XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GILMAR ANTONIO BEDIN

MAURIDES BATISTA DE MACEDO FILHA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin

Maurides Batista De Macedo Filha – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-790-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

O marco inicial da emancipação e do reconhecimento constitucional dos direitos humanos já possui uma tradição de aproximadamente 250 anos de história (Declarações de 1776 e 1789). Essa processo enfrentou grandes desafios, mas se consolidou como um marco civilizacional. Na sociedade internacional, contudo, a referida trajetória é bem mais recente e está profundamente vinculada aos graves fatos que aconteceram durante a Segunda Guerra Mundial.

Tal referência é muito importante por que começaram a indicar uma grande mudança histórica: a ideia de que as soberanias dos Estados deveriam ser de alguma forma limitadas. Essa percepção decorre da constatação que o número de mortos na guerra podia ser contados aos milhões e que, muitas destas mortes, foram friamente planejadas por políticas oficiais de determinado Estado. Em consequência, as lições foram grandes. Entre essas uma se destaca: a necessidade de refletir sobre os atos cometidos. É que muitos dos atos que envolveram a Segunda Guerra Mundial implicaram uma ruptura com os direitos humanos e com a ideia de dignidade humana.

A consciência desta ruptura deixava claro que era fundamental a reconstrução dos direitos humanos e sua afirmação para além das fronteiras nacionais. Neste sentido, estava claro que, como lembra Flávia Piovesan, o tema da violação dos direitos humanos não poderia mais "ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional como legítima preocupação da comunidade internacional" (Piovesan, 2004, p. 118).

Este movimento do Segundo Pós-Guerra caminhou para a conversão dos direitos humanos em um dos temas centrais da sociedade internacional (Gomes, 2000) e impulsionou a elaboração, no decorrer dos últimos setenta anos, de um conjunto muito importante de documentos legais e que atualmente formam a base da proteção internacional dos direitos humanos.

A proteção referida indica que houve uma universalização da preocupação com a proteção das pessoas, seja nas relações internas ou externas, e que os seus principais instrumentos legais construídos de um conjunto de prerrogativas que passaram a "fazer parte do patrimônio da humanidade" (Douzinas, 2009, p. 18). Assim, fica claro que a proteção

internacional dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras e estabelece limites a todas as atividades estatais e ao exercício da soberania do Estado, mesmo nas situações de grandes conflitos.

Desta forma, foi formado o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Este sistema protege os direitos de qualquer ser humano quando o Estado é negligente, é omisso ou é o autor da violação dos direitos (Piovesan, 2004) e pressupõe que os Estados sejam instituições políticas que aceitam a mediação de normas coletivamente definidas para a regulamentação de suas ações e para a limitação de suas prerrogativas políticas, econômicas e jurídicas.

Nesse contexto, é importante lembrar da grande importância que adquiriu também a formação dos chamados Sistemas Regionais de Direitos Humanos. De fato, o mundo possui, na atualidade, três sistemas regionais importante e já claramente consolidados ou em amplo processo de consolidação. Os três sistemas regionais são o Sistema Europeu de Direitos Humanos, O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Sistema Africano de Direitos Humanos.

Os três subsistemas regionais possuem um papel fundamental na atualidade. Essa relevância é justificada seja pela atuação dos seus órgãos administrativos (de supervisão, de prevenção e de orientação) e judiciais (de solução de conflitos específicos) – cada vez mais efetiva – como pela maior convergência cultural dos Estados que compõe o respectivo sistema regional. Daí, portanto, a sua maior legitimidade política e seu sentido de pertencimento mais efetivo.

O Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II do XXVIII Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, realizado em Goiânia no dia 20 de junho de 2019, reuniu trabalhos que abordaram e aprofundaram muito dos temas que envolvem a proteção internacional dos direitos humanos. São temas que desafiam o leitor a refletir sobre variados aspectos, desde uma análise histórica dos Direitos Humanos até temas que passam pela análise do atual cenário nacional e internacional.

Daí o destaque dado pelos artigos aos seguintes temas: Da igualdade formal à igualdade material: uma análise histórica a partir das três gerações de direitos humanos; A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil; A responsabilidade internacional do Estado e controle de convencionalidade; A tutela do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise sob a perspectiva do caso Poblete Vilches vs. Chile; Principais influências das convenções internacionais no

programa de Compliance adotado na lei nº 12.846/2013 (lei anticorrupção); Os refugiados: limites e desafios jurídicos no campo da fronteira conceitual; O princípio pro homine e a lei de migração: breves considerações; O Estado Constitucional Cooperativo: contexto, traços fundamentais e sua materialização no Estado Constitucional Europeu; Direitos humanos na perspectiva do direito internacional europeu; Imperialismo dos direitos humanos? O tratamento controverso da proibição de edição de leis de anistia como norma de Jus Cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A violência sexual contra à mulher na guerra da Bósnia-Herzegovina: o estupro como arma e crime de guerra; Interação transnacional no Mercosul para proteção dos direitos humanos; O ritual de passagem dos índios Mardudjara e a (não) universalidade dos direitos humanos uma particular concepção sobre dignidade humana a partir do respeito à diversidade cultural; Direito à consulta prévia, livre e informada no Brasil: o caso dos indígenas Awá-Guajá no maranhão; O direito ao desenvolvimento para os povos quilombolas como direito humano; Justiça de transição espanhola: uma página ainda não virada; O método tópico de Theodor Viehweg e a questão jurídica dos deslocamentos humanos: uma análise antinômica entre a dignidade da pessoa humana e a soberania dos estados.

Todos temas, como se pode ver, muito atuais, e trazem uma visão multifacetada dos Direitos Humanos e do Direito Internacional e destacam a discussão sobre a importância dos direitos humanos fundamentais como uma construção histórica e como um marco civilizatório fundamental.

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ e URI)

Profa. Dra. Mauridês Macedo (UFG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NO BRASIL: O CASO DOS INDÍGENAS AWÁ-GUAJÁ NO MARANHÃO.

RIGHT TO PRIOR, FREE AND INFORMED CONSULTATION IN BRASIL: THE CASE OF THE AWÁ-GUAJÁ INDIGENOUS IN MARANHÃO.

Aianny Naiara Gomes Monteiro [1]
Girolamo Domenico Treccani [2]

Resumo

Este artigo aborda os direitos dos povos indígenas à consulta prévia, livre e informada e ilustra os desafios da efetivação deste direito com o caso dos indígenas da etnia Awá-Guajá no Estado do Maranhão. Por meio de um trabalho de revisão bibliográfica e documental, demonstra a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) sobre o tema e de se avançar na interpretação do direito à consulta prévia, livre e informada de modo a respeitar a autonomia dos grupos indígenas no Brasil com base na Jurisprudência da Corte.

