afetados pela construção do porto, independentemente da distância deste para os limites das Terras Quilombolas formalmente reconhecidas⁴⁸.

O TRF1 também possui julgamentos relativos a outras modalidades de medidas administrativas. É o caso do Agravo de Instrumento n.º 1019107-47.2020.4.01.0000 que garantiu o direito à consulta prévia dos povos indígenas a respeito da nomeação do coordenador da Coordenação Regional Xingu, da FUNAI:

5. No caso, parece-me que a nomeação de Coordenador Regional Xingu consubstancia-se em ato concreto a ensejar a obrigatoriedade de consulta prévia, livre e motivada dos indígenas da região, na medida em que possui atribuição de elaboração de políticas públicas e implementação das medidas que se fizerem necessárias à promoção e proteção social dos povos indígenas⁴⁹.

Em outro recurso, cuja ação originária versava sobre irregularidades cometidas em operação da Polícia Militar do Estado do Amazonas no rio Abacaxis, em áreas de uso tradicional do povo

⁴⁸ Id. Agravo de Instrumento n.º 0057850-85.2016.4.01.0000. 29 jun. 2016. Relator: Souza Prudente; id. Agravo de Instrumento n.º 0027843-13.2016.4.01.0000. 29 ago. 2017. Relator: Souza Prudente; e id. Agravo de Instrumento n.º 0030809-46.2016.4.01.0000. 23 maio 2018. Relator: Souza Prudente.

⁴⁹ Id. Agravo de Instrumento n.º 1019107-47.2020.4.01.0000. 14 jul. 2020. Relator: Desembargador Jirair Aran Meguerian.

indígena Maraguá e de comunidades ribeirinhas dos Projetos de Assentamento Agroextrativistas Abacaxis I e II, o relator convocado suspendeu a operação, dentre outras razões, por falta de “consenso informado” das comunidades⁵⁰. O caso envolve possíveis violações de direitos humanos, incluindo a morte de dois indígenas Munduruku, segundo reportagem da *Amazônia Real*⁵¹, de modo que as circunstâncias concretas tornaram imprescindível a realização da consulta.

No entanto, é importante ressaltar que operações de fiscalização ambiental não devem ser precedidas de consulta prévia, sob pena de sua total ineficácia. Ademais, a consulta prévia não pode ser acionada pelo governo para protelar ou dificultar operações de fiscalização e proteção territorial.

Ainda na temática de fiscalização e proteção territorial, o TRF1 reconheceu o direito de os grupos da Terra Indígena São Marcos serem previamente consultados acerca da desintrusão de dois municípios que se sobrepuseram parcialmente a seu território. Guardadas as particularidades do caso concreto, compreendemos que a desintrusão de terras indígenas independe de consulta prévia, uma vez que esse direito não pode ser utilizado para relativizar o direito constitucional ao usufruto exclusivo dos recursos naturais pelos indígenas. De positivo, o acórdão na Apelação Cível n.º 0002556-15.2003.4.01.4200 determinou que a consulta prévia deve observar o “protocolo de consulta específico, para que a decisão comunitária obedeça aos padrões culturais próprios e as formas específicas de tomada de decisão”:

A ponderação de interesses de índios e não-índios deve partir da constituição de canais de diálogo institucionais como medida útil a garantir a autodeterminação e a preservação da cultura e sociedade indígena, devendo ser estabelecido protocolo específico de consulta aos povos indígenas ocupantes da “Terra Indígena São Marcos”.

⁵⁰ Id. Agravo de Instrumento n.º 1026695-08.2020.4.01.0000. 20 ago. 2020. Relator Convocado: Ilan Presser.

⁵¹ Ver: LOBATO, Alicia. “Massacre no rio Abacaxis: um ano sem respostas”. *Amazônia Real*, 31 ago. 2021. Disponível em: <<https://amazoniareal.com.br/massacre-no-rio-abacaxis/>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

[...]

e) todo o processo deve respeitar a ampla capacidade de os povos indígenas serem informados plenamente das propostas, observado protocolo de consulta específico, para que a decisão comunitária obedeça aos padrões culturais próprios e às formas específicas de tomada de decisão⁵².

Em outro processo, destacamos também o reconhecimento do direito à consulta dos povos da Terra Indígena Campinas-Katukina para a implantação do Programa Minha Casa, Minha Vida⁵³.

Por fim, citamos o precedente em que o Tribunal entendeu que a realização de perícias judiciais não depende de prévia realização de consulta⁵⁴.

Neste subitem, foi possível observar que o TRF1 possui precedentes sobre a consulta prévia relacionados a uma grande variedade de projetos extrativos e de infraestrutura, tais como hidrelétricas, mineração e minerodutos, portos, ferrovias e rodovias, exploração de gás de xisto, concessões florestais. No entanto, apesar dos avanços jurisprudenciais, o Tribunal também tem sido responsável pela inefetividade de suas próprias decisões com o deferimento generalizado, por sua presidência, de decisões em Suspensões de Liminar e Antecipação de Tutela.

O instrumento processual é largamente utilizado para atropelar o direito à consulta prévia em favor do licenciamento de projetos de interesse do governo federal. Foi o caso das Usinas Hidrelétricas Belo Monte⁵⁵, São Manoel⁵⁶ e Teles Pires⁵⁷. Com destaque ainda

⁵² Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 0002556-15.2003.4.01.4200. 24 mar. 2021. Relator: Souza Prudente.

⁵³ Id. Agravo de Instrumento n.º 0019649-87.2017.4.01.0000. 26 jun. 2017. Relator Convocado: Roberto Carlos de Oliveira.

⁵⁴ Id. Agravo de Instrumento n.º 1027407-95.2020.4.01.0000. 31 ago. 2020. Relator: Desembargador Souza Prudente.

⁵⁵ Id. Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela n.º 1024046-36.2021.4.01.0000. 26 jul. 2021. Relator: Desembargador Vice-Presidente Francisco de Assis Betti.

⁵⁶ Id. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n.º 0055938-24.2014.4.01.0000. 22 nov. 2016. Relator: Desembargador Presidente Hilton Queiroz.

⁵⁷ Id. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n.º 0018625-97.2012.4.01.0000/MT. 09 abr. 2012. Relator: Desembargador Presidente Olindo Menezes.

mais negativo para o caso da UHE Teles Pires, em que a decisão do presidente do TRF da 1.^a Região, de suspender a decisão de primeiro grau e autorizar o prosseguimento das obras, sem consulta, permitiu que fosse destruído um importantíssimo local sagrado para os Munduruku, Kaiabi e Apiaká, a Cachoeira Sete Quedas.

A Suspensão de Liminar também foi utilizada nos casos da linha de transmissão Manaus-Boa Vista, sobre a qual o povo Waimiri Atroari reivindica consulta⁵⁸, e da concessão florestal da Floresta Nacional Saracá-Taquera, sem consulta aos quilombolas e ribeirinhos⁵⁹. A única decisão favorável à manutenção da suspensão de atividades econômicas foi a Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1041270-55.2019.4.01.0000, que não identificou grave lesão à ordem ou à economia pública em decorrência da suspensão de atividades de pesca esportiva no rio Negro por falta de consulta prévia aos indígenas afetados⁶⁰.

