



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria da República no Município de Santarém

**EXCELENTÍSSIMO(A) JUIZ(A) FEDERAL DA VARA ÚNICA DA SUBSEÇÃO
JUDICIÁRIA DE ITAITUBA/PA**

Processo nº. 3883-98.2012.4.01.3902

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, oficiando no feito o Procurador da República signatário, vem, com fundamento no art. 1.010, § 1º do Código de Processo Civil, apresentar **CONTRARRAZÕES** aos recursos de apelação interpostos pela **ELETRONORTE** (fls. 2286/2289) e **UNIÃO** (fls. 2294/2325) em face da sentença de fls. 2184/2213, requerendo o seu recebimento e regular processamento.

Santarém/PA, 23 de novembro de 2017.

LUÍS DE CAMÕES LIMA BOAVENTURA
Procurador da República

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Processo nº. 3883-98.2012.4.01.3902

Contrarrrazões de Apelação

Apelantes: União e Eletronorte

Apelado: Ministério Público Federal

Colenda Turma,
Nobres Julgadores,

O **Ministério Público Federal**, oficiando no feito o Procurador da República signatário, vem, com fundamento no art. 1.010, § 1º do Código de Processo Civil, apresentar **CONTRARRAZÕES** aos recursos de apelação interpostos pela **ELETRONORTE** (fls. 2286/2289) e **UNIÃO** (fls. 2294/2325), para que seja mantida a irretocável sentença de fls. 2184/2213.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Primeiramente, cumpre lembrar que o Ministério Público possui prazo em dobro para manifestar-se nos autos, consoante o artigo 180 do CPC, o que inclui o prazo para apresentar contrarrrazões recursais. O artigo 1.003, parágrafo quinto, estipula que o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de quinze dias úteis, a exceção do embargo de declaração. Desta forma, **o MPF dispõe de 30 (trinta) dias úteis para apresentar contrarrrazões a recurso de apelação.**

Este órgão ministerial fora intimado no dia **10 de outubro de 2017**. O início da contagem deu-se em **11 de outubro de 2017**, primeiro dia útil seguinte à intimação. Desta forma, o termo final do prazo para apresentar contrarrrazões ao recurso de apelação é o dia **23 de novembro de 2017, considerando que os dias 2 e 15 de novembro são feriados nacionais**. Assim, resta demonstrada a tempestividade.

II – DA SÍNTESE DO PROCESSO E DAS RAZÕES RECURSAIS

Trata-se de Ação Civil Pública que tem por objeto a **suspensão do licenciamento da Usina Hidrelétrica (UHE) de São Luiz do Tapajós, e, conseqüentemente, qualquer ato visando o empreendimento**, até que sejam realizadas: a) a **Avaliação Ambiental Integrada (AAI) e a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE)** dos impactos sinérgicos e cumulativos do empreendimento **UHE São Luiz do Tapajós**, tendo em vista as demais barragens previstas para a bacia dos rios Tapajós e Jamanxim, e; b) a **consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e outros povos e comunidades tradicionais, localizados na área de influência do empreendimento São Luiz do Tapajós e afetados pelas medidas administrativas e legislativas já executadas no âmbito do licenciamento ambiental**.

O juízo *a quo* proferiu sentença às fls. 2184/2213, julgando parcialmente procedentes os pedidos ministeriais.

Irresignados com a sentença, os réus interpuseram recurso de apelação: **ELETRONORTE** (fls. 2286/2289) e **UNIÃO** (fls. 2294/2325).

Em síntese, os réus alegam que: (i) já teria sido apresentada Avaliação Ambiental Integrada (AAI); (ii) a AAI não seria obrigatória (iii) desnecessidade de consulta, pois o licenciamento ainda estava em fase inicial e não haveria impactos (autorizações de supressão vegetal e picada teriam sido emitidas apenas para fora da Terra Indígena); (iv) a necessidade de consulta seria suprida pelas audiências públicas; (v) inexistência de tradicionalidade na ocupação da TI Sawré Muybu, o que dispensaria a necessidade de consulta prévia.

Não assiste razão aos recorrentes.

II – DAS CONTRARRAZÕES

Embora o processo de licenciamento ambiental da UHE São Luiz do Tapajós tenha sido arquivado pelo Ibama, como bem mencionaram os recorrentes, isto não retira o interesse de agir no prosseguimento da tramitação desta ACP por duas razões: (i) o governo federal continua expondo publicamente sua intenção de retomar o licenciamento da obra; (ii) a necessidade do estabelecimento de uma jurisprudência sobre os temas discutidos (Avaliação Ambiental Integrada e Consulta Prévia), com a internalização dos padrões internacionais sobre o assunto. Este último ponto é particularmente importante diante da ofensiva legislativa contra o *corpus juris* de direitos humanos e licenciamento ambiental que vem ocorrendo no país.

Estas contrarrazões obedecerão ao seguinte sumário:

- A) DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA
- B) DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E DE SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS E PRINCIPOLÓGICOS
 - B.1) DO INTEGRACIONISMO À AUTODETERMINAÇÃO
 - B.2) DO ESPÍRITO DE CONSULTA E PARTICIPAÇÃO
 - B.3) DO *CORPUS JURIS* DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL
- C) DA CONSULTA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL
- D) DO HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO CASO CONCRETO
 - D.1) DA APLICABILIDADE DA CONSULTA PRÉVIA AO CASO CONCRETO
 - D.2) DO OBJETO DA CONSULTA
 - D.3) DOS SUJEITOS DO PROCESSO DE CONSULTA
 - D.4) DO CARÁTER PRÉVIO DA CONSULTA
 - D.5) DO CARÁTER LIVRE DA CONSULTA
 - D.6) DO CARÁTER INFORMADO DA CONSULTA
 - D.7) DO CARÁTER CULTURALMENTE APROPRIADO DA CONSULTA
 - D.8) DA BOA FÉ DA CONSULTA
 - D.9) DOS EFEITOS FÁTICOS E JURÍDICOS DA CONSULTA
 - D.10) DA DIFERENCIAÇÃO DA CONSULTA DE OUTRAS FORMAS PARTICIPATIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
 - D.11) DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA MEDIDA ADMINISTRATIVA PROPOSTA
- E) CONCLUSÃO

A) DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA

Com efeito, a Constituição Federal estabelece que toda atividade econômica deve respeitar o meio ambiente, assegurando a todos uma existência digna (art. 170, *caput* e inciso VI). Ela **impõe ao Poder Público** e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações (art. 225, *caput*). É o que se costumou chamar de desenvolvimento sustentável, definido como “*aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades*”. É princípio basilar do direito ambiental.

Previu, ainda, a Constituição Federal (art. 225, § 1º), que, para assegurar a efetividade do direito de todos os cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
(Grifamos)

Ressalta-se que a Avaliação ambiental Integrada foi criada através da Portaria nº. 372/2009 do Ministério de Minas e Energia, que impõe a observância obrigatória do Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas. Tal Manual (2007) trouxe como uma das fases do inventário a Avaliação Ambiental Integrada.

Urge esclarecer que as Portarias são fruto de decretos que encontram fundamento na própria Constituição Federal, neste caso no art. 225, "caput", da CF, bem como seu inciso VII.

A Portaria é da lavra do Ministério de Minas e Energia, a qual a autarquia regulatória está vinculada, nos termos do art. 1º, da Lei 9.427/96. Ademais, conforme o art. 2º, do mesmo diploma, a “Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. Desta forma, é de observância compulsória a Portaria nº. 372/2009.

A necessidade de realização do AAI por parte do ANEEL deriva não somente da Constituição Federal, mas também do Princípio considerado pedra de toque do direito ambiental: desenvolvimento sustentável.

A ausência de uma avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos não permite a constatação dos reais efeitos dos aproveitamentos hidrelétricos, em alguns casos em cascata, frente à fragilidade ambiental indicada para as bacias dos rios Tapajós e Jamanxim.

Os impactos cumulativos e sinérgicos dos aproveitamentos hidrelétricos em processo de licença terão grande repercussão, por exemplo, sobre a ictiofauna, podendo reduzir acentuadamente ou até eliminar, em pouco tempo, populações dos peixes reofilicos e migradores que ocorrem na região.

Uma vez implantados os empreendimentos, ainda que sejam constatados impactos insuportáveis pelas populações de peixes afetadas, **não se reverterá** o fato consumado.

O Atlas das Áreas Prioritárias para a Conservação da Biodiversidade apresenta-se como um importante instrumento norteador da tomada de decisões e de planejamento de ações e de atividades relacionadas à proteção e à manutenção de espécies nativas, muitas delas já ameaçadas de extinção. Como tal, deve ser considerado na etapa de identificação de conflitos da AAI, já que resta clara a potencial incompatibilidade entre os diversos empreendimentos previstos para as Bacias dos rios Tapajós e Jamanxim e a conservação da já ameaçada biodiversidade na região.

Regiões como esta demandam estudos que considerem o conjunto dos empreendimentos a serem ali implantados. **Estes estudos devem ser capazes de estabelecer com clareza os efeitos cumulativos dos impactos gerados por este conjunto, seja na atualidade, seja nos horizontes temporais de curto a longo prazo, inclusive quando da exaustão dos recursos naturais.** Somente com base nestes cenários será possível responder a questões tais como:

- qual a relação custo x benefício socioambiental do desenvolvimento hidrelétrico da região?
- qual será o resultado deste desenvolvimento em longo prazo? E, principalmente,
- o que pode ser feito para que o resultado deste desenvolvimento seja um cenário melhor em termos socioambientais?

Ademais, a avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos proporcionará estabelecer três cenários para os municípios e seu entorno:

- O cenário socioambiental atual, considerando os impactos cumulativos e sinérgicos dos empreendimentos em processo de

licenciamento;

- O cenário socioambiental em futuro próximo, considerando os empreendimentos existentes e os previstos (em processo de licenciamento e/ou implantação), em sua plena operação;

- O cenário socioambiental de longo prazo, quando da exaustão dos recursos naturais passíveis de aproveitamento.

Assim, os impactos cumulativos e sinérgicos dos diversos empreendimentos hidrelétricos previstos, em licenciamento ou não, para as bacias dos rios Tapajós e Jamanxim, poderão causar danos irreversíveis ao patrimônio ambiental identificado como prioritário para a conservação, devendo tal circunstância ser avaliada através do instrumento específico por todos os órgãos do governo que interessados e/ou envolvidos com o empreendimento, havendo portanto atribuição solidária.

Portanto, não assiste razão aos recorrentes quando afirmam que não há obrigatoriedade legal na confecção do AAI.

Por fim, deve-se destacar que o fato de ele ter sido concluído não elide a necessidade de reconhecimento judicial de sua obrigatoriedade. Não só pela importância do precedentes, mas sobretudo porque o governo federal vem declarando publicamente sua intenção em retomar o licenciamento da UHE São Luiz do Tapajós.

Caso isto ocorra, um dos pontos que será objeto de fiscalização deste órgão ministerial é justamente a precariedade (manifesta) do AAI apresentado. Por isso, tem-se como imprescindível o pronunciamento deste E. TRF1 sobre o assunto, reconhecendo a obrigatoriedade de Avaliação Ambiental Integrada no caso da UHE São Luiz do Tapajós, em consonância ao que diz a sentença recorrida.

B) DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E DE SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

B.1) DO INTEGRACIONISMO À AUTODETERMINAÇÃO

Gostaria de iniciar nossa conversa propondo um pequeno exercício. Imagine que decisões importantes, que afetam diretamente sua vida, sejam tomadas por outras pessoas. Decisões que dizem respeito, por exemplo, à sua saúde, escolaridade e moradia são tomadas por terceiros que desconhecem sua realidade, preferências, projetos e interesses. Escolhas determinantes são feitas sem que você tenha sua opinião considerada ou sequer ouvida.

A trama descrita certamente pareceu aflitiva. Afinal, todos queremos ter o controle sobre nossas próprias vidas. Ninguém melhor do que nós mesmos para conhecer nossas preferências, gostos e projetos. No entanto, **este tipo de situação foi e é recorrente nas trajetórias de vida dos grupos etnicamente diferenciados, a exemplo dos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais**¹.

Durante muito tempo, povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais foram concebidos pela legislação nacional e internacional como incapazes de tomar suas próprias decisões. O Código Civil de 1916 tratava os indígenas como “relativamente capazes” para a prática de atos jurídicos. As comunidades quilombolas e os povos e comunidades tradicionais, por sua vez, eram invisíveis perante a legislação brasileira, designados sob a denominação genérica de “comunidades rurais”².

Sob a vigência da Convenção nº. 107 da Organização Internacional do Trabalho e do Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73), as práticas estatais eram essencialmente integracionistas, isto é, partia-se da noção de que estes grupos deveriam ser progressivamente integrados e “assimilados” à sociedade nacional, pois estariam em um estágio prévio em termos de evolução social.

Este paradigma integracionista:

[...] além de influenciar a Convenção 107, orientou também a implementação do *Programa Andino* que postulava a ideia de que os povos etnicamente diferenciados deveriam ser incluídos numa sociedade (leia-se aqui o conjunto de países latino-americanos em desenvolvimento) que se modernizava cada vez mais. Compreende-se por inclusão social a inserção dos indígenas na economia de mercado, o acesso deles aos bens de consumo, a educação formal (sem recorte étnico), entre tantas outras coisas que os inserissem no chamado modo de vida moderno, pois o mote era fazer com que eles deixassem de ser indígenas e se tornassem trabalhadores camponeses e/ou urbanos. Para participar desse avanço modernizador, era preciso intervir no modo tradicional de viver dos indígenas [...]

Porém, no contexto latino-americano, **incluir significava integrar, no sentido de que as ações estatais e as das agências multilaterais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a OIT eram orientadas para desenvolver a “produtividade econômica” dos indígenas, tornando-os trabalhadores urbanos e/ou rurais, enfim, cidadãos dos estados a que pertenciam, produzindo a invisibilidade da identidade étnica e também do modo de vida tradicional**³.

1 OLIVEIRA, Rodrigo. “Agora, nós é que decidimos’: o direito à consulta e consentimento prévio” In BELTRÃO, Jane Felipe; LACERDA, Paula Mendes (orgs.). *Amazônias em tempos contemporâneos: entre diversidades e adversidades*. Rio de Janeiro: Mórula, 2017, p. 153-169.

2 Ib. Idem.

3 OLIVEIRA, Rodrigo; TORRES, Mariah Aleixo. Convenção 169 da OIT em disputa: consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas. Natal: Anais da 29ª Reunião Brasileira de

O paradigma “tutelar” e “integracionista” muda radicalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 231 e 232) e com a ratificação no país da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (Doravante, Convenção nº. 169/OIT). O integracionismo dá lugar ao respeito à diversidade étnica e cultural. São reconhecidos aos indígenas sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (Art. 231, *caput*). A Convenção nº. 169/OIT busca inaugurar, em nível internacional, uma nova relação entre Estados nacionais e seus “povos indígenas e tribais”⁴.

Sintetiza a Subprocuradora Geral da República, Deborah Duprat:

A Convenção n. 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matriz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público⁵.

A Convenção nº. 169/OIT rompe com a tutela vigente na doutrina integracionista e **desloca do Estado para os próprios povos indígenas e tribais a possibilidade de decidir sobre suas vidas e sua forma de desenvolvimento. Trata-se do direito à autodeterminação.** Importante frisar, nesse momento, que o direito coletivo à autodeterminação não implica, de maneira alguma, em direito a constituir uma nação autônoma ou na possibilidade de secessão, conforme diversos órgãos internacionais têm reconhecido, inclusive a própria Organização das Nações Unidas.

A “autodeterminação” constou, pela primeira vez, nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 e ratificados pelo Brasil. **Significa que os povos terão o direito de “estabelecer livremente sua condição política e prover seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural”, assim como “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais”** (artigo 1º)⁶.

Predominava inicialmente uma concepção unitária de nação, de modo que a interpretação vigente era de que a autodeterminação estava restrita aos Estados nacionais e seus cidadãos, com o objetivo de impedir intervenções de nações estrangeiras. No entanto, mais recentemente, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) reviu esta interpretação

Antropologia, 2014, p.2.

4 OLIVEIRA, 2017, op. Cit.

5 DUPRAT, Deborah. “A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”, p. 76 In DUPRAT, Deborah (org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2015, p. 53-78

6 OLIVEIRA, 2017, op. Cit., p. 155.

e passou a prever a autodeterminação como um direito das “minorias étnicas”⁷.

Quando aplicado aos “povos indígenas e tribais”, **o direito à autodeterminação garante que esses grupos decidam livremente sobre seus destinos, territórios e recursos naturais, sem que isto signifique ameaça à soberania e à integridade territorial do Estado nação**⁸. Dito de outra maneira, “os povos indígenas deveriam ter controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural, interagindo com a sociedade nacional de forma equânime, através de suas próprias instituições”⁹.