Palavras-chave: Consulta prévia, Direitos indígenas, Direitos humanos, Etnia awá-guajá, Corteidh

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the rights of indigenous peoples to prior, free and informed consultation and illustrates the challenges of the realization of this right with the case of the Awá-Guajá indigenous people in the State of Maranhão. Through a bibliographical and documental research, it demonstrates the importance of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) on the subject and to advance the interpretation of the right to prior, free and informed consultation in order to respect the autonomy of indigenous groups in Brazil based on the Jurisprudence of the Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prior consultation, Indigenous rights, Human rights, Awá-guajá ethnicity, Iacthr

[1] Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará. Advogada.

[2] Doutor em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará. Professor na Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Brasil trata a Amazônia como um grande vazio demográfico ignorando a existência de povos indígenas e comunidades tradicionais neste território. Apesar do reconhecimento jurídico da existência destes grupos, a partir da Constituição Federal de 1934, as políticas públicas de desenvolvimento implantadas na Amazônia ainda não consideram integralmente os grupos que aqui vivem.

Dessa forma, "grandes projetos" pensados para a região violam os direitos humanos mais fundamentais destes grupos, como o direito à propriedade e ao território, o direito à vida digna, à saúde; o direito a exercer suas formas de vida, organização e cultura, bem como o direito de ser ouvido e ter sua opinião respeitada diante destes projetos.

Nesse contexto, a duplicação da Estrada de Ferro Carajás é mais uma estrutura construída para viabilizar a pretensão de aumento de exploração de minério de ferro no país[1]. A construção se dá num contexto de violações de direitos das comunidades impactadas pela obra e de um processo de licenciamento[2] que está sendo questionado na Justiça Federal[3] em São Luís do Maranhão.

Diante desta situação, é preocupante a condição dos povos indígenas que são sistematicamente afetados por "grandes projetos", sendo necessário acionar no âmbito internacional instrumentos jurídicos de proteção de direitos humanos, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Neste contexto, busca-se entender em que medida a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) pode contribuir com o avanço na aplicação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada no Brasil.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo principal analisar o direito à consulta livre, prévia e informada, especialmente aplicada aos povos indígenas, e apresentar a problemática que envolve essa questão no Brasil, bem como o entendimento jurídico internacional acerca do tema, a partir da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este artigo visa, portanto, demonstrar a importância da consulta prévia e das decisões da CorteIDH sobre o tema.

---

[1] A Estrada de Ferro Carajás (EFC) faz parte de um conjunto de estruturas que foram construídas durante a década de 80 na região norte do país para viabilizar o chamado Programa Grande Carajás. O objetivo era transportar a produção de minério de ferro extraído das minas localizadas em Canaã dos Carajás, Estado do Pará, pela EFC, até o Porto da Madeira em São Luís, no Maranhão, onde seria exportada. Atualmente a EFC possui 892Km de extensão, cruzando 24 municípios no estado do Maranhão e 3 no estado Pará, onde operam 24 trens de minério de ferro por dia, com 330 vagões e três locomotivas cada, transportando diariamente cerca de 300 mil toneladas de minério de ferro. A duplicação da EFC, por sua vez, tem por objetivo criar condições para a exploração da nova Mina S11D, em Canaã dos Carajás (MONTEIRO; CHAMMAS, 2015).

[2] Processo IBAMA n. 02001.009288/2002-73

[3] Processo n. 26295-47.2012.4.01.3700, Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão.

Metodologicamente este artigo é fruto de uma revisão de bibliografia sobre o tema da consulta prévia e dos direitos indígenas; e de pesquisa documental sobre o caso Awá-Guajá, tendo como principais fontes os documentos do Processo de Licenciamento da Duplicação da Estrada de Ferro Carajás, processo nº 02001.009288/2002-73 e da Ação Civil Pública, Processo nº. 61827-77.2015.4.1.3700, em trâmite na Justiça Federal, 8º Vara de São Luís, Seção Judiciária do Maranhão, que o Ministério Público Federal (MPF) move contra a VALE S.A, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), sobre o direito do povo indígena Awá-Guajá à Consulta Prévia, Livre e Informada.

Além disso, a Jurisprudência da CorteIDH sobre consulta prévia será utilizada como parâmetro de análise. Nesse ponto, optamos por utilizar três casos específicos: o caso Saramaka x Suriname, 2007; o caso Sarayaku x Equador, 2012; e o caso Kaliña e Lokono x Suriname, 2015, os quais sintetizam o entendimento da Corte acerca do direito á consulta prévia.

EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL DOS DIREITOS INDÍGENAS

Na América Latina, durante a década de 80, diversos países passaram por um processo de reformas constitucionais que foram acompanhadas de importantes processos de mobilização em torno de pautas específicas. Essas reformas constitucionais, em alguns países, culminaram em uma quantidade significativa de novos direitos e de inovações institucionais (COURTIS, 2009).

De acordo com Shiraishi Neto (2010), no Brasil essa reforma viabilizada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, marcou o reconhecimento formal da pluralidade e multietnicidade da sociedade brasileira, pois foi nela que Brasil obteve certo avanço nas questões relativas aos povos indígenas, comunidades quilombolas e demais comunidades tradicionais. Os artigos 215 e 216, bem como nos artigos 231, 232 e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), consagraram o reconhecimento e respeito às diferenças étnicas e culturais, direitos que foram reforçados, posteriormente, pela assinatura da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por outro lado, de acordo com Almeida (2012) tais processos de ruptura e de conquista, embora tenham levado alguns juristas a falar em Estado "pluriétnico" e

multicultural[4], ou num Estado que confere proteção a diferentes expressões étnicas, não resultaram na adoção de uma política étnica, nem em ações governamentais sistemáticas capazes de reconhecer de pronto os fatores situacionais que influenciam a conscientização desse tipo de tema.

A Convenção n° 169[5], sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em l989, substituiu a Convenção n° 107 e se constituiu como o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais (OIT, 2011). O documento estabelece o direito à auto identificação (art. 1º), o direito à consulta e participação (art. 6º), direito ao território (arts. 13 a 15), direito ao desenvolvimento (arts. 2º, 7° e 19), dentre outros (OIT, 2011).

De acordo com a lição de Almeida (2010, p. 15-17), contudo, verifica-se que a introdução dessas normas apresenta uma ruptura terminológica, mas isso não significou um acatamento absoluto das reivindicações dos movimentos sociais, pois, embora a Constituição Federal de 1988 tenha reconhecido os direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, há grande dificuldade do direito oficial admitir tal hipótese, pois sempre fica "preso" aos mecanismos jurídicos instituídos (SHIRAISHI NETO, 2013) ou em estruturas burocráticas pouco eficazes.