Em todos esses casos, com exceção do último, a presidência do TRF1 entendeu que as decisões de primeiro grau que suspenderam os empreendimentos por falta de consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais causariam grave prejuízo à ordem administrativa e econômica. No caso das hidrelétricas, as decisões invariavelmente apontam suposto risco de um apagão energético ante a crise na oferta de energia e o aumento da demanda. A consulta prévia é um direito fundamental que visa justamente garantir a participação de povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais frente a processos decisórios relativos a medidas que atendam a interesses públicos ou privados dominantes. Ou seja, se o critério de suspensão for a mera possibilidade de atrasar a imposição de projetos do Estado e de empresas, a consulta prévia é violada em sua razão de existir.

⁵⁸ Id. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n.º 0076128-42.2013.4.01.0000/AM. 25 jan. 2014. Relator: Desembargador Presidente Cândido Ribeiro.

⁵⁹ Id. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n.º 0009520-67.2010.4.01.0000. 02 dez. 2012. Relator: Desembargador Presidente Olindo Menezes.

⁶⁰ Id. Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1041270-55.2019.4.01.0000. 16 set. 2020. Relator: Francisco de Assis Betti (Vice-Presidente).

2.3.2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região

O TRF2 se pronunciou sob o tema ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 0010322-62.2015.4.02.0000, interposto em face de decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de inversão de ônus da prova. A ação originária versava sobre obrigação de pagar indenização a título de danos morais individuais homogêneos e coletivos às comunidades quilombolas dos municípios de Conceição da Barra e São Mateus, no estado do Espírito Santo, em razão de irregularidades verificadas no licenciamento e na construção do gasoduto Cacimba-Catu, dentre as quais, a ausência de consulta prévia, livre e informada.

O tribunal deferiu a inversão do ônus da prova e determinou que aos recorridos “incumbe demonstrar que o empreendimento foi construído e licenciado de acordo com a lei”, incluindo a necessidade de demonstrar se fora realizada a consulta prévia, livre e informada⁶¹.

A inversão do ônus da prova está em sintonia com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (embora não o cite) de que cabe ao Estado “demonstrar efetivamente, no caso concreto, que todas as dimensões do direito à consulta prévia foram efetivamente garantidas” (Corte Interamericana de..., Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, 2012).

2.3.3. Tribunal Regional Federal da 3ª Região

O TRF3 possui dois precedentes dentro dos critérios de seleção deste estudo. O primeiro é a Apelação Cível n.º 0001650-79.2012.4.03.6002, que discutiu a duplicação da rodovia MS-156 (Dourados-Itaporã) no interior da Reserva Indígena Dourados, sem consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas Guarani Kaiowá, Guarani Nandeva e Terena.

As supostas consultas foram realizadas após o início das obras de duplicação, por isso o tribunal observou que houve uma “inversão do procedimento” e que “por se tratar de terras indígenas,

⁶¹ Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. Agravo de Instrumento n.º 0010322-62.2015.4.02.0000. 24 maio 2016. 5.^a Turma. Relator: Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro.

a consulta prévia da Comunidade Indígena afetada era requisito prévio indispensável à decisão de realizar a obra”:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. OBRAS DE DUPLICAÇÃO DA RODOVIA MS-156 SEM CONSULTA PRÉVIA À COMUNIDADE INDÍGENA. DESCUMPRIMENTO DO COMPROMISSO DE EXECUTAR MEDIDAS MITIGADORAS E COMPENSATÓRIAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. INDEFERIDO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO PARQUET EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

17. Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de terras indígenas, a consulta prévia da Comunidade Indígena afetada era requisito prévio indispensável à decisão de realizar a obra. Tal medida está prevista no artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de natureza supralegal e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051/04.

18. O direito dos Povos Indígenas de participarem da tomada de decisões sobre medidas administrativas que os afetem também está consolidado nos artigos 18, 19 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

19. Ocorre que, no caso, conforme admitido pelo próprio réu, a consulta à Comunidade Indígena e a elaboração de Estudos Antropológicos e Ambientais se deu quando as obras já haviam começado, invertendo-se a ordem de todo o procedimento, razão pela qual se fez necessária a adoção de medidas mitigadoras. Sobre isso, bem assinalou o MM. Juiz a quo: “Justamente neste ponto que o réu procedeu de forma irregular. O procedimento correto para realização do empreendimento deveria respeitar os seguintes passos: (1) consulta

prévia às comunidades indígenas sobre os impactos das obras e possíveis medidas compensatórias; (2) realização de Estudos Antropológicos e Ambientais conclusivos, considerando-se as conversas travadas nas consultas públicas; (3) com base nesses estudos, o réu deveria, no bojo do seu poder discricionário, decidir em realizar a obra ou não; (4) em caso positivo, iniciar as obras, após a obtenção da licença de instalação e respeitando todas as condicionantes do projeto”⁶².

Além do reconhecimento da aplicabilidade, também é positiva a constatação de que a consulta deve acontecer antes da fase de elaboração dos estudos (o que é, necessariamente, antes da emissão de licenças) e a utilização da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, na fundamentação da decisão.

Por outro lado, deveriam ter sido discutidas as consequências jurídicas da violação do direito à consulta prévia para além do mero cumprimento de medidas de mitigação e compensação – que já são obrigações legais do empreendedor –, como o pagamento de indenização, declaração de nulidade das licenças concedidas e realização de consulta ainda que extemporânea, sem prejuízo de outras consequências.

O segundo precedente é o Agravo de Instrumento n.º 5003271-09.2020.4.03.0000, no qual se debateu a suspensão dos efeitos do ato de exoneração do então Coordenador Regional Litoral Sudeste, da FUNAI, e do ato de nomeação de seu sucessor sem realização de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas da região. O acórdão afastou a aplicação da consulta sob o fundamento de que a nomeação para o cargo não representaria “só por si, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos a pensão a isso”:

No caso em comento, tenho que a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação

⁶² Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Apelação Cível n.º 0001650-79.2012.4.03.6002. 25 jun. 2020. Relator: Desembargador Valdeci Dos Santos.

de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso.

Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estaríamos numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando⁶³.

O fundamento parte da premissa equivocada de que apenas medidas administrativas que causassem prejuízo deveriam ser submetidas à consulta, tema já debatido neste artigo. Nesse sentido, não há dúvidas de que a mudança de gestor em um órgão subordinado da FUNAI tem o potencial de afetar direitos e interesses dos povos indígenas atendidos pela unidade do ente indigenista, tanto é verdade que algumas escolhas vêm sendo feitas justamente para descumprir as atribuições dos órgãos.

2.3.4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O primeiro julgado foi proferido no Agravo de Instrumento n.º 5003901-82.2013.404.0000 e 5007702-06.2013.404.0000 (decididos conjuntamente) que tratavam de irregularidades no licenciamento do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição Mar Azul, dentre outras razões, por falta de consulta prévia aos Guarani Mbya da Terra Indígena Morro Alto e a pela ausência de Estudo do Componente Indígena. A relatora afirma que o Estudo do Componente Indígena teria sido realizado e a FUNAI teria garantido consulta aos povos indígenas. Segundo relatório, o agravante, no entanto, alegou que esta consulta teria sido meramente “aparente”.