A Convenção nº 169/OIT prevê que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento” e de controlar “o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural” (artigo 7. 1). A Procuradora Regional da República, Maria Luiza Grabner, com base em Shannah Metz, esclarece que “**o direito à consulta ou consentimento livre, prévio e informado coloca-se como uma resposta à história de exclusão dos povos indígenas dos processos de tomada de decisões que os afetam e aos seus territórios e reflete uma nova realidade sócio-política global em que os povos indígenas detêm força política e capacidade técnica**”¹⁰.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas foi expressamente previsto na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP, por sua sigla em inglês), de 2007, documento este assinado pelo Brasil:

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

No mesmo sentido a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, também assinada pelo Brasil:

Artículo III.

7 ONU . Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 12, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 1 – Derecho de libre determinación, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 152 (1984)*. Disponível em: [www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom12.html]. Acesso em: 26 nov. 2015

8 OLIVEIRA, 2017, op. Cit., p. 155.

9 FIGUEROA, Isabela. “A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais”, p. 20 *In* ROJAS GARZÓN, Biviany. Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. São Paulo: Documentos ISA 12, 2008, p. 13-48.

10 GRABNER, Maria Luiza. “O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais” *In Boletim Científico ESMPU*, Brasília: a. 14 – n. 45, pp. 11-65 – jul./dez. 2015, p. 55.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Ante o exposto, surgem os questionamentos: como a autonomia pode ser vislumbrada na prática? Mediante quais instrumentos é possível garantir o direito à autodeterminação aos povos indígenas e tribais? Como assegurar que estes grupos determinem seus próprios destinos e desenvolvimento?

B.2) DO ESPÍRITO DE CONSULTA E PARTICIPAÇÃO

Os instrumentos participativos previstos na Convenção nº. 169/OIT constituem a principal forma de garantir a autodeterminação dos povos indígenas e tribais. Isto porque a OIT “reconheceu que parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo se devia a sua **exclusão do processo de tomada de decisões sobre o modelo de desenvolvimento**”¹¹. Por essa razão, a própria OIT enfatizou que “[...] **el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo**”¹². Conforme assevera Figueroa, “os mecanismos de diálogo entre os governos e aqueles povos é a única maneira de assegurar que as necessidades dos povos estejam refletidas nas políticas nacionais”¹³.

A Subprocuradora Geral da República, Deborah Duprat, observa que: “A Convenção n. 169, ao reformular todo ideário da Convenção n. 107, teve que reforçar a liberdade expressiva desses povos, invisibilizados normativamente até então, sem presença na arena pública e sem qualquer aporte de suas especificidades nos debates nacionais. **Por isso, no processo transformador por ela engendrado, a consulta é um elemento central, e não periférico**”¹⁴.

No mesmo sentido, Maria Luiza Grabner reconhece a consulta como o principal instrumento de diálogo intercultural com povos indígenas e tribais:

Quer dizer, a observância do princípio da consulta e do consentimento livre, prévio e informado é, a nosso sentir, a maior garantia existente hoje, no plano

11 Ib. Idem, p. 30.

12 OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación Individual sobre el Convenio 169 Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/634-ceacr-argentina-c169.html>>. Acesso em: 5 maio

13 FIGUEROA, 2008, op. Cit., p. 20.

14 DUPRAT, Deborah. “A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”, p. 54 In DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2015, p. 53-78.

jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados¹⁵.

Em suma, **a consulta prévia, livre e informada é um direito essencial no contexto da nova relação que a Convenção nº. 169/OIT busca promover entre Estados nacionais e povos indígenas e tribais, assim como a própria Constituição Federal de 1988**. Estes documentos se propõem a romper com o integracionismo, inaugurando uma relação mais simétrica e positiva entre estados e grupos étnicos, tendo como pressupostos a autodeterminação e o respeito à diversidade. Sendo assim, é um direito transversal a todos os demais direitos destes grupos, como saúde, educação, território, dentre outros.

B.3) DO *CORPUS JURIS* DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL

O direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação da Convenção nº. 169/OIT em 20 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº. 143/2002), tendo entrado em vigor em 25 de julho de 2003 (Decreto Executivo nº. 5.051/2004).

Na condição de tratado internacional de direitos humanos, **a Convenção nº. 169/OIT possui *status normativo supralegal*** (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008), nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP), **significando dizer não apenas que toda medida legislativa infraconstitucional deverá estar em conformidade com suas disposições, mas que se constitui como vetor interpretativo das próprias normas constitucionais**.

Também implica que seus direitos possuem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, independentemente de qualquer regulamentação. Nesse ponto específico, válido mencionar que o próprio Poder Executivo Federal reconheceu expressamente a aplicabilidade imediata do direito à CCPLI¹⁶.

A Convenção nº. 169/OIT prevê o direito à CCPLI em seus artigos 6º:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

¹⁵ GRABNER, 2015, op. Cit., p. 14.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/164>>.

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**;

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas também prevê o direito à CCPLI como um elemento central de suas disposições:

Artigo 19. **Os Estados consultarão** e cooperarão de boa-fé com **os povos indígenas interessados**, por meio de suas instituições representativas, **a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem**.

No mesmo sentido, a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas (2016):

Artículo XXIII

2. **Los Estados celebrarán consultas** y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Em síntese, **a Convenção n.º. 169/OIT e as Declarações estabelecem que os povos indígenas e tribais possuem o direito de serem consultados de forma prévia, livre e informada sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas que possam afetá-los**. A realização da CCPLI é uma obrigação intransferível do governo/Estado.

Observa-se que todos os documentos associam o direito à CCPLI ao direito à autodeterminação/livre determinação, o que torna evidente o **caráter deliberativo da CCPLI, de modo a garantir aos povos indígenas e tribais autonomia sobre suas vidas, destinos, territórios e recursos naturais**. Dito de outro modo, **a CCPLI deve garantir poder de decisão aos povos interessados, para que possam influenciar a tomada de decisão estatal, em maior ou menor grau, sob pena de inobservância do direito em si**. O caráter deliberativo diferencia a CCPLI dos instrumentos mais usuais de participação, como audiências públicas, de caráter essencialmente informativo, o que será melhor explorado adiante.

Os dispositivos também enfatizam que a consulta deve ser prévia, antecedendo a

adoção das medidas administrativas ou legislativas que possam afetar os sujeitos interessados. E que deverá ser realizada por meio das “instituições representativas” dos sujeitos consultados, mediante “procedimentos apropriados”, de boa fé, e com o objetivo de chegar a um acordo ou consentimento. Cada um destes aspectos será melhor explorado na sequência desta contrarrazões.

Neste momento importa observar que estes documentos internacionais dispuseram sobre a CCPLI empregando expressões amplas, **persistindo a necessidade de que outras fontes do direito (jurisprudência internacional e nacional, regulamentações etc.) fixassem diretrizes e esclarecessem parâmetros concretos para a aplicação do direito à CCPLI.** Em nível internacional, coube à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Doravante, Corte IDH), a partir de interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), estabelecer os padrões de aplicação do direito à CCPLI.

O caráter obrigatório da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) foi reconhecido, no Brasil, em 10 de dezembro de 1998, quando fora depositado documento junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), no qual o estado brasileiro se compromete a implementar as decisões do órgão decorrentes da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos¹⁷.

A CADH, por sua vez, foi ratificada no Brasil em 1992 através do Decreto 678. Por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal e do Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP¹⁸, a CADH possui caráter supralegal, além de oferecer viés interpretativo para as normas constitucionais.

A Corte IDH se pronunciou sobre o direito à CCPLI de modo específico em quatro casos, estabelecendo importantes padrões de direitos humanos para a aplicação da consulta, a serem necessariamente observados pelos países:

- Comunidade Saramaka vs. Suriname (2007)¹⁹²⁰;

17 CARVALHO RAMOS, André de. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 dez. 2008.

19 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C Nº 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2013.

20 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C Nº 185 del 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: 1 ago. 2013.

- Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)²¹;
- Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros vs. Honduras (2015)²²;
- Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname (2015)²³;

O órgão reconhece a CCPLI como um direito claramente garantido internacionalmente, implicando que os Estados deverão ajustar suas normas e instituições para consultar os povos indígenas (autóctones ou nativos) e tribais de maneira efetiva, sempre em conformidade com os padrões internacionais acerca da matéria, a fim de gerar canais efetivos e confiáveis de diálogos com esses grupos

24

A Corte IDH também reafirmou **o direito à CCPLI como um “princípio geral do direito internacional”**, significando dizer que se trata de um direito dos povos indígenas e tribais em todos os países que ratificaram a CADH, independentemente de eles terem ratificado a Convenção nº. 169/OIT e/ou serem signatários das duas Declarações supracitadas. Mediante a técnica de interpretação evolutiva e dinâmica dos tratados internacionais, bem como o chamado “método multicultural de interpretação”, a Corte IDH compreende a CCPLI como um corolário do direito à propriedade previsto no artigo 21 da CADH. O encadeamento interpretativo foi sintetizado por Rodrigo Oliveira²⁵:

A relação entre direito ao território e direito à CCPLI consubstanciada no artigo 21 da CADH já foi objeto de profunda discussão na jurisprudência da Corte IDH. Originalmente, o artigo 21 da CADH resguardava apenas o direito à propriedade individual. Reconhecendo o conteúdo multicultural inerente aos direitos presentes na CADH (ESTUPIÑAN SILVA; IBÁÑEZ RIVAS, 2014), a Corte IDH passou a entender que a norma também abrange o direito à propriedade comunal dos povos indígenas e tribais. O direito à propriedade individual do artigo 21 foi reconceitualizado a partir da necessidade de se adaptar culturalmente o conteúdo da CADH.

A propriedade comunal, por sua vez, desdobra-se no usufruto exclusivo do território e dos recursos naturais por parte dos sujeitos. Se a regra é o usufruto exclusivo, toda limitação ou restrição a ele (e consequentemente ao artigo 21) deve ser excepcional e precisa observar condições específicas: estar prevista em lei, ser necessária e proporcional, ter objetivo legítimo e não ameaçar a integridade física ou cultural do grupo. A consulta prévia,

21 CorteIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 1 ago. 2013.

22 CORTE IDH. Caso Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros vs. Honduras. Sentencia Serie C nº. 302 de 5 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 17 mai. 2017.

23 Corte IDH. Caso de los pueblos Kaliñ y Lokono vs. Surinam. Sentencia Serie C nº. 309 del 15 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 17 mai. 2017.

24 Corte IDH, 2012, op. Cit., p. 49.

25 OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. A ambição dos pariwat: consulta prévia e conflito socioambiental. Dissertação (Mestrado). Belém: Universidade Federal do Pará/Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 15.

livre e informada é uma das exigências que o governo deve cumprir para que a limitação ou restrição não ameace a integridade física ou cultural do grupo. Em resumo, mediante a técnica de interpretação evolutiva, a Corte IDH entende o direito à CCPLI como uma das facetas do direito à propriedade previsto no artigo 21.

Ademais destes parâmetros mais gerais, a Corte IDH fixou diretrizes específicas a serem observadas pelos países membros durante aplicação concreta do direito à CCPLI, o que será discutido adiante.

É importante ressaltar que a Corte IDH não tem como única atribuição solucionar controvérsias concretas sobre direitos, por meio de decisões condenatórias, mas também fixar critérios gerais de interpretação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outros tratados internacionais, fixando standards hermenêuticos²⁶.

É possível concluir, a partir do exposto, que a interpretação da Corte deve ser necessariamente considerada pelos juízes nacionais, conferindo-se grande valor aos precedentes e efeito expansivo às decisões do órgão, postura que contribui para a unificação da interpretação dos direitos da CADH, como já decidiu o próprio órgão:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁷.

Observa-se um amplo reconhecimento internacional a respeito do tema, com o estabelecimento de padrões cada vez mais avançados para aplicação da CCPLI. Este sólido reconhecimento internacional – a partir de fontes que devem necessariamente ser observadas no Brasil - contrasta com a carência de implementação do direito à CCPLI no âmbito nacional. Em muitos casos, este direito é sumariamente

26 BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio G. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do sistema internacional de direitos humanos. In: ANNONI, Danielle (Org.). Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 257-296.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n. 154, parr. 124.

ignorado. No restante dos casos, não são observados os padrões internacionais mínimos para realização de uma consulta efetiva, que garanta algum poder de decisão aos grupos consultados.

A Relatora Especial da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Taulip-Corpuz, esteve em missão no Brasil entre os dias de 7 e 17 de março de 2016. Ao final de sua visita, publicou o “Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on her mission to Brazil” (A/HRC/33/42/Add.5), documento em que faz um detalhado diagnóstico sobre a efetivação e ameaças aos direitos indígenas no país. Dentre as muitas violações verificadas, a Relatora constatou “a falta de consulta sobre políticas, leis e projetos que têm impacto sobre os direitos dos povos indígenas”:

Mesmo em contextos nos quais a violência física direta não foi relatada por povos indígenas, eles enfrentam ameaças profundas à sua existência. **Isso deriva de ações e omissões do Estado e de atores privados no contexto de projetos de desenvolvimento impostos aos povos indígenas sem qualquer consulta ou tentativa de obter seu consentimento prévio, livre e informado, conforme prevê a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.**

[...]

- **A falta de consultas e a ausência de demarcação de terras indígenas afetadas pelo complexo da represa no rio Tapajós;**
- A falta de consultas em relação à extração de bauxita e as usinas hidrelétricas associadas, que, juntas, representam um enorme complexo industrial, envolvendo povos indígenas e comunidades quilombolas em Oriximiná, no Pará;
- A ausência de consultas e consentimento para a instalação de grandes linhas de transmissão dentro de terras demarcadas protegidas pela Constituição, tais como as dos Waimiri-Atroari em Roraima.

Esses e outros casos demonstram uma **falta de compreensão, por parte do governo, sobre a natureza das consultas de boa fé, prévias, livres e informadas com povos indígenas**, que são exigidas a fim de obter seu consentimento e proteger seus direitos em conformidade com as obrigações do Estado afirmadas na Convenção 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas²⁸.

Ao final, a Relatora proferiu a seguinte recomendação: “Devem ser revistas e observadas a jurisprudência dos órgãos de supervisão da OIT e a orientação do Relator Especial sobre a implementação do direito a consultas prévias em relação a políticas, legislação e projetos com impacto potencial sobre os direitos de povos indígenas. Tais consultas devem ser conduzidas de forma a atender as especificidades de cada povo indígena, conforme estabelece a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.

²⁸ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

No mesmo sentido, a Comissão de Especialistas sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEARC), órgão da OIT encarregado de fiscalizar a aplicação das Convenções pelos países, tem reconhecido reiteradamente a inobservância do direito à CCPLI pelos governos brasileiros (municípios, estados e união)²⁹.

Biviany Rojas Garzón, Érika Yamada e Rodrigo Oliveira trazem um dado alarmante no livro Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais: “Até dezembro de 2015, **dos mais de 3 mil empreendimentos com processos de licenciamento ambiental** que incluíam a participação da Fundação Nacional do Índio [impactos sobre povos indígenas] e da Fundação Palmares [impactos sobre comunidades quilombolas], **nenhum havia realizado, junto aos povos tradicionais afetados, consultas adequadas aos padrões internacionais**”³⁰. No âmbito do Poder Legislativo, a situação é igualmente alarmante, pois tramitam diversos projetos de leis e de emendas constitucionais que alteram o marco normativo dos direitos dos povos indígenas e tribais, sem que as Casas Legislativas tenham sinalizado qualquer possibilidade de realizar a CCPLI.

Os autores concluem que a responsabilidade por tais violações deve ser compartilhada pelos três Poderes. De um lado, os Poderes Executivo e Legislativo têm se mostrado autoritários e cada vez mais refratários aos direitos dos povos indígenas e tribais. Entre 2012 e 2014, o Poder Executivo deu início às discussões sobre a regulamentação do direito à CCPLI como uma forma de fazer frente à carência de implementação. No entanto, a proposta recebeu diversas críticas de povos indígenas e tribais, tanto em termos do processo de construção da minuta (ausência de consulta, insuficiente participação e mudança de escopo, sem aviso prévio, das reuniões que eram meramente informativas), quanto de conteúdo (limitação das garantias previstas nos documentos internacionais)³¹. Após as críticas, as discussões paralisaram.

De outro, o Poder Judiciário tem reconhecido sucessivamente o direito à CCPLI em primeira e segunda instância, conforme sintetiza o quadro abaixo³²:

29 OIT. 2009. Comisión de Expertos em Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación Individual sobre el Convenio 169. Brasil: 2009.

30 ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Érika; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônia; Washington D.C.: Due Process of Law Foundation, 2017, p. 7.

31 Ib. Idem, p. 15.

32 Ib. Idem, p. 9.

Quadro 1. Jurisprudência brasileira relativa ao direito à consulta e consentimento

USINA HIDRELÉTRICA BELO MONTE: em fase final de construção no médio curso do rio Xingu, Estado do Pará. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região desqualificou as reuniões informativas realizadas pelo governo enquanto consulta prévia e ordenou a suspensão das obras para a consulta aos povos indígenas afetados (Arara, Juruna, Araweté, Parakanã, Xikrin, Xipaya e Kuruaya). Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8.

EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO MUNICÍPIO DE SANTAREM, PARÁ: a Justiça Federal ordenou à prefeitura municipal consultar os povos indígenas em relação à Portaria nº 001 de 6 de janeiro de 2014, referente à organização e estruturação das escolas indígenas no município. Ação Civil Pública nº. 378-31.2014.4.01.3902.

USINA HIDRELÉTRICA SÃO LUIZ DO TAPAJÓS: prevista para o médio curso do rio Tapajós, Estado do Pará. Em diversos momentos, a Justiça Federal de Santarém, Pará, reconheceu a obrigação do governo brasileiro de consultar os povos indígenas Munduruku e Sataré-Mawé, assim como as comunidades tradicionais de Montanha e Mangabal e outras. Ação Civil Pública nº. 3883-98.2012.4.01.3902.

USINA HIDRELÉTRICA TELES PIRES: em início de operação no rio Teles Pires, fronteira dos Estados do Pará e Mato Grosso. A Justiça Federal ordenou a suspensão das obras a fim de serem realizadas consultas aos povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Ação Civil Pública nº. 3947-44.2012.4.01.3600.

USINA HIDRELÉTRICA SÃO MANOEL: em início de construção no rio Teles Pires, fronteira dos Estados do Pará e Mato Grosso. A Justiça Federal ordenou ao governo brasileiro consultar os povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Ação Civil Pública nº. 14123-48.2013.4.01.3600.

POLO NAVAL DO AMAZONAS: projeto que envolve construção de portos, exploração mineral e transporte de cargas, previsto para ser construído na margem do rio Amazonas, orla da cidade de Manaus. A Justiça Federal ordenou que o Estado do Amazonas consulte previamente as mais de vinte comunidades tradicionais de pescadores e ribeirinhos afetadas pelo projeto. Ação Civil Pública nº. 6962-86.2014.4.01.3200.

PARQUE NACIONAL DE SUPERAGUI: a Justiça Federal de Paranaguá, Estado do Paraná, reconheceu a obrigação de consultar os pescadores artesanais para a elaboração do Plano de Manejo da conservação federal no estado do Paraná. Ação Civil Pública nº. 742-88.2015.4.04.7008.

DUPLICAÇÃO DA ESTRADA DE FERRO CARAJAS: em construção nos Estados do Pará e Maranhão. A Justiça Federal reconheceu a obrigação de o governo consultar o povo indígena AwáGuajá. Ação Civil Pública nº. 61827-77.2015.4.01.3700.

LINHÃO MANAUS-BOA VISTA: linha de energia elétrica que corta os Estados do Amazonas e Roraima. A Justiça Federal reconheceu a obrigação de o governo consultar o povo indígena Waimiri Atoari, afetado pelo projeto. Ações Cíveis Públicas nº 18408-23.2013.4.01.3200 e 18032-66.2015.4.01.3200.

PROJETO DE LEI QUE ALTERA A LEI ESTADUAL Nº 892/2013, ESTADO DE RORAIMA: a Justiça Federal determinou que o Poder Executivo do Estado de Roraima consulte os povos indígenas antes de propor o Projeto de Lei que altera a Lei nº 892/2013, acerca do Plano de Cargos, Carreiras e Remunerações dos Servidores da Educação Básica do Estado de Roraima (PCCREB), no que diz respeito aos professores indígenas. Ação Civil Pública nº. 5543-04.2015.4.01.4200.

EXPLORAÇÃO DE HIDROCARBONETOS (PETRÓLEO E GÁS DE XISTO) NA BACIA SEDIMENTAR DO ACRE: a Justiça Federal ordenou a suspensão de "qualquer atividade" relacionada à exploração de hidrocarbonetos enquanto não fosse realizada consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas afetados. Ação Civil Pública nº. 1849-35.2015.01.3001.

CONSTRUÇÃO DE PORTO NO LAGO DO MAICÁ, EM SANTAREM, ESTADO DO PARÁ: a Justiça Federal ordenou a suspensão do licenciamento ambiental do porto da Empresa Brasileira de Portos de Santarém até que sejam consultadas as comunidades quilombolas e comunidades tradicionais ribeirinhas afetadas pelo projeto. Ação Civil Pública nº. 377-75.2016.4.01.3902.

Em que pesem os sucessivos reconhecimentos em primeira e segunda instâncias, é preciso que o Poder Judiciário internalize os padrões internacionais estabelecidos pela Corte IDH, sobretudo a partir de uma jurisprudência mais robusta do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é necessário que este E. TRF1 consolide sua jurisprudência sobre a temática, mesmo porque os valiosos precedentes desta Corte têm sido fundamentais para o aprimoramento das decisões dos juízos singulares

As Cortes Constitucionais da Colômbia, Bolívia, Peru, Chile e México possuem jurisprudência consolidada e progressista a respeito do tema. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, se

pronunciou sobre o direito à CCPLI apenas em sede de Embargos de Declaração no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, julgado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Pet. 3388), e não o fez de maneira aprofundada.

No entanto, na oportunidade, a Corte enfatizou que o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os povos indígenas desrespeita a Constituição, e não há como garantir que os povos indígenas e tribais desfrutem do desenvolvimento nacional, sem consultá-los acerca das medidas que os afetem e sem garantir que participem nas políticas gerais:

Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). **O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional [...] desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF**, assecuratório de um tipo de ‘desenvolvimento nacional’ tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. (STF, Pet. 3388, Relator Min. Carlos Ayres Britto, 2009).

Nos itens anteriores, restaram demonstrados os fundamentos históricos, sociais, principiológicos e legais do direito à CCPLI. No seguinte, será discutido como a consulta prévia se constitui como um direito fundamental dos povos indígenas e tribais.

C) DA CONSULTA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

É consenso doutrinário e jurisprudencial de que a principal característica dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, é o fato de serem oponíveis à maioria, a dizer, aos grupos sociais, econômicos, culturais, demográficos e politicamente hegemônicos. Isto porque o regime democrático, embora represente um governo do povo, não se confunde com o “maioritarismo”, no qual os grupos políticos dominantes podem impor suas vontades aos grupos minoritários. A democracia possui uma dimensão contramajoritária que consiste justamente na imposição de limites à atuação das maiorias políticas. Os direitos fundamentais representam um núcleo de direitos indisponíveis, que não podem ser suprimidos mesmo que por vontade da maioria.

Nesse sentido, **a CCPLI é um direito fundamental por excelência**, conforme já

reconhecido na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana³³, que o considerou materialmente e formalmente fundamental em razão de sua estreita vinculação com os direitos fundamentais à propriedade coletiva, à cultura, à vida, à integridade espiritual e sobrevivência.

A Corte IDH reconheceu este direito como um **princípio geral do direito internacional**, aplicável em todos os países que ratificaram a CADH, independentemente de serem signatários da Convenção n.º. 169/OIT. Por essa razão, afirma que **o direito à consulta decorre do reconhecimento das sociedades como pluralistas, multiculturais e democráticas**³⁴.

Conforme será aprofundado ao longo deste item, a Constituição Federal de 1988 reconhece, em diversos artigos, a sociedade brasileira como sendo pluralista, multicultural e democrática. Portanto, destas características decorre que **a participação direta dos povos indígenas e tribais (grupos culturalmente diferenciados) em relação às medidas que os afetem, mediante o direito à CCPLI, e em políticas nacionais é um direito fundamental implícito na Constituição**, conforme apregoa a jurista Isabela Sales:

A Constituição Federal de 1988, inegavelmente, incorporou em sua lógica normativa os valores concernentes ao multiculturalismo: reconhece o Brasil como uma nação plural, formada por diferentes grupos como os povos indígenas, as comunidades quilombolas e as comunidades tradicionais, e orienta sua aplicação para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e que preza pela dignidade da pessoa humana. **Também a consulta livre, prévia e informada prevista na Convenção n.º 169 da OIT congrega valores multiculturais tais quais os abarcados pela Constituição Federal, possibilitando aos povos indígenas e comunidades tradicionais, enquanto grupos culturalmente diferenciados, participar das decisões estatais que lhes afetem**³⁵.

Vejamos. O **pluralismo político** é a tal ponto importante no sistema jurídico brasileiro que a Constituição Federal de 1988 o elencou em seu artigo 1º como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da dignidade da pessoa humana. O eminente constitucionalista José Afonso da Silva, citado por Sales³⁶, explica:

33 C-891 de 2002 (Caso do Código de Minas, Lei n.º 685/2001). Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/104>>; C-461 de 2008 (Caso Plan Nacional del Desarrollo, Lei n.º 1.151/2007). Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/23>>; C-175 de 2009 (Caso Estatuto de Desarrollo Rural, Lei n.º 1.152/2007). Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/10>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

34 CORTE IDH, 2012, op. Cit., p. 42.

35 SALES, Isabela do Amaral. Consulta livre, prévia e informada: garantia de direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais e a Constituição Federal de 1988. Manaus: Universidade do Estado Amazonas, 2015, p. 125.

36 Ib. Idem., p. 95.

A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista, que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista, que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar, pois, por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irredutíveis.

À guisa do pluralismo político, Rodrigo Oliveira ressalta que o direito à CCPLI **“tem por escopo fazer 'ver o que não cabia ser visto', fazer 'ouvir como discurso o que só era ouvido como barulho' (Rancière, 1995, p. 42). Seu potencial emancipatório reside na possibilidade de manifestar o dissenso, de contrapor mundos sensíveis discrepantes, formas diversas de se relacionar com a natureza e com o território”**³⁷.

Dito de outra forma, a consulta prévia é, por excelência, um espaço de concretização do pluralismo político, na medida em que propicia que diferentes visões de mundo se confrontem na arena pública (estatal e empresarial às perspectivas identitárias dos povos indígenas e tribais, por exemplo), possibilitando a emergência de visões e perspectivas acerca das medidas administrativas e/ou legislativas previstas. Mesmo porque “os valores considerados fundamentais para uma vida digna por determinada comunidade tradicional podem ser diferentes dos valores tidos como essenciais por um cidadão comum no contexto da sociedade envolvente. [Por exemplo], no caso de comunidades indígenas, frequentemente o direito à terra está agregado ao sentido de mínimo existencial”³⁸.

Sem a CCPLI as posições políticas dos grupos culturalmente diferenciados eram simplesmente invisibilizadas, mesmo porque historicamente o sistema representativo sempre se mostrou ineficaz no que diz respeito à participação política das minorias étnicas. **A jurisprudência nacional já teve oportunidade de reconhecer a relação intrínseca entre o pluralismo político e o direito à CCPLI:**

Entenda-se **pluralismo** nos termos em que a Constituição o erigiu como fundamento da República: **“um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto das de caráter religioso, econômico, social e cultural”**. Dessa forma, os indivíduos, tanto quanto os povos indígenas, são livres **“para se autodeterminar e levar sua vida como bem lhe[s]**

37 OLIVEIRA, 2016, op. Cit., p. 125.

38 SALES, 2015, op. Cit., p. 95.

aprouver, imune[s] a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares.” (Justiça Federal em Cuiabá, MT, Sentença na Ação Civil Pública nº. 3947-44.2012.4.01.3600, 12/11/2014, p. 46).

O mesmo precedente identifica a relação existente entre o pluralismo político, a autodeterminação dos povos indígenas e tribais e o direito à CCPLI:

É neste último sentido que a expressão autodeterminação está sendo empregada neste momento: como a possibilidade prevista constitucional e convencionalmente de exercer sua autonomia, ou seja, de formar coletivamente, em liberdade, a vontade coletiva de um dado grupo socialmente organizado. Assim, consegue-se relacionar os princípios do pluralismo político e da autodeterminação dos povos indígenas, de que é expressão a exigência constitucional de consulta prévia às comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento dos recursos hídricos em suas terras. (Justiça Federal em Cuiabá, MT, Sentença na Ação Civil Pública nº. 3947-44.2012.4.01.3600, 12/11/2014, p. 47)

Em síntese, o pluralismo político implica em garantir o direito à autodeterminação aos diferentes grupos que compõem a sociedade nacional, permitindo-os “estabelecer livremente sua condição política e prover seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural”, assim como “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais”. Em se tratando de povos indígenas e tribais, o direito fundamental à CCPLI é o meio de exercício do pluralismo e da autodeterminação, não apenas por possibilitar a deliberação direta, de modo a influenciar as decisões políticas que subjazem às medidas que os afetem, mas também por viabilizar uma participação diferenciada, em conformidade com suas especificidades culturais.

O reconhecimento do caráter fundamental do direito à CCPLI também decorre da previsão do multiculturalismo na Constituição Federal. Além dos dispositivos específicos que preveem direitos aos povos indígenas e comunidades quilombolas (artigos 231 e 232 e artigo 68 da ADCT, respectivamente), bem como o combate ao racismo e à discriminação (CF, artigo 3º, inciso IV) a jurista Isabela Sales sistematiza e discute outras normas constitucionais que denotam o reconhecimento e proteção do multiculturalismo na sociedade brasileira³⁹.

A começar pelo próprio preâmbulo da Carta Magna ao afirmar que o Estado Democrático está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade** fraterna, **pluralista e sem preconceitos**”. Com base em jurisprudência do próprio STF, a jurista recorda que o preâmbulo constitucional possui função

39 SALES, 2015, op. Cit.

orientadora e harmonizadora do sistema jurídico (STF, ADI 2.649, Voto da Min. Carmem Lúcia).

Os artigos 215 e 216, por sua vez, tratam da proteção do patrimônio cultural. O primeiro prevê o pleno exercício dos direitos e manifestações culturais, devendo o Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras e de outros grupos participantes da sociedade brasileira (como os povos e comunidades tradicionais), bem como **valorizar a diversidade étnica**:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

V - valorização da diversidade étnica e regional.

Segundo Sales, a “menção expressa aos indígenas, afro-brasileiros e demais grupos participantes do processo civilizatório nacional revela a inclinação do legislador de 1988 para o multiculturalismo, e afirma o compromisso dessa nova ordem constitucional para com a manutenção das expressões culturais desses grupos diferenciados”⁴⁰.

O art. 216 elenca como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais portadores de referência à identidade dos diferentes grupos da sociedade brasileira e seus modos de criar, fazer e viver, o que inclui certamente os povos indígenas e tribais:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

II - os modos de criar, fazer e viver;

Portanto, a “Constituição reconhece que os modos de criar, fazer e viver são indissociáveis da questão da identidade. Por isso, estabelece o dever do Estado brasileiro de proteger os modos de vida dos diferentes grupos formadores da sociedade. Esse é o principal fundamento utilizado para garantir direitos de grupos culturalmente diferenciados cujo estatuto jurídico não está expresso no texto constitucional”⁴¹, a exemplo dos povos e comunidades tradicionais.

40 SALES, 2015, op. Cit., p. 100-101.

41 SALES, 2015, op. Cit., p. 102.

O Poder Judiciário nacional também já se pronunciou sobre a relação entre o multiculturalismo e o direito à CCPLI:

Nessa quadra, não se pode ignorar a assertiva de que a vontade da Convenção 169 da OIT, e do art. 231, Parágrafo 3º, da Constituição é de, **a partir do exercício do direito de consulta, seja permitida a preservação e fomento do multiculturalismo; e não a produção de um assimilacionismo e integracionismo, de matriz colonialista, impostos pela vontade da cultura dominante em detrimento dos modos de criar, fazer e viver dos povos indígenas** (art. 216, II, da Constituição) (Decisão Interlocutória em 1ª Instância, Justiça Federal em Cuiabá, Processo nº: 14123-48.2013.4.01.3600, 13/09/2014, p.12).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 prevê o fortalecimento democrático, inaugurando diversos mecanismos de participação direta. Por essa razão, fica evidente como a CCPLI deve se transformar em princípio básico do regime democrático em um contexto de sociedade plural. Não é nada além da qualificação dos mecanismos de democracia representativa que estão em vigência no país desde 1988. Recorda-se que o STF, em julgamento recente sobre financiamento empresarial de campanhas políticas, consagrou o direito à igualdade política como princípio e valor fundamental do nosso sistema democrático (STF, ADIn nº 4.650). Não a igualdade abstratamente considerada, mas como ela se manifesta materialmente no equilíbrio da disputa política.

Sendo assim, a CCPLI está em consonância com o princípio da igualdade ao possibilitar que os grupos minoritários - sem representatividade nas instituições administrativas e legislativas e historicamente excluídos dos processos de deliberação - possam participar ativamente do regime democrático em condições mais simétricas a outros grupos da sociedade, especificamente das decisões que os afetam diretamente.

Se antes, no âmbito das funções administrativas e legislativas, os grupos hegemônicos estavam autorizados a tomar decisões que afetassem os grupos etnicamente minoritários, sem que a estes fosse reconhecida qualquer possibilidade de participação institucional (inclusive quanto a medidas legislativas que reduzem sua esfera de proteção jurídica); hoje, exige-se a CCPLI como condição de validade dessas decisões, que antes eram tomadas de maneira autoritária. Busca-se superar o regime no qual os grupos políticos dominantes podem impor suas vontades aos grupos minoritários. A democracia possui uma dimensão contramajoritária que consiste justamente na imposição de limites à atuação das maiorias políticas.