Essa ineficácia, de acordo com Almeida (2012) se dá pela inexistência de uma reforma do Estado que se coaduna com as novas disposições constitucionais, uma vez que as soluções burocráticas têm sido sempre pensadas à luz do propósito de articulá-las com estruturas administrativas prévias, acrescentando-se à sua capacidade operacional os atributos étnicos em questão. Portanto, em que pese haver em determinados casos a instituição de alguns órgãos públicos pertinentes ao tema, as competências de sua operacionalização permanecem, invariavelmente, a cargo de aparatos já existentes.

Para Aylwim (2014) ao mesmo tempo em que as reformas constitucionais referidas enfatizaram a natureza pluricultural, multicultural ou multiétnica dos estados com o reconhecimento formal dos povos indígenas até então marginalizados, também legitimaram políticas econômicas neoliberais e privatizadoras impulsionadas no contexto do consenso de Washington, que impactaram negativamente os povos indígenas.

---

[4] Ver DUPRAT, Débora. O Direito sobre o marco da plurietnicidade /multiculturalidade. In DUPRAT, Débora (org). **Pareceres Jurídicos: Direito dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA. 2007. pp. 9-19.

[5] A Convenção nº 169 da OIT, foi assinada em 1989 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 142, de 19 de junho de 2002, e promulgada por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Como minorias étnicas, os povos indígenas estão protegidos por diferentes convenções internacionais.

Dessa forma, conforme bem salientou Burger (2014), o legado do colonialismo ainda está presente na vida dos povos indígenas na atualidade. Situação que é facilmente observada na realidade dos povos indígenas no Brasil e na forma como são tratadas as políticas citadas por Almeida (2012).

Outro documento importante no âmbito internacional é a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 17 de setembro de 2007, que reconheceu os direitos coletivos indígenas, incluindo seu direito à livre determinação e dos direitos a suas terras, territórios e recursos. Burger (2014) destaca que este é um dos instrumentos jurídicos da ONU elaborados com consulta efetiva às vítimas das violações de direitos humanos e com os que têm de ser, portanto, os beneficiários do documento. Representa, segundo o autor, uma democratização das Nações Unidas na elaboração dos tratados.

Entretanto, conforme adverte o autor, não quer dizer que a Declaração seja um documento indígena, pois está muito abaixo dos direitos que muitas delegações indígenas queriam, mas considera que representa um nível mínimo de avanço (BURGER, 2014).

Com base em todos esses instrumentos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem ao longo dos últimos anos recebendo diversas denúncias acerca das violações de direitos humanos indígenas e se debruçado em analisar tais demandas, utilizando a Convenção 169 como padrão interpretativo do direito de propriedade para aqueles casos em que está em jogo uma reivindicação sobre o território ancestral de povos e comunidades indígena (COURTIS, 2009).

Aylwin (2014) destaca que não se pode ignorar as implicações para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas que têm sido imprimidas pelo direito internacional dos direitos humanos na América Latina. A primeira grande implicação diz respeito, em primeiro lugar, o importante número de estados da América Latina que ratificaram o Convenio nº 169 da OIT, 15 do total de 22 a nível global.

Courtis (2009) ao analisar as decisões da Corte destaca que uma porcentagem importante dos casos decididos pelos tribunais da região versa sobre conflitos relativos às terras e territórios indígenas e à exploração das riquezas naturais situadas nelas e, entre eles, vários se referem à consulta e participação da comunidade em decisões relativas a esses temas.

O DIREITO À CONSULTA LIVRE PRÉVIA E INFORMADA

A Convenção 169 da OIT é um importante instrumento de defesa dos direitos humanos dos povos indígenas, na medida em que reafirma o direito de participação e o direito

de consulta nos artigos 4°, 6°, 7°, 15º e 17º, além de prever o direito à autodeterminação dos povos indígenas nos artigos 1º, 2º e 33° (OIT, 2011). Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê o direito à participação nos artigos 18 e 19 e de consentimento livre prévio e informado nos artigos 10, 11, 19 29, e 32 (ONU, 2008).

Segundo Moreira (2017, p. 46), a "Convenção nº. 169 nasceu com a missão de romper como assimilacionismo e afirmar direitos estruturantes como a consulta prévia, a territorialidade, a autoidentificação, a autodeterminação, entre outros". Trata-se de um tratado de direitos humanos, fruto da mobilização transnacional na esfera internacional em torno da efetivação de direitos (OLIVEIRA, 2017).

A consulta prévia, de acordo com Burger (2014) é um processo e não um evento único e que deve ser guiado pelo requisito da boa-fé com o objetivo de chegar a um acordo ou alcançar um consenso acerca das medidas propostas. São, portanto, elementos do processo de consulta que ela seja prévia, ou seja, anterior a qualquer tomada de decisão; de boa-fé e servida de procedimentos adequados através de instituições que representam os povos indígenas e conduzida pelo Estado. Além disso, a consulta deve ocorrer em linguagem simples e compreensível.

A consulta prévia é obrigatória: a) quando houver medidas legislativas ou administrativas que afetem diretamente os povos indígenas (art. 6.1.a). b) Quando o Estado detiver a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras (artigo 15.2); c) sempre considerando a capacidade dos povos indígenas para alienar suas terras ou para transmitir fora da comunidade (artigo 17) d) antes de ser transferido, o que ocorrerá somente com o consentimento livre e informado dos povos indígenas (artigo 16); e) para organizar e implementar programas especiais de formação (artigo 22) (OIT, 2011).

Oliveira (2017) chama a atenção para a amplitude das medidas que demandam a consulta e explica que o critério definidor para a realização desse direito não é natureza delas, mas a possibilidade das ações afetarem diretamente os povos indígenas e tribais, uma vez que a Convenção nº 169 prevê que todos os atos legislativos e administrativos, sem exceção, demandam a realização de consulta prévia. Ademais, estabelece importante ressalva ao afirmar que a afetação das medidas aos povos indígenas não pressupõe uma conotação negativa, pois mesmo aqueles projetos de interesse dos grupos também exigem consulta.

Courtis (2009) destaca que o tema que diz respeito aos direitos de povos indígenas com maior transcendência é o vinculado ao direito à consulta adequada, procedimento que

deve ser cumprido necessariamente antes da tomada de decisões que possam afetar os grupos indígenas. Para este autor, a falta de cumprimento desse requisito determinaria a invalidez das medidas tomadas sem respeitar a exigência da consulta.

