



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

**CONVENÇÃO 169/OIT E DIREITO À CONSULTA: PERSPECTIVAS PARA O  
LITÍGIO ESTRATÉGICO NO BRASIL**

**PEDRO PAULO MENEZES DE MACÊDO**

BRASÍLIA

2017

**CONVENÇÃO 169/OIT E DIREITO À CONSULTA: PERSPECTIVAS PARA O  
LITÍGIO ESTRATÉGICO NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Profa. Dra. Lívia Gimenes Dias da Fonseca

BRASÍLIA

2017

**CONVENÇÃO 169/OIT E DIREITO A CONSULTA: PERSPECTIVAS PARA O  
LITÍGIO ESTRATÉGICO NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e aprovada pela banca examinadora composta por:

---

Professora Doutora Livia Gimenes Dias da Fonseca  
(Orientadora – Presidente da banca examinadora)

---

Doutoranda Roberta Amanajás Monteiro  
(Membro da banca examinadora)

---

Mestre Felício de Araújo Pontes Júnior  
(Membro da banca examinadora)

---

Professor Doutor Mamede Said Costa Filho  
(Membro suplente da banca examinadora)

Brasília/DF, 5 de dezembro de 2017.

*Aos meus avós e pais, eles invisíveis que me constituem.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à professora e orientadora Livia Gimenes, que desde cedo se prontificou a uma orientação presente, atenta e doce. Sempre buscou facilitar acima de tudo.

Ao Dr. Felício Pontes Jr., que diariamente me inspira o engajamento e sensibilidade nas lutas necessárias por direitos humanos. Homem simples que me mostra o que significa viver com propósito. Foi essencial para me inserir no campo de pesquisa, concedendo importantes indicações bibliográficas e indicando pesquisadores.

Às pesquisadoras Erika Yamada e Biviany Garzón, que gentilmente se prontificaram a colaborar neste trabalho desde o início, se dispondo na troca de ideias mesmo com suas agendas apertadas.

À Roberta Amanajás e Rodrigo Oliveira, que também se dispuseram a colaborar neste trabalho com atenção e proporcionaram importantes pontos de vista.

À professora Gabriela Lima, que me incentivou para que eu pudesse desenvolver o tema na disciplina de Estágio 3 – Prática em Direito Ambiental, onde foi gestado esse trabalho junto com o exemplo prático da comunidade quilombola Kalunga em Goiás.

À professora Débora Diniz, sabendo que não gostaria de ser citada aqui, mas que cabe o elogio pela admiração que me causou na disciplina Projeto de Monografia, proporcionando importante diretriz no que tange a produção de conhecimento acadêmico com seriedade e politicamente engajado, que procurei desenvolver ao longo destas páginas.

*“Esse mundo não tem dono  
e quem me ensinou sabia  
se tivesse dono o mundo  
nele o dono moraria*

*Como é mundo sem dono  
não aceito hierarquia  
eu não mando nesse mundo  
nem no meu vai ter chefia”*

Toque de São Bento Grande de Angola - Paulo César Pinheiro

## RESUMO

O presente trabalho analisa como o direito à consulta prévia, livre e informada previsto na Convenção n. 169/OIT é compreendido no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. A pergunta que se busca responder é como ocorre a judicialização do direito à consulta, tendo em vista orientar a atuação dos atores envolvidos na defesa dos grupos étnicos na perspectiva do litígio estratégico. O método utilizado foi o de estudo de caso, em que se analisou 12 casos a partir de variáveis relevantes para responder o problema da pesquisa. Com a análise dos casos, pode-se verificar situações não desejáveis no âmbito da judicialização, como a interposição de ações em momento tardio, quando oportunidades para a efetivação do direito à consulta, como o uso de instrumentos extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta, o monitoramento de ações estatais para tomada de ações preventivas e a educação jurídica popular para os sujeitos de direito destinatários da norma.

**Palavras-chave:** Direito indígena, Direito à consulta prévia, livre e informada; litígio estratégico; Convenção n. 169/OIT.

## ABSTRACT

This paper analyzes how the right to prior, free and informed consultation provided in the Convention 169 / ILO is understood within the scope of the Brazilian Judiciary. The question to be answered is how the judicialization of the right to consultation occurs, aiming to guide the actions of the actors involved in the defense of ethnic groups in the perspective of strategic litigation. The method used was case study, in which 12 cases were analyzed from relevant variables to answer the research problem. With the analysis of the cases, undesirable situations can be verified in the scope of the judicialization, as the interposition of actions in a late moment, while opportunities could be identified for the realization of the right to consultation, as the use of extrajudicial instruments like the Term of Adjustment of Conduct, monitoring of government actions to take preventive actions and popular legal education for the right to the subjects to the standard.

**Keywords:** Indigenous rights, Right of prior, free and informed consultation; strategic litigation; public interest advocacy; Convention no. 169 / ILO.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1: O DIREITO E O CONTEXTO.....</b>	<b>10</b>
1.1 – FONTE NORMATIVA .....	11
1.2 – OS CAMPOS SOCIAIS MINADOS.....	13
1.3 – O LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO .....	14
<b>CAPÍTULO 2: CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>17</b>
2.1 – A CONCEPÇÃO FILOSÓFICA ADOTADA.....	17
2.2 – A ESCOLHA DOS CASOS.....	18
2.3 – OS CASOS .....	19
2.4 – AS VARIÁVEIS ESCOLHIDAS .....	20
<b>CAPÍTULO 3: ANÁLISES E RESULTADOS .....</b>	<b>22</b>
3.1 – VIA DE INGRESSO NO JUDICIÁRIO .....	22
3.2 – LUGARES: LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA DOS CONFLITOS E JURISDIÇÃO .....	25
3.3 – LINHAS GERAIS SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES .....	26
3.4 – QUEM LITIGA: PARTES .....	28
3.5 – QUEM DEVE SER CONSULTADO: SUJEITOS.....	31
3.6 – OBJETO DA CONSULTA .....	33
3.7 – O QUE SE PEDE E O QUE SE GANHA: O PEDIDO, A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO E O MODO DA CONSULTA.....	34
3.8 – O <i>TIMING</i> DE AÇÃO: O MOMENTO DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO E AS SUSPENSÕES DE LIMINARES.....	36
3.9 – NO FIM DAS CONTAS: O CUMPRIMENTO DA DECISÃO E EFEITOS DA CONSULTA. ....	38
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

Anualmente, em Brasília ocorre o “Acampamento Terra Livre”, evento no qual povos indígenas de todos os cantos dos país reúnem-se para protestar perante a alta cúpula do governo federal por seus direitos ameaçados na condição de povos originários. Mesmo diante de uma série de marcos normativos que asseguram direitos a esses povos, a relevância que o evento ganha a cada ano é sinal que existe uma distância muito grande entre os direitos protegidos e a realidade que se apresenta.

Um desses direitos que está no papel é o direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção n. 169/OIT e que vale também, no contexto brasileiro, para os povos e comunidades tradicionais. Diante do não cumprimento espontâneo desse direito por parte do Estado, a judicialização torna-se inevitável.

Será que a judicialização tem resolvido o problema? Na prática, como são as características desses casos? A consulta foi assegurada? Quando os atores envolvidos na defesa dos grupos étnicos consideram a experiência jurisprudencial no tema, podem passar a agir estrategicamente, seja evitando situações que não deram certo, seja explorando potenciais oportunidades. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a desvendar, por meio do estudo de caso, qual o campo atual para a atuação judicial, em especial pela perspectiva do litígio estratégico, visando implementar um processo de consulta exemplar.

Para isso o trabalho será estruturado em três capítulos. No primeiro, será feita uma abordagem sobre o direito à consulta, sua fonte normativa e em que ambiente é disputado bem como uma apresentação da perspectiva do litígio estratégico que embasará todo o trabalho. No capítulo seguinte, serão feitas considerações metodológicas acerca da concepção do trabalho e como se deu a seleção e análise dos casos bem como as variáveis que orientarão tais análises. No terceiro e último capítulo, serão feitas as análises dos casos segundo as variáveis propriamente ditas, indicando oportunidades e limitações para subsidiar a atuação no tema.

## CAPÍTULO 1: O DIREITO E O CONTEXTO

A Convenção n. 169 de 1989 sobre povos indígenas e tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) representa um marco na tutela jurídica dos grupos étnicos ao superar o paradigma da Convenção n. 107 de 1957 da mesma OIT, trazendo diversas disposições que regem a relação de tais populações com os respectivos Estados, em especial o direito à consulta, prévia, livre e informada<sup>1</sup>, foco deste trabalho.

Em breve síntese, a Convenção n. 107 era representativa do paradigma assimilacionista, tal como é denominada a política orientada pela noção na qual tais grupos étnicos devam ser integrados ao contexto dominante e hegemônico, em clara pressuposição de superioridade. Já o paradigma trazido pela Convenção n. 169 consagra o paradigma da autodeterminação, com vetor completamente diverso, ao compreender que tais grupos são autônomos e livres para determinar seu destino, não havendo qualquer intencionalidade para que compartilhem dos mesmos hábitos, valores e cosmovisão da sociedade dominante, constituindo, dessa forma, uma compreensão descolonizadora e libertadora (DUPRAT, 2015, p.8).