O agravo foi julgado improcedente em razão de o tribunal

⁶³ Id. Agravo de Instrumento n.º 5003271-09.2020.4.03.0000. 15 set. 2020. Relator: Desembargador Wilson Zauhy.

entender que a “necessidade de dilação probatória, a fim de se verificar se a consulta aos povos indígenas foi garantida e efetiva ou apenas aparente, [é] incompatível com essa estrita via recursal”. A desembargadora ainda considerou que não haveria prova de “impacto ambiental e sociocultural sobre as terras e os povos indígenas da região”, por isso não haveria necessidade de consulta, e que a Licença Prévia não autorizaria o início das obras, de modo que não deveria ser precedida de consulta⁶⁴.

A decisão, pelo visto, ignora que a exigência de Estudo do Componente Indígena pressupõe que o empreendimento causará impacto aos indígenas. Além disso, para fins de incidência do direito à consulta prévia, não se exige prova de impacto atual, mas a potencialidade de que a medida venha a afetar direitos e interesses dos povos indígenas.

O Agravo de Instrumento n.º 5008952-06.2015.4.04.0000, por sua vez, discutia a mudança dos poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, que afetaria o povo Guarani Mbya das Terras Indígenas Sambaqui e Ilha da Cotinga. O agravo tinha por fundamento tanto a consulta pública geral, que deveria ser realizada pela Secretaria de Portos de Presidência da República, quanto a consulta prévia, prevista na Convenção n.º 169. Embora tenha confundido os institutos, que não se misturam, na fundamentação, a relatora deferiu a antecipação dos efeitos de tutela e determinou a suspensão da mudança dos poligonais⁶⁵.

Já o Agravo de Instrumento n.º 5044859-42.2015.4.04.0000 foi interposto contra decisão de primeiro grau que suspendeu a Licença de Instalação n.º 1059/2015 concedida ao Terminal Portuário Pontal do Paraná, dentre outros fundamentos, por falta de consulta aos Guarani Mbya da Terra Indígena Sambaqui. O agravante pleiteava que não apenas a Licença de Instalação fosse suspensa, mas também a Licença Prévia, que deveria ter sido objeto de consulta com os indígenas. O tribunal manteve a decisão agravada

⁶⁴ Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5003901-82.2013.404.0000 e 5007702-06.2013.404.0000. 13 ago. 2013. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha.

⁶⁵ Id. Agravo de Instrumento n.º 5008952-06.2015.4.04.0000. 18 jun. 2015. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha.

em todos os seus termos, não atendendo ao pedido de suspensão da Licença Prévia⁶⁶. O julgado viola a Convenção n.º 169, conforme discutido anteriormente neste capítulo.

No julgamento da Apelação Cível n.º 5010879-35.2015.4.04.7201, foi discutida a falta de consulta prévia aos Guarani Mbya das Terras Indígenas Morro Alto e Reta/Yvyju, e de intervenção da FUNAI por ocasião do licenciamento ambiental do Terminal Graneleiro da Babitonga. O Tribunal julgou improcedente a apelação que pedia declaração de nulidade do licenciamento ambiental. Tomando por base as definições das áreas de influência socioeconômica e diretamente afetada, estabelecidas unilateralmente pelo empreendedor, o juiz entendeu que os indígenas não seriam diretamente afetados, por isso não deveriam ser consultados, no que foi corroborado pelo Tribunal. A decisão recorrida afirma, com base em uma leitura distorcida da Convenção n.º 169, que os indígenas deveriam participar “na mesma medida que outros setores da população” e que por isso o requisito da consulta teria sido devidamente respeitado “ao ser realizada audiência pública prévia à concessão da licença ambiental”. Ao final, o Tribunal afirmou que a ausência de consulta prévia não seria causa de nulidade das licenças⁶⁷.

A consulta prévia também foi um dos fundamentos debatidos pelo TRF4 no julgamento da Apelação Cível n.º 5004044-33.2012.4.04.7202, que apontou a nulidade da Licença de Operação concedida à Pequena Central Hidrelétrica Ludesa, localizada no interior da Terra Indígena Toldo Imbu, dos Kaingang. O Tribunal julgou improcedente a apelação e ratificou a decisão de primeiro grau, que negou o direito à consulta prévia em razão de a terra indígena não estar homologada, mas “apenas” declarada, Portaria/Ministério da Justiça n.º 793/2007⁶⁸.

Além de violar a norma constitucional que reconhece o cará-

⁶⁶ Id. Agravo de Instrumento n.º 5044859-42.2015.4.04.0000. 18 jun. 2016. Relator: Desembargador Cândido Alfredo Silva Leal Junior.

⁶⁷ Id. Apelação Cível n.º 5010879-35.2015.4.04.7201. 18 out. 2016. Relator: Desembargado Ricardo Teixeira Do Valle Pereira.

⁶⁸ Id. Apelação Cível n.º 5004044-33.2012.4.04.7202. 23 ago. 2018. Relatora: Desembargadora Vânia Hack De Almeida.

ter meramente declaratório das demarcações de terras indígenas, a decisão ignora que a Convenção n.º 169 não exige o reconhecimento formal do território como critério para a incidência do direito à consulta, bastando que um povo indígena ou tribal possa ser diretamente afetado pela medida em questão. Aliás, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos esclarece expressamente que os povos indígenas e tribais “que carecem de títulos formais de propriedade sobre seus territórios também devem ser consultados” (Comisión Interamericana de..., 2009).

Em outro exemplo, o Agravo de Instrumento n.º 5000903-34.2019.4.04.0000 questionou a decisão que indeferiu um pedido de tutela antecipada contra a renovação da Licença de Operação do Sistema Interligado Eletrosul – Subgrupo Erva Mate, no trecho que corta a Terra Indígena Votouro-Kandóia, dos Kaingang. Embora a linha de transmissão tenha sido construída na década de 1970, o agravante apontou que ela segue causando impactos aos indígenas, passando a cerca de 500 metros de algumas aldeias, portanto, dentro do raio de presunção de impactos estabelecido arbitrariamente pela Portaria Interministerial n.º 60/2015, de modo que seria exigida consulta prévia para fins de renovação de tal licença. O tribunal, entretanto, ratificando o fundamento da decisão recorrida, entendeu que não deveria ser realizada consulta prévia, pois o agravante não teria demonstrado que o funcionamento da linha de transmissão seguiria causando danos aos indígenas após sua construção⁶⁹. Ainda que a linha tenha sido construída anteriormente à vigência da atual Constituição e da Convenção n.º 169, a renovação da Licença de Operação é uma medida administrativa atual e deveria ser objeto de consulta.

Nessa mesma direção, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 5011540-44.2019.4.04.0000, a relatora afastou a aplicação da consulta prévia às comunidades tradicionais potencialmente afetadas pela Mineração Projeto Retiro, sob o entendimento de que o agravante não teria demonstrado danos concretos do empreendimento às comunidades e, por isso, manteve a vali-

⁶⁹ Id. Agravo de Instrumento n.º 5000903-34.2019.4.04.0000. 19 jun. 2019. Relator: Desembargador Cândido Alfredo Silva Leal Junior.

dade da Licença Prévia emitida⁷⁰.

No caso da Apelação Cível n.º 5027134-66.2018.4.04.7200, o tribunal debateu a ausência de consulta prévia aos moradores do Quilombo Vidal Martins em razão da publicação do edital de exploração de um camping localizado no Parque Estadual do Rio Vermelho. O Tribunal julgou procedente o recurso, reformando a decisão de primeiro grau, com o fundamento de que não teria sido obstada a participação dos quilombolas por integrarem o conselho deliberativo do parque⁷¹. Conforme visto no subitem relativo à jurisprudência do TRF1, a participação nos conselhos deliberativos não tem qualquer relação com o direito à consulta prévia, são institutos absolutamente distintos.