Aylwim (2014), entretanto, afirma que são frequentes os projetos de exploração extrativa de recursos naturais em terras e territórios indígenas impulsionados sem processo de consulta e sem o Consentimento Livre Prévio e Informado destes povos. Ditos projetos, tão pouco, consideram a participação destes povos nos benefícios que eles geram, nem a compensação dos danos causados. São projetos que têm como resultados diversos processos de criminalização dos protestos indígenas e que geram graves impactos sociais e ambientais, além de ameaçar a sobrevivência material e cultural dos povos.

Um dos desafios para a consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado, segundo Oliveira (2017) é a interculturalidade, pois, trata-se de um mecanismo da instituição estatal que correria o risco de se tornar um espaço burocrático que poderia impedir a participação dos grupos etnicamente diferenciados, motivo pelo qual precisam ser "culturalmente apropriados".

Diante dessa situação e da grande quantidade de projetos de exploração de recursos naturais que colocam em risco os direitos dos povos indígenas e violam o direito à consulta livre, prévia e informada, Alywim (2014), afirma que é cada vez mais necessária a incorporação dos direitos humanos e dos instrumentos internacionais referidos aos direitos dos povos indígenas nos ordenamentos jurídicos internos dos estados, bem como o acionamento das instancia internacionais que podem influenciar as jurisprudências de tribunais de justiça dos estados.

Dessa forma, entende-se que é necessário que o direito busque manter diálogo com os grupos indígenas no sentido de garantir sua participação na elaboração de propostas de leis e regulamentações de forma a consultá-los sobre o que eles consideram mais benéfico para si e que tenham a oportunidade de "dizer o direito" (BOURDIEU, 2004) da sua própria maneira, para finalmente se concretizar um direito preocupado com a justiça e não com a harmonia ou com a legitimação da ilegalidade por meio da pilhagem[6] (MATTEI; NADER, 2008).

[6] A pilhagem, afirmam Mattei e Nader (2008), engloba uma série de práticas que estão atreladas a poderosas motivações ideológicas, e se tornam aceitáveis com os padrões morais e jurídicos dominantes, motivo pelo qual não foram consideradas ilegais pelo direito interno e internacional. Para garantir a hegemonia, o Estado de Direito cria um aparato contínuo de justificação de práticas opressoras, o que resulta em uma crescente desigualdade social, produzindo uma cegueira social, a qual é agravada em âmbito internacional e perpetuada pelo manto ideológico dos ideais "democráticos" ocidentais.

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Nesta seção, objetiva-se apresentar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da Consulta Prévia, Livre e Informada. Para isso, são apresentados três casos paradigmáticos: Caso do Povo Saramaka vs. Suriname, 2007; Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012; Caso dos Povos kaliña e Lokono vs. Suriname, 2015 que abordam o tema.

Antes, entretanto, destaca-se a importância do método interpretativo adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, ao utilizar o chamado método multicultural de interpretação, oportuniza uma abertura ao universalismo das fontes com base em um pluralismo jurídico culturalmente adaptado ao uso dos métodos de interpretação precisos, em particular, a reinterpretação de obrigações positivas e a visão dos direitos convencionais a luz de conteúdos multiculturais inerentes (ESTUPIÑAN SILVA, 2014).

Estupiñan Silva (2014) explica que o método de interpretação universal adotado pela CorteIDH tem como fundamentos: a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos convencionais, o artigo 2º estabelece o dever estatal de adequar o direito interno e o art. 29 proíbe expressamente uma interpretação restritiva dos direitos convencionais estabelecendo a superioridade do princípio do *pro homine* (*pro persona*) *o favor librtatis*.

O padrão interpretativo adotado pela Corte representa uma nova interpretação dos direitos dos grupos ditos "minoritários" e estabelece a possibilidade avançar para um diálogo efetivamente multicultural, diminuindo, portanto, os efeitos danosos das decisões dos estados que afetam diretamente povos indígenas.

Beltrão et. all (2014, p. 276) destacam a importância da leitura das decisões da Corte:

> A leitura e análise das sentenças da *Corte* nos últimos anos reforça a possibilidade de aprender e inovar em termos de direitos. Dar recepção aos povos indígenas e aos direitos originários, não se constitui em mera aceitação/tolerância, mas em respeito/reconhecimento da tensa luta de séculos contra o colonialismo, além da possibilidade de vislumbrar e utilizar modelos diferenciados de constituição de estado que abriguem Etnocidadanias.

O padrão interpretativo seguido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos trouxe, portanto, importantes avanços no entendimento dos direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais, mas que, entretanto, são subutilizados no sistema judicial brasileiro, o que denota total desconexão com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como bem apontou Moreira (2017).

O Caso do Povo Saramaka vs. Suriname

De acordo com Moreira (2017) o caso Saramaka vs. Suriname é emblemático porque, além de unificar a jurisprudência sobre direitos de Povos Tribais e Direitos Indígenas, afirmação de limites à concessão de direitos de exploração de recursos naturais em territórios tradicionais, a CorteIDH consolidou em sua jurisprudência o entendimento sobre a Consulta Prévia, Livre e Informada, Participação nos Benefícios e Estudos de Impactos Socioambientais como salvaguarda.

Este caso foi apresentado à CorteIDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 23 de junho de 2006, e é oriundo da denúncia n. 12.338 remetida à Secretaria da CIDH em 27 de outubro de 2000 pela Associação das Autoridades Saramaka e por doze capitães Saramaka em seu nome e em nome do povo Saramaka. O julgamento do caso ocorreu em 28 de novembro de 2007 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

Em linhas gerais, a demanda versava sobre as violações cometidas pelo Estado do Suriname contra os membros do povo Saramaka por não ter adotado medidas efetivas para reconhecer o direito de uso do território tradicionalmente ocupado; por não lhes dar acesso efetivo à justiça para a proteção de seus direitos fundamentais e por não ter comprido o dever de adotar disposições de direito interno para garantir e respeitar esses direitos dos Saramakas.

Importa ressaltar que a CorteIDH que, como bem salientou Moreira (2017), fez uma interpretação específica sobre a aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) neste caso, pois o povo Saramaka é um povo tribal, mas que possui características sociais e culturais que permitiram um tratamento jurídico análogo aos territórios indígenas. Nesse sentido, a Corte reconheceu que a interpretação do art. 21 é feita à luz do artigo 29.b da CADH, que "proíbe interpretar uma disposição da Convenção no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis internas do Estado em questão ou de acordo com outra convenção à qual o Estado seja parte" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 28).