Contudo, com menos de 30 anos de vigência, as normas dispostas na Convenção n. 169 ainda estão longe de serem efetivadas. Nesse sentido, ressalta Deborah Duprat (2015):

(...) os longos anos de práticas sociais, políticas, administrativas e jurídicas hegemônicas, próprias de um modelo de Estado-Nação orientado por uma homogeneidade que mal disfarçava o domínio de um único e determinado grupo, acabaram por naturalizá-la, de tal modo que as legítimas reivindicações descolonizadoras da atualidade são, por via de regra, vistas, pelas diversas instâncias de poder, com enorme perplexidade. (p.8)

É com tal compreensão, de um direito ainda não efetivado, que este trabalho seguirá. Neste capítulo, inicialmente identificarei a fonte normativa do direito à consulta com viés dogmático. Em seguida traçarei algumas linhas sobre contexto fático no qual tal direito se insere. Por fim, apresentarei o litígio estratégico como modo dos atores envolvidos nas lutas por direitos humanos destes grupos étnicos utilizarem os mecanismos judiciais a fim de se avançar na efetivação deste direito.

---

<sup>1</sup> A literatura reitera o termo “direito à consulta prévia, livre e informada” pela necessidade de serem observados tais requisitos. Contudo, abreviarei essa expressão para “direito à consulta” apenas para facilitar a leitura..

## 1.1 – Fonte normativa

O princípio da autodeterminação dos povos já é previsto pela Constituição Federal de 1988 quando trata especificamente dos povos indígenas nos seus artigos 231 e 232, por exemplo, ao assegurar para esses grupos os direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. A Convenção n. 169 de 1989 da OIT vai além e assegura outros direitos, além de ampliar o rol de destinatários da norma para “povos tribais”.

No Brasil, a Convenção n. 169/OIT de 1989 foi promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, mas vigente desde 2003<sup>2</sup>. Isso significa que no direito interno ela tem menos de 15 anos de vigência, um período relativamente curto quando se trata de direitos que implicam ruptura significativa com um modelo de pensamento vigente.

Dentre o conjunto de direitos e garantias assegurados na Convenção n. 169, o presente trabalho se delimitará ao direito à consulta prévia, livre e informada, prevista centralmente nos itens 1 e 2, do artigo 6º da referida Convenção, ainda que mencionado em outros casos específicos ao longo do texto. Assim dispõe o mencionado artigo:

### Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
  - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
  - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
  - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Como se vê, o direito à consulta assegura e legitima a voz dessas populações nos espaços estatais de decisão, ao contrário de um cenário em que as manifestações políticas desses grupos constituiriam mero sussurro para os tomadores de decisão.

---

<sup>2</sup> A Convenção n. 169 foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, mas entrou em vigência apenas pouco mais de um ano depois (25 de julho de 2003). O artigo n. 38 da Convenção prevê *vacatio legis* de doze meses para vigência nos países signatários após a data do depósito do instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT. O Decreto n. 5.051/04 só veio depois.

Outro importante marco normativo que reforçou o direito à consulta foi a promulgação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007. Ainda que menos abrangente em relação aos destinatários que a Convenção n. 169, por ser destinada apenas aos povos indígenas, foi importante ao prever outras hipóteses de consentimento do que a Convenção n. 169 previa. Assim dispôs em seus artigos centrais que tratam do direito à consulta:

Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

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.

Ainda no plano internacional, subsidiam a aplicação da norma outras fontes normativas, como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos (CrIDH) na qual o Brasil se submete. Há diversos documentos consolidados que compõe orientações não-vinculantes para aplicação da norma, como os relatórios da ONU, documentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CmIDH) e da própria OIT.

No Brasil, a Convenção n. 169 é recepcionada no direito brasileiro com *status* de supralegalidade, por ser um tratado sobre direitos fundamentais, conforme entendimento firmado no julgamento do RE 466.343/SP. Isto é, está abaixo da Constituição mas acima da legislação, numa concepção da pirâmide de Kelsen. Tratando-se de direito fundamental sua aplicabilidade é imediata, conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição<sup>3</sup>. Contudo, não há regulamentação interna para seu exercício.

O cenário estabelecido, portanto, é incerto. Por um lado há uma norma de grande amplitude no direito internacional e, por outro no direito interno não há regulamentação sobre aspectos práticos do seu exercício. Por exemplo, em torno da aplicação do direito à consulta no contexto brasileiro há discussões sobre a abrangência dos destinatários, quais hipóteses os

---

<sup>3</sup> Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

grupos terão poder de veto, qual o modo de realizar a consulta. Essas e outras discussões serão abordadas ao longo deste trabalho<sup>4</sup>.

## 1.2 – Os campos sociais minados

A fim de melhor compreender o contexto geopolítico no qual o direito à consulta se insere, tomo como ponto de partida a obra *etnicidade.gov: Los Recursos naturales, los pueblos indígenas, y el derecho a la consulta en los campos sociales minados* de César Rodríguez Garavito (2012), professor da Universidad de Los Andes, na Colômbia.

Nessa obra, o autor analisa como o direito à consulta situa-se dentro de um cenário conflituoso e incerto, influenciado pela consolidação dos Estados multiculturais e pela expansão do neoliberalismo e da globalização.

A fim de representar os ambientes nos quais o direito à consulta é disputado, o autor cria o conceito polissêmico de “campos sociais minados”, que ao mesmo tempo faz referência à noção de campo social de Pierre Bourdieu, lugares em que ocorrem relações de poder desiguais, com pouca ou nenhuma intermediação do Estado; ao sentido literal de minas terrestres<sup>5</sup>, denotando perigo; e ao sentido de minas como lugares ricos em recursos naturais (GARAVITO, 2012, p.14).

Tal compreensão permite um retrato da complexidade em que se insere o direito à consulta: geralmente longe dos grandes centros urbanos e onde há um grande interesse econômico na exploração de recursos naturais.

O autor também caracteriza o processo recente de regulação das etnicidades (etnicidad.gov) como reflexo direto das Constituições multiculturais nos anos 90 da América Latina, no qual o direito à consulta figura como instituição central (GARAVITO, 2012, p.20).

Tal processo também é baseado no paradigma da governança, implicando dizer que é baseado em forma jurídicas neoliberais como a crença na igualdade de sujeitos, liberdade contratual e crença nos procedimentos (GARAVITO, 2012, p.30). Nesse sentido, o autor verificou que, nos casos em que se postulou o direito a consulta, a discussão sobre aspecto procedimental tomou lugar do aspecto substantivo, que é a realização da verdadeira vontade dos povos (GARAVITO, 2012, p.23).

---

<sup>4</sup> Para uma maior compreensão dos aspectos conceituais que envolvem o direito à consulta no Brasil, consultar (GARZÓN, OLIVEIRA, YAMADA, 2016)

<sup>5</sup> Garavito usa como exemplo o caso real dos embera-katío na represa de Urrá, ao norte da Colômbia, onde as guerrilhas instalaram minas terrestres. Apesar de no Brasil não ser comum o problema com minas terrestres, o sentido atribuído o perigo pode ser transposto ao contexto brasileiro, uma vez que temos um alto índice de violência no campo resultado de conflitos agrários.

Ressalta que a Convenção n. 169 é marcada de ambiguidades e tensões, pois ao mesmo tempo em que representa avanço na institucionalização do paradigma da autodeterminação (GARAVITO, 2012, p.52), não o assume completamente. Isso é percebido principalmente na dificuldade que se teve em sua fase de elaboração, dos representantes de empresas e dos Estados aceitarem as hipóteses em que os indígenas teriam poder de veto, isto é, em que o consentimento fosse necessário (GARAVITO, 2012, p.42). Contudo, vê o direito a consulta como “único meio hoje disponível para frear o ritmo vertiginoso dos projetos econômicos extrativos e questionar as decisões estatais que os respaldam” (GARAVITO, 2012, p.24).

Feito tal contextualização, a fim de demonstrar como o direito a consulta é marcado de incertezas e mas ao mesmo tempo um forte instrumento na luta pela sobrevivência dos grupos étnicos, passo a caracterização do litígio estratégico como perspectiva de atuação prática em direitos humanos.

### **1.3 – O litígio estratégico como perspectiva de atuação**

Nesse ponto, apresentarei o litígio estratégico como uma forma de atuação perante os mecanismos judiciais com o objetivo de se avançar na implementação do direito a consulta. Tal noção servirá de base para a análise dos casos no capítulo seguinte e consequente identificação de oportunidades de atuação por meio dessa perspectiva.

O litígio estratégico consiste em estratégia de atuação judicial recente da sociedade civil, que vê por meio do discurso de direitos uma forma de concretização de direitos humanos. Mais que isso, na definição de Evorah Cardoso (2012, p.24):

O litígio estratégico busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Trata-se de um método, uma técnica, que pode ser utilizada para diferentes fins/temas. O objetivo de quem litiga não se limita à solução do caso concreto (justiça individual), como a reparação da vítima. Nesse sentido o litígio estratégico é bastante diferente da forma tradicional de advocacia. É possível contrapor uma advocacia client-oriented a um novo tipo de advocacia, issue-oriented ou policy-oriented. Basicamente, a primeira vale-se do direito para atender às demandas e aos interesses do cliente. A segunda busca o impacto social que o caso pode trazer, como o avanço jurídico em um determinado tema, aplicando o método de litígio estratégico. Com esse fim, as atividades de advocacia policy-oriented costumam ter um trabalho preliminar de escolha do caso paradigmático, conforme o seu potencial impacto social no tema ou na política tidos com prioritários na agenda da entidade. Este trabalho as entidades

client-oriented não costumam ter, pois atendem a um determinado público, conforme a demanda ou os limites orçamentários da entidade. Entidades de advocacia client-oriented também podem exercer litígio estratégico, mas geralmente de maneira ad hoc, quando são levadas pelo caso a planejar estratégias de impacto social.