O Agravo de Instrumento n.º 5030196-15.2020.4.04.0000, por seu turno, se insurgiu contra decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de suspensão do processo licitatório Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR-M1120, para concessão de terras dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado à comunidade quilombola São Roque, cujo território foi sobreposto pela unidade de conservação. O tribunal julgou improcedente o recurso em razão de o processo licitatório ter excluído o perímetro da terra quilombola da concessão, o que, nesse entendimento, garantiria que os quilombolas não seriam afetados. Porém, contraditoriamente, a relatora afirmou que a concessão poderia trazer impactos positivos aos quilombolas, pois “no local já existem atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, e o fluxo de turistas na área poderá vir a beneficiar a própria comunidade em razão da proximidade das possibilidades comerciais”⁷². Como vimos, se a comunidade será afetada, deveria ser consultada.

O TRF4 tornou a julgar a falta de consulta prévia ao qui-

⁷⁰ Id. Agravo de Instrumento n.º 5011540-44.2019.4.04.0000. 05 fev. 2020. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein.

⁷¹ Id. Apelação Cível n.º 5027134-66.2018.4.04.7200. 21 abr. 2021. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler.

⁷² Id. Agravo de Instrumento n.º 5030196-15.2020.4.04.0000, [s.d.]. Relatora: Desembargadora Vânia Hack De Almeida.

lombo São Toque quanto à concessão dos parques no Agravo de Instrumento n.º 5003779-88.2021.4.04.0000. Desta vez, no entanto, a relatora deferiu a tutela e suspendeu a concessão, discutindo o direito à consulta prévia com profundidade inédita nesse tribunal. Diferentemente da decisão anterior, a corte reconheceu que a concessão do parque afetará o quilombolas, que deveriam ser consultados previamente.

Com referências à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e com intenso diálogo com a jurisprudência da Corte IDH, a relatora observou que a consulta prévia se insere no rol de direitos humanos fundamentais dos povos indígenas e tribais, e que consiste em um diálogo intercultural para influenciar a tomada de decisão do governo. O acórdão reconhece a aplicabilidade do direito à consulta aos povos e comunidades tradicionais e diferencia a consulta prévia das audiências públicas ambientais:

A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver. Devem ser realizadas antes de qualquer decisão administrativa, a fim de efetivamente possibilitar que os grupos tradicionais e minoritários exerçam influência na deliberação a ser tomada pelos órgãos oficiais. Diferente da audiência pública do procedimento de licenciamento ambiental, cuja finalidade é informar à sociedade em geral e fomentar a sua participação quanto aos impactos ambientais (art. 225 da Constituição)⁷³.

Outro importante avanço do acórdão foi o reconhecimento de que a consulta prévia não pode ser resumida à mera negociação de mitigações e compensações, tampouco pode ser dispensada ante uma suposta urgência ou interesse público na implantação da medida.

⁷³ Id. Agravo de Instrumento n.º 5003779-88.2021.4.04.0000. 27 abr. 2021. Relatora: Desembargadora Vânia Hack De Almeida.

2.3.5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

O TRF5 tem um único julgado cuja razão de decidir adentrou (superficialmente) no tema do direito à consulta. É o Agravo de Instrumento n.º 0010933-70.2011.4.05.0000, interposto contra a decisão que indeferiu um pedido de suspensão de retirada de água e de escavação da Lagoa Encantada, no Ceará, por uma empresa da agroindústria, até que fosse realizada a oitiva constitucional dos indígenas afetados pelo Congresso Nacional. A Lagoa Encantada está localizada na terra indígena homônima, declarada de ocupação tradicional do povo Jenipapo-Kanindé pelo Ministério da Justiça através da Portaria n.º 184/2011. À época da apreciação do agravo, a portaria declaratória havia sido suspensa liminarmente pelo STJ. Com base nesse fato, o TRF5 manteve a decisão recorrida, sob o argumento de que haveria “incerteza quanto ao direito da comunidade indígena”⁷⁴. Conforme debatido no subitem sobre a jurisprudência do TRF4, além de violar o caráter meramente declaratório das demarcações de terras indígenas, a decisão ignora que a incidência da consulta aos povos indígenas e tribais independe de o território estar formalmente reconhecido, bastando que a medida possa afetá-los diretamente.

3. Notas conclusivas

A presente publicação foi pensada como uma espécie de “caixa de ferramentas” a ser disponibilizada a lideranças, advogadas e advogados populares, assessores, pesquisadores e atores judiciais, como uma estratégia de garantia e consolidação do direito à consulta prévia no país. No entanto, a análise do estado da arte da jurisprudência brasileira feita neste capítulo conclusivo é reveladora do quanto os tribunais brasileiros estão em dívida com os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicio-

nais, e seguem operando sob o manto de uma lógica colonial, que a Constituição Federal de 1988 e a Convenção n.º 169 da OIT superaram ao reconhecer a diversidade social e a igual dignidade entre os mais variados sujeitos da sociedade brasileira.

A jurisprudência analisada corrobora a afirmação de Rodríguez-Garavito de que a consulta prévia é um direito essencialmente judicializado (2012, p. 36). As disputas envolvendo a consulta prévia no contexto dos licenciamentos de muitos projetos tidos por prioritários foram parar nos tribunais, fato que indica o poder e a responsabilidade concentrados nas mãos de juízes(as), desembargadores(as) e ministros(as). A grande maioria dos julgados se refere à consulta no contexto de conflitos territoriais, desencadeados por empreendimentos neoextrativos e de infraestrutura, como hidrelétricas, rodovias, ferrovias, mineração, portos e concessões florestais. Em tais contextos, a relativização do direito à consulta pelo Poder Judiciário, mais do que o fechamento de um espaço participativo, representa o agravamento de processos de genocídio, etnocídio e desterritorialização.

Outro dado importante revelado pelo levantamento jurisprudencial é que ainda há poucos julgados sobre a consulta nos tribunais brasileiros, considerando que vamos completar, em 2024, duas décadas de vigência da Convenção n.º 169 e que há centenas de empreendimentos avançando sobre os territórios tradicionais. Chama atenção a significativa disparidade regional na discussão sobre a consulta prévia: a grande maioria dos casos foi decidida pelo TRF1, órgão judicial competente para julgar os processos judiciais relativos a todos os estados da Amazônia Legal. Em sentido contrário, os TRF2, 3 e 5 possuem reduzida quantidade de pronunciamentos sobre o tema.

Pode-se relacionar esse desequilíbrio a uma multiplicidade de fatores: maior concentração de povos e comunidades na Amazônia, expansão econômica da fronteira sobre essa região. No entanto, ele também se deve a uma disparidade na apropriação do direito à consulta prévia por parte de atores judiciais, em especial por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público Federal, nas diferentes regiões do país. De todo modo, não pode haver

⁷⁴ TRF5. Agravo de Instrumento n.º. 0010933-70.2011.4.05.0000. 14 jul. 2012. 1ª Turma. Relator: Desembargador Federal Frederico Azevedo.

essa diferença de conhecimento no Poder Judiciário.