Com esse entendimento, a CorteIDH reconheceu que os membros do povo Saramaka conformam uma comunidade tribal protegida pelo direito internacional dos direitos humanos, bem como o direito ao território comunal tradicionalmente ocupado por este Povo. Assim, mesmo que o Estado do Suriname não tenha ratificado a Convenção 169 e não reconheça e suas leis internas o direito à propriedade comunal dos povos tribais, mas tendo ratificado tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sua obrigação de proteger tais direitos decorre do fato do

Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já ter interpretado o artigo 1º destes pactos e afirmado a aplicabilidade do mesmo aos povos indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

Nesse sentido, a Corte entendeu que o Povo Saramaka tem direito de usar e gozar do território conforme suas tradições e costumes e, consequentemente, possui direito sobre os recursos naturais que são encontrados dentro de suas terras, incluindo os recursos naturais sob a superfície, desde que sejam necessários à sua sobrevivência e modo de vida. O direito de usar e desfrutar de todos esses recursos naturais é, portanto, "uma condição necessária para o desfrute de seu direito à propriedade conforme o artigo 21 da Convenção" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 37).

Diante disso, a Corte ainda se manifestou sobre os limites do Estado ao outorgar concessões para exploração e extração de recursos naturais no território Saramaka e entendeu que o Estado pode restringir, sob certas condições, os direitos dos integrantes do povo Saramaka à propriedade, incluindo seus direitos sobre os recursos naturais que se encontram seus territórios, em consonância com o artigo 21 da CADH, desde que: "a) tenham sido previamente estabelecidas por lei; b) sejam necessárias; c) sejam proporcionais e d) que tenham o objetivo de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 39-40), e que não impliquem uma negação de sua existência como povo tribal.

Dessa forma, a Corte estabeleceu os requisitos para a realização de consultas prévias, impondo ao Estado o dever de cumprir três garantias: a) assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, segundo seus costumes e tradições em relação a qualquer plano de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração no território Saramaka; b) garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem do plano de desenvolvimento implementado em seu território; c) garantir que nenhuma concessão será emitida dentro do território Saramaka até que seja realizado um estudo prévio de impacto social e ambiental por entidades independes e supervisionado pelo Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007),

De acordo com Duprat (2014), a Corte estabeleceu a partir do caso Saramaka, uma distinção entre consulta prévia e consentimento prévio, exigindo esse último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo.

Moreira (2017) apresenta importante discordância a este entendimento da Corte, pois, considera a consulta prévia decorrência necessária do direito à autodeterminação, portanto, o consentimento seria infestável e sempre exigível em qualquer hipótese de afetação aos direitos de povos e comunidades tradicionais, especialmente quando estas afetações importem em consequências negativas aos grupos.

O Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador

O Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador foi apresentado pela CIDH à CorteIDH em 26 de abril de 2010, objeto da denúncia n. 12.465, de 19 de dezembro de 2003, quando a Associação do povo Kichwa de Sarayaku, o Centro de Direitos Econômicos e Sociais e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional peticionaram à Comissão, sendo sentenciado em 27 de junho de 2012 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

O caso versa, entre outros temas, sobre a concessão de autorização, pelo Estado, a uma empresa petrolífera privada para realizar atividades de extração e exploração de petróleo no território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, sem a devida consulta e sem o consentimento do Povo Indígena (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012). De acordo com Moreira (2017, p. 172), este caso "representou um dos mais importantes avanços para a consolidação do direito à consulta prévia na Convenção 169 da OIT".

No caso Sarayaku vs. Equador, o Estado equatoriano reconheceu sua responsabilidade durante diligencia realizada pela Corte no território Sarayaku em 21 de abril de 2012. Entretanto, apesar de cessada a controvérsia, a CorteIDH analisou as alegações de violações e, por ter ficado pendente as determinações de reparações, analisou a matéria e se manifestou sobre a obrigação do Estado de garantir o direito à consulta em relação aos direitos de propriedade comunal e à identidade cultural do Povo Sarayaku (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Neste caso, a corte "reafirma sua jurisprudência, firmada sobre propriedade comunal, porém, aprofunda a forte conexão entre direitos territoriais e direitos ambientais, formulando assertivas de reiteração de direitos socioambientais" (MOREIRA, 2017, p. 173).

Nesse sentido, a Corte assenta em sua decisão que as noções de domínio de posse de terras que os povos indígenas possuem, não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do art. 21 da CADH, bem como a relação que estes grupos mantem com os recursos naturais.

Diante da estreita relação que as comunidades indígenas mantem com seu território, baseado em suas próprias cosmovisões, a Corte entendeu que o direito à consulta das comunidades e povos indígenas está alicerçado no respeito de seus direitos à cultura própria ou identidade cultural e destacou a obrigação do Estado de organizar adequadamente todo o aparato governamental para que seja capaz de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. Isso implica em estruturar normas e instituições que garantam a consulta às comunidades indígenas de forma efetiva e em conformidade com as normas internacionais que regem a matéria (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

A Corte estabeleceu, portanto, como obrigação do Estado garantir o direito à consulta prévia e participação em todas as fases do planejamento e desenvolvimento de projetos que possam afetar o território indígena. Além disso, asseverou que a Convenção n. 169 da OIT também se aplica aos impactos e decisões posteriores, ainda que contratados anteriormente à entrada em vigor dessa Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Nessa linha, a CorteIDH, estabeleceu novos requisitos de salvaguarda do direito dos povos indígenas no que tange à consulta prévia. São, portanto, elementos essenciais do direito à consulta: a) a consulta deve ser prévia; b) realizada de boa-fé e com a finalidade de chegar a um acordo; c) deve ser adequada e acessível, levando em conta os métodos tradicionais do povo ou comunidade para a tomada de decisões; d) a consulta deve ser fundamentada; e) obrigação de realização estudo de impacto ambiental, sob supervisão do estado e por entidade independente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

A Corte concluiu que o Estado não realizou de forma e constatou que não realizou de forma adequada a consulta do Povo Sarayaku antes de executar ou autorizar o programa de prospecção ou extração de recursos que existiriam em seu território, tão pouco o estudo de impacto ambiental fora realizado de acordo com a jurisprudência, posto que não garantiu a participação povo indígena e não foi realizado com a supervisão estatal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

O Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname

O caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname é um dos mais recentes sobre Consulta Prévia, julgado em 25 de novembro de 2015. O caso foi submetido à Corte em 28 de janeiro de 2014 pela CIDH e aborda a responsabilidade internacional do Estado pelas violações dos direitos dos membros de oito comunidades dos povos indígenas Kaliña y