Como se depreende, um objetivo predominante do litígio estratégico é a formação de precedentes, seja no plano internacional ou nacional. Apesar de não estarmos num sistema *common law*, em que a cultura dos precedentes predomina, no *civil law* os precedentes assumem poder simbólico (CARDOSO, 2012, p.87).

No plano internacional, no caso do Brasil, tomando por base o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, busca-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado brasileiro pode ser acionado a adotar medidas bem como se submete a sua jurisprudência, assumindo caráter vinculante no direito interno.

Já no plano nacional, objetivo deste uma perspectiva do litígio estratégico é voltada a conseguir decisões favoráveis nos tribunais internos, sendo a corte constitucional costumeiramente mais desejada, uma vez nestes espaços conseguiram o mais alto *status* em termos de precedentes. O acesso às cortes constitucionais pode se dar tanto por meio de sua competência originária ou por meio de sua competência recursal.

Um exemplo recente envolvendo o litígio estratégico no Brasil é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSOL) em parceria com a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, em que se busca a descriminalização da interrupção da gravidez nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação, com base nos direitos fundamentais das mulheres<sup>6</sup>.

Cardoso (2012, p.86) pondera que litígio estratégico também tem seus riscos, por exemplo, de gerar precedentes desfavoráveis. Cita o exemplo do caso Raposa Serra do Sol, no qual foram estabelecidas condicionantes ao exercício dos direitos indígenas de forma arbitrária, sem interlocução necessária com atores envolvidos, indicando a cautela necessária nesse tipo de litígio.

Como mencionado, o litígio estratégico não precisa necessariamente estar voltado às cortes constitucionais, mas pode se dar com o objetivo de formação de precedentes nas

---

<sup>6</sup> A ação é respaldada em extensa pesquisa realizadas pelo Instituto ANIS que constatou as altas taxas de aborto clandestino no país em todas as camadas sociais e idades e o como a clandestinidade representa um risco para a saúde das mulheres essencialmente pobres, enquanto as ricas fazem em clínicas seguras. Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017.



instâncias inferiores de forma pulverizada. É tal visão que orienta este trabalho e julgo adequada na implementação do direito a consulta, como se verá nos resultados analisados.

Desse modo, ressalto que não serão analisadas alternativas referentes a ações em via concentrada de controle de constitucionalidade, pois extrapolaria o escopo deste trabalho, sendo oportunidade para trabalho futuro no tema.

É na perspectiva de uma atuação estratégica, fundada no corpo de precedentes existente, que pretendo analisar os casos e descobrir o que pode ser explorado, identificando limitações e oportunidades para a efetivação do direito a consulta por meio do Judiciário brasileiro.

## CAPÍTULO 2: CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Feito uma contextualização inicial sobre o direito a consulta e seu contexto em disputa, bem como uma breve apresentação do litígio estratégico, o objetivo deste capítulo consiste em apresentar a metodologia empregada na parte central do trabalho que é a análise de casos. Justificarei a concepção filosófica adotada e a escolha em realizar análises de caso, para, em seguida, explicar como se deu a escolha dos casos e apresentá-los. Ao final, justificarei as variáveis escolhidas para analisá-los.

### 2.1 – A concepção filosófica adotada

O presente trabalho adota uma concepção filosófica reivindicatória/participativa, pois está relacionada a uma agenda política, uma vez que “se concentra a produzir mudanças na prática”, “é prática e colaborativa, porque é uma investigação realizada com outras pessoas, em vez de sobre ou para outras pessoas”, “se concentra nas necessidades dos grupos e dos indivíduos em nossa sociedade os quais possam estar marginalizados ou privados de privilégios” (CRESWELL, 2010, p.33).

Nesse sentido, o tema de pesquisa surgiu a partir da minha experiência profissional no Ministério Público Federal (MPF), em especial nos gabinetes dos Procuradores Regionais da República João Akira Omoto e Felício Pontes Jr., ambos membros da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF<sup>7</sup>. No trabalho diário lidava com processos judiciais que envolviam temas relacionados a direitos indígenas e pude contar com a orientação destes chefes para conhecer o campo de estudo. Logo notei a existência de uma rede de pesquisadores que ao mesmo tempo produzem a escassa bibliografia nacional sobre o tema e militam pela causa.

Tive a sorte de constatar que as pesquisadoras que mais chamaram a atenção no tema de direito à consulta moravam em Brasília. Assim cheguei à Erika Yamada e à Biviany Garzón, que se dispuseram prontamente a colaborar no trabalho e com as quais pude me reunir pessoalmente, obtendo importantes informações e direcionamentos para o trabalho.

---

<sup>7</sup> As Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs), no âmbito do Ministério Público Federal, têm o objetivo de coordenar, integrar e revisar o exercício funcional dos membros da instituição segundo áreas temáticas. No caso da 6ª Câmara, a área temática é definida como “Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais”, contemplando a temática deste trabalho.

Dessa forma, busquei descobrir o campo de pesquisa com a interlocução de pessoas que têm experiência profissional e acadêmica na área e acreditando que o trabalho poderá colaborar para avanços em uma determinada prática social.

Esta pesquisa também tem características de uma concepção pragmática (CRESWELL, 2010, p. 34), pois “os pesquisadores são livres para escolher os métodos, a maneira, as técnicas e os procedimentos de pesquisa que melhor se ajustem a a suas necessidades e propósitos” ao mesmo tempo em que “olham para *o que e como* pesquisar baseados nas consequências pretendidas, ou seja, aonde eles querem chegar com elas” (CRESWELL, 2010, p.35).

Nessa perspectiva mais livre que a concepção pragmática proporciona, adoto uma estratégia de investigação essencialmente qualitativa. As características qualitativas estão nas “interpretações de temas e padrões a partir de dados de observação e de documentos, feitos com métodos emergentes e realizadas com maior liberdade” (CRESWELL, 2010, p.42).

O método de pesquisa empregado consiste no estudo de caso. Tal abordagem permitirá identificar a dinâmica da judicialização do direito à consulta prévia no Brasil. Para isso, tomarei como material de análise as decisões judiciais dos casos selecionados em que se pleiteou tal direito. Buscarei identificar padrões, tecer indagações e vislumbrar perspectivas.

## **2.2 – A escolha dos casos**

A discussão sobre o direito à consulta no Brasil é relativamente recente, isto é, toda a produção bibliográfica que localizei tem menos de 15 anos. Notei que poucas pessoas tratam especificamente e com profundidade do tema no âmbito nacional. Sendo assim, constatei haver pouca bibliografia nacional disponível.

Em 2016 foi lançado o livro “Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais” por Biviany Garzón, e Erika Yamada Rodrigo Oliveira, pesquisadores com extensa teoria e prática profissional no tema. A publicação foi inédita ao fazer um diagnóstico do direito à consulta no Brasil, envolvendo os avanços e entraves à implementação nas três esferas de Poder, bem como análises referentes a aspectos do peculiares do direito ao contexto nacional.

Em capítulo sobre o marco jurisprudencial do tema, o livro listou 12 (doze) casos que compõe a jurisprudência brasileira disponível no Brasil sobre o tema (GARZÓN, OLIVEIRA, YAMADA, 2016, p.9), inclusive, algumas das ações mencionadas eu pude trabalhar quando

passaram pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região, tendo o aspecto da familiaridade colaborado.

Ciente do enviesamento que seria escolher tais casos, pois já foram escolhidos por outra pessoa, considerei fazer uma pesquisa que abrangesse toda a jurisprudência nacional, pois além destes casos praticamente não conheço outros. Iniciei busca de jurisprudência nos sites dos tribunais para ver quantos casos seriam no total. Mesmo me limitando aos casos que são processados sob a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde a maior parte dos casos escolhidos se concentra, vi que demandaria tempo e esforço além do que eu teria disponível para concluir este trabalho, pois eu teria de me concentrar em métodos de pesquisa de jurisprudência e depois decidir se estudaria tais casos.

Desse modo, achei suficiente e trabalhar com esses doze casos, considerando que foram citados em um livro que credito bastante reputabilidade aos autores pela experiência no campo de pesquisa e que são uma amostra minimamente representativa para o escopo desta pesquisa em âmbito de graduação.

Na mencionada obra também são lançadas algumas categorias de análise das quais tomo emprestada algumas (i.e. sujeito e objeto) e também são feitas breves análises com base nos mesmos casos. Nesse sentido, a obra serviu como ponto de partida, permitindo as reflexões necessárias para o aprofundamento que pretendo realizar neste trabalho ao abordar os casos de forma mais sistemática e ampliada, agregando novas variáveis de análise.

### **2.3 – Os casos**

Segundo a data de ajuizamento das ações, os 12 (doze) casos estão compreendidos no período de 2006 a 2016. Foram consultadas basicamente as decisões judiciais de 1ª instância (liminares e sentenças)<sup>8</sup>.

A tabela a seguir identifica os nomes que serão utilizados para fazer referência aos casos, os números dos respectivos processos e o tipo decisão judicial consultada. Os casos foram ordenados na tabela segundo a ordem cronológica do ajuizamento das ações, do mais antigo para o mais recente.

---

<sup>8</sup> As que não foram extraídas do sítio do respectivo tribunal estão disponíveis no sítio eletrônico <http://www.consultaprevia.org>.