A análise dos acórdãos indica que perdura um profundo desconhecimento sobre esse direito no Poder Judiciário, assim como uma escassa internalização da consulta na administração pública, tanto na esfera federal quanto na estadual, com a violação sistemática de preceitos básicos expressamente previstos na Convenção n.º 169, a exemplo da exigência de que a consulta seja promovida pelo Estado, jamais por empresas privadas, e de que ela ocorra antes de toda e qualquer autorização, como licenças ambientais.

A abordagem do direito à consulta prévia – salvo louváveis exceções, sobretudo no TRF1 – também é reflexo do inexistente diálogo com a jurisprudência da Corte IDH, cuja jurisdição contenciosa foi aceita pelo Brasil. A propósito, recentemente o CNJ editou a Recomendação n.º 123/2022, que indica aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro: “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte IDH, bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas” (art. 1º, inciso I).

A ausência de diálogo do Poder Judiciário com os tratados internacionais de direitos humanos e o conteúdo das decisões proferidas pelas cortes internacionais impossibilita trocas de experiências e entendimentos, bloqueia avanços e desloca o país de posições mais avançadas atinentes ao direito à consulta. Nas situações concretas, objeto das análises, a falta de “boas referências” e de parâmetros de aplicação do direito ao Poder Judiciário, pelo visto, desdobra-se na realização de consultas enviesadas, com baixa efetividade, que impossibilitam a efetiva concretização do direito. Cite-se o caso da Belo Sun Mineração Ltda., no qual, a despeito do acórdão favorável no TRF1, são verificadas sistemáticas violações ao direito, a exemplo da exclusão dos indígenas “desaldeados” e das comunidades ribeirinhas, da postergação da consulta para depois da aprovação da licença prévia, a condução das reuniões por empresa privada, dentre outras (Oliveira et al., 2022).

Esse posicionamento controverso dos tribunais brasileiros, além de gerar insegurança jurídica aos envolvidos, tem aberto espaço para regulamentações estaduais que afrontam princípios

básicos do direito à consulta prévia, excluindo sujeitos coletivos, impondo prazos exíguos para a finalização do diálogo, não reconhecendo hipóteses de direito ao consentimento prévio, entre outras violações (Joca et al., 2021). Nessa seara regulatória, também foi possível constatar a inexistência de casos de declaração de inconstitucionalidade ou de inconveniência de atos legais e normativos por violação ao direito à consulta.

Vale sublinhar ainda a ausência de participação direta dos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais nos processos judiciais. Alguns acórdãos chegam ao absurdo de nem mesmo mencionar o etnônimo do povo ou o nome da comunidade cujo direito está sendo discutido, denotando ainda termos um longo caminho para superar o racismo estrutural e institucional do Poder Judiciário.

A suspensão de decisões garantidoras da consulta por meio da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela pelas presidências dos Tribunais, especialmente da 1ª Região, é a maior manifestação desse racismo e segue como o principal obstáculo processual e judicial à efetivação do direito à consulta prévia, viabilizando a consumação de empreendimentos, como hidrelétricas e ferrovias, com completo atropelo dos direitos dos povos indígenas e tradicionais afetados. Nesses casos, o racismo estrutural está presente na supremacia de uma suposta “ordem pública, econômica e administrativa” sobre a vida e os direitos coletivos dos grupos étnicos.

Outro injustificável obstáculo à aplicação da consulta, agora na seara administrativa, é a Portaria Interministerial n.º 60/2015, que tem sido utilizada para excluir grupos do direito à consulta com base em distâncias prévia e abstratamente estabelecidas, sem qualquer embasamento técnico ou científico (Oliveira et al., 2022). A utilização desse ato-norma pelo Poder Judiciário além de ferir o princípio da separação de poderes, já que há uma usurpação do poder regulamentar, denota seu distanciamento das realidades locais e dos sistemas ecológicos, nos quais são verificados impactos muito além das distâncias artificiais estabelecidas na portaria.

De positivo, destaca-se a construção de um marco jurisprudencial do direito à consulta prévia pelo TRF1, que tem avançado

nas discussões, inclusive, reconhecendo a juridicidade e o caráter vinculante dos protocolos autônomos, com o citado precedente no caso da Belo Sun Mineração Ltda., que garantiu o direito à consulta prévia aos Juruna, Arara e indígenas “desaldeados”. O caso foi referenciado pelo último informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o Direito à livre determinação dos povos indígenas e tribais⁷⁵.

A propósito, os protocolos autônomos 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 (Silva, 2017, p. 243-244). Os protocolos autônomos significam a concretização da jusdiversidade e do exercício da livre determinação dos povos. Jusdiversidade, para Carlos Marés, é “a liberdade de agir de cada povo segundo suas próprias leis, seu direito próprio e sua jurisdição” (Souza Filho, 2010, p. 191). E Liana Lima da Silva complementa: “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 noção de Jusdiversidade” (2019, p. 10-11).

Os protocolos são, segundo Souza Filho, “a tradução escrita dos consensos internos de cada povo para se relacionar com os Estados nacionais. Ou, dito de maneira mais a gosto do Estado brasileiro: a expressão escrita dos usos, costumes e tradições de cada povo para responder às consultas a serem feitas pelo Estado nacional em cumprimento à Convenção n.º 169 da OIT” (2019, p. 39).

Em termos da consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana sobre o direito à consulta, com os casos emblemáticos já citados nesta obra, a CIDH aponta em seu último informe a relevância dos protocolos autônomos comunitários, mostrando o horizonte para os avanços jurisprudenciais ao considerar a importância da elaboração de protocolos autônomos de consulta como

⁷⁵ “Se ha informado sobre algunos avances en el reconocimiento de protocolos de consulta en casos concretos, por ejemplo, por parte del Tribunal Federal en Brasil, que reconoció el carácter vinculante del Protocolo del pueblo Juruna, suspendiendo el proyecto minero Belo Sun.” (Comisión Interamericana de..., 2021, § 300.)

instrumentos de autonomia e autodeterminação dos povos indígenas e tribais (Comisión Interamericana de..., 2021, § 301)⁷⁶.

Quanto ao reconhecimento da juridicidade dos protocolos de consulta, a CIDH enviou à Corte IDH o caso das comunidades quilombolas de Alcântara, no Maranhão, que reconheceu a juridicidade do “Texto-base do Protocolo Comunitário sobre Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado das Comunidades do Território Étnico de Alcântara”⁷⁷, muito embora o Estado brasileiro tenha ignorado a sua existência. Em plena pandemia da Covid-19, o governo brasileiro editou a Resolução n.º 11, de 26 de março de 2020, dispondo sobre deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro, desconsiderando “a necessidade de obtenção do consentimento prévio, livre e informado, tanto para o caso de deslocamento compulsório, a fim de evitar a remoção ou a realocação forçada, quanto para a instalação de atividades militares e megaprojetos de desenvolvimento” (Shiraishi Neto et al., 2021, p. 50).

Ainda entre os pontos positivos que podemos identificar na jurisprudência brasileira ao longo desta obra, destacamos a importância do reconhecimento dos sujeitos coletivos de direito na Convenção n.º 169. Como sujeitos coletivos, pode-se identificar inúmeros grupos com identidade étnico-cultural. No Brasil, são identificados genericamente como povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (Silva, 2017, p. 278; Rojas Garzón et. al., 2016).