Não se trata apenas de qualificar a democracia sob o ponto de vista quantitativo (isto é, inserir grupos antes excluídos), mas também sob a ótica qualitativa, uma vez que os grupos etnicamente diferenciados possuem perspectivas sobre as medidas consultadas que outros grupos não poderiam ter, em razão da alteridade cultural. Por exemplo, será que uma Usina Hidrelétrica possui o mesmo significado para um indígena que para uma empresa ou para a própria sociedade envolvente? É de se supor que não e, em uma sociedade plural e democrática, não se pode hierarquizar as perspectivas:

Os indígenas devem participar do processo democrático em condição de igualdade com os demais cidadãos brasileiros, na medida em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*) e “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). **E devem participar em condição diferenciada, considerando-se a sua natureza de povo indígena autônomo e que possui a sua própria organização social**⁴².

Em síntese, prever constitucionalmente o pluralismo, o multiculturalismo e a participação democrática implica em viabilizar a participação política direta dos povos indígenas e tribais, tanto em políticas gerais, quanto em medidas que os afetem especificamente (administrativas ou legislativas), permitindo que suas concepções sejam enunciadas na arena pública em condições de igualdade com grupos hegemônicos, respeitando sua autodeterminação, para que estes grupos decidam livremente sua condição política e seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural”, assim como possam “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais”. Dito de outra maneira, **a participação política direta é um direito fundamental dos povos indígenas e tribais, sendo imprescindível para dar vida aos valores constitucionais discutidos acima:**

Isto porque, é inegável, **o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) possui uma fundamentalidade intrínseca, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.** No presente caso, **o elemento nuclear desse princípio da dignidade reside, sobretudo, nos bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos.** Nesse contexto, tais direitos de consulta e consentimento, livres, prévios e informados, uma vez que tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos) e não à pessoa individual, embora esta não possa ser também descartada em casos específicos, podem ser identificados com os “**direitos fundamentais de terceira dimensão**”, também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade⁴³.

Nesse sentido, o direito à consulta prévia está em perfeita sintonia com todos os

42 DINO, Natália Albuquerque. “Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática” *In Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 481-520 – jan./dez. 2014*, p. 500.

43 GRABNER, 2015, op. Cit., 54.

direitos e valores constitucionais acima expostos, o que torna indubitável seu *status* de direito fundamental. O Poder Judiciário brasileiro tem avançado neste entendimento:

O direito de consulta pode ser visto como concretização do paradigma neoconstitucionalista, pois, a um só tempo, resta concretizada: (a) a centralidade e força normativa da Constituição (art. 231, Par. 3º); (b) os direitos fundamentais à preservação do modo de vida das minorias são efetivados; (c) o Judiciário exerce o seu papel contramajoritário; (d) há uma lógica discursiva e argumentativa; (e) por fim, há aproximação do direito com a ética e justiça, e a superação do modelo positivista, em que o Direito se mostrava estanque, sem interdisciplinaridade com outras ciências (Decisão Interlocutória em 1ª Instância, Justiça Federal em Cuiabá, Processo nº: 14123-48.2013.4.01.3600, 13/09/2014, p. 14).

É certo ainda que, **por ser a consulta direito fundamental de titularidade de minorias, com a intenção de se prestigiar o multiculturalismo**, deve-se interpretar os atingidos de forma extensiva, uma vez que o brocardo *in dubio pro salute* ou *in dubio pro natura* se aplica também ao meio ambiente cultural, em que estão incluídas todas as comunidades tradicionais com seus peculiares modos de criar, fazer e viver, nos termos do art. 216 da Constituição, da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial – todas já internalizadas no país por decreto presidencial e dotadas de estatura supralegal - além da lei 12.343/2010 (Justiça Federal em Itaituba/PA, Sentença na Ação Civil Pública nº. 3883-98.2012.4.01.3902, 15/06/2015, p. 56).

Fundamenta-se, assim, a consulta no direito que têm as populações indígenas e tribais de decidir suas prioridades no que tange ao seu desenvolvimento, na medida em que atos legislativos e administrativos afetem sua sobrevivência. Segundo prescrições da Convenção 169 da OIT, inseridas no nosso ordenamento jurídico em nível de norma constitucional, a consulta prévia (artigo 6º) e a participação (artigo 7º), **constituem direito fundamental que têm os povos indígenas e tribais de poder decidir sobre medidas legislativas e administrativas, quando o Estado permite a realização de projetos. A intenção é proteger a integridade cultural, social e econômica além de garantir o direito democrático de participação nas decisões que afetam diretamente essas populações tradicionais.** (TRF1, Apelação Cível nº. 2006.39.03.000711-8/PA, Voto da Des. Selena Almeida, 25/11/2011)

Por todo o exposto, **pode-se concluir que a consulta e consentimento prévio, livre e informado é um direito fundamental dos povos indígenas e tribais.**

D) DO HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO CASO CONCRETO

Reconhecer a consulta prévia enquanto direito fundamental tem como resultado, dentre outras implicações, que sua aplicação deve observar o chamado “regime jurídico dos

direitos fundamentais”: universalidade, indivisibilidade, interdependência, imprescritibilidade, inalienabilidade, aplicabilidade imediata, proibição do retrocesso, interpretação expansiva, etc.

No caso especificamente da “**interdependência**”, é interessante destacar que o **direito à consulta evidencia de maneira única o caráter interrelacional dos direitos fundamentais, uma vez que em se tratando de grupos étnicos, é impossível divorciar direito à saúde do direito ao território, por exemplo.**

Por isso, **o direito à consulta guarda intrínseca relação com o direito ao território, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação e participação política, à saúde e à educação, como ficará claro ao longo destas contrarrazões. A consulta se torna uma dimensão de cada um desses direitos, pois não se pode pensar em construção de uma política educativa para indígenas, por exemplo, à revelia da participação e do protagonismo dos indígenas no processo de construção.**

Considerando que a jurisprudência brasileira tem caminhado de maneira uníssona no reconhecimento do direito à consulta prévia dos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, **o desafio colocado hoje ao Judiciário é a internalização dos padrões internacionais aplicáveis no Brasil, fixando e desenvolvendo diretrizes que se referem ao modo como os governos devem conduzir os processos concretos de consulta.**

Esta internalização, tanto quanto o reconhecimento, é fundamental para que os processos de consulta prévia no Brasil saiam finalmente do papel. Tanto para que os governos observem as diretrizes mínimas já estabelecidas, tendo segurança jurídica para conduzir processos de consulta; quanto para que os grupos tenham seus direitos respeitados, sobretudo em vista de parâmetros que garantam um processo de diálogo real e efetivo. Estes parâmetros, aliados aos Protocolos de Consulta dos grupos consultados – do qual falaremos adiante –, são mais que suficientes para concretizar processos de consulta legítimos.

A par deste desafio, estas contrarrazões fazem uma extensa revisão das práticas e atitudes governamentais no caso da UHE São Luiz do Tapajós, com vistas nas mais recentes fontes internacionais de direitos humanos que versam sobre o assunto.

Deve ser considerado que, ao nos referirmos à “consulta da UHE São Luiz do

Tapajós”, estamos nos referindo, em realidade, às tratativas iniciais do governo para dar início ao processo de diálogo. O governo não respeitou as garantias mínimas, nem demonstrou disposição para tanto, de modo que a consulta prévia não saiu do papel, não tendo sido sequer iniciada. Ainda assim, é possível observar diversas e graves violações por parte do governo.

Vejamos.

D.1) DA APLICABILIDADE DA CONSULTA PRÉVIA AO CASO CONCRETO

O artigo 6º da Convenção nº. 169/OIT dispõe:

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;**

A obrigação de consultar surge, portanto, de um critério ôntico que é a possibilidade de “afetação” ao grupo interessado. **No caso de medidas administrativas**, trata-se da verificação fática de uma **relação de causa e efeito** entre a medida proposta e impactos (negativos e/ou positivos) produzidos sobre o grupo. Esta relação de causa e efeito não é verificada *post factum*, pois a consulta deixaria de ser prévia e teria seu escopo prejudicado. Por isso, fala-se em grupos **potencialmente** afetados.

Daí a importância de estudos técnicos e independentes, bem como de ser considerado o conhecimento tradicional do grupo consultado. Este conhecimento é profundamente territorializado. Ademais, os grupos consultados são capazes de prever impactos que o Estado ou uma empresa não teriam condições de prever, em razão da alteridade. Em síntese, a determinação do fato de um grupo ser ou não afetado não pode ser feita unilateralmente pelo Estado ou empresa interessada, mas a partir de um diálogo honesto e de boa fé entre os diversos atores.

Vale esclarecer que afetar não assume uma conotação exclusivamente negativa, mesmo porque medidas administrativas positivas – como a construção de um posto de saúde ou uma escola - também devem ser consultadas.

In casu, os Estudos de Impacto Ambiental, bem como o seu Estudo do

Componente Indígena, apontam diversos e graves impactos sobre o povo indígena Munduruku e comunidades tradicionais beiradeiras, que seriam impactados caso a Usina Hidrelétrica fosse construída.

O Estudo do Componente Indígena (ECI) da Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós, cuja primeira versão foi finalizada em 2014, **classificou as Reservas Indígenas Praia do Mangue e Praia do Índio e as Terras Indígenas Sawré Apompu e Sawré Juybu (em estudo) como Áreas de Influência Direta, por estarem à jusante do barramento. Por sua vez, a TI Sawré Muybu (identificada), localizada à montante, foi classificada como Área Diretamente Afetada** (ECI, 2014, p. 27). Nesses territórios, vivem ao menos 694 Munduruku (ECI, 2014, p. 35).

A Terra Indígena Sawré Muybu corresponde a uma área de 178.173 hectares, dos quais 7% seriam alagados com a construção da hidrelétrica, implicando em remoção compulsória das três aldeias que se localizam no território (Sawré Muybu, Dace Watpu e Karo Muybu), todas situadas às margens do rio. Recorda-se que a remoção compulsória dos povos indígenas é vedada pelo artigo 231, §3º da Constituição Federal, o que será abordado adiante nestas contrarrazões. É prevista a destruição de locais sagrados, como a travessia dos porcos e a garganta do diabo, bem como de áreas de roça, coleta, caça, pesca, cemitérios, dentre outros.

Diversas comunidades tradicionais beiradeiras também seriam afetadas, ocasionando a remoção compulsória de cerca de 2.500 pessoas. Parcela do Projeto de Assentamento Agroextrativista Montanha e Mangabal seria inundada pelo reservatório. E a comunidade Pimental seria integralmente removida para a construção do eixo do barramento. Os Estudos de Impacto Ambiental são insuficientes na previsão de impactos sobre as dezenas de comunidades tradicionais que vivem à jusante do barramento.

Dentre os impactos previstos sobre indígenas e ribeirinhos, estão: pressão sobre territórios e recursos naturais, aumento da violência e alcoolismo, prostituição, desmatamento, roubo de madeira, risco de contaminação dos peixes por metil-mercúrio, comprometimento da segurança alimentar, aumento de dependência em relação aos centros urbanos, dentre outros.

Destes impactos, por si só, decorre a obrigação de o estado brasileiro de consultar previamente os grupos indígenas e tribais potencialmente afetados.

Ao contrário do que argumentam os recorrentes, a consulta não exige que a terra

indígena esteja demarcada. Não é este o critério empregado pela Convenção nº. 169/OIT, como já explicitou a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos “os povos indígenas e tribais que carecem de títulos formais de propriedade sobre seus territórios também devem ser consultados a respeito de concessões extrativistas ou da implantação de planos e projetos de desenvolvimento ou investimento em seus territórios”**⁴⁴.

O argumento dos recorrentes ignora não só a Convenção nº. 169/OIT, mas a própria Constituição Federal de 1988 que, no artigo 231, fixa o direito originário dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o que torna a demarcação um ato de simples reconhecimento, ou seja, meramente declaratório, não constitutivo. **Dito isto, questiona-se: qual o fundamento legal do argumento dos recorrentes?**

Como se discutirá adiante, o governo federal vinha inserindo obstáculos injustificáveis à demarcação da TI Sawré Muybu justamente em razão do interesse em explorar energia hidrelétrica no local. Restringir a consulta aos povos que vivem em terras demarcadas seria reforçar esta atitude inconstitucional (e de má-fé) por parte do governo.

Ademais, a Terra Indígena Sawré Muybu, epicentro dos impactos mais graves da UHE prevista, está identificada pela Fundação Nacional do Índio, conforme Portaria publicada no DOU no dia **19 de abril de 2016**. Trata-se de um reconhecimento formal da existência e ocupação tradicional indígena.

Por fim, reforça-se que o critério tampouco é a localização/distância do empreendimento para os grupos a serem consultados. Inaplicável para tais fins, portanto, a Portaria Interministerial nº. 60 que fixa regras para fins de intervenção dos entes no licenciamento ambiental e estabelece distâncias nas quais há **presunção** de impactos de determinados empreendimentos. Mesmo porque seria inconstitucional um ato infralegal restringir o alcance de um tratado internacional de direitos humanos, norma suprallegal.

Aplicar irrestritamente a Portaria Interministerial nº 60/2015 na parte em que consigna limites de aferição de impactos socioambientais é desconsiderar por completo a

44293. Los procedimientos de consulta previa “deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación”. En otras palabras, los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios (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. Disponible em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/583>>. Acceso em: 5 nov. 2015).

noção holística de meio ambiente, sobretudo quando se está a tratar de uma obra que pretensamente utilizaria um curso d'água como matéria-prima e se localizaria em uma área significativamente habitada por inúmeras comunidades que possuem uma relação estreita com os recursos naturais existentes.

Vale lembrar, a propósito, que a UHE São Luiz do Tapajós estava projetada a ser construída no rio Tapajós, que nasce no estado do Mato Grosso, banha parte significativa do estado do Pará e deságua no rio Amazonas. Vale lembrar, ainda, que a usina acima referida faz parte de um Complexo Hidrelétrico que supostamente envolverá a construção de 06 (seis) outras **megausinas**, entre os rios Tapajós e Jamanxim. Seria, portanto, inequívoca superficialidade científica atribuir aos limites geográficos expressos na Portaria Interministerial nº 60/2015 caráter de verdade absoluta, desconsiderando-se os efeitos cumulativos e sinérgicos de todos os empreendimentos (já realizados ou previstos) existentes na bacia hidrográfica e a relação de conhecimentos tradicionais associados que as comunidades amazônidas mantêm com a floresta.

Ademais, considerando a fragilidade do contexto de sinergia de impactos da UHE São Luiz do Tapajós, impõe-se de modo inexorável a aplicação do princípio da precaução.

A norma abstrata jamais teria condições de fixar todos os casos em que haverá impacto. Por isso, o que faz a Portaria Interministerial nº. 60/2015 é presumir o dano sobre as populações tradicionais, indicando hipóteses em que o licenciador federal deverá chamar o órgão indigenista ou outros órgãos intervenientes ao processo.

De uma mera presunção relativa de dano para um certo limite, extrai a União a ausência de risco de dano para todos os demais casos. Com isso, rompe -se com a tradição do sistema jurídico pátrio, cuja opção, historicamente, tem sido a prefixação de parâmetros mínimos, com indicações de hipóteses em que o impacto é presumido, sem afastar a possibilidade de que o caso concreto venha a indicar outras situações em que a realização dos estudos se imponha. Em síntese, a norma interministerial jamais teria condições de excluir definitivamente o dano para além dos 40km (quarenta quilômetros), especialmente quando o contexto de inúmeros outros empreendimentos previstos e/ou realizados assim indique.

Oportuno destacar que consta dos próprios autos documento lavrado pelo Departamento de Licenciamento do IBAMA (DILIC) em que se faz constar expressamente que o limite de 40km estabelecido na Portaria nº 419/2011 (art. 3º, §2º, combinado com o Anexo II) “*se trata de limite arbitrário de distância que pode ser confirmado ou afastado*” a

depende de estudos (fl. 1746).

Clarividente, portanto, o caráter meramente presuntivo da suposta faixa de aferição de impactos socioambientais explicitados na aludida Portaria, restando absolutamente demonstrado que o ato-norma não pode ser utilizado para fins de limitação do direito à consulta prévia, livre e informada.

Deste modo, restou demonstrada a aplicabilidade do direito à consulta e consentimento prévio, livre e informada no caso em tela.

D.2) DO OBJETO DA CONSULTA

O governo federal sempre se referiu à Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós como um fato consumado, jamais como um empreendimento que ainda seria objeto de aferição de viabilidade socioambiental, por parte do órgão licenciador, o Ibama, e que ainda seria submetido à consulta prévia dos povos indígenas e comunidades tradicionais afetados. **Esta postura convertia a observância à legislação de direitos humanos e ambiental em simples trâmite formal.**

No tocante à consulta prévia, **o governo federal buscou restringir a consulta prévia tão somente à definição de medidas de mitigação e compensação de impactos derivados do empreendimento, negando-se a consultar sua própria viabilidade.** Vejamos.