Lokono do Río Bajo Marowijne, no Suriname, especialmente por não garantir aos grupos o direito de propriedade coletiva de terras, territórios e recursos naturais, tendo, inclusive emitido títulos individuais dentro do território destes povos a pessoas não indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Diante do não reconhecimento deste direito, o Estado do Suriname ainda outorgou concessões e licenças para exploração minerária, além de manter três reservas naturais sobrepostas ao território dos povos kaliña e Lokono, sem a realização de consulta e consentimento prévios, livres e informados. Assim como nos casos anteriores, a Corte ainda reconheceu a inexistência de proteção judicial e de normas internas para que os povos indígenas do Suriname pudessem exigir seus direitos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

No que tange ao direito à consulta prévia, a despeito das alegações do Estado de que que a atividade de mineração não gerou efeitos significativos na comunidade em seus direitos ou atividades tradicionais, a Corte reafirmou o entendimento já consolidado nos casos anteriores de que o Estado deve garantir a participação efetiva das comunidades em todos os planos de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração, especialmente quando possam afetar a integridade das terras e recursos naturais, particularmente, qualquer proposta relacionada à concessões madeireiras ou minerais. A obrigação do Estado se atualiza em todas as etapas de exploração ou extração, assim como em qualquer nova atividade que se desenvolva nos territórios indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Outra obrigação analisada neste caso, diz respeito a obrigação de realização de estudo prévio de impacto ambiental e social, já estabelecida nas jurisprudências anteriores da Corte. O Estado alegou que a realização de estudos de impacto ambientais não era exigida pela sua legislação interna, entretanto, a Corte reafirmou a obrigação do Estado em realizar os estudos prévios de impactos social e ambiental por entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado. Novamente, a Corte assinala a impossibilidade de estudos de impactos serem realizados por empresas privadas. Além disso, o Estado deve garantir a efetiva participação dos povos indígenas, de forma a possibilitar que sejam devidamente informados sobre os projetos propostos em seus territórios (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Nos três casos apresentados nesta seção, a CorteIDH estabeleceu de forma clara as obrigações do Estado, bem como os requisitos e elementos essenciais exigidos para a realização da Consulta Livre, Prévia e Informada, nos termos da Convenção n. 169, da OIT,

apresentando uma farta jurisprudência que devem ser utilizadas como parâmetro interpretativo nos Estados signatários da CADH e submetidos à jurisdição da Corte. Inexistindo, portanto, motivos para a não realização da Consulta Prévia.

VIOLAÇÕES AO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NO BRASIL: o caso dos indígenas Awá-Guajá

No Brasil, o modelo de desenvolvimento adotado provoca impactos sobre a diversidade biológica, social e cultural da região amazônica, causando prejuízos às comunidades locais, dentre elas os povos indígenas, uma vez que exercem acentuada pressão sobre recursos básicos e colocam em risco as chamadas terras tradicionalmente ocupadas (ALMEIDA; SHIRAISHI NETO; MARTINS, 2005).

De acordo com Burger (2014), em muitos casos, o desenvolvimento nacional tem contribuído com a destruição dos recursos naturais e da autonomia indígena e com a perda de seus sistemas de reconhecimento. Além disso, suas culturas e identidades são vistas como obstáculos ao progresso.

Na Amazônia brasileira, inúmeras situações envolvendo o Estado e/ou empresas privadas e povos indígenas, comunidades quilombolas e demais comunidades tradicionais, colocam estes grupos em conflitos diretos com os agentes estatais e representantes das empresas privadas. Um caso representativo é o conflito que envolve a mineradora VALE S.A. e os indígenas da etnia Awá-Guajá, da Terra Indígena Caru, das aldeias Tiracambu e Awá, no Maranhão, localizadas nos municípios de Bom Jesus e São João do Caru, que são afetadas pela duplicação da Estrada de Ferro Carajás.

Entretanto, a questão envolvendo os indígenas desta etnia e a minerado vale S.A. não é um problema recente, pois durante a implantação do Projeto Grande Carajás (PGC), construído pressupondo um grande vazio demográfico na área de sua instalação, a construção da EFC, que passa no limite sul das Terras Indígena Caru, expôs o povo Awá-Guajá a um contato brusco com não-índios e afetou intensamente o equilíbrio da região (COELHO, 2014). A duplicação da EFC representa, portanto, a continuidade desse projeto que trará mais conflitos e problemas aos indígenas desta região.

A VALE A.S iniciou, em 2009, as primeiras ações para a realização de seu projeto expansionista, quando solicitou uma licença corretiva para o primeiro traçado ferrovia (MONTEIRO; CHAMMAS, 2015). Em seguida, apresentou o projeto em reuniões públicas sob a coordenação do IBAMA, nas cidades Marabá (PA), Açailândia (MA), Alto Alegre do Pindaré (MA) e Santa Rita (MA) (COELHO, 2014). A apresentação do projeto se deu sem a

prévia discussão com as comunidades afetadas e sem considerar a existência de um procedimento específico de consulta a povos indígenas e comunidades tradicionais conforme estabelece a Convenção nº 169 da OIT.

E foi justamente sobre a inobservância da consulta prévia, livre e informada ao povo indígena Awá-Gujá, no curso do licenciamento ambiental das obras de duplicação da EFC, em trâmite no IBAMA[7], que o Ministério Público Federal do Maranhão se insurgiu contra a empresa VALE S.A., o IBAMA e a FUNAI, motivando o ajuizamento de uma Ação Civil Pública na 8ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão[8], para que os povos indígenas localizados na área de influência da duplicação da Estrada de Ferro Carajás fossem devidamente consultados nos termos da Convenção nº 169 da OIT.

Após conhecimento de que, mesmo com a insuficiência dos estudos realizados, tanto o IBAMA, órgão licenciador, como a FUNAI, órgão responsável pelas políticas voltadas aos povos indígenas no Brasil, se manifestaram favoráveis à concessão da licença para início das obras da duplicação da EFC, provocando a instauração de Inquérito Público Civil[9] para apurar as denúncias levadas ao órgão ministerial.

O MPF entendeu que a licença de instalação[10] foi expedida sem a realização de consulta prévia ao povo Awá-Guajá, diretamente atingido pelo empreendimento, uma vez que teria ocorrido antes da elaboração de componente indígena exigido pelo próprio IBAMA e à revelia da opinião dos indígenas da região. O MPF constatou, portanto, a negligencia ao elemento "prévio" da consulta, na forma prevista pela Convenção nº 169 da OIT, uma vez que não teria nenhuma capacidade de influenciar nas decisões dos organismos administrativos quanto às medidas suscetíveis de afetá-los, mesmo porque o Estado, por meio do órgão ambiental, teria tomado as decisões em momento anterior.