<b>Nome resumido do caso</b>	<b>Ação judicial respectiva</b>	<b>Decisão judicial consultada</b>
UHE Belo Monte	ACP n. 2006. 39.03.000711-8/PA	Sentença
UHE São Luiz do Tapajós	ACP n. 0003883-98.2012.4.01.3902/PA	Sentença
UHE Teles Pires	ACP n. 0003947-44.2012.4.01.3600/PA	Sentença
UHE São Manoel	ACP n. 0014123-48.2013.4.01.3600/MT	Liminar
Educação Escolar Indígena	ACP n. 0000378-31-2014-4-01-3902/PA	Liminar
Pólo Naval de Manaus	ACP n. 0006962-86.2014.4.01.3200/AM	Sentença
PARNA Superagui	ACP n. 5000742-88.2015.4.04.7008/PR	Liminar
Estrada de Ferro Carajás	ACP n. 0061827-77.2015.4.01.3700/MA	Liminar
Linhão Manaus-Boa Vista	ACP n. 0018408-23.2013.4.01.3200 e ACP n. 0018032-66.2015.4.01.3200	Liminares e sentença
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	ACP n. 0005543-04.2015.4.01.4200/RR	Sentença
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	ACP n. 0001849-35.2015.01.3001/AC	Liminar
Porto Lago Maicá	ACP n. 0000377-75.2016.4.01.3902/PA	Liminar

## **2.4 – As variáveis escolhidas**

Os casos apresentados serão analisados segundo 8 (oito) variáveis que julgo relevantes para os fins da pesquisa: a via judicial utilizada, a localização geográfica, as partes, a fundamentação da decisão, o pedido, o sujeito, o objeto da consulta, a parte dispositiva da decisão, momento de ajuizamento da ação e o efetivo cumprimento da consulta. Explico cada uma.

Quanto a via de ingresso, buscarei compreender qual tipo de ação predomina, analisando se haveriam outros tipos de ação ou vias que poderiam ser utilizadas. Avaliarei o cabimento de medidas extrajudiciais. A localização geográfica se justifica para conhecer quais regiões se pleiteia o direito à consulta prévia no Brasil, qual a jurisdição competente e o que pode se extrair disso. Quanto as partes, identificarei quem são os atores na disputa pelo direito

à consulta, tanto no pólo ativo quando passivo, porquê estão ali e indagarei sobre a ausência de outros.

Na parte dedicada à fundamentação, observarei os argumentos comumente suscitados pelas partes e como o Poder Judiciário se manifesta perante eles. Com a análise do pedido das petições iniciais, buscarei identificar a delimitação da ação que sujeitará o juiz na parte dispositiva de sua decisão. Identificarei o que é pedido e o que não é pedido, e como isso que acabam por implicar na parte dispositiva. Já na parte dispositiva da decisão judicial, verificarei os exatos moldes e condições em que o direito à consulta foi assegurado.

Quanto às variáveis “sujeito” e “objeto”, tais conceitos foram extraídos do mesmo livro em que foram extraídas as decisões (GARZÓN, OLIVEIRA, YAMADA, 2016, pp. 17-22). Como mencionado, o livro traça algumas análises gerais sobre a jurisprudência, mas vou além, propondo novas variáveis e análises de modo mais sistemático, onde reside a originalidade deste trabalho.

Quanto ao sujeito, identificarei quem são os sujeitos a serem consultados, principalmente no que diz respeito à categoria aberta de comunidades tradicionais, própria do contexto brasileiro. Quanto ao objeto da consulta, identificarei que tipo de medida estatal está sendo impugnada por carecer de consulta.

Identificarei também o momento em que a ação foi ajuizada em relação ao estágio de desenvolvimento do objeto impugnado que careceu de consulta para compreender se o momento de ajuizamento da ação influenciou na concessão de Suspensão de Liminar e no cumprimento da consulta.

Por último, analisarei se houve o cumprimento da decisão judicial, isto é, se houve a consulta de fato, e, se não, indicarei as razões para tanto, traçando o desfecho geral dos casos até o presente momento.

Da análise desses fatores, espero poder fazer inferências, indicando novas possibilidades e perspectivas para o tema. Quando conveniente, serão usadas tabelas como forma de facilitar a visualização dos resultados obtidos para cada variável analisada.

## CAPÍTULO 3: ANÁLISES E RESULTADOS

O presente capítulo consiste na parte central do trabalho, em que analiso as variáveis apresentadas isoladamente e debato os resultados, buscando identificar padrões e oportunidades.

### 3.1 – Via de ingresso no Judiciário

Todos os casos analisados foram judicializados por meio de Ação Civil Pública, regida pela Lei n. 7.347/85, ou Lei da Ação Civil Pública (LACP), instituto central do microsistema do processo coletivo brasileiro<sup>9</sup>.

Dispõe o art. 1º da LACP, que define o âmbito do direito material em que tal meio processual visa tutelar:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

**IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.**

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

**VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.**

VIII – ao patrimônio público e social.

Dada sua abrangência na tutela de direitos e interesses transindividuais, a ação civil pública constitui o meio mais apropriado para judicializar situação de violação ao direito à consulta, não vislumbrando maneira melhor ou equiparável a substituí-la. É que o direito à consulta amolda-se tanto nas hipóteses dos incisos IV e VII (em destaque).

Nos casos analisados, a via judicial se mostrou a mais adequada foi pois o que se buscou foi a anulação de atos administrativos, somente possível com determinação judicial. Contudo, observo a tendência atual em políticas públicas de acesso a justiça que aponta para a desjudicialização dos conflitos, a partir do estímulo para a utilização de meios autocompositivos, isto é, a resolução dos conflitos por meio das próprias partes, sem a imposição de um terceiro, isto é, a heterocomposição (em que, por exemplo, o juiz decide). Tal afirmação baseia-se em uma série de normativos editados recentemente, como a Política

---

<sup>9</sup> A análise referente as partes que ingressaram com a ação e aos legitimados será feita em seção adiante.

Judiciária de Tratamento de Conflitos (Resolução n. 125/2010 do CNJ), a nova Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), nova Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129/2015), bem como o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que traz diversos dispositivos incentivando a conciliação e mediação.

De maneira geral, se comparados com os meios heterocompositivos, os meios autocompositivos apresentam vantagens no que diz respeito à maior liberdade na criação do acordo, maior eficácia em seu cumprimento, bem como do menor custo e tempo envolvidos. Ao promover que as partes construam seu próprio acordo, tais meios estimulam a cooperação e minimizam a relação adversarial.

Nesse sentido, a própria LACP prevê a autocomposição com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC):

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Como se depreende, o TAC pode vir da iniciativa dos mesmos órgãos públicos legitimados para ingressar com a ACP (em especial Ministério Público, Defensoria Pública e entes federativos), com exclusão das pessoas jurídicas de direito privado como sociedades de economias mista, empresas públicas e associações.

O TAC é um negócio jurídico bilateral, assemelhando-se a um acordo, em que o órgão legitimado toma compromissos dos compromitentes a fim de suspender a ameaça ou efetiva violação a direito, com previsão de penalidades em caso de descumprimento. O TAC pode ou não ser precedido por inquérito civil público que subsidia sua elaboração.

A Procuradora Regional da República Geisa de Assis Rodrigues tem obra específica sobre o termo de ajuste de conduta, resultado de sua tese de doutorado. Nesse sentido, admite (RODRIGUES, 2011):

O Ministério Público deve se superar para estar habilitado ao desempenho dessas novas funções, como ressaltamos alhures. A sua tradicional imparcialidade deve ser aliada na condução da negociação, e não ceder lugar ao que o senso comum reconhece como uma Instituição meramente repressiva, acusadora. De fato, ajuizar uma ação civil pública é o caminho mais fácil para o Ministério Público. No entanto, não é necessariamente a forma mais adequada de tutela de direitos transindividuais. Sempre que haja possibilidade de acordo, pela evidente ampliação de acesso à justiça que o mesmo proporciona, deve-se preferir pelo ajustamento de conduta. Ser o provocador do diálogo pode ser um verdadeiro desafio para aqueles que tenham uma visão maniqueísta do mundo, reduzindo à vala comum todos aqueles que desrespeitam alguma regra de interesse da coletividade, como se fosse uma luta entre o Bem e o Mal. (p. 116)



Assim, considerando uma atuação preventiva e estratégica, visualizo o TAC como o instrumento extrajudicial adequado para se buscar garantir o direito à consulta, uma vez que se tenha identificado uma situação de potencial violação a esse direito. Tal atuação demandaria o acompanhamento das atividades dos órgãos estatais de modo que importantes decisões ainda não fossem tomadas e consolidadas em atos administrativos<sup>10</sup>. Por exemplo, em caso de licenciamento ambiental de algum empreendimento potencialmente violador do direito à consulta, buscar-se-ia atuar na fase anterior a emissão da Licença Prévia.

Dessa forma, imagino que o escopo do TAC seria a constatação de necessidade de consulta para embasar a decisão administrativa e culminaria na consolidação do Plano de consulta<sup>11</sup> que em que figurariam como compromitentes o empreendedor e administração pública, a depender do caso, e as comunidades afetadas na forma de coassistentes. Tal Plano incorporaria, se existirem, os Protocolos Autônomos de Consulta<sup>12</sup> daquela comunidade e o respectivo Plano de Gestão<sup>13</sup>. O papel do órgão legitimado tomador do TAC seria o de mediar e prezar pela adequada elaboração desse Plano de Consulta, garantindo a participação efetiva das comunidades interessadas e que as disparidades de poder não desvirtuem a negociação. Nesses casos, considerando a complexidade da negociação envolvida para firmar o TAC, o inquérito civil público seria indispensável para instruir e documentar o processo de elaboração.