O então Ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, Gilberto Carvalho, afirmou em entrevista à BBC: **“não abriremos mão de construir Tapajós. A consulta não é deliberativa. Ela deve ser feita para atender demandas, diminuir impactos, mas não é impeditiva”**. O à época Ministro de Minas e Energia, Eduardo Braga, também afirmou: **“Estamos trabalhando muito para que o diálogo e a construção de uma política de compensações ambientais e compensações sociais possam acontecer com os Mundurucus (sic)”**.

Não se está dizendo que uma política de compensação e mitigação não possa ser um dos desdobramentos possíveis dos acordos estabelecidos em um processo de consulta legítimo, que observe todas as garantias legais. **Mas não é ela, em si, que deve ser objeto da consulta, mas a viabilidade do próprio empreendimento, este sim a medida administrativa que afetará os povos indígenas e tribais.**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou de que é uma obrigação do Estado garantir “que **todo projeto de infraestrutura ou exploração de recursos naturais [...] seja tramitado e decidido com participação e consulta com os povos interessados**”⁴⁵, arrematando que **a consulta não pode ser limitada a um “trâmite de quantificação de danos**”⁴⁶, como o governo brasileiro pretendeu fazer.

Portanto, **é a própria decisão acerca da viabilidade da UHE São Luiz do Tapajós que deve ser submetida à consulta e consentimento prévio dos grupos potencialmente afetados.**

D.3) DOS SUJEITOS DO PROCESSO DE CONSULTA

A Convenção n.º. 169/OIT deixa claro em seu artigo 6º que a consulta prévia é uma obrigação dos governos. Obrigação esta não suscetível de delegação a atores privados:

“La comisión reitera que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una **obligación a cargo de los Gobiernos y no de personas o empresas privadas**”⁴⁷

No caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador, a Corte Interamericana desqualificou as reuniões conduzidas pela empresa petroleira interessada na exploração enquanto reunião de consulta prévia, enfatizando que este processo deve ser coordenado pelo Estado⁴⁸.

Neste sentido, acertou o governo ao criar um Grupo de Trabalho destinado a conduzir o processo de consulta, sendo este GT coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República (hoje, Secretaria de Governo), órgão da administração direta federal. O GT ainda contava com a participação *formal* do Ministério de Minas e Energia, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Justiça, Advocacia Geral da União e Funai, embora esta sempre divergisse das posturas adotadas arbitrariamente pelo GT.

45 CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos em el Perú. DOC. OEA/Ser.L/V/II.106, DOC. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 5.

46 CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia em Bolivia. DOC. OEA/Ser.L/V/II, DOC. 34, 28 jun, 2007, párr. 248.

47OIT, CEACR: observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Bolivia. Publicación: 2006, par. 7.

48 “187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos em el territorio de la comunidad sujeto de la consulta” (CORTE IDH, 2012, op. Cit., p. 58).

No entanto, **quanto aos sujeitos que participam do processo de consulta, o governo federal vinha excluindo arbitrariamente os povos e comunidades tradicionais potencialmente afetados**, a exemplo das comunidades tradicionais beiradeiras de Montanha e Mangabal, São Luiz, Pimental (esta seria removida compulsoriamente pois estaria localizada exatamente no eixo da barragem), Pinel, Mamãe-Anã, Penedo, Curuçá e Vila Rayol, dentre outras à jusante do empreendimento previsto.

No Estudo de Impacto Ambiental do empreendimento, Volume 7, página 120, está disposto: **“Porém, não se pode afirmar que são populações tradicionais nos termos da Lei nº. 11.284 ou como define o Decreto nº. 6.040”**.

Em reunião com lideranças de Montanha e Mangabal, servidor da então Secretaria Geral da Presidência da República, que integrava o GT responsável por conduzir o processo de consulta, afirmou:

[...] a consulta atende às comunidades indígenas, o que a gente tá discutindo é um processo de informação lá com Mangabal [comunidade tradicional], mas que não seria consulta. O entendimento do governo federal, hoje, [...] quem é ouvido na 169 são os indígenas e quilombolas, que isso já tem referência. Comunidades tradicionais ainda não chegou a esse acordo dentro do governo”⁴⁹.

Sob este entendimento, **não houve qualquer tratativa para dar início a processos específicos de consulta prévia junto às comunidades tradicionais beiradeiras potencialmente afetadas**. Adotou o critério da heteroidentificação, violando a Convenção nº. 169/OIT e a legislação brasileira, que adotam o direito à autoidentificação.

O governo brasileiro valeu-se do argumento de que os povos e comunidades tradicionais não seriam povos tribais, nomenclatura esta empregada pela Convenção nº. 169/OIT. Tal postura é absurda.

“Povos tribais” é uma categoria adotada no direito internacional que se refere a todos os grupos étnicos ou grupo culturalmente diferenciados não indígenas. São grupos cujas formas de viver se diferem da sociedade envolvente, por exemplo no que diz respeito à sua relação com o território e com o meio ambiente.

Quando transposto às realidades nacionais, a expressão tribais se aplica aos grupos étnicos de origem africana (tais como as comunidades quilombolas no Brasil, os pueblos raizales e palentqueros na Colômbia, dentre outros), mas também a outros grupos étnicos, tais como comunidades ribeirinhas, extrativistas, quebradeiras de coco babaçu, etc.

⁴⁹ Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=nYbR6ejV0ao>.

Estes sujeitos coletivos possuem direitos reconhecidos no artigo 215 da Constituição, mas também no Decreto nº. 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais. Aliás, para fins de enquadramento, o Decreto adota os mesmos parâmetros de que a Convenção nº. 169/OIT se vale para descrever os povos tribais:

Povos tribais (Convenção nº. 169/OIT, art. 1, 1.a, 2)	Povos e comunidades tradicionais (Decreto nº. 6.040/2007, art. 1, II)
<p>São grupos “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.</p> <p>A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.</p>	<p>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.</p>

Deste modo:

“Pode-se afirmar que, para a legislação brasileira, **os povos e comunidades tradicionais são povos tribais**. Primeiro, por força do direito à autoidentificação, como a própria Ministra Rosa Weber esclareceu [em voto que abriu divergência no julgamento da ADIn nº. 3239]: **'nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal'** (p. 38). Segundo, pela coincidência de critérios entre o Decreto nº. 6.064 e o Artigo 2º da Convenção nº. 169/OIT” (ADIN nº. 3239)⁵⁰.

A jurisprudência nacional tem reconhecido de maneira uníssona a aplicabilidade do direito à consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais, referidos no Decreto nº. 6.040/2007, conforme os seguintes precedentes:

- Sentença e Acórdão em Agravo de Instrumento na **Ação Civil Pública nº. 6962-86.2014.4.01.3200**, que reconheceu o direito à consulta prévia dos povos e comunidades tradicionais ribeirinhas potencialmente afetados pela construção do Polo Naval do Amazonas. Neste caso, o TRF1 afirmou “**a ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima**”;
- **Sentença na Ação Civil Pública nº. 742-88.2015.4.04.7008**, que reconheceu a necessidade de consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais para fins de

⁵⁰ ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2017, op. cit, p. 19.

elaboração/aprovação do Plano de Manejo do Parque Nacional do Superagui, em Santa Catarina;

- **Sentença na Ação Civil Pública nº. 377-75.2016.4.01.3902**, que reconheceu o direito à consulta prévia de comunidades quilombolas, povos indígenas e pescadores artesanais potencialmente afetados pela construção de Terminal de Uso Privado (Porto), no lago do Maicá, em Santarém/PA;

In casu, sentença recorrida reconheceu que as comunidades tradicionais são sujeitos do direito à consulta prévia, livre e informada:

É certo ainda que, por ser a consulta direito fundamental de titularidade de minorias, com a intenção de se prestigiar o multiculturalismo, **deve-se interpretar os atingidos de forma extensiva, uma vez que o brocardo *in dubio pro salute* ou *in dubio pro natura* se aplica também ao meio ambiente cultural, em que estão incluídas todas as comunidades tradicionais com seus peculiares modos de criar, fazer e viver, nos termos do art. 216 da Constituição, da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial** – todas já internalizadas no país por decreto presidencial e dotadas de estatura supralegal - além da lei 12.343/2010. (Sentença, p. 57).

Na parte dispositiva, a sentença consignou: **“A consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e demais populações tradicionais”**.

Portanto, **viola a Convenção nº. 169/OIT a postura do governo federal em excluir os povos e comunidades tradicionais do direito à consulta prévia referente à hidrelétrica de São Luiz do Tapajós**. Por fim, menciona-se que as comunidades de Montanha e Mangabal, Pimental e São Francisco possuem seus próprios Protocolos de Consulta e Consentimento, o que será discutido adiante.

D.4) DO CARÁTER PRÉVIO DA CONSULTA

O artigo 6º da Convenção nº. 169/OIT determina que os governos consultem os povos interessados sempre que sejam **previstas** medidas administrativas que possam afetá-los. O artigo 15, por sua vez, estatui a necessidade de “estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados [...] **antes de se empreender ou autorizar** qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos acrescenta que a consulta deve ocorrer **desde a fase de planejamento do projeto, plano ou medida, com suficiente antecedência ao começo das atividades de execução**⁵¹. A Corte Interamericana, por sua vez, esclarece que a **consulta deve ocorrer desde as primeiras etapas de planejamento da proposta, e não unicamente quando surja a necessidade de aprovação da comunidade, de modo a permitir que os grupos participem e influenciem a tomada de decisão**⁵².

Não é o que verificou *in casu*.

Primeiramente, vale lembrar que as UHE Teles Pires e São Manoel entraram em operação sem qualquer consulta prévia aos Munduruku, razão pela qual estes já nutriam grande desconfiança acerca das iniciativas do governo federal.

Em segundo lugar, **o governo sempre se referia à UHE São Luiz do Tapajós como um fato incontornável e consumado, revelando que, ainda que pendente uma decisão administrativa, a decisão política pela construção da Usina já estava tomada e era irreversível.**

Em terceiro lugar, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) publicou os Estudos de Inventário da Bacia do Rio Tapajós – documento que elege “os pontos ótimos” para extração de energia hidráulica – em 2009, sem qualquer consulta aos indígenas.

Em quarto lugar, **o governo federal publicou a Resolução CNPE nº. 3 /2011 ato normativo que alçou as UHE's de São Luiz do Tapajós à condição de projetos prioritários do planejamento energético nacional.**

Em quinto lugar, pouco mais de uma semana após realizar uma das primeiras reuniões para pactuar um plano de consulta com os Munduruku e, finalmente, dar início ao processo de diálogo, o governo federal publicou, no dia 11 de setembro de 2014, a Portaria MME nº. 485 agendando o leilão da Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós para o dia 15 de dezembro de 2014. Após pressão dos indígenas, e considerando que o leilão só poderia ser realizado após emissão de Licença Prévia, o que foi proibido em Suspensão de Liminar vinculada a esta ACP, o governo voltou atrás e revogou a Portaria.

No entanto, conforme o r. Juízo reconheceu na sentença recorrida, o agendamento do leilão foi uma demonstração cabal de que o governo pretendia prosseguir com o licenciamento

51 CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia em Bolivia. DOC. OEA/SER.L/V/II, DOC. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

52 CORTE IDH. Caso del Pueblo Indígen Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op. Cit. p. 50.

e construção da UHE São Luiz do Tapajós, mais uma vez, sem qualquer consulta prévia aos povos indígenas e tribais afetados:

O que verifico é que, mesmo com a alegação da realização de esforços no sentido de materializar a consulta prévia, **consta dos autos a Portaria nº 485 de 11/09/2014 do MME (fl. 1978), que determinava que o leilão da UHE São Luiz do Tapajós deveria ocorrer no dia 15/12/2014, que embora não tenha ocorrido efetivamente, não deixa de representar um forte indicativo da intenção de continuar o planejamento de construção da UHE de São Luiz do Tapajós, sem a realização de consulta prévia à comunidade indígena implicada pelo empreendimento.** (página 51 da Sentença).

Em sexto lugar, para a confecção do Estudo do Componente Indígena – volume do Estudo de Impacto Ambiental que detalha especificamente os impactos sobre os povos indígenas, a partir do Termo de Referência elaborado pela Funai e dirigido ao órgão licenciador – o empreendedor precisa entrar no território indígena para coletar dados primários e fazer os estudos. **Como entrar no território indígena ou tradicional para coletar dados, sem antes ter dado início ao processo de consulta?**

No caso em tela, por não ter sido iniciada a consulta prévia, os indígenas impediram os pesquisadores de entrarem em seus territórios para coletar dados primários e elaborar o Estudo do Componente Indígena. Por essa razão, **o ECI de São Luiz do Tapajós foi enviado para avaliação do Ibama e da Funai sem conter dados primários sobre o principal território afetado.** Esta foi uma das razões de a Funai recorrer o ECI, como será explorado adiante.

O fato é que a consulta prévia tem que ser iniciada (não finalizada) antes mesmo da elaboração dos estudos técnicos de impacto, mesmo porque os grupos afetados têm o direito de autorizar ou não a entrada dos técnicos em seu território, bem como de participar ativamente dos levantamentos e elaboração destes documentos, inclusive inserindo seus pontos de vistas e conhecimentos territoriais.

Por fim, é valioso registrar que os impactos dos grandes empreendimentos na Amazônia têm início tão logo estes empreendimentos sejam anunciados. Por exemplo, o simples anúncio de que o governo federal iria asfaltar a BR-163 (Rodovia Cuiabá-Santarém) provocou diversos e graves impactos na região: acentuada especulação imobiliária, com o valor dos imóveis rurais sendo multiplicado dezenas de vezes; aumento exponencial do desmatamento ao longo do eixo da BR-163, passando a liderar as estatísticas nacionais de desmatamento; acirramento dos conflitos territoriais e fundiários; desterritorialização de

comunidades; assassinatos de lideranças, etc.

De igual modo, o anúncio da UHE São Luiz do Tapajós provocou o acirramento dos conflitos territoriais e fundiários na região, o aumento do desmatamento, afetando de maneira preocupante os indígenas e comunidades tradicionais. Cresceram as ameaças de violência contra os indígenas na cidade de Itaituba, em razão da expectativa que o empreendimento gerou sobre parcela do empresariado local.

Em suma, posterga-se ao máximo o início do processo de consulta que deveria ser prévio, frustrando a própria efetividade deste direito.

D.5) DO CARÁTER LIVRE DA CONSULTA

Biaviany Rojas Garzón, Érika Yamada e Rodrigo Oliveira sintetizam o que significa o caráter livre do direito à consulta prévia, livre e informada:

A Convenção nº. 169/OIT e a jurisprudência internacional também exigem que a consulta aos povos indígenas e tribais **ocorra de maneira livre de qualquer pressão. Isso significa que os sujeitos interessados não podem ser coagidos para decidirem em determinado sentido, quer seja pelo poder do Estado, pelo uso da força, por pressão de empresas ou pelo oferecimento de vantagens pessoais.** A decisão de um povo indígena ou tribal deve ser tomada de maneira livre, consciente e como resultado de um processo de discussão interna, de acordo com suas formas de organização, seus usos, costumes e tradições⁵³.

Em outras palavras, **o governo, mediante ações comissivas e/ou omissivas, deve garantir todas as condições para que o grupo consultado discuta e decida livremente, a partir de suas próprias reflexões, sem qualquer pressão ou coação externa.**

Como exemplo de ações omissivas tem-se que o governo não intimidar o grupo mediante uso de força armada, não pode pressionar o grupo consultado a decidir em determinado prazo exíguo, assim como não pode oferecer bens ou vantagens pessoais a lideranças (leia-se tentativas de cooptação), conforme decidiu a Corte IDH no Caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Por ações comissivas, o governo deve resguardar os grupos consultados de investidas e ameaças de agentes privados, por exemplo.

Este caráter não foi respeitado *in casu*. As tratativas do governo federal para dar início ao processo de consulta prévia (tão somente) aos Munduruku foram marcadas

⁵³ ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, op.cit., p. 42.

por intensa pressão e frustração do caráter livre.

Primeiramente, desde que os Munduruku proibiram a entrada de técnicos do EIA em seu território em razão de o governo não ter iniciado o processo de consulta, o governo optou por militarizar todas as reuniões.

Em um primeiro momento, a Presidência da República alterou as atribuições da Força Nacional de Segurança Pública, através do Decreto nº. 7.957/2013, criando a “Companhia de Operações Ambientais da Força Nacional de Segurança Pública” que tem como escopo “prestar auxílio à realização de levantamentos e laudos técnicos sobre impactos ambientais negativos”.

O governo federal deu início à “Operação Tapajós” que contava com grande efetivo da Força Nacional de Segurança Pública, Exército, Polícia Rodoviária Federal, dentre outros agentes armados, que teve por escopo a “proteção” dos técnicos envolvidos no EIA. No entanto, os Munduruku relatam diversas ações intimidadoras.

Deve-se recordar que a relação entre os Munduruku e as forças policiais estava estremecida desde a Operação Eldorado, em 2012, quando o Delegado da Polícia Federal responsável pela Operação teria assassinado Adenilson Krixí Munduruku, segundo acusado por este órgão ministerial no bojo da Ação Penal nº. 0001608-90.2014.4.01.3908.