Do mesmo modo, por meio de incidência internacional do Observatório de Protocolos Comunitários, juntamente com Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) e Rede de Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil (Rede PCTs), tivemos o

⁷⁶ “La CIDH considera que la elaboración de los protocolos autónomos de consulta ha coadyuvado a que estos instrumentos dejen de estar centrados en la interpretación y aplicación de la consulta que hacen los Estados y se transforman en instrumentos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Los procesos de construcción de protocolos pueden ayudar a reforzar las instituciones e instrumentos normativos de autogobernanza y de toma de decisiones de estos pueblos, y pueden ayudar a fortalecer la unidad dentro de los pueblos y comunidades, y consolidar sus posturas respecto a las medidas necesarias para respetar sus derechos.”

⁷⁷ Disponível em: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/protocolo-de-consulta-quilombola-de-alcantara/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

reconhecimento e referência da CIDH aos demais povos e comunidades tradicionais do Brasil como sujeitos do direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé⁷⁸.

Por fim, reproduzimos no quadro a seguir as recomendações feitas ao Estado brasileiro, encaminhadas para o 4º Ciclo da Revisão Periódica Universal (RPU) do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em relatório do Observatório de Protocolos Comunitários em coalizão com mais cinquenta e sete organizações da sociedade civil sobre o direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado (Observatório de Protocolos Comunitários, 2022). As recomendações reforçam parâmetros que o Estado brasileiro deve observar para a adequada implementação e consolidação do direito à consulta prévia no país, de maneira alinhada aos ditames do direito internacional dos direitos humanos:

⁷⁸ “Con respecto a los protocolos de las comunidades tradicionales, se contemplan una diversidad de identidades colectivas como las comunidades extractivas, pescadores, ribereñas, recolectores de flores y del pueblo romaní Calon. Asimismo, se han desarrollado diversos protocolos bioculturales relativos a temas de conocimientos tradicionales y biodiversidad.” (Comisión Interamericana de..., 2021, § 298.)

RECOMENDAÇÕES AO ESTADO BRASILEIRO*

1. Respeitar o autorreconhecimento e a autodeterminação de povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais e efetivamente reconhecê-los como sujeitos coletivos de direito da Convenção n.º 169 da OIT;
2. Reconhecer, regularizar e promover a titulação dos territórios tradicionalmente ocupados, respeitando a participação e a consulta prévia nos processos administrativos e judiciais e garantindo plenas condições de existência digna aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais;
3. Reconhecer sua obrigação de consultar os povos e comunidades tradicionais, com respeito ao direito ao consentimento livre, prévio e informado, e conduzir os processos de consulta de maneira prévia, livre, informada, de boa-fé e culturalmente adequada antes de tomar qualquer medida legislativa ou administrativa que possa afetá-los;
4. Implementar, de modos significativo, efetivo e adequado, o DCCLPI [direito à consulta e consentimento livres, prévios e informados] como política de Estado, através dos poderes executivo e legislativo e os três níveis de governo (federal, estadual e municipal), em quaisquer medidas administrativas ou legislativas que possam afetar povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, desde o período de planejamento dessas medidas até as fases de execução, monitoramento e encerramento de atos administrativos e legislativos, programas e projetos de infraestrutura e desenvolvimento.
5. Não realizar remoção forçada de povos e comunidades tradicionais de seus territórios e observar o direito ao consentimento e não consentimento em casos que ameacem a vida, a existência coletiva, integridade física, cultural e espiritual dos grupos em questão;
6. Reconhecer a competência concorrente da União e demais Estados da Federação em relação ao dever de consultar os povos. Esta obrigação em hipótese alguma deverá ser transferida para empresas interessadas no licenciamento de projetos de infraestrutura, extrativismo e de desenvolvimento, sob pena de nulidade do processo de consulta prévia, livre e informada;
7. Reconhecer a validade jurídica dos Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado e seu caráter vinculante para os processos de consulta prévia, como exercício da livre determinação dos povos e disposição de boa-fé ao diálogo com os Estados Nacionais.

*(Observatório de Protocolos Comunitários, 2022.)

Referências bibliográficas

BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés. 2014a. Contested Lands, Contested Laws. Nova Iorque: Americas Quarterly, [s.d.]. Disponível em: <<http://americasquarterly.org/content/contestedlands-contested-laws>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. 2014b. Regulating Prior Consultation in South America. Bogotá: Blog do Dejusticia, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://dejusticiablog.com/2014/03/25/regulating-prior-consultation-in-south-america/>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. São. 56/09, 30 dic 2009. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tieras-ancestrales.esp.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 dic. 2021 Original: español. §§ 298, 300, 301.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e reparações). San José (Costa Rica), 2012. Série São n.º 245. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. Povo Saramaká vs. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Mérito e reparações). San José (Costa Rica), 2007. Série São n.º 172. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

INGLE MERRY, Sally. Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local. Bogotá: Universidad de los Andes & Derecho y Sociedad, 2010.

HABERLE, Peter. Constitucion como cultura. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

JOCA, Priscylla; ROJAS GARZÓN, Biviany Rojas Garzón; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; GRUPIONI, Luis Donisete Benzi. Protocolos autônomos de consulta e consentimento: um olhar sobre o Brasil, Belize, Canadá e Colômbia. 1. Ed., São Paulo: Iepé – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2021. Disponível em: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/04/2021-Livro-RCA-sobre-Protocolos-de-Consulta-web.pdf>>

OBSERVATÓRIO DE PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS. Revisão Periódica Universal (RPU/ONU): direito à consulta e consentimento livre prévio e informado e os protocolos autônomos no Brasil. [S.l.]: 06 abr. 2022. Disponível em: <<https://observatorio.direitosocioambiental.org/revisao-periodica-universal-rpu-onu-e-recomendacoes-ao-direito-a-consulta-e-consentimento-livre-previo-e-informado/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo. A ambição dos pariwat: consulta prévia e conflito socioambiental. Belém: Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/9584>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. “Respeitem a forma de a gente ser”: Protocolo

de Consulta Munduruku e pluralismo jurídico. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 12, n. 4, p. 2628-2657, dez. 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50663>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo; SILVA, Liana Amin Lima da; SHIRAIISHI NETO, Joaquim; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Violações ao direito à consulta e ao consentimento prévio de indígenas e ribeirinhos: o caso de um empreendimento mineral na Volta Grande do Xingu. – Coleção Jusdiversidade e autodeterminação; volume 2. Curitiba : Letra da Lei, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas. Santo Domingo, Dominican Republic: OEA, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Washington, D.C. | São Paulo: Due Process of Law Foundation - DPLF; Rede de Cooperação Amazônica - RCA, 2016. Disponível em: <<https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/08/2016-Livro-RCA-DPLF-Direito-a-Consulta-digital.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: livraria do advogado, 2005. p. 13-43.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim et al. Quando o Estado não protege o seu povo: quilombolas de Alcântara diante da Resolução n. 11 de 26 de março de 2020. Curitiba: Letra da Lei, 2021. Coleção Jusdiversidade e Autodeterminação: pareceres jurídicos e relatórios técnicos, volume 1.

SILVA, Liana Amin Lima da. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://pergamum-biblioteca.pucpr.br/acervo/338228>>.