Além disso, verificou a carência de informações apresentadas aos indígenas, tendo em vista que não receberam informações completas e de forma adequada, pois não teria havido uma fase no procedimento de licenciamento específica para este fim. A procuradoria afirmou ter recebido documentos com manifestações de indígenas marcados por dúvidas a respeito do empreendimento e medo sobre os impactos a sua forma de viver. Também relatou que a reunião pública realizada para apresentar o projeto não se deu de forma adequada, pois o convite para a participação na reunião não atende à organização sociocultural dos indígenas,

[7] Processo n.º 02001.007241/2001-37
[8] Processo nº. 61827-77.2015.4.1.3700.
[9] ICP nº. 1.19.000.001085/2012-68.
[10] Licença de Instalação n.º 895/2012.

além de que esta ocorreu no idioma português, língua que não é adotada pela maioria dos indígenas do povo Awá-Guajá.

E ainda averiguou a atuação inadequada da empresa VALE S.A que teria tentado influenciar os indígenas com a entrega de bens e produtos. Dessa forma, o MPF entendeu que foram violados os três elementos da consulta pública prevista na Convenção nº 169 OIT, quais sejam, o caráter prévio, livre e informado.

O MPF ressaltou que o IBAMA notou a deficiência dos estudos apresentados no licenciamento ambiental e solicitou complementações ao empreendedor[11], e após a complementação solicitada, emitiu novo parecer observando a persistência da deficiência em relação aos impactos ao povo Awá-Guajá[12], e condicionou o licenciamento do trecho que passa nos limites da TI Caru[13] à aprovação do estudo do componente indígena pela FUNAI, o qual estava em fase de elaboração, excluindo este trecho da licença ambiental até que a FUNAI aprovasse o estudo referido.

A FUNAI também teria observado a insuficiência dos dados quanto à questão indígena no licenciamento ambiental, mas teria anuído com o fracionamento, conforme destacou o IBAMA em seu parecer citando o ofício[14] enviado pela FUNAI, no qual o órgão indigenista se manifestava favoravelmente à licença de instalação desde que excluídos os trechos das terras indígenas Caru e Mães Maria, localizadas respectivamente nos estados do Maranhão e do Pará.

O MPF destacou que a FUNAI também não teria observado a necessidade de consulta prévia, livre e informada ao povo indígena impactado pelo empreendimento, pois após a emissão da Licença Ambiental 895/2012, recebeu o componente indígena e considerou os estudos apresentados satisfatórios[15].

No documento, de outubro de 2014, consta que nos dias 14 e 15 de maio de 2014, por solicitação das comunidades indígenas abarcadas pelo estudo do componente indígena, foram realizadas reuniões nas terras indígenas Caru e Pindaré, nas quais foram prestados esclarecimentos acerca dos estudos e do processo de licenciamento ambiental e que o Estudo apontou que os "indígenas da etnia Awá-Guajá são radicalmente contra a duplicação da EFC". Estas reuniões, entretanto, somente ocorreram após pedido dos indígenas e não foi

11 Parecer Técnico nº 083/2012 –COTRA/CGTMO/DILIC/IBAMA
[12] Parecer Técnico nº 168/2012.
[13] o km 274+000 e o km 326+500 e entre o km 686+558 e o km 717+681, referentes às Terras Indígenas Carú e Mãe Maria.
[14] Ofício n.º 1101/2011/DPDS/FUNAI-MJ
[15] Informação Técnica nº 245/2014/COTRAM/CGLIC/DPDS/FUNAI-MJ

realizada dentro dos parâmetros da Consulta Prévia, já debatidos nas jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nos dias 01 e 02 de outubro de 2014, teriam sido realizadas novas reuniões nas TI's Pindaré e Caru para apresentação das condicionantes para a anuência da FUNAI e liberação da Licença de Duplicação da EFC nas áreas contíguas às TI's, as quais teriam sido aprovadas com ressalvadas. Ainda assim, o estudo foi considerado satisfatório sem que a FUNAI tenha solicitado a realização de consulta prévia.

Diante disso, o MPF considerou eivados de vícios insanáveis todos os atos administrativos que autorizaram a concessão da licença de instalação n.º 895/2012 expedida pelo IBAMA em favor do empreendimento, a aprovação do componente indígena pela FUNAI, bem como os demais atos deles decorrentes, em razão da inobservância da consulta prévia não realizada, motivo pelo qual requereu judicialmente a declaração da nulidade destes atos.

Em caráter liminar, o juízo da 8º Vara Federal da Seção Judiciária de São Luís, Maranhão, determinou a suspensão dos efeitos da aprovação do componente indígena do Estudo Ambiental e todos os atos subsequentes, para obstar o início ou continuidade de qualquer intervenção para duplicação na EFC no trecho que passa pela TI Caru. Além disso, determinou ao IBAMA que promovesse a abertura da fase de consulta prévia, livre e informada ao povo indígena Awá-Guajá, na forma da Convenção n. 169 da OIT e a abstenção de concessão de licença ambiental em relação ao trecho que passa pela TI Caru até que se concluísse esta fase. À empresa VALE S.A determinou que abstenção de fazer qualquer promessa, doação e entrega de bens e vantagens as indígenas antes e durante a realização da fase de consulta prévia e a imposição de não fazer que consiste em não instalar, realizar obras ou intervenções referentes à duplicação da EFC no trecho relativo à TI. Esta decisão, entretanto, foi revertida em segunda instancia[16].

Na Ação mencionada, o Ministério Público Federal questiona não só a atuação da empresa VALE S.A, mas também dos próprios órgãos administrativos do Estado, uma vez que os atos decisórios afetaram diretamente o povo indígena Awá-Guajá da Terra Indígena Caru. Este caso, portanto, corrobora o entendimento já exposto neste trabalho de que apesar do avanço formal no reconhecimento dos direitos indígenas a partir das reformas constitucionais e da ratificação da Convenção 169 da OIT, se observa certa resistência por parte dos órgãos administrativos do Estado em aplicá-los. A consulta prévia é utilizada, na

[16] Não foi possível ter acesso aos recurso e decisão de segundo grau que reverteu a decisão do juízo da 8º Vara Federal da Seção Judiciária de São Luis, Maranhão.

maioria das vezes, fora dos padrões previstos pela Convenção 169, situação que tem inviabilizado a concretização dos direitos estabelecidos na referida Convenção e demais documentos nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos dos povos indígenas.