As reuniões que se sucederam foram acompanhadas de forte efetivo policial, inviabilizando qualquer diálogo livre. O Protocolo de Consulta Munduruku avisa: “Para que a consulta seja realmente livre, não aceitaremos *pariwat* [não indígenas] armados nas reuniões (Polícia Militar, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Exército, Força Nacional de Segurança Pública, Agência Brasileira de Inteligência ou qualquer outra força de segurança pública)”.

No que diz respeito à atuação da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da FUNAI e INCRA demonstra que houve **prática de espionagem dos Munduruku por parte do governo federal**, inclusive no que concerne à relação dos indígenas com este órgão ministerial e organizações da sociedade civil.

O relatório final da CPI, disponível na internet, possui os seguintes trechos que **acusam a ocorrência indubitável de prática de espionagem:**

- Relatório final CPI FUNAI e INCRA 2, p. 774-797;
- Relatório de Inteligência nº. 0161/82105/AGBIN/GSIPR/31 jul. 2015 (p. 2002-2010);
- Relatório de Inteligência nº. 0019/82105/ABIN/GSIPR/30 jan. 2015 (p. 1979-1996).

Os documentos trazem diversas informações internas sobre os Munduruku, como a relação entre lideranças, disputas políticas internas, sustentações que aconteceram em reuniões privadas, relações com movimentos sociais e ONG's, antecipação de protestos. Muitas das informações contidas se referem a reuniões internas do povo ou mesmo reuniões de trabalho entre MPF e indígenas.

Não se sabe como a ABIN teve acesso a tais informações, se através de “colaborador infiltrado” ou mesmo através de grampos ou escutas ambientais ilegais. O fato é que se trata de uma prática gravíssima de espionagem, impensável em um Estado que se pretende de direito e democrático. Violou-se a privacidade, a liberdade de associação, direito de reunião, dentre outros direitos fundamentais constitucionais, bem como as prerrogativas constitucionais conferidas aos membros do Ministério Público.

Mais: como seriam usadas tais informações no bojo de um eventual processo de consulta? Tal prática autoritária frustra completamente a possibilidade de o governo federal vir a estabelecer um diálogo livre com os indígenas.

Importante mencionar como parte dessas ações do governo federal para dissuadir a luta por direitos do povo Munduruku a atitude protagonizada pela Prefeitura de Jacareacanga/PA – governada por Prefeito alinhado aos interesses de exploração hidrelétrica – sobre a Associação Munduruku, coagindo os indígenas a substituírem a então diretoria da associação por representantes considerados simpáticos aos projetos do governo para região⁵⁴.

Além dessa ofensiva direta contra aquela que era a maior associação civil dos Munduruku, o governo federal tentou diversas vezes cooptar lideranças, segundo narram os próprios indígenas. Por essa razão, fizeram constar no Protocolo de Consulta: “O governo vem sussurrando nos nossos ouvidos, tentando dividir a gente”.

⁵⁴ PALMQUIST, Helena. “O governo que age como sucuri e a resistência dos Munduruku às barragens no Tapajós” In ALARCON, Daniela; MILLIKAN, Brent; TORRES, Maurício. *Ocekadi: Violações e impactos do complexo hidrelétrico do Tapajós*. Brasília: International Rivers, 2016.

Ainda nesta seara, o governo federal valia-se de uma omissão deliberada do Estado Social na região para utilizar políticas públicas de saúde e educação como moedas de troca para lograr aprovação da Usina, em exata consonância com a estratégia de reduzir a consulta a um tramite de quantificação de danos, no qual só se discute mitigação e compensação dos impactos da obra. Inclusive, durante reunião realizada em 2 de setembro de 2014 em Itaituba, este Procurador signatário testemunhou diversas investidas do representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no sentido de convencer os indígenas a “aceitarem” e a “facilitarem” a obra, para então terem acesso ao asfaltamento de estradas, construção de postos de saúde e de escolas.

Saúde e educação são direitos constitucionalmente garantidos, que independem da aceitação do “ônus” da construção da hidrelétrica. Atentos, os Munduruku registraram no Protocolo: “E lembramos: não aceitamos que o governo use direitos que já temos – e que ele não cumpre – para nos chantagear”.

Por fim, no que diz respeito ao diálogo para iniciar a consulta prévia, o governo federal alternava momentos de completa ausência - nos quais os indígenas não tinham qualquer informação se a consulta de fato ocorreria, quando seria iniciada etc. -, **com momentos em que se tentava impor um diálogo “a toque de caixa”.**

Em reunião no dia 2 de setembro de 2014, o governo federal propôs um calendário que previu que a consulta fosse iniciada e concluída em prazos exíguos, tudo para viabilizar o leilão da UHE São Luiz do Tapajós antes do segundo turno das eleições presidenciais em 2014.

Este grupo Munduruku, que seria afetado pela hidrelétrica, ocupa tradicionalmente ao menos 9 territórios (Sawré Muybu, Sawré Juybu, Sawré Apompu, Sai Cinza, Munduruku, Kayabi e Apiaká e Isolados, bem como as Reservas Indígenas Praia do Índio e Praia do Mangue). São cerca de 13 mil indígenas, distribuídos em 128 aldeias, distantes entre si por centenas de quilômetros, o que significam dias e dias de deslocamentos em barcos, através de rios encachoeirados e sinuosos. Importante também ressaltar que os Munduruku falam originariamente sua própria língua, e muitos não são bilíngues ou possuem dificuldade em compreender o português.

O governo propôs iniciar e finalizar o processo de consulta aos Munduruku em irrisórios 45 dias, conforme o calendário abaixo:

Resumo das etapas da Consulta				
Etapas	Envolvidos	Objetivo	Local	Prazos
Planejamento	SG/PR, Funai/MJ, MME, AGU, MPOG, Eletrobras e MPF.	Realizar o diálogo e definir representação das comunidades indígenas e planejar o processo (constituir as bases de um ambiente aberto de interação).	Praia do Mangue – Itaituba/PA	2 e 3 de setembro
Informação	SG/PR, Funai/MJ, MME, AGU, MPOG, Eletrobras e MPF.	Eletrobras e governo apresentam informações qualificadas sobre o Inventário da Bacia e a Avaliação Ambiental Integrada.	Praia do Mangue – Itaituba/PA	18, 19 e 20 de setembro
Diálogo	SG/PR, Funai/MJ, MME, AGU, MPOG, Eletrobras e MPF.	Debater com base nas informações prestadas, com o objetivo de construir consensos, pontos de convergência.	Praia do Mangue – Itaituba/PA	30 de setembro, 1 e 2 de outubro
Comunicação dos resultados	SG/PR, Funai/MJ, MME, AGU, MPOG, Eletrobras e MPF.	Apresentar relatório do processo de consulta, incorporando os posicionamentos dos participantes ou justificando a impossibilidade de se incorporar.	Praia do Mangue – Itaituba/PA	17 e 18 de outubro

Este Procurador signatário acompanhou o encontro e pôde testemunhar a pressão que o governo federal buscava exercer sobre os indígenas, que ironizavam que não se tratava de uma “consulta prévia”, mas uma “consulta às pressas”. O calendário apresentado no quadro está disponível em documento divulgado pelo próprio governo⁵⁵.

Chama atenção a data das últimas reuniões, 17 e 18 de outubro, antes, portanto, do dia 26 de outubro, quando seria realizado o segundo turno da eleição presidencial. Os eventos que se sucederam nos meses e anos seguintes, como a Operação Lava Jato, deram sentido “à pressa” do governo em concluir a consulta aos indígenas para leiloar a UHE São Luiz do Tapajós, especialmente considerando a revelação as relações espúrias entre agentes políticos e empresários do ramo da construção civil, na consecução de obras bilionárias com interesse

55 BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República. 2014. Secretaria Nacional de Articulação Social. *Proposta – Plano de Consulta*. Brasília: SGPR, ago. 2014. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/313>.

público no mínimo questionável, a exemplo da UHE Belo Monte.

Na oportunidade, **os Munduruku não aceitaram os prazos impostos e não houve pactuação do plano de consulta**. Informaram ao governo que participariam de oficinas sobre o direito à consulta no mês seguinte (com participação oficial deste órgão ministerial), a fim de que tivessem os conhecimentos necessários para exigir do governo o cumprimento da legislação relacionada. Ademais, os indígenas explicaram que outubro é o mês de preparação das roças, por isso não poderiam se ausentar durante muito tempo das aldeias onde residiam. Este fato foi ignorado pelo governo.

O governo, ao menos explicitamente, comprometeu-se a aguardar o término das oficinas.

No entanto, frustrando a boa fé do diálogo, e quebrando o acordo, **pouco mais de uma semana após o encontro, o governo federal publicou, no dia 11 de setembro de 2014, a Portaria MME nº. 485 agendando o leilão da Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós para o dia 15 de dezembro de 2014.**

Foi uma sinalização ao mercado, ao setor elétrico e às empresas de construção civil. Mas também aos indígenas, comunidades tradicionais, sociedade civil e MPF, de que a consulta seria reduzida a um mero obstáculo formal.

Em suma, o governo federal agiu de forma arbitrária, seja no âmbito do licenciamento ou no âmbito das primeiras tratativas para dar início ao diálogo, frustrando completamente o caráter livre que deve permear o processo de consulta.

D.6) DO CARÁTER INFORMADO DA CONSULTA

Para que os grupos consultados decidam de maneira livre, devem ser brindados com todo tipo de informações, especialmente sobre os impactos negativos a que serão submetidos. A consulta informada também implica que as informações deverão ser discutidas da maneira mais didática possível, com a presença de tradutores e assessores técnicos se os grupos assim demandarem, consoante jurisprudência da Corte IDH⁵⁶.

⁵⁶ “El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones” (Corte IDH, 2007, op.cit, p. 42-43).
“312. Del mismo modo, puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar

In casu, considerando que a consulta não chegou a ter início, com a pactuação de um plano de consulta, não há grandes considerações a tecer sobre eventual violação do caráter informado ao longo do processo.

No entanto, como já mencionado anteriormente, o Estudo do Componente Indígena foi elaborado **sem dados primários**, o que significa grande limitação na previsão de impactos sobre os indígenas. Sem que o ECI fosse elaborado de maneira condizente ao exigido pelo corpo técnico da FUNAI, não se poderia ter uma consulta adequadamente informada.

D.7) DO CARÁTER CULTURALMENTE APROPRIADO DA CONSULTA

A consulta prévia, livre e informada se propõe a ser um diálogo intercultural. A Convenção nº. 169/OIT esclarece que ela deve ser levada a cabo **“mediante procedimentos apropriados”** e **“segundo as instituições representativas do povo indígena ou tribal”**.

No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH esclareceu que os governos precisam garantir o caráter **“culturalmente apropriado” das consultas**, de acordo **“com os costumes e tradições” dos grupos consultados**⁵⁷, sobretudo no que diz respeito aos seus **métodos tradicionais de tomada de decisão**⁵⁸, cabendo aos próprios grupos a decisão sobre como se farão representar, jamais ao Estado⁵⁹.

Este caráter intercultural ou culturalmente adequado, assim como o viés deliberativo e não somente informativo, é um dos aspectos que diferencia a consulta prévia dos instrumentos tradicionais de participação da legislação brasileira, especialmente as audiências públicas, o que será abordado em item próprio.

Ser culturalmente apropriada significa que a consulta deve respeitar os métodos tradicionais de tomada de decisão do grupo consultado, sua temporalidade, sua organização política, dentre outros aspectos identitários.

Diversos aspectos violaram este caráter no caso em litígio:

decisiones plenamente informadas”. (Corte IDH, 2012, op.cit.).

57 CORTE IDH, 2007, op.cit., p. 42-43.

58“165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados” (CORTE IDH, 2012, op.cit., p. 49).

59 CORTE IDH, 2007, op.cit. p. 2-3.

- **agendamento de reuniões em locais diversos aos escolhidos pelos indígenas:** foram realizadas reuniões na Câmara de Vereadores de Itaituba, em ginásios na cidade de Jacareacanga, **ao passo que os indígenas sempre exigiram que as reuniões fossem nas aldeias, onde sempre são realizadas suas assembleias gerais.** A partir de 2014, o governo federal passou a impôr que as reuniões ocorressem na aldeia Praia do Mangue, na Reserva Indígena homônima, que fica localizada no perímetro urbano de Itaituba. Novamente, esta escolha foi criticada pelos indígenas. Em todas reuniões convocadas pelo governo em locais que não eram da predileção dos Munduruku, compareciam no máximo 15, 20 a 60 indígenas, que na grande maioria que moram na cidade sede, sem a presença de caciques e principais lideranças tradicionais. Enquanto que as assembleias gerais tradicionais dos Munduruku, costumam se fazer presentes 500 a 1000 indígenas, com representatividade dos caciques da maior parte das 128 aldeias;
- **imposição de uma agenda exígua, violando a temporalidade e os métodos tradicionais de tomada de decisão** (fato explorado anteriormente);
- **tentativa do governo de restringir a consulta prévia aos Munduruku do médio Tapajós, excluindo os Munduruku dos territórios do alto Tapajós do diálogo, como se fossem dois povos diferentes.** Cumpre dizer que a dispersão dos Munduruku se deveu justamente ao avanço da fronteira de exploração. E mesmo com a relativa distância entre o médio e alto Tapajós, estes grupos se veem como um só povo, mantendo entre si relações de parentesco, relações sociais, econômicas, culturais e políticas, sendo todos estes grupos congregados em uma mesma assembleia geral anual, por exemplo. Registraram em seu Protocolo: “não queremos que o governo nos considere divididos: existe só um povo Munduruku”.
- **canalização da consulta na Associação Pusuru (que foi vítima da conduta já descrita), enquanto os indígenas afirmavam, em Protocolo, que nenhuma associação estava autorizada a decidir em nome do povo, a decisão seria sempre coletiva:** “as nossas organizações (Conselho Indígena Munduruku Pusuru Kat Alto Tapajós – Cimpukat, Da'uk, Ipereg Ayu, Kerepo, Pahyhy, Purusu e Wixaxima) **também devem participar, mas jamais**

podem ser consultadas sozinhas. Os vereadores Munduruku também não respondem pelo nosso povo”.

A atitude do governo em canalizar o diálogo através da Pusuru configura “intento de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja através da corrupção de lideranças tradicionais ou do **estabelecimento de lideranças paralelas**, ou através de negociações com membros individuais das comunidades”, atitude condenada pela Corte IDH⁶⁰.

Em síntese, **as iniciativas do governo violaram o caráter culturalmente apropriado que deve permear o processo de consulta.**

Neste item, **importante mencionar a atitude propositiva dos Munduruku, e dos beiradeiros de Montanha e Mangabal, Pimental e São Luiz, que, demonstrando disposição ao diálogo e exigindo que o governo respeitasse o que lhes é garantido na legislação, elaboraram seus próprios Protocolos de Consulta, expondo ao governo e à sociedade civil como estão organizados social, cultural e politicamente e como tradicionalmente tomam suas decisões.**

Sobre os Protocolos de Consulta e sua relação com os chamados “planos de consulta”, Biviany Rojas Garzón, Érika Yamada e Rodrigo Oliveira expõem:

“[...] alguns sujeitos coletivos vêm construindo seus **Protocolos próprios de Consulta Prévia. São documentos nos quais os povos 'regulamentam' a consulta de maneira específica, de acordo com seus usos, costumes e tradições.** Nesses protocolos, povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais **expõem ao governo como estão organizados politicamente, como se fazem representar, quem fala em nome deles, como esperam que as informações sejam repassadas e como tomam decisões autônomas levando em consideração a coletividade.**

[...]

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

60 “319. La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales” (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. Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/583>>. Acesso em: 5 nov. 2015)

Vale a pena destacar que a própria jurisprudência brasileira também tem reconhecido a necessidade de definir as regras do processo de consulta entre as partes antes de dar início à sua execução. Em decisão da quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ainda sobre a ausência de consulta no caso de Belo Monte, a Desembargadora Selene Almeida menciona a necessidade de realizar 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.'⁶¹”

A seguir, sintetizamos alguns trechos dos referidos Protocolos, a fim de comparar as especificidades de organização social e política de cada um dos grupos, revelando como cada um tem seus próprios métodos tradicionais de tomada de decisão, que devem ser necessariamente respeitados:

Protocolo	Munduruku	Montanha e Mangabal	Pimental e São Francisco
Quem participa e como deve ser o processo de consulta?	“Os Munduruku de todas as aldeias – do Alto, Médio e Baixo Tapajós – devem ser consultados, inclusive daquelas localizadas em terras indígenas ainda não demarcadas”. “os sábios antigos, os pajés, os senhores que sabem contar história, que sabem medicinas tradicionais, raiz, folha, aqueles senhores que sabem os lugares sagrados”, “os caciques (capitães), guerreiros, guerreiras”, “os professores e os agentes de saúde que trabalham com toda a comunidade”, “as mulheres”, “os estudantes universitários, pedagogos Munduruku, estudantes do Ibaorebu, os jovens e crianças”, “as nossas organizações (Conselho Indígena Munduruku Pusuru Kat Alto Tapajós – Cimpukat, Da'uk, Ipereg Ayu, Kerepo, Pahyhy, Purusu e Wixaxima) também devem participar, mas jamais podem ser consultadas sozinhas. Os vereadores Munduruku	“Nós queremos ser consultados todos juntos, porque todo mundo aqui sabe de alguma coisa e luta por um só ideal. O governo não pode consultar famílias separadamente. Nunca nos sentimos à vontade com as conversas em separado feitas por representantes do governo ou de empresas. Sabemos que nossos direitos não são favores. Por isso, não adianta governo nos prometer nada em troca de aceitarmos sua proposta. O governo também não pode nos consultar quando já tiver tomado uma decisão: temos direito à consulta prévia.”	“O governo deve se reunir com a gente para chegarmos a um acordo sobre o plano de consulta. O plano de consulta deve respeitar este documento que diz como nos organizamos e tomamos nossas eleições. O governo deve nos informar seus planos e tirar nossas dúvidas. Toda reunião deve ser repetida em três lugares: Pimental e São Francisco (ambas no projeto Agroextrativista) e na sede de Trairão. Além de nós, devem participar dessa reunião nossos parceiros. Depois das reuniões informativas, teremos reuniões com os Apiakas.”