Na perspectiva do empreendedor, verifiquei que a ação judicial pedindo a consulta é recebido mais como obstáculo superado do que um requisito a ser atendido. O que observei em todos os casos foi a vontade não em promover a consulta, conclusão que tiro do perpetuamento da litigância promovida pelos violadores do direito à consulta.

Se a atuação é feita por TAC, o empreendedor fica numa situação diferente, pois poderá incorporar a consulta no seu planejamento, tendo alguma liberdade para ajustar as regras e sendo incentivado a cumprir o acordo que ele próprio colaborou para elaboração. Não creio que essa estratégia resolverá a questão pois a consulta ainda precisará ser realizada e

---

<sup>10</sup> Sobre esse ponto, justificarei na seção “3.7 O *timing*: o momento de ajuizamento da ação e a Suspensão de Liminar” porque a atuação deve ser preventiva.

<sup>11</sup> O Plano de consulta deve ser elaborado conjuntamente pelos consultantes e consultados para cada consulta a ser realizada, onde serão definidos os aspectos procedimentais: datas, participantes e etc, objetivo de cada encontro.

<sup>12</sup> Os protocolos autônomos de consulta consistem basicamente nas regras procedimentais elaboradas pelos povos, segundo as demandas específicas de organização social e política daquele grupo, que vão embasar e embasam a elaboração dos Planos de consulta. Atendem o requisito da Convenção n. 169 que prevê que a consulta seja realizada segundo modos apropriados.

<sup>13</sup> Plano de Gestão consistem no documento que em as comunidades definem o uso do seu território e inclusive embasam o posicionamento em eventual consulta.

seus efeitos discutidos, mas certamente é uma via de atuação a ser considerada a ser buscando a experiência da consulta exemplar, meta que proponho.

Há outras vias de atuação visando o litígio estratégico que poderiam ser explorados, contudo, tais análises fugiriam do escopo deste trabalho. Por exemplo, poder-se-ia ser investigado o cabimento de Mandado de Segurança coletivo por meio das associações em relação a atos do legislativo em propostas de lei que afetem as comunidades ou mesmo as ações no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade.

### 3.2 – Lugares: localização geográfica dos conflitos e jurisdição

Considerando que todos os casos foram judicializados por meio de ACP, a previsão do art. 2º da LACP é a competência exclusiva para processamento e julgamento da ação pelo foro do local do dano.

Dos 12 casos analisados, 11 são oriundos na região Norte e Nordeste do país, fazendo com que estejam sob a jurisdição da Primeira Região da Justiça Federal<sup>14</sup>. Apenas um caso ocorreu fora desse jurisdição, que foi o caso “PARNA Superagui” no Paraná, dentro da abrangência da 4ª Região da Justiça Federal.

O quadro a seguir resume os dados obtidos:

<b>Caso</b>	<b>Localização por Estado</b>	<b>Jurisdição Competente</b>
UHE Belo Monte	Pará	1ª Região da Justiça Federal
UHE São Luiz do Tapajós	Pará	1ª Região da Justiça Federal
UHE Teles Pires	Mato Grosso	1ª Região da Justiça Federal
UHE São Manoel	Mato Grosso	1ª Região da Justiça Federal
Educação Escolar Indígena	Pará	1ª Região da Justiça Federal
Pólo Naval de Manaus	Amazonas	1ª Região da Justiça Federal
PARNA Superagui	Paraná	4ª Região da Justiça Federal
Estrada de Ferro Carajás	Maranhão	1ª Região da Justiça Federal
Linhão Manaus-Boa Vista	Amazonas	1ª Região da Justiça Federal
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Roraima	1ª Região da Justiça Federal
Hydrocarbonetos na Bacia do Acre	Acre	1ª Região da Justiça Federal
Porto Lago Maicá	Pará	1ª Região da Justiça Federal

<sup>14</sup> A 1ª Região da Justiça Federal abrange toda a região Norte, parte do Nordeste e parte do Centro-Oeste, compreendendo os Estados do Amazonas, Amapá, Roraima, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Note-se que abrange todos os Estados da Amazônia Legal.

Uma explicação parcial para a concentração na região Norte é pela existência de “territórios de fronteiras ainda não explorados, onde as indústrias extrativas chegam por meio demanda transnacional de recursos naturais” (GARAVITO, 2010, p.13). No caso do Brasil, além das indústrias extrativas, também estão presentes grandes projetos de infra-estrutura como é o caso de usinas hidrelétricas (UHEs), estradas e portos.

Também constata-se que todos os casos foram julgados pela Justiça Federal. O motivo principal é que, havendo disputa sobre direitos indígenas, a competência é da Justiça Federal, conforme previsão expressa do art. 129, XI, da Constituição Federal (CF). Contudo, em outros casos, que não versaram sobre indígenas, a competência da Justiça Federal se justificou diante da participação da União, e entidades autárquicas federais como réis na causa (art. 109, I, CF).

Faço uma ressalva para uma possível conclusão do quadro acima de que só há violações ao direito à consulta nessas regiões. Pode ocorrer situações de violações ao direito à consulta em outras regiões do país que sequer foram judicializadas, seja porque os próprios destinatários da norma não se reconhecem como tais (considerar, por exemplo, a abrangência da categoria aberta de povos e comunidades tradicionais) ou porque o próprios agentes das entidades de defesa desses grupos não tenham conhecimento do direito à consulta.

### **3.3 – Linhas gerais sobre a fundamentação das decisões**

Em linhas gerais, em todos casos o direito à consulta foi garantido pelo Judiciário na 1ª instância. As decisões de 2ª instância, em especial no TRF1, também costumam confirmar o direito, com exceção dos casos em que há concessão de Suspensão de Liminar (SL), tratado adiante.

Alguns argumentos comumente suscitados pelos demandados para não realizar a consulta são:

- (i) que o direito à consulta tem eficácia limitada e que por isso precisaria de regulamentação para ser exercido;
- (ii) que reuniões informativas equivaleriam a consulta;
- (iii) no caso de empreendimentos, que não haveria afetação às comunidades em razão de não estar localizado nos limites do território, não havendo que se falar em consulta;
- (iv) que o atendimento ao Componente Indígena no EIA equivaleria à consulta;

(v) que não é da competência da autarquia/órgão/agência reguladora ré realizar a consulta;

Todos esses argumentos são rechaçados pelos magistrados. Quando ao argumento

(i) é unânime o entendimento de que o direito à consulta, por ser direito fundamental, tem eficácia direta e aplicabilidade imediata;

(ii) a consulta deve ser prévia, livre e informada. Isso significa que é necessário um processo de diálogo substantivo em que haja condições reais de que as comunidades sejam consultadas. Reuniões informativas significam que a decisão já foi tomada.

(iii) há um entendimento bem amplo de que a afetação pode se dar de diversas maneiras. Por exemplo, no caso de UHEs, a definição da Área de Influência é fundamental<sup>15</sup>;

(iv) a consulta não se confunde com o estudo de Componente Indígena feito pelo empreendedor junto a FUNAI uma vez que a consulta é feita diretamente aos povos afetados e não um estudo sobre eles;

(v) ainda que haja ausência de regulamentação, os magistrados entenderam que o Estado deve promover a consulta, por meio de seus órgãos e entidades autárquicas. Na prática a consulta foi unificada, envolvendo todos os réus<sup>16</sup>, não havendo que se falar uma consulta para cada instituição dotada de poder de decisão.

Um fato interessante de notar é como no âmbito da 1ª Região da Justiça Federal boa parte das decisões citam umas as outras<sup>17</sup>, indicando haver uma jurisprudência consolidada que se reforça mutuamente. Destaco, por exemplo, o voto da Desembargadora Federal aposentada Selene Almeida, nos autos do Agravo de Instrumento da ação do caso UHE Belo Monte, que foi citado várias vezes<sup>18</sup>. O voto dela representa, talvez, a decisão mais avançada,

---

<sup>15</sup> No caso UHE Teles Pires, em que o Território Indígena localiza-se a 30km, mas já no EIA foi detectado que os Territórios Indígenas estão na Zona de Influência Indireta e a inundação do Salto Sete Quedas, área sagrada para os povo Munduruku. Caso semelhante ocorre no caso Hidrocarbonetos na Bacia do Acre, em que, apesar do empreendimento não estar dentro do Território Indígena, praticamente faz fronteira com ele.

<sup>16</sup> No caso nos Hidrocarbonetos, por exemplo, envolveu entidade autárquica (IBAMA), agência reguladora (ANP).

<sup>17</sup> O caso da UHE São Manoel cita o caso da UHE Tapajós e UHE Belo Monte. No caso dos Hidrocarbonetos, a decisão cita o agravo do caso Pólo Naval de Manaus entre outros. No caso UHE Tapajós a decisão adota fundamentação a decisão de São Manoel em alguns trechos.

<sup>18</sup> Voto citado no caso Teles Pires, no caso Porto Lago Maicá e no caso São Manoel.

pois coloca vários parâmetros que devem ser observados para que a consulta prévia se realize da maneira substantiva, em consonância com os mais avançados parâmetros internacionais.

Uma convergência importante nos votos é que todos consideraram amplamente a categoria de comunidades tradicionais para incluir ribeirinhos e quilombolas. Por exemplo, a decisão do caso Porto Lago Maicá fez referência ao caso do Pólo de Manaus, para afirmar que populações ribeirinhas são comunidades tradicionais. Sobre o que consiste a categoria de comunidades tradicionais, tal item será melhor abordado na seção sobre “sujeito”.