_____. “Jusdiversidade e autodeterminação: a força vinculante dos protocolos autônomos de consulta prévia”. VI Encontro Nacional de Antropologia do Direito (Enadir), São Paulo, 2019. GT04. Consulta prévia, livre e informada e protocolos próprios de consulta: experiências de autonomia política e diálogo intercultural no Brasil. Disponível em: <<https://www.enadir2019.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmF0eXZvNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjM6IjM5OUI7fSI7czoXOjIjIjtzOjMyOiI3ODM0MDFjY2Y5NGJiNzQ3MDA0NzdlNzEwMjZmO-DYwYy17fQ%3D%3D>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

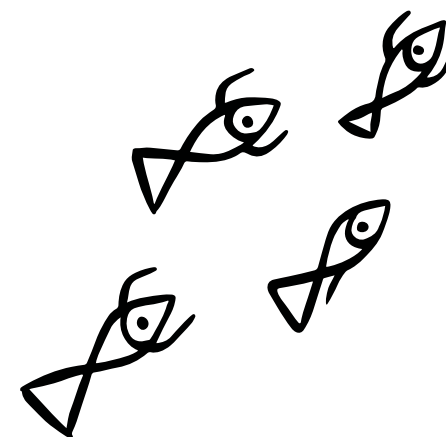
SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o Direito. 7a. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

Capítulo 10

_____. “Primeira parte: A força vinculante do protocolo de consulta”. In: GLASS, Verena (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/publicacoes/livros/do-observatorio/>> . Acesso em: 15 ago. 2022.

_____. (2021). “Jusdiversidade”. Revista Videre, 13(26), p. 08-30. Disponível em: <<https://doi.org/10.30612/videre.v13i26.13934>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

YAMADA, Erika M; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; ROJAS GARZÓN, Biviany. Protocolos autônomos de consulta e consentimento: Guia de Orientações. São Paulo: RCA, 2019. Disponível em: <<https://rca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/2019-Guia-de-Protocolos-RCA-vers%C3%A3o-web.pdf>>



Sobre os autores e as autoras

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), professor da Faculdade Damas, membro do Grupo Nacional de Trabalho Comunidades Tradicionais da Defensoria Pública da União (DPU); um dos coordenadores do Projeto SER Quilombola, uma parceria entre a Universidade de Pernambuco (UPE) e a DPU; defensor regional de direitos humanos em Pernambuco; defensor público federal.

ANDREW TOSHIO HAYAMA

Defensor Público do Estado de São Paulo, mestre em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), doutorando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Integrante do Núcleo Especializado de Defesa da Diversidade e Igualdade Racial da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Nুদ্ধir).

BIVIANY ROJAS GARZÓN

É cientista política, advogada e mestre em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Trabalha na Amazônia com povos indígenas e outras comunidades da floresta desde 1998, sendo especialista no tema do direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado, licenciamento ambiental e participação pública em grandes obras de infraestrutura. Atualmente é coordenadora do Programa Xingu do Instituto Socioambiental (ISA). Entre outras publicações, organizou o livro Oportunidades e desafios para a implementação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais no Brasil (2009) e o dossiê Belo Monte - Não há condições para a Licença de Operação (2015). Também é coautora dos livros: Direito à Consulta e Consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (2016) e Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: guia de orientações (2019).

BRUNO WALTER CAPORRINO

Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP), mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Amazonas (PPGAS-UFAM), e doutorando, pelo mesmo Programa, com tese sobre o Protocolo de Consulta do povo indígena Mura, do Amazonas.

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

Possui graduação, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integra o Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), onde é professor titular de Direito Agrário e Socioambiental. É líder do Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica”, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pela PUCPR.

CLARISSA MARQUES

Pós-doutorado na The New School of Social Research - NY (bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes); doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com estágio doutoral na Universidade de Paris pelo Programa de Doutorado-sanduiche no Exterior da Capes (PDSE/Capes); professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas (PPGD-Aric-Fadic); líder do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT-UPE/Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq); coordenadora do Programa de Extensão Direitos em Movimento (UPE); uma das coordenadoras do Programa de Extensão TransVERgente (UPE/Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz); uma das coordenadoras do Projeto SER Quilombola, uma parceria entre a UPE e a Defensoria Pública

da União (DPU); coordenadora do Projeto Josefás (Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco - Fapepe).

DAIARA TUKANO

Daiara Hori Figueroa Sampaio - Duhigô, do povo indígena Tukano – Yé'pá Mahsã, clã Eremiri Hãusiro Parameri do Alto Rio Negro na amazônia brasileira, nascida em São Paulo.

Artista, ativista, educadora e comunicadora. Graduada em Artes Visuais e Mestre em direitos humanos pela Universidade de Brasília - UnB; pesquisa o direito à memória e à verdade dos povos indígenas; Foi coordenadora da Rádio Yandê, primeira web-rádio indígena do Brasil - www.radioyande.com de 2015 à 2001.

Ganhadora do Prêmio PIPA Online 2021, organizado pelo Instituto PIPA como mais relevante prêmio brasileiro de artes visuais. Estuda a cultura, historia e espiritualidade tradicional de seu povo junto à sua família. Reside em Brasília, DF.

Autora da arte (mural) acrílica sobre alvenaria 2mx3m, reproduzida como arte de capa do presente livro. A obra compõe um díptico de duas imagens: bora lutar e bora pra roça. Pintadas no museu da República de Brasília para a exposição Brasil Futuro, curadoria de Lília Schwarcz e Rogério Carvalho, em 2023.

DANIEL LOPES CERQUEIRA

Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito Internacional pela Georgetown University, Estados Unidos, e em Estado de Direito Global e Democracia Constitucional, pela Universidad de Génova, Itália. Desde 2014 é diretor do Programa Direitos Humanos e Recursos Naturais da Due Process of Law Foundation. Entre 2006 e 2013 trabalhou como advogado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Possui várias publicações no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente sobre a jurisprudência do

Sistema Interamericano, Direitos dos Povos Indígenas e Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais.

EWÉSH YAWALAPITI WAURÁ

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), consultor jurídico da Associação Terra Indígena Xingu (Atix), membro da Comissão de Igualdade Racial e Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal (CIRDH-DF), membro do Conselho Rede Xingu Mais, membro suplente do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Canarana-MT (Comdema).

FELÍCIO PONTES JÚNIOR

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), procurador regional da República.

FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE

Educador e advogado popular. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP - 2005) e mestre em Direito Econômico e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR - 2017). Advogado popular no Instituto Socioambiental (ISA) e integrante da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (Renap). Milita por direitos quilombolas e reforma agrária desde 2006, é coautor e coorganizador do livro *Direito Constitucional Quilombola: análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

INÊS VIRGINIA P SOARES

Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) entre 2009 e 2010. Colíder do Grupo de Pesquisa Arqueologia da Resistência da Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

ISABELA DA CRUZ

Quilombola descendente da Comunidade Quilombola Invernada Paiol de Telha, estado do Paraná. Possui licenciatura em História pela Universidade Estadual do Centro-Oeste (Unicentro) e bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária-Pronea – Turma Nilce de Souza Magalhães). Mestranda pelo Mestrado Profissional em Sustentabilidade junto aos Povos e Territórios Tradicionais da Universidade de Brasília (Mespt-UnB).