61 ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA. 2016, op.cit., p. 38.

	também não respondem pelo nosso povo”.		
Como nós tomamos nossas decisões?	“Quando um projeto afeta todos nós, a nossa decisão é coletiva. O governo não pode consultar apenas uma parte do povo Munduruku (não pode, por exemplo, consultar só os Munduruku do Médio Tapajós ou só os do Alto). Nenhuma associação Munduruku decide pelo povo Munduruku, nenhuma associação responde pelo nosso povo. As decisões do nosso povo são tomadas em assembleia geral, convocada por nossos caciques.”	“A gente costuma ficar conversando entre a gente até chegar a um acordo. Por isso, precisamos de tempo suficiente para construir esse acordo. E se não houver acordo, a maioria decide na assembleia.”	“Costumamos sentar embaixo de uma mangueira e conversar até chegarmos a um acordo. Por isso, precisamos de tempo suficiente para essa tomada de decisão. E se não houve acordo entre a comunidade, a maioria decide em assembleia.”

Em respeito aos métodos tradicionais de decisão de cada grupo afetado e ao caráter culturalmente adequado, o governo federal deve realizar processos específicos de consulta prévia com cada uma das comunidades potencialmente afetadas.

Ademais, considerando o pluralismo jurídico, bem como o fato de a interculturalidade ser característica fundacional do direito à consulta prévia, entende-se que os Protocolos de Consulta devem ser obrigatoriamente observados pelos governos, uma vez que nestes documentos os povos indígenas e tribais expõem como estão organizados social e politicamente, como deverão participar e como tradicionalmente tomam suas decisões.

D.8) DA BOA FÉ DA CONSULTA

A boa fé “pode ser entendida como a confiança entre as partes, transparência, honestidade, respeito mútuo”⁶². Os Estados devem gerar canais substanciais, efetivos e confiáveis de diálogo⁶³, constituindo “um verdadeiro instrumento de participação” que deve responder “ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes baseado em princípio

62 CORTE IDH, 2012, op.cit., p. 39.

63 “De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas” (CORTE IDH, 2012, op.cit., p. 49).

de confiança e respeito mútuos”⁶⁴.

Ao longo destas contrarrazões, foram elencadas diversas ações e omissão do governo federal que configuram manifesta má fé: publicação da Portaria do Leilão menos de uma semana após reunião com os indígenas; canalizar o diálogo através da associação Pusuru, à revelia do que exigiam os indígenas; referir-se à UHE São Luiz do Tapajós como um fato consumado, revelando indisposição ao diálogo; militarização das reuniões; exclusão dos povos e comunidades tradicionais; convite para reuniões enviados por ofício e sem antecedência razoável (em alguns casos, foi enviado ofício com antecedência de dois dias), dentre outros.

A estas condutas, acrescenta-se mais duas, que configuram indubitável ofensa à boa fé que deve permear o diálogo de consulta: (i) postergação na demarcação da Terra Indígena Sawré Muybu, em razão do interesse hidrelétrico; (ii) nota oficial publicada no site do Programa de Aceleração do Crescimento, acusando que os Munduruku seriam contrários a hidrelétricas por desejarem explorar garimpo ilegalmente.

No primeiro caso, o RCID da TI Sawré Muybu estava pronto desde 2013, e apenas aguardava despacho da presidência da Funai, não estando pendente de complementações técnicas. No entanto, por ingerência de outros órgãos do governo, o órgão indigenista foi tolhido em suas atribuições e postergou-se a publicação do RCID.

A então presidenta da Funai, Maria Augusta Assirati, admitiu:

“O processo está hoje comigo, está na minha mesa, lá, pronto para ser deliberado. Mas quando a gente conseguiu concluir o relatório, existia um conjunto de questões que estavam sendo decididas na região que fizeram com que a gente precisasse discutir o relatório não só no âmbito da Funai e vocês, povo Munduruku, mas outros órgãos do governo passaram também a discutir essa proposta de relatório, discutir a situação fundiária da região. Por quê? Porque vocês sabem que ali tem uma proposta de se realizar um empreendimento hidrelétrico, né, uma hidrelétrica ali naquela região, que vai contar com uma barragem, se esse lago que essa barragem da hidrelétrica vai formar, vai ter uma interferência na terra indígena de vocês. Na área de vocês, na vida de vocês”⁶⁵.

O RCID só foi publicado em 19 de abril de 2016, no “apagar das luzes” do Governo Dilma, como uma “herança” à gestão que a sucedia. A Eletrobras, sociedade de economia

⁶⁴ “186. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos”.” (CORTE IDH, 2012, p. 57).

⁶⁵ Disponível em: <http://www.vimeo.com/111974175>

mista interessada na construção da UHE, continua atuando junto à FUNAI contrariamente à demarcação da TI.

Quanto ao segundo caso, em 17 de maio de 2013, o governo federal publicou, no site do Programa de Aceleração do Crescimento, a nota “Esclarecimentos sobre a consulta aos Munduruku e a invasão de Belo Monte”, na qual se dirige aos indígenas como “pretensas lideranças”, como se coubesse ao governo legitimar ou não as lideranças indígenas, e os acusa de envolvimento com garimpo ilegal:

Indígenas de várias etnias, coordenados por autodenominadas lideranças do povo Munduruku, ocuparam na última quinta-feira, 02/05, o canteiro de obras da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Pará. De acordo com a imprensa “eles reivindicam a regulamentação da consulta prévia e a suspensão imediata de todas as obras e estudos relacionados às barragens nos rios Xingu, Tapajós e Teles Pires”. Além disso, esses indígenas afirmam que só aceitam negociar com um representante da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Tal reivindicação causa estranheza. Em sua relação com o governo federal essas pretensas lideranças Munduruku têm feito propostas contraditórias e se conduzido sem a honestidade necessária a qualquer negociação. Em outubro de 2012, junto com indígenas Kayabi e Apiacá, sequestraram e ameaçaram de morte nove funcionários do governo que realizavam um processo de diálogo na aldeia Teles Pires. Em fevereiro de 2013, vieram a Brasília e recusaram-se a fazer uma reunião com o ministro Gilberto Carvalho, afirmando que o governo iria usar esse encontro para dizer ter feito uma consulta prévia. No dia 25/04, essas mesmas pretensas lideranças deixaram de comparecer a uma reunião que tinham marcado com a Secretaria-Geral em Jacareacanga e publicaram nos sites de seus aliados uma versão mentirosa e distorcida sobre esse fato. Agora invadem Belo Monte e dizem que querem consulta prévia e suspensão dos estudos. Isso é impossível. A consulta prévia exige a realização anterior de estudos técnicos qualificados. Se essas autodenominadas lideranças não querem os estudos, como podem querer a consulta? Na verdade, alguns Munduruku não querem nenhum empreendimento em sua região porque estão envolvidos com o garimpo ilegal de ouro no Tapajós e afluentes. Um dos principais porta-vozes dos invasores em Belo Monte é proprietário de seis balsas de garimpo ilegal⁶⁶.

Portanto, as diversas atitudes do governo violaram o caráter de boa fé da consulta prévia referente ao caso da UHE São Luiz do Tapajós, prejudicando o estabelecimento de uma relação de respeito mútuo.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/fc044b2d>

D.9) DOS EFEITOS FÁTICOS E JURÍDICOS DA CONSULTA

De todos os aspectos do direito à consulta prévia, talvez o que suscita maiores controvérsias diz respeito aos seus **efeitos fáticos e jurídicos**, debate que guarda relação estreita com as hipóteses em que a legislação e jurisprudência preveem o chamado “direito ao consentimento prévio, livre e informado”.

No longo trecho transcrito a seguir, Biviany Rojas Garzón, Érika Yamada e Rodrigo Oliveira compilam os diversos efeitos fáticos e jurídicos que podem resultar de um processo legítimo de consulta prévia:

POSSÍVEIS RESULTADOS E EFEITOS JURÍDICOS DE UM PROCESSO DE CONSULTA

Além de proporcionar um espaço de diálogo intercultural – que reconheça e valorize os povos tradicionais e seus modos de vida -, o processo de consulta pode levar a diversos resultados, como por exemplo:

- **um posicionamento convergente das partes** (governo e povos indígenas ou tribais) com relação ao projeto ou medida em consulta;
- **um posicionamento convergente entre as partes com relação ao projeto ou medida em consulta, mas divergente com relação a forma de sua execução e ao plano de medidas para minimizar ou compensar impactos;**
- **um posicionamento divergente entre as partes com relação ao projeto ou medida em consulta, sem existência de qualquer acordo;**
- **um consenso sobre a necessidade de maiores informações para um posicionamento informado dos povos consultados e consequentes ajustes no próprio processo de consulta que, portanto, não se conclui;**
- **a manifestação do não consentimento dos povos e comunidades em participarem do processo de consulta em si, em virtude da inobservância de quaisquer um dos requisitos da consulta** (prévia, livre, informada, de boa fé) ou do reconhecimento dos sujeitos e do objeto.

Diante destes possíveis resultados, listados de forma não exaustiva, os governos devem decidir acerca das medidas consultadas e das providências a serem adotadas em cada caso, considerando os resultados do processo de consulta. O artigo 6.1 da Convenção n.º. 169/OIT define que a consulta deve ser realizada “com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

Nesse ponto, **é preciso diferenciar o consentimento enquanto objetivo e o consentimento enquanto requisito jurídico para a adoção da medida**. A Convenção n.º. 169/OIT estabelece que toda a consulta deve ter a finalidade de chegar a um acordo. Na medida em que se chega a um acordo, este passa a vincular as partes. O texto convencional não esclarece, todavia, qual posição deverá prevalecer no caso de não se lograr um acordo.

Entendemos que, frente aos resultados de um processo de consulta, os governos podem, por exemplo:

- reconhecer e corrigir erros cometidos no processo;
- acordar ajustes e complementações para a realização de um processo mais adequado;
- no caso de consultas satisfatoriamente válidas e eficazes, estabelecer, quando necessário, mecanismos conjuntos de monitoramento de acordos e/ou revisão dos mesmos;
- decidir pela continuidade do projeto ou da medida, conforme manifestamente ciente e acordado entre as partes, especialmente no que diz respeito aos impactos sobre os povos e comunidades consultados;
- revisar o projeto ou a medida, antes de sua continuidade, considerando o posicionamento manifestado pelos povos e comunidades consultados; e
- suspender ou arquivar o projeto ou a medida em questão, considerando as manifestações dos povos e comunidades consultados, especialmente no que diz respeito aos graves impactos averiguados ou confirmados sobre o direito dos sujeitos envolvidos.

Essas possibilidades de desfechos dos processos de consulta ilustram a necessidade de que os posicionamentos dos povos consultados sejam efetivamente considerados pelo Estado antes da tomada de decisão. O direito à CCPLI impõe uma vinculação do resultado da consulta com a tomada de decisão que, em alguns casos, pode resultar em um efeito proibitivo para o Estado⁶⁷.

Pode-se observar que são múltiplos os resultados fáticos e jurídicos possíveis. **Não se pode reduzir aos dois extremos: (i) o governo leva a medida administrativa adiante, sem qualquer alteração e independentemente das manifestações contrárias do grupo consultado; (ii) o grupo consultado veta injustificadamente a medida administrativa.**

Em regra, o governo poderá dar a palavra final sobre a medida consultada, justificando sua postura, considerando as manifestações e fazendo concessões e alterações no projeto inicial. O que não se pode admitir é uma consulta destituída de efeitos práticos e jurídicos.

No entanto, **a legislação e jurisprudência internacionais vem avançando na fixação de padrões mais rigorosos, nos quais, a depender da gravidade dos impactos da medida proposta, o posicionamento do grupo consultado deverá prevalecer. Trata-se do direito ao consentimento prévio, livre e informado.**

A Convenção nº. 169/OIT, em seu art. 16, 2, prevê

“Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o

67 ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, op.cit., p. 44-45.

consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.”

Portanto, a primeira hipótese de direito ao consentimento prévio, livre e informado se dá quanto aquelas medidas administrativas que implicam na remoção compulsória do grupo consultado.

Por ser um direito fundamental e merecer interpretação expansiva, temos que esta remoção compulsória que suscita o direito ao consentimento pode ser tanto direta quanto indireta. Por remoção direta, entende-se aquela que inviabiliza peremptoriamente a permanência do grupo em seu local de ocupação tradicional. Por exemplo, quando uma obra seria realizada em sobreposição ao local ocupado, ou quando uma hidrelétrica prevê o alagamento de aldeias. Por remoção indireta, entende-se aquela que inviabiliza indiretamente a permanência do grupo no local, com grande frequência isto se dá através da degradação das condições ambientais. Por exemplo, quando se despeja lixo tóxico em um território ou desvia-se o curso de um rio de seu leito original, de tal maneira que as condições de vida sejam precarizadas e o grupo não tenha outra alternativa senão se deslocar, compulsoriamente, frisamos.

Promulgada em 2007 e assinada pelo Brasil, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas amplia para cinco o número de hipóteses de direito ao consentimento:

- remoção dos povos indígenas (artigo 10);
- privação de bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais (artigo 11, 2);
- privação do território e dos recursos por meio de confisco, tomada, ocupação, utilização ou dano (artigo 28, 1);
- depósito ou eliminação de materiais perigosos em territórios indígenas (artigo 29, 2);
- projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos (artigo 32, 2).

A Corte IDH, por sua vez, no caso Saramaka vs. Suriname, fixou **cláusula geral do**

direito ao consentimento prévio, livre e informado. O órgão estatuiu que quando a medida puder causar “**impacto significativo no direito ao uso e gozo dos seus territórios ancestrais**”, tratando-se de projetos de grande escala que tenham **impactos mais graves sobre o grupo, ameaçando sua própria integridade física e cultural, o Estado tem a obrigação não só de consultar, mas também de obter o consentimento prévio, livre e informado do grupo, como condição para levar adiante a medida proposta**⁶⁸.

Isto não significa que toda medida será vetada pelo grupo consultado, mas que caberá ao Estado o ônus do convencimento no processo de diálogo. Em um contexto no qual os direitos dos grupos étnicos fossem adequadamente respeitados, projetos com impactos graves e/ou que ameacem sua existência física ou cultural não deveriam sequer ser propostos. Uma vez proposto, seria demasiado oneroso impor ao próprio grupo a obrigação de convencer o governo de que determinado projeto não pode ser executado. Portanto, no caso de direito ao consentimento, desloca-se para o governo a obrigação de convencer o grupo consultado de que determinada medida pode sim ser positiva.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que o direito ao consentimento é uma salvaguarda reforçada, dada sua conexão direta com o direito à vida, à identidade cultural e a outros direitos humanos essenciais, por essa razão ele responde a uma lógica de proporcionalidade entre os direitos dos povos indígenas e tribais e as medidas propostas⁶⁹.

Não se trata de privilégio, mas de uma medida jurídica que visa equilibrar minimamente a relação entre os grupos étnicos e estados nacionais/empresas. Desde o início

68 “134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis”; “La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones” (CORTE IDH, 2007, op.cit., p. 43).

69“333. El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos”. (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. Disponible em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/583>>. Acceso em: 5 nov. 2015).

do processo de colonização, os grupos étnicos foram sucessivamente removidos de seus territórios e vítimas de confinamento territorial, em nome de um “desenvolvimento” que nunca lhes foi dado desfrutar. Não é crível que, mesmo após todo histórico de violações, o Estado continue violando direitos destes grupos, expulsando-os dos territórios e ambientes aos quais suas vidas e práticas estão profundamente entrelaçados, sem que seja dada qualquer proteção jurídica.