Há, contudo, as divergências significativas nas decisões ao que se refere à concepção da consulta e seu modo de realização, analisados pormenorizadamente em seção posterior.

### 3.4 – Quem litiga: partes

Nesse tópico, volto a atenção para as partes da demanda, tanto as que aparecem no pólo ativo quanto no pólo passivo.

No pólo ativo, em 11 dos 12 casos as ações foram veiculadas pelo Ministério Público Federal. Destes, em um houve litisconsórcio ativo facultativo<sup>19</sup> com o Ministério Público Estadual (caso UHE Teles Pires). No caso que restou, quem ajuizou a ação foi a Defensoria Pública, e nesse caso houve litisconsórcio da Defensoria Pública do Estado com a Defensoria Pública da União.

O quadro a seguir resume os dados obtidos:

<b>Caso</b>	<b>Pólo Ativo</b>	<b>Pólo Passivo</b>
UHE Belo Monte	MPF e FUNAI	IBAMA, Eletronorte, Eletrobrás, União (assistente passiva)
UHE São Luiz do Tapajós	MPF	União, IBAMA, ANEEL, Eletrobrás, Eletronorte
UHE Teles Pires	MPF e MPE/MT	Empreendedor, IBAMA, União
UHE São Manoel	MPF	IBAMA e EPE (estatal de Pesquisa Energética)
Educação Escolar Indígena	MPF	Município de Santarém
Pólo Naval de Manaus	MPF	Estado do Amazonas, União, INCRA
PARNA Superagui	DPU e DPE/PR	ICMBIO
Estrada de Ferro Carajás	MPF	Empreendedor, IBAMA e

<sup>19</sup> O litisconsórcio ativo facultativo é previsto no art. 5º, V, da LACP.

		FUNAI
Linhão Manaus-Boa Vista	MPF	Empreendedor, IBAMA, ANEEL, União
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	MPF	Estado de Roraima
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	MPF	UNIÃO, ANP, Petrobrás, IBAMA
Porto Lago Maicá	MPF	União, Estado do Pará, ANTAQ, EMBRAPA (estatal de Portos)

Uma constatação significativa é a predominância do Ministério Público nesse tipo de demanda. Considerando que em 9 dos 12 dos casos os sujeitos a serem consultados foram populações indígenas, tal predominância é justificada pela atribuição constitucional (art. 129, V) do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas. E no caso, do *Parquet* Federal, considerando a competência da Justiça Federal.

No caso do PARNA Superagui, a Defensoria Pública representou os pescadores artesanais e caiçaras. Tratando-se de não-indígenas, a Defensoria possui um extenso campo de atuação, pois se trata geralmente de comunidades hipossuficientes.

Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, há outros legitimados para a ação civil pública, e por consequência, tutelar interesses relativos ao exercício do direito a consulta :

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É curioso observar que os entes federativos e demais entidades mencionados nos incisos *III* e *IV* podem realizar esse papel, apesar de que em todas as vezes foram eles quem violaram o direito à consulta.

A ausência de participação das associações como entidade proponente justifica-se pois, como observou Cardoso (2010, p. 28), no Brasil, o Ministério Público e Defensoria Pública ocupam, em parte, o espaço da sociedade civil mais ativa, por vários motivos, como a

grande capacidade institucional, profissionais qualificados e bem remunerados, independência de atuação e a grande abrangência de atuação no território nacional.

Contudo, a autora alerta (2010, p.28) para limitações na atuação dessas instituições, questionando se são organizadas segundo uma lógica *issue-oriented* ou *client-oriented*, quer dizer, se há uma atuação temática organizada a longo-prazo, se perseguem agendas de direitos, além de que nem todos os membros das instituições trabalham na lógica do litígio estratégico, mas pensando apenas nos casos individuais. De fato, tais indagações são relevantes para repensar a lógica de atuação dessas entidades.

Na minha experiência profissional, verifico que geralmente as associações das comunidades atuam em sinergia com o Ministério Público e Defensoria Pública, provocando-as e colaborando com subsídios para as ações.

Vale mencionar que qualquer cidadão poderá provocar a atuação do Ministério Público. É o que prevê o art. 6º da LACP:

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Essa é uma informação muito relevante para ser divulgada para as comunidades, possibilitando verdadeiro exercício de cidadania. Na prática, significa que todo cidadão, especialmente os destinatários da norma, pode provocar o Ministério Público para defesa do direito à consulta.

Já no pólo passivo das ações, como mencionado, na maior parte das vezes quem figura é o ente federativo e sua administração indireta (p.e. órgãos ambientais licenciadores e agências reguladoras) bem como o empreendedor.

Essa diversidade de réus, mostra uma incerteza quanto a quem deve promover a consulta, levando em conta a ausência de regulamentação e sendo uma questão suscitada pelas partes processadas, que alegam que promover a consulta não estaria dentro de suas competências institucionais.

Contudo, a escolha sobre quem deve realizar a consulta é resolvida caso a caso sem maiores dificuldades, pois geralmente o critério de definição é qual ente que vai tomar a decisão que pode afetar as comunidades<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> No caso de licenciamento ambiental no âmbito federal, foi o IBAMA a entidade obrigada a consultar. Em alguns casos, agências reguladoras também foram processadas por adotarem procedimentos que violaram a consulta, como no caso UHE Tapajós, em que a Aneel fez o edital do leilão, ou no dos Hidrocarbonetos, em que a ANP autorizou os estudos em área limítrofe ao Território Indígena.

### 3.5 – Quem deve ser consultado: sujeitos

A variável sujeitos diz respeito ao destinatário do direito à consulta, isto é, quem tem o direito de ser consultado. A Convenção n. 169 é direcionada aos Povos Indígenas e Tribais. Logo no artigo 1º, item 1, é dada a definição de cada categoria, povos tribais e indígenas, respectivamente:

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, 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;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

No Brasil, há um esforço por parte dos movimentos de direitos humanos para equiparar o conceito de povos tribais aos quilombolas e aos Povos e Comunidades Tradicionais. Nesse sentido, GARZÓN, OLIVEIRA e YAMADA (2016, p.19) fazem a comparação da definição do Decreto n. 6.040/07, com a da Convenção n. 169 para demonstrar como se equiparam:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: 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;

Os povos e comunidades tradicionais constituiriam rol aberto que abrangeria as comunidades quilombolas, ribeirinhas, pescadores e qualquer outro grupo com as características apontadas, segundo critérios de auto-definição.

Em 3 casos houve a interpretação de povos tribais para abranger quilombolas, pescadores e ribeirinhos. Em nenhum caso o Judiciário negou o direito à consulta a esses povos, indicado uma perspectiva favorável se refere à aceitação da amplitude da categoria pela jurisprudência.

Observa-se do quadro:



<b>Caso</b>	<b>Sujeito – destinatário da norma</b>
UHE Belo Monte	Povos indígenas e comunidades ribeirinhas
UHE São Luiz do Tapajós	Povos indígenas e comunidades tradicionais
UHE Teles Pires	Povos indígenas
UHE São Manoel	Povos indígenas
Educação Escolar Indígena	Povos indígenas
Pólo Naval de Manaus	Comunidades ribeirinhas
PARNA Superagui	Pescadores artesanais, pescadores e caiçaras
Estrada de Ferro Carajás	Povos indígena
Linhão Manaus-Boa Vista	Povos indígenas
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Povos indígenas (professores indígenas)
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	Povos Indígenas
Porto Lago Maicá	Quilombolas e ribeirinhos

Nesse sentido, quanto aos povos e comunidades tradicionais, observo que há um campo fértil a ser explorado, principalmente em termos de disseminação de conhecimentos para que esses sujeitos se reconheçam como destinatários da Convenção n. 169 e do direito à consulta, para que possam reivindicar seus direitos.

No intuito de mostrar um caso em que o direito à consulta foi ignorado, cito um exemplo que vivenciei durante a graduação na disciplina de Prática em Direito Ambiental, com a professora Gabriela Lima. Um dos escopos da disciplina foi desenvolver projetos de consultoria em parcerias com organismos não-governamentais de natureza ambientalista. Nesse sentido, pude articular um contato com a Fundação Mais Cerrado, que, num dos projetos da época, estava envolvida nos debates acerca da alteração do Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental (APA) de Pouso Alto, que compreende a Chapada dos Veadeiros. O detalhe é que parte da APA Pouso Alto se sobrepõe ao território quilombola Kalunga. As discussões em torno da alteração do Plano de Manejo foram organizadas com base em comissões temáticas, em que estavam algumas categorias interessadas representadas (basicamente ambientalistas, moradores da região e empresários do agronegócio). Na época, tive conhecimento que o território Kalunga é altamente visado por empresários da região, devido a riqueza em recursos minerais e pelo potencial de exploração na produção de energia hidráulica. A representação da comunidade quilombola se deu de maneira desproporcional com apenas um voto nas comissões, na figura do líder da associação Kalunga, o Sr. Vilmar Andrade, muito longe do que a Convenção n. 169 garante, como consulta prévia, livre e informada diretamente às populações interessadas.