No caso em análise por mais de 30 anos, desde a construção do primeiro traçado da Estrada de Ferro Carajás, os indígenas em questão sofrem com os impactos do transporte de minério de ferro sem que tivesse sido previsto nenhuma forma de compensação ou estabelecido um diálogo com eles para discutir formas de mitigação desses impactos.

Dessa forma, as decisões acerca da realização dessas obras devem-se pautar pelo reconhecimento da autonomia dos povos indígenas na gestão dos seus territórios e respeito às decisões sobre as medidas de intervenção nos mesmos. Além de respeitar a decisão acerca da melhor maneira de desenvolvimento por eles adotada.

Assim, entende-se que é preciso superar o colonialismo e o pós-colonialismo conforme destaca Beltrão et. all. (2014) de modo que se alcance a consagração da igualdade material, para que se efetivamente alcance a passagem à chamada "etnocidadnia" e ao estado plurinacional, reconhecendo, dessa forma, que as medidas de desenvolvimento adotadas pelo Estado devem respeitar a legislação internacional, nacional, a autonomia dos povos indígenas, devendo inclusive impedir a realização de obras em suas terras quando estas lhes impactam diretamente, avançando, dessa forma, à jurisprudência estabelecida pela Corte. Somente assim, as consultas serão realizadas de forma efetiva sem que sejam utilizadas para maquiar processos violentos aos povos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou ao longo dos últimos anos um importante arcabouço interpretativo e jurisprudencial a partir dos casos levados à sua jurisdição em relação aos direitos de povos e comunidades tradicionais. No que tange à Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme visto, a CorteIDH vem, progressivamente, reafirmando, ampliando e consolidando seu entendimento sobre o tema.

Esta rica jurisprudência traz elementos e requisitos claros que devem nortear a realização de uma Consulta Prévia nos termos preconizados pela Convenção n. 169 da OIT e dos parâmetros estabelecidos pela própria CorteIDH. A importância deste arsenal jurídico se torna evidente no atual quadro de violações intentadas para a garantia da realização de grandes obras de infraestrutura e de projetos de desenvolvimento.

Conforme visto, a situação dos povos indígenas no Brasil pouco avançou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou pluralidade e multietnicidade

da sociedade brasileira, pois não foi capaz de introduzir uma mudança efetiva nas políticas voltadas para os povos indígenas no país, embora alguns avanços devam ser reconhecidos.

Percebe-se que cada vez mais os instrumentos jurídicos ficam à mercê de burocracias e decisões administrativas que não consideram os direitos indígenas em sua plenitude no âmbito interno. Tal situação tem levado os povos indígenas a buscar respaldo para suas demandas em instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos para ver seus direitos garantidos diante da "inércia" do poder público.

Nesse sentido, no caso dos indígenas Awá-Guajá, aqui apresentado, a Consulta Prévia determinada pelo judiciário brasileiro, além de seguir os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da CorteIDH, assegurando a participação efetiva do povo indígena afetado, informação adequada, realização de estudo de impacto ambiental e social, deve considerar também o consentimento prévio do grupo, uma vez que a realização da obra impacta de forma substancial o modo de vida indígena, mesmo que não esteja dentro das hipóteses de exploração mineral e madeireira estabelecida pela Corte para vincular à Consulta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. In: SHIRASIHI NETO, Joaquim. **Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil**, 2010, p. 13 – 21.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord.). **Antropologia & Direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/ LACED/ABA, 2012, p. 375-389. (BJFB).

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIARISHI NETO, Joaquim; MARTINS, Cynthia Carvalho. *Guerra* **Ecológica nos babaçuais**: o processo de devastação dos palmeirais, a elevação do preço de commodities e o aquecimento do mercado de terras na Amazônia. São Luís: Lihograf, 2005.

AYLWIN, José. Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO JANE BELTRÃO, YURI IKEDA FONSECA, DIENNY ESTEFHANI M. B. RIKER, RICARDO O. ROTONDANO, CARLOS 6 FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 285-314. Disponível em: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/. Acesso em 13 de abril de 2019.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, Povos & Cidadanias Indígenas: Inscrições Constitucionais e Direitos Étnicos na América Latina. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 251-284. Disponível em: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/. Acesso em 17 de julho de 2016.

BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 209-254.

BURGER, Julian. La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 220-250. Disponível em: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/. Acesso em 17 de julho de 2016.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. **Fora dos Trilhos**: o Projeto Carajás e o povo Awá. Anais do 38º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu/MG, 2014, p. s/n. Disponível em: http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt31-1/9126-fora-dos-trilhos-o-projeto-carajas-e-o-povo-awa/file. Acesso em 13 de abril de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Sentença do Caso do Povo Saramaka *versus* Suriname.** 2007. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

_____. **Sentença do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *versus* Equador.** 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

_____. Sentença do Caso Povos Kaliña e Lokono *versus* Suriname. 2015. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 10, jun. 2009, p. 53-81. Disponível em: www.scielo.br/sur.

DUPRAT, Débora. O Direito sobre o marco da plurietnicidade /multiculturalidade. In DUPRAT, Débora (org). **Pareceres Jurídicos: Direito dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA. 2007. pp. 9-19.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. **RCJ - Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 1, Núm. 1, 2014. Disponível em: www.culturasjuridicas.uff.br. Acesso em 17 de julho de 2016.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerable**s, 2014, p. 316-356. Disponível em: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/. Acesso em 13 de abril de 2019.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos:** uma análise a partir dos direitos Territoriais de povos e comunidades tradicionais. 1 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder**: when the rule of law is illegal. Malden, MA: Backwell Publishing, 2008.

MONTEIRO, Aianny Naiara Gomes; CHAMMAS, Danilo. Vale S.A.: a ilegalidade do licenciamento da duplicação da Estrada de Ferro Carajás. In: Guilherme Zagallo (Org.). **Na justiça:** instrumentos de litígio e defesa de comunidades afetadas pela mineração. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Justiça Global; Justiça nos Trilhos, 2015, p. 23 – 37.

OIT. **Convenção nº. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Vol. 1. Brasília: OIT, 2011. Disponível em http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Rodrigo. "Agora, nós é que decidimos": o direito à consulta e o consentimento prévio. In BELTRÃO, Jane Felipe e LACERDA, Paula Mendes. **Amazônias em tempos contemporâneos**: entre diversidade e adversidades. Rio de Janeiro: ABA Publicações e Mórula editorial, 2017, p. 153-169.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Direitos dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**: Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional. 2. ed. Manaus: UEA, 2010.

_____. **O direito das minorias:** passagem do "invisível" real para o "visível" formal? Manaus: UEA edições, 2013.