Em síntese, **conquanto a regra seja a consulta prévia, as fontes internacionais avançaram no sentido de reconhecer o direito ao consentimento prévio, livre e informado quando se referir a medidas com impactos especialmente graves.**

É este o caso da UHE São Luiz do Tapajós. Considerando que o EIA prevê a necessidade de remoção compulsória integral da comunidade tradicional beiradeira de Pimental e parcial de Montanha e Mangabal, a estes grupos deve ser garantido o direito ao consentimento prévio, livre e informado.

No caso dos Munduruku, que teriam três aldeias removidas, suscitando o direito ao consentimento, destacamos que a Constituição Federal, em seu artigo 231, §5º, veda a remoção compulsória dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam, o que será discutido em item próprio.

D.10) DA DIFERENCIAÇÃO DA CONSULTA DE OUTRAS FORMAS PARTICIPATIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por tudo que foi discutido até aqui, **fica clara a improcedência do argumento dos recorrentes de que as audiências públicas poderiam suprir, em parte, a observância do direito à consulta prévia dos grupos afetados.**

Consulta prévia e audiência pública são institutos completamente diferentes, afastando-se quanto aos sujeitos, incidência, fundamento, ao caráter intercultural, ao momento, e também, sobretudo, à finalidade: enquanto audiências públicas tem viés eminentemente informativo, a consulta prévia tem escopo deliberativo, em maior ou menor grau.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos aponta que **os instrumentos do direito ambiental geral, como audiências públicas, são insuficientes para acomodar os**

requisitos da consulta prévia, concebida como um mecanismo especial de garantia de direitos e interesses dos povos indígenas e tribais⁷⁰.

No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, há, ainda, um terceiro instituto que costuma ser confundido com a consulta prévia. Trata-se da chamada “oitiva constitucional”, prevista no artigo 231, §3º da Constituição Federal:

Artigo 231, § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com **autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Acerca da “oitiva constitucional” e de sua relação com o direito à consulta prévia, Biviany Rojas Garzón, Érika Yamada e Rodrigo Oliveira esclarecem:

“Entendemos que oitiva constitucional é uma espécie do gênero consulta a medidas legislativas. Embora a oitiva seja um instituto mais antigo que a CCPLI – pois foi criada pela Constituição Federal no ano de 1988 -, a Convenção 169/OIT pode ser utilizada como vetor interpretativo da norma constitucional.

[...]

Assim, **a oitiva constitucional deve ser compreendida como um tipo de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas em relação a uma medida legislativa bastante específica: Decreto Legislativo editado pelo Congresso Nacional (Constituição Federal, artigo 49, XVI) para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de minérios em terra indígena.**

Sendo a oitiva constitucional uma hipótese de consulta à medida legislativa, ela não se confunde com a CCPLI do empreendimento em si, hipótese de consulta sobre medida administrativa. Portanto, quando forem previstos empreendimentos hidrelétricos ou minerários em Terras Indígenas, duas consultas devem ser realizadas: uma conduzida pelo Congresso Nacional, antes da emissão do Decreto Legislativo autorizador (oitiva); outra conduzida pelo órgão público interessado no empreendimento e/ou responsável pela autorização.

70 “299. La ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados Miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales.” (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. Disponible em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/documento/583>>. Acceso em: 5 nov. 2015)

Apesar do exposto, há jurisprudência que indica que o artigo da Constituição que prevê a possibilidade de exploração hidrelétrica ou minerária em terra indígena possui eficácia limitada, ou seja, demanda regulamentação legal para que tenha aplicabilidade.

O artigo 176, parágrafo 1º, prevê que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos em Terra Indígena deverão observar condições específicas estabelecidas por lei [complementar]. Considerando que até o momento o dispositivo não foi regulamentado e inexistem estas 'condições específicas', atualmente estes empreendimentos são considerados inconstitucionais.”⁷¹

O quadro abaixo, elaborado pelos mesmos autores, delimita perfeitamente as diferenças entre consulta prévia, oitiva constitucional e audiências públicas:

	Audiência Pública Ambiental	Oitiva Constitucional (Consulta ao Decreto Legislativo que autoriza um empreendimento)	Consulta ao empreendimento
Legislação	Constituição Federal, artigo 225, §1º, IV; Lei nº 9784/99;	Constituição Federal, artigo 231, §3º c/c Convenção nº 169/OIT, artigos 6 e 15.	Convenção 169/OIT, artigos 6 e 15 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.
Sujeitos	Sociedade civil de modo geral. Em se tratando de empreendimentos previstos para Terras Indígenas, é recomendável que sejam feitas também audiências exclusivas e culturalmente apropriadas aos povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais.	Povos indígenas	Todos os sujeitos da Convenção 169/OIT (povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais).
Condutor	Órgão de meio ambiente responsável pelo licenciamento ambiental (Resolução CONAMA 001/1986, art. 3º).	Congresso Nacional	Órgão ou ente público responsável pela medida proposta e com poder de decisão. (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1).
Hipóteses	Toda atividade modificadora do meio ambiente (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º c/c art. 11, §2º).	Decreto Legislativo que poderá autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas.	Medidas administrativas (projetos de empreendimentos) suscetíveis de afetar diretamente determinado grupo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).
Critério de incidência	Sempre que o órgão licenciador julgar necessário e quando for solicitado por entidade civil ou pelo	Necessidade de edição de Decreto Legislativo para autorizar empreendimentos localizados em Terra Indígena	Afetação direta a determinado grupo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).

71 ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, op.cit., p. 31.

	Ministério Público (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º).	(Constituição Federal, art. 231, §3º).	
Momento	Após o recebimento do RIMA pelo Órgão licenciador (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º, §1º).	Antes de o Congresso Nacional editar o Decreto Legislativo autorizador do empreendimento, obra ou atividade de exploração de recursos que afetam terras indígenas.	Antes da autorização da medida e desde as primeiras etapas de planejamento da obra.
Metodologia	Será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes (Resolução CONAMA 01/1986, art. 3º).	O Congresso Nacional deverá compor comissão mista para ir ao território indígena realizar a oitiva (Constituição Federal, art. 58, § 2º e TRF1, AC 2006.39.03.000711-8, UHE Belo Monte) e respeitar regras e protocolos indígenas para o diálogo.	Será definido um Plano de Consulta respeitando regras, protocolos e procedimentos apropriados, a serem definidos pela própria comunidade consultada (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).
Finalidade	Expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA 01/1986, art. 1º).	Chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca do Decreto Legislativo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 2), subsidiando a tomada de decisão pelo Congresso Nacional.	Chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (Convenção 169/OIT, art. 6º, 2).

Nesse sentido, **tem-se que a autorização à UHE São Luiz do Tapajós deve ser precedida dos três institutos:**

- **audiência pública ambiental à sociedade em geral, no bojo do licenciamento ambiental**, garantindo-se a participação adequada dos povos indígenas e comunidades tradicionais;
- **consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas e comunidades tradicionais potencialmente afetados**, por todo o exposto nestas contrarrazões;
- **oitiva constitucional aos Munduruku**, uma vez que o reservatório da Usina estaria sobreposto à Terra Indígena Sawré Muybu. Sendo o reservatório parte integrante da obra, tem-se que ela está localizada em terra indígena, fazendo incidir o artigo 231, §3º da Constituição Federal.

Sabe-se a audiência pública e a oitiva constitucional não são objetos desta ACP, no entanto **requer-se que este E. TRF1 esclareça as diferenças entre os institutos com o**

fim de garantir o adequado reconhecimento e delimitação do direito à consulta prévia, livre e informada.

Quanto à oitiva constitucional, deve ser frisado que só seria admitida a exploração de potencial hidrelétrico e minerário em terra indígena após a regulamentação dos artigos 176, §1º e 231, §3º da Constituição Federal, que exigem que lei complementar preveja as condições específicas para que tais atividades sejam executadas em terra indígena. Considerando que até o momento não foi editada tal regulamentação, a execução da obra seria inconstitucional, o que também será explorado no item seguinte.

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a possibilidade de utilizar a Convenção nº. 169/OIT como vetor interpretativo das normas constitucionais, especificamente no que diz respeito à oitiva constitucional. O STF tem desenvolvido, inclusive, que a utilização de tratados internacionais como vetor interpretativo é um dos desdobramentos da supralegalidade. Vejamos.

No julgamento que inaugurou a tese da supralegalidade na jurisprudência brasileira, o STF interpretou a Constituição Federal a partir de normas presente na CADH, reconhecendo a ilegalidade de prisão civil do depositário infiel:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE nº 466.343, grifo nosso).

O Min. Gilmar Mendes ainda argumentou que os tratados de direitos humanos, de status supralegal, têm “efeito paralisante” sobre a legislação ordinária conflitante. O constitucionalista Antônio Maués, em artigo intitulado “Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional”, observa que o STF retirou do legislador ordinário a possibilidade de regulamentar a norma da Constituição sobre a prisão civil do depositário infiel⁷². Conforme ficou expresso na ementa, o STF interpretou a Constituição Federal à luz da CADH, ampliando garantia fundamental de vedação de prisão civil (agora, só cabível no caso de descumprimento voluntário de obrigação alimentícia):

72 MAUÉS, Antonio Moreira. *Supralegalidade Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. São Paulo: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 10, n. 18, 2013, p. 215-235. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

A disposição que trata da prisão do depositário infiel deixou de ser interpretada como uma norma que obrigava o legislador a regulamentar o instituto e nem mesmo passou a ser interpretada como uma norma que lhe facultava essa competência, uma vez que o legislador não poderá exercê-la enquanto estiver em vigor no Brasil a CADH. Assim, podemos dizer que o STF reinterpreto a Constituição e estabeleceu uma norma que veda ao legislador ordinário regulamentar o instituto. Por essas razões, vemos que a expressão usada na ementa acima citada é fiel: não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada à luz da CADH. (MAUÉS, 2013, p. 220).

O eminente constitucionalista compilou outros casos em que as disposições constitucionais foram interpretadas pelo STF a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, ampliando o sentido original de normas constitucionais de direitos fundamentais:

1. Direito à presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII foi interpretado a partir do artigo 7.2 da CADH nos casos que envolvem o direito de o condenado recorrer em liberdade, ratificando o entendimento de que a Constituição Federal não admite a execução provisória da pena (STF, HC nº 99.891);

2. Direito à duração razoável do processo presente no art. 5º, LVII foi interpretado à luz dos artigos 7.5 e 7.6 da CADH e o STF decidiu em favor do relaxamento de prisão preventiva por excesso de prazo (STF, HC nº 85.237);

3. Direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade do exercício profissional presentes em diversas passagens da Constituição foram interpretados mediante os artigos 13.1 e 13.2 da CADH e o STF entendeu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, prevista no artigo 4º, inciso V, do Decreto Lei nº 972/1969, não fora recepcionada pela Constituição de 88 (STF, RE nº 511.961).

Aos poucos, o STF vai consolidando o uso dos tratados internacionais de direitos humanos como vetores interpretativos da Constituição Federal, enquanto uma das principais repercussões da tese da supralegalidade. Esta técnica interpretativa tem sido essencial para a criação de uma robusta jurisprudência relativa a direitos e garantias fundamentais.

Portanto, **a interpretação da oitiva constitucional a partir do direito à consulta prévia e da Convenção nº. 169/OIT está em plena consonância com a jurisprudência de nossa Corte Constitucional.**

D.11) DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA MEDIDA ADMINISTRATIVA PROPOSTA

A presente ACP foi interposta em 2012, antes, portanto, da confecção do Estudo de Impacto Ambiental e do seu Componente Indígena, concluídos em 2014, embora não aprovados pelo órgão licenciador e intervenientes. Sabia-se, no entanto, que a obra afetaria povos indígenas e comunidades tradicionais em razão de sua localização georreferenciada, bem como de a Funai ter emitido Termo de Referência para que o empreendedor desenvolvesse estudos a respeito dos impactos sobre os indígenas.

Estas informações eram suficientes para se exigir a observância do direito à consulta prévia, livre e informada.

No entanto, a divulgação do EIA e do ECI revelou alguns aspectos fáticos cruciais ao que se discute na presente ACP, quais sejam, que o reservatório, parte integrante da obra, estaria sobreposto à Terra Indígena Sawré Muybu e que, conseqüentemente, implicaria na remoção compulsória das três aldeias munduruku.

Destes fatos, desdobram-se três repercussões jurídicas:

- **necessidade de regulamentação do artigo 176, §1º da Constituição Federal**, pois se trata de norma constitucional de eficácia limitada. Enquanto não sobrevier lei complementar regulamentadora, a exploração de potencial hídrico em terra indígena é inconstitucional;
- **necessidade de oitiva constitucional, nos termos do artigo 231, §3º**, conforme já discutido amplamente;
- **vedação da remoção de povos indígenas, conforme previsão constitucional do artigo 231, §5º**. Este óbice é intransponível. Inclusive, enquanto órgão intervencionista no licenciamento ambiental, a Funai apresentou Informação Técnica nº. 249/COEP/CGLIC/DPDS/FUNAI-MJ **manifestando-se pela inviabilidade e inconstitucionalidade da obra, em razão desta implicar no deslocamento dos indígenas, ação vedada pela Constituição Federal, artigo 231, §5º**. Esta informação da Funai foi **um dos fundamentos para o arquivamento da hidrelétrica**.

Nenhuma das três repercussões jurídicas é objeto específico desta ACP, no entanto

possuem conexão direta com o que está sendo discutido, uma vez que **não se pode levar a consulta uma medida administrativa que viole a constituição e legislação brasileiras.**

É preciso que este E. TRF1 destaque que a consulta prévia não tem o condão de “legalizar” as inconstitucionalidades, ainda que os grupos viessem a concordar com a medida proposta. Não se pode coadunar com tamanha flexibilização. A consulta pressupõe que a medida esteja de acordo com a Constituição e legislação.

Tem-se, no momento, que a UHE São Luiz do Tapajós é inconstitucional por violar o artigo 231, §5º da Constituição Federal. Todas as argumentações produzidas nestas contrarrazões permanecem válidas para o caso de o governo federal apresentar uma alternativa técnica locacional do empreendimento que não implique em remoção dos Munduruku.

E) CONCLUSÃO

Por fim, destaca-se como maior prova da má-fé dos recorrentes o argumento de que os Munduruku não queriam ser consultados. À fl. 1957, a União Federal aduziu que até o presente momento “*não foi possível pactuar com os representantes indígenas um processo participativo de consulta, por resistência dos próprios interessados*”. Essa assertiva se coaduna com a fala do então Ministro Gilberto Carvalho, da Secretaria Geral da Presidência da República, que em meio a uma conversa com estudantes de Direito da Universidade de São Paulo (Largo do São Francisco) afirmou expressamente que o povo Munduruku está se recusando a ser consultado.

A estratégia é arbitrária: sem envidar esforços mínimos (tanto é que não demonstrou estes esforços em juízo, no bojo desta ACP) e propondo um processo de consulta sem observar o que é minimamente garantido como direito aos grupos consultados, o governo federal culpabiliza os próprios indígenas pela sua própria incapacidade em pactuar o processo de consulta.

Ao londo de toda esta contrarrazões, ficou patente a violação dos padrões mais básicos do direito à consulta prévia, que, nos moldes propostos pelo governo, seria apenas um trâmite burocrático para ratificar uma decisão já tomada.

Não houve esforços mínimos por parte do governo, que, além disso, deu mostras de

arbitrariedade, má-fé e violações constitucionais e legais. Aliás, o próprio projeto, em si, nos moldes em que está proposto, é inconstitucional.

No mais, observar todos os parâmetros jurídicos estabelecidos que foram debatidos nesta peça não configuram ônus excessivo ao governo. Em primeiro lugar, porque estamos falando de uma obra com valor estimado em 30 bilhões de reais. Seria, depois de Belo Monte, a obra pública mais cara já realizada no mundo. O que representariam os processos de consulta em termos de custos financeiros relativos? Em segundo lugar, porque o licenciamento da UHE São Luiz do Tapajós teve início em 2009. Decorreram-se oito anos, tempo mais que suficiente para conduzir processos de consulta prévia legítimos e efetivos, em respeito às especificidades socioculturais (inclusive, temporais) de cada um dos grupos.

Em terceiro lugar, a obra iria alterar irreversivelmente a vida e o destino dos Munduruku e de diversas comunidades tradicionais beiradeiras. São grupos que vivem relação diferenciada com o território que ocupam e a natureza que o circundam (e, segundo suas cosmologias, à qual pertencem). É a vida, o bem viver, a integridade física e cultural destes povos que está em jogo. Nada mais justo que participem ativamente das decisões que determinarão o destino da região onde vivem secularmente, ou milenarmente, no caso dos Munduruku.

Considerar estes processos de consulta como um ônus excessivo só revelaria a precariedade da nossa democracia e reforçaria o histórico de violações de direitos dos povos indígenas e tribais no nosso país.

III – DO PEDIDO

Por todo o exposto, o **Ministério Público Federal pleiteia a rejeição das razões recursais e manutenção da r. sentença prolatada às fls. 2184/2213, em todos os seus termos.**

Santarém/PA, 23 de novembro de 2017.

LUÍS DE CAMÕES LIMA BOAVENTURA
Procurador da República