Nesse caso, por exemplo, se a comunidade estivesse mais articulada em torno do direito à consulta, poderia ter elaborado um protocolo autônomo de consulta e buscado a consulta fora do âmbito daquelas reuniões, caso entendesse necessário. Se não tivesse satisfeita com as decisões tomadas, poderia inclusive buscar a anulação da medida por via judicial. Apenas para ilustrar uma linha de atuação que hoje é respaldada pelo Judiciário e que, até onde sei, não foi usada.

### 3.6 – Objeto da consulta

O texto da Convenção 169, artigo 6ª, prevê que as comunidades deverão ser consultadas diante de quaisquer medidas administrativas ou legislativas que poderão afetá-las. Em todos os casos foram as medidas administrativas do Poder Executivo objeto de consulta. Porém, não é só o Executivo que desrespeita o direito à consulta. Sabe-se que há uma série de projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que afetarão os povos indígenas, por exemplo, sem qualquer consulta (GARZÓN, OLIVEIRA, YAMADA, 2016, p.52 ).

Em 9 dos 12 processos analisados, o objeto da consulta foi o licenciamento ambiental, em especial a implantação de empreendimentos de grande porte, como hidrelétricas, portos, estradas de ferro, exploração de petróleo, linhas de transmissão de energia.

O quadro a seguir ilustra os dados esses dados:

<b>Caso</b>	<b>Objeto da impugnação judicial</b>
UHE Belo Monte	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA
UHE São Luiz do Tapajós	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA
UHE Teles Pires	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA
UHE São Manoel	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA
Educação Escolar Indígena	Portaria Municipal
Pólo Naval de Manaus	Decreto Estadual que preveu o projeto e autorizou a desapropriação da área
PARNA Superagui	Plano de Manejo de Unidade de Conservação
Estrada de Ferro Carajás	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA
Linhão Manaus-Boa Vista	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA e leilão junto a ANEEL
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Projeto de lei de iniciativa do Executivo, antes de ser enviado ao Legislativo
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA e autorizações junto a ANP
Porto Lago Maicá	Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA

Nos outros 3 casos, os objetos foram atos normativos do Poder Executivo. No caso da Educação Escolar Indígena foi uma Portaria municipal editada que regulamentava a organização desse ramo da educação sem consulta às comunidades indígenas. No caso da Lei de Educação Básica e dos professores indígenas o objeto foi o Projeto de Lei que seria enviado à Câmara Legislativa do Estado, que disporia sobre os professores indígenas. No caso do PARNA Superagui, tratou do Plano de Manejo que estava em processo para ser alterado, afetando diretamente a vida dos pescadores que vivem no Parque Nacional.

O que pode ser extraído dos casos analisados é que há uma jurisprudência favorável à amplitude dos objetos de consulta, principalmente se considerarmos os que envolveram medidas administrativas de caráter normativo.

### **3.7 – O que se pede e o que se ganha: O pedido, a parte dispositiva da decisão e o modo da consulta**

Nesse aspecto, faço uma análise conjunta da variável do “pedido” e da “parte dispositiva da decisão judicial” a fim de permitir uma visão integrada que permitirá problematizar alguns aspectos que envolve o escopo das ações<sup>21</sup>.

Nos casos em que o objeto da consulta era o licenciamento ambiental, a inicial pedia sua suspensão do licenciamento ambiental até que a consulta prévia fosse realizada. E assim o magistrado deferia. Nos casos que o objeto era a normativa do Estado, o pedido foi similar, de que os atos fossem interrompidos para haver a consulta prévia.

Em 2 casos o pedido de consulta foi cumulado com requisitos específicos do licenciamento ambiental de cada tipo de empreendimento<sup>22</sup>. Não verifiquei que isso tenha afetado o pleito, apenas aumentou o âmbito da discussão.

Em regra, os pedidos apenas são para que a consulta seja realizada, sem indicações específicas de procedimento. Em resposta, as decisões garantem a consulta, do mesmo modo, de maneira vaga, como pode ser observado da tabela mencionada ao final. Diante disso, suscito algumas reflexões.

---

<sup>21</sup> Para ver os dados obtidos verificar a tabela com os dados compilados ao final do trabalho. Não foi colocada aqui pois é muito grande.

<sup>22</sup> No caso UHE Tapajós o pedido foi cumulativo: realização da consulta junto com a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) e Avaliação Ambiental Estratégia (AAE). No caso dos Hidrocarbonetos, o pedido de consulta foi cumulado com a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS).

Um importante avanço seria a inclusão no pedido da petição inicial da ACP para a elaboração do Plano de Consulta, orientado segundo o Protocolo Autônomo de Consulta e o Plano de Gestão, se existirem. Tal item serviria para cobrir uma série de incertezas, como mostrarei a seguir nas diferentes interpretações que foram dadas ao modo que a consulta deveria se realizar.

Quanto ao modo da consulta, faço observações no que tange a prazos; quem organiza e intervém; formato e seus efeitos. Tais dados são consolidados em tabela ao final do texto.

Quanto ao prazo, em apenas 4 casos dos 12, foi dado um prazo para consulta, variando de 60 a 90 dias. A definição de prazo tem um caráter paradoxal. Ao mesmo tempo que consiste em obrigação de fazer e movimenta a administração pública, pode significar uma consulta mal-feita, às pressas. Nesse sentido, a definição de um Plano de Consulta visa cobrir essas incertezas, indicando datas e prazos, de acordo entre as partes.

Quanto a quem organiza a consulta é um aspecto que variou caso a caso. Em boa parte há indefinições sobre se os réus realizam a consulta isolada ou conjuntamente, deixando dúvidas se uma consulta poderia ser aproveitada por outra instituição.

Algumas decisões colocaram a necessidade de intervenção do Ministério Público ou FUNAI. Apesar de não existir previsão legal, essa recomendação é positiva, pois pode garantir a observância de requisitos procedimentais mínimos, evitando arbitrariedades por parte da Administração pública.

Quanto ao formato, há notadas divergências. No caso da Educação Escolar indígena, o magistrado considerou que a consulta ocorreria na forma de uma audiência pública. No caso Teles Pires, a decisão determinou que a consulta fosse feita pelo Congresso Nacional na forma do artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Tal tema foi abordado em artigo (OLIVEIRA, PONTES, 2010, p.79) que diferenciou a Consulta Prévia da Convenção n. 169, da audiência pública prevista na Lei de Licenciamento Ambiental e da oitiva constitucional prevista no artigo 231, § 3º da Constituição Federal, este último aplicável somente às populações indígenas, defendendo que são procedimentos autônomos. Observando, a jurisprudência em perspectiva, observa-se essa tendência em tornar a consulta prevista na Convenção n. 169 em um instituto autônomo.

As decisões judiciais não se manifestam sobre os efeitos que a consulta terá, isto é, se vinculará a decisão administrativa ou será mera opinião. A consulta é colocada como um requisito a ser realizado e, só após realizado, o licenciamento ambiental ou outros atos prosseguirão. Há uma margem grande do que pode acontecer. É claro que não é do Judiciário a função de estipular nesse momento os efeitos da consulta, mas a tendência é que ela seja

vista pelo empreendedor e governo como um requisito a ser superado, em vez de oportunidade de efetiva a autodeterminação dos povos.

Como evidenciado, houve diversas concepções diferentes quanto ao modo da consulta. Nesse sentido, a fim de cobrir boa parte dessas incertezas procedimentais, quando da propositura das Ações Civil Públicas ou TAC, sugiro à menção a necessidade de se elaborar os Planos de Consulta que respeitem os Protocolos Autônomos de Consulta e Planos de Gestão, se houver. No caso de TAC, o Plano de Consulta seria homologado em juízo na forma de acordo extrajudicial, tendo acompanhamento quanto a seu cumprimento pelas partes envolvidas (empreendedor, governo, comunidades tradicionais) com a fiscalização de quem o propôs (Ministério Público ou Defensoria Pública).

### **3.8 – O *timing* de ação: O momento de ajuizamento da ação e as Suspensões de Liminares**

Um requisito do direito à consulta é o que ela seja prévia. Isso significa que a consulta deve ser realizada antes de serem tomadas as decisões estatais que afetem os povos. Em todos os casos, as decisões importantes já haviam sido tomadas e a judicialização foi uma tentativa de frear a a ação estatal violadora do direito à consulta.

Um padrão observado nos casos que tiveram como objeto o licenciamento ambiental é que, em sua maioria, a ação foi proposta em momento avançado do licenciamento. O quadro a seguir ilustra essa tendência:

<b>Caso</b>	<b>Momento de ajuizamento da ação</b>
UHE Belo Monte	Após emissão da Licença Prévia e durante elaboração do Termo de Referência do EIA/RIMA.
UHE São Luiz do Tapajós	Antes da emissão da Licença Prévia
UHE Teles Pires	Após a Licença de Instalação
UHE São Manoel	Após a Licença de Instalação (obras já em curso)
Educação Escolar Indígena	Após publicada a Portaria objeto de impugnação
Pólo Naval de Manaus	Antes de ocorrer o licenciamento ambiental e as desapropriações.
PARNA Superagui	Durante fase de elaboração do Plano de Manejo.
Estrada de Ferro Carajás	Após a Licença de Instalação
Linhão Manaus-Boa Vista	A primeira ação foi ajuizada antes de se conseguir a Licença Prévia junto ao IBAMA e após publicação de Edital de leilão junto a ANEEL. A segunda ação veio depois que a Licença Prévia foi emitida, pois a consulta não tinha sido realizada, sendo então cassada.
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Antes do PL ser enviado ao Legislativo

Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	A Petrobrás já havia arrematado o bloco de exploração de Petróleo e realizado contrato. A ANP estava em vias de realizar a licitação para exploração e produção de hidrocarbonetos na Bacia.
Porto Lago Maicá	Entre o EIA/RIMA e a LI

A meu ver, tal fato repercutiu diretamente na concessão das Suspensões de Liminares (SL). Nesse ponto, faço um adendo para explicar o que é o instituto. A SL é um recurso previsto no artigo 4º da Lei 8.437/92, que assim dispõe:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Na prática, dá um superpoder aos presidentes dos tribunais. Eles podem passar por cima de todo um cuidadoso juízo de cognição realizado pelos magistrados de 1ª e 2ª instância com uma decisão vaga e mal fundamentada, suspendendo todo o trabalho realizado na ação até que o processo transite em julgado.