ISABELLA CRISTINA LUNELLI

Pesquisadora, professora e advogada popular. Graduada em Direito, mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito e doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente é professora colaboradora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC) e pesquisadora vinculada ao Programa de Mobilização da Competência Nacional para Estudos sobre o Desenvolvimento, da Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Disoc-IPEA). Também é pesquisadora do Observatório de Protocolos Autônomos, membra associada do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), advogada da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (Renap), pesquisadora do Observatório de Justiça Ecológica (OJE-UFSC) e integrante da equipe da Indige-

nous People Rights International (IPRI, Brasil). Tem experiência em temas de direitos humanos, interculturalidade e metodologias de pesquisa, com produção científica na área de Direito e Políticas Públicas para Povos Indígenas.

JEFERSON PEREIRA

Advogado quilombola; assessor jurídico da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq); mestrando do Mestrado Profissional em Sustentabilidade junto aos Povos e Territórios Tradicionais da Universidade de Brasília (Mespt-UnB); pós-graduando em Direito Ambiental; assessor jurídico da Câmara Municipal de Orocó-PE; pesquisador bolsista do Observatório dos Protocolos Comunitários (Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental - Cepedis); membro e fundador da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Quilombolas (Renaq); pesquisador do projeto Plataforma de Territórios Tradicionais (Climate and Land Use Alliance - Clua/UnB).

JOAQUIM SHIRAIISHI NETO

Advogado, pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), doutor em Direito, professor permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais (PP-GCSoc) da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador do Observatório de Protocolos Autônomos. Membro do Instituto de Pesquisa em Direitos Humanos da Amazônia (IPDA).

JOSÉ HEDER BENATTI

Advogado, doutor em Ciência e desenvolvimento socioambiental, professor titular de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA-UFPA), pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

JÚLIO JOSÉ ARAÚJO JUNIOR

Mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e doutorando em Direito Público na mesma universidade, além de especialista em política e sociedade pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ (IESP-UERJ). É membro do Ministério Público Federal (MPF) desde 2012, com atuação nas Procuradorias da República no Amazonas, Volta Redonda-RJ, São João de Meriti-RJ e Rio de Janeiro-RJ (atual). É coordenador do Grupo de Trabalho Prevenção de Atrocidades Contra Povos Indígenas (6ª Câmara do MPF) e do Grupo de Trabalho Reforma Agrária e Conflitos Fundiários (PFDC-MPF). Foi juiz federal, membro da Advocacia-Geral da União (AGU) e servidor do MPF.

LIANA AMIN LIMA DA SILVA

Professora Adjunta de Direitos Humanos e Fronteiras da Faculdade de Direito e Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (FADIR/ PPGFDH/ UFGD). Pós-doutora em Direito e doutora em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Coordenadora do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado: direitos territoriais, autodeterminação e jusdiversidade (Projeto de Pesquisa CNPq). Diretora executiva do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Membro associada do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Diretora para Assuntos Indígenas do Instituto O Direito Por Um Planeta Verde (IDPV).

LOYUÁ RIBEIRO FERNANDES MOREIRA DA COSTA

Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF), atua como advogada popular no Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PPDDH) junto ao Centro de Direitos Humanos Dom Máximo Biennès (CDHDMB),

em Mato Grosso. É Secretária Geral do Conselho Estadual de Direitos Humanos de Mato Grosso (CEDH-MT) e membra convidada da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil de Mato Grosso (OAB-MT).

MAIRA DE SOUZA MOREIRA

Advogada Popular, presta assessoria jurídica a movimentos sociais, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, atuando principalmente com conflitos fundiários urbanos e rurais. Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisadora convidada na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS.FR). Em doutorado sanduíche na Unidade de Formação e Pesquisa (UFR) de Direito e Ciência Política da Université Paris Nanterre, no âmbito do projeto Capes Print da PUC-Rio “Cátedra Unesco: Direitos Humanos e Violência; Governo e Governança”, tema Governança e Políticas Públicas.

MARIA LUIZA GRABNER

Procuradora Regional da República. Mestre e especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FAD-USP). É coordenadora do Grupo de Trabalho “Quilombos”, da 6.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (6.ª CCR/MPF), desde 2003.

RENAN SOTTO MAYOR

Defensor Público Federal, atualmente exerce a função de Defensor Regional de Direitos Humanos no estado de Mato Grosso e é vice-presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos. Além disso, é mestre em Sociologia e Direito pela Universidade

Federal Fluminense (UFF) e presidiu o Conselho Nacional dos Direitos Humanos em 2020.

RODRIGO MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Pesquisador do Instituto Socioambiental (ISA) e doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

SILVANO CHUE MUQUISSAI

Indígena da etnia Chiquitano e graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Membro da Comissão dos Estudantes Indígenas dessa universidade e do Conselho Local de Saúde Indígena Usinhá Norich Putisiórch. Foi professor de séries iniciais na Escola Estadual Indígena Chiquitano José Turíbio (2013); titular do Conselho Estadual de Promoção de Igualdade Racial (CEPIR-MT) (2017-2018) e membro do Comitê Estadual de Povos e Comunidades Tradicionais (2018).

TIAGO CANTALICE

Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), servidor da Fundação Cultural Palmares (FCP), coordenou por 4 anos a Coordenação de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro dessa instituição. Atualmente encontra-se cedido à Defensoria Pública da União (DPU), lotado na Secretaria-Geral de Articulação Institucional, acompanhando processos e projetos que envolvem povos indígenas e comunidades tradicionais.

JULIANA DE PAULA BATISTA

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogada e Assessora Jurídica do Instituto Socioambiental (ISA).

LUIZ ELOY TERENA

Advogado indígena com atuação no Supremo Tribunal Federal (STF) e organismos internacionais. Secretário-executivo do Ministério dos Povos Indígenas MPI). Foi coordenador do departamento jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) e da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab). Doutor em Antropologia Social pelo Museu Nacional (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ). Possui pós-doutorado em Antropologia na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris. Realizou estágio de pesquisa na Brandon University, com foco em conflitos territoriais indígenas, por meio do Emerging Leaders in the Americas Program (ELAP), do governo do Canadá. Coordenador do Observatório Povos Indígenas e Sistema de Justiça Criminal da Apib.

LUIZ HENRIQUE REGGI PECORA

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Columbia (EUA), atua com direitos dos povos indígenas da Amazônia desde 2019. Advogado do Instituto Socioambiental (ISA).

VERCILENE FRANCISCO DIAS

Advogada, quilombola do Quilombo Kalunga. Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Diplomada em Estudo Internacional em Litígio Estratégico em Direito Indígena e Afrodescendente pela Pontifícia Universidade Católica do Peru (PUC-PR). Assessora jurídica da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq). Associada a Associação Brasileira de Pesquisadoras(es) Negras(os) (ABPN). Fundadora da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Quilombolas (RenaAQ). Coautora do livro *Mulheres quilombolas: território de existências negras femininas*.

BORA LUTAR



“Acredito que a lição que devemos aprender do que têm acontecido no Brasil e no mundo nos últimos dez anos é a seguinte: o que realmente está em jogo na consulta prévia não são os interesses particulares de povos ou comunidades específicas. No fundo, o que está em disputa é a própria vida: a dos indígenas e populações tradicionais, mas também a do resto do país, da humanidade e do planeta. Estou confiante de que este valioso livro dará aos juristas e aos juízes as ferramentas para estar à altura desse desafio nos próximos dez anos, antes que seja tarde demais.”

César Rodríguez Garavito
Nova York, fevereiro de 2023