Nos casos em que houve a concessão de SL, a execução dos empreendimentos prosseguiu e a a consulta perdeu o momento de ser feita para respaldar a decisão estatal<sup>23</sup>.

De fato, o estágio avançado de um empreendimento significa que há uma grande expectativa de diversos atores em sua realização, e também significa que expressivos montantes de recursos foram investidos.

Tendo em vista casos futuros, quanto mais próxima da fase inicial o projeto, ainda na fase de estudos, por exemplo, maior a possibilidade de promover a consulta, e se necessário, vetá-lo, pois será menor a expectativa envolvida no projeto e os custos para o empreendedor, minimizando, dessa forma, o risco da concessão de eventual Suspensão de Liminar.

Para isso, seria interessante o monitoramento das ações estatais, pelos povos e comunidades afetadas, a fim de detectar ameaças e permitir a tomada de providências cabíveis o quanto antes.

<sup>23</sup> O quadro na seção seguinte indica se houve SL.

### **3.9 – No fim das contas: o cumprimento da decisão e efeitos da consulta.**

Em nenhum dos casos houve um procedimento de consulta que se possa dizer exemplar. Há diferentes motivos para tal afirmação. Faço observações gerais, agrupando os casos que tiveram encaminhamentos semelhantes.

Quanto aos processos que tiveram concessão de SL, não houve e nem há perspectiva para haver consulta. São os casos da UHE Belo Monte, UHE São Manoel, UHE Teles Pires e Linhão Manaus-Boa Vista, nos quais estão em fase de construção ou já foram construídos. Nesses, as ações principais ainda tramitam e as respectivas decisões finais de mérito afastarão o que foi concedido nos SLs quando transitarem em julgado.

Nesse aspecto, é interessante que se busque o acompanhamento das ações até o trânsito em julgado para que se forme precedentes favoráveis em instâncias superiores, em especial STJ e STF. Ainda que essa estratégia não tenha efeitos práticos, uma vez que os empreendimentos já estão construídos, terá o efeito simbólico de reconhecer o erro estatal, sendo uma perspectiva que o litígio estratégico permite ter.

No caso UHE São Luiz do Tapajós, o licenciamento ambiental foi arquivado pelo IBAMA em razão da superveniente publicação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) da Terra Indígena que seria alagada para formação do reservatório da Usina.

No caso dos Hidrocarbonetos na Bacia do Acre, a licitação para a exploração da bacia restou deserta, ou seja, não houve interessados.

No caso da duplicação da Estrada de Ferro Carajás, apesar da decisão de 1º grau favorável à consulta, seus efeitos foram suspensos por uma decisão do TRF1 em sede de Agravo de Instrumento, decidindo pelo prosseguimento da obra.

Quanto ao caso do Pólo Naval de Manaus, o Decreto do Estado do Amazonas que autorizava o empreendimento continua anulado e tudo indica que o empreendimento está suspenso.

No caso do Plano dos Servidores da Educação Básica de Roraima, a liminar foi favorável à realização da consulta, mas a sentença reconheceu a perda do objeto pois, no dia seguinte à decisão judicial, o Poder Executivo mandou o Projeto de Lei para a Assembléia Legislativa. Vale ressaltar que a Juíza, na sentença, em razão dessa conduta do Estado de Roraima, condenou o Estado por ato atentatório à dignidade da Justiça.

Os casos do PARNA Superagui, do Porto Lago Maicá e da Educação Escolar Indígena ainda tramitam em primeira instância e a consulta à página de movimentação processual indica que estão sendo encaminhados pela autocomposição.

Há uma importante observação a ser feita. Ainda que não tenha havido consulta em nenhum dos casos, em 8 dos 12 o objeto impugnado não se concretizou, isto é, o empreendimento não foi realizado. Isso mostra como que a ação judicial acabou tendo um efeito prático para as comunidades.

A tabela a seguir compila as informações tratadas:

<b>Caso</b>	<b>A consulta foi realizada? Se não, por quê?</b>	<b>Quais foram os efeitos práticos do cumprimento da consulta?</b>
UHE Belo Monte	Não. Houve concessão de SL pelo STF.	Não se aplica.
UHE São Luiz do Tapajós	Não. O IBAMA arquivou o processo de licenciamento do empreendimento em razão da demarcação da TI que a UHE alagaria.	Não se aplica
UHE Teles Pires	Não. Houve concessão de SL pelo TRF.	Não se aplica.
UHE São Manoel	Não. Houve concessão de SL pelo TRF.	Não se aplica.
Educação Escolar Indígena	O processo tramita em primeiro grau e está suspenso para a autocomposição judicial, indicando que a consulta está em curso.	Ainda não há como definir, pois está em andamento, mas a tramitação e despachos indicam que estão sendo tomadas providências para a realização da consulta.
Pólo Naval de Manaus	Não. A sentença declarou a nulidade do Decreto Estadual que autorizava as desapropriações para o empreendimento. O processo corre em grau de apelação.	Não se aplica.
PARNA Superagui	A consulta está sendo acompanhada na fase instrutória do processo na 1ª instância mas ainda não finalizou.	Ainda não há como definir, pois está em andamento, mas a tramitação e despachos indicam que estão sendo tomadas providências para a realização da consulta.
Estrada de Ferro Carajás	Não. Houve Agravo de Instrumento no TRF1 que	Não se aplica.



	suspendeu os efeitos da decisão que determinou a consulta.	
Linhão Manaus-Boa Vista	Não. Houve concessão de SL pelo TRF	Não se aplica.
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Não. Logo que foi citado, o Estado de Roraima mandou o Projeto de Lei para o Legislativo, ocasiando na perda de objeto da ação.	Não se aplica.
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	Não consegui localizar o processo no sítio eletrônico do TRF.	Não se aplica.
Porto Lago Maicá	Não. Há tratativas em andamento para que ocorra a consulta de forma autocompositiva.	Não se aplica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos avanços constatados no âmbito das decisões de 1ª e 2ª instância no que diz respeito a abrangência na compreensão do direito à consulta, em especial sobre a aceitação ampla dos sujeitos destinatários da norma, o formato da consulta como autônomo e à ampla aceitação de objetos passíveis de impugnação, verifica-se que não houve ainda um processo de consulta de fato.

A abertura deixada pela jurisprudência permite identificar algumas janelas de oportunidade para os atores interessados no litígio estratégico a fim de se avançar na prática da consulta, as quais sintetizo na forma de ações:

- (i) monitorar as atividades de organismos estatais que possam afetar as comunidades, em especial no âmbito do Poder Executivo (p.e. órgãos de licenciamento ambiental, agências reguladoras) a fim de identificar antecipadamente quaisquer medidas que possam atingir tais povos e permitir que se exija a consulta nessas fases iniciais, evitando a concessão de Suspensões de Liminar;
- (ii) ampliar o uso do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), considerando a atuação preventiva e estratégica nas fases prévias às decisões administrativas. Ressalte-se que o órgão legitimado não substituirá a vontade das comunidades interessadas, apenas zelando pela lisura e mediando os envolvidos na elaboração do Plano de Consulta, que consistirá o objeto do TAC. Nesse caso a administração pública ou o empreendedor figurarão como compromitentes, a depender do caso, e as comunidades figurarão como coassistentes;
- (iii) incluir na petição da ACP ou pelo TAC, a necessidade de elaboração do Plano de Consulta que observe, se existir, as regras do Protocolo de Consulta e Plano de Gestão da comunidade a ser consultada;
- (iv) estimular a atuação de outros legitimados para atuação em causas dessa natureza, em especial da Defensoria Pública, seja na esfera federal quanto estadual, e do Ministério Público na esfera estadual, considerando a abrangência da categoria de povos e comunidades tradicionais enquanto sujeitos do direito à consulta e a hipossuficiência. A atuação pode se dar tanto de ofício quanto por provocação;

- (v) promover a educação jurídica popular sobre a Convenção n. 169 e sobre o direito à consulta para os próprios destinatários da norma, para que possam provocar a iniciativa dos órgãos públicos de defesa de seus direitos, seja a Defensoria Pública ou Ministério Público. É desejável que tal divulgação pode ser acompanhada de assessoria para o desenvolvimento dos Protocolos Autônomos de Consulta e Planos de Gestão destas comunidades, instrumentos fundamentais para efetivação do direito à consulta.
- (vi) acompanhar as ações judiciais que não transitaram em julgado, principalmente as que tiveram concessão de Suspensão de Liminar, a fim de consolidar nos tribunais superiores jurisprudência favorável reconhecendo que houve violação do direito à consulta.

## ANEXO

Tabela da “Seção 3.7 – O que se pede e o que se ganha: O pedido, a parte dispositiva da decisão e o modo da consulta”

<b>Caso</b>	<b>Prazo, se existente</b>	<b>Quem organiza</b>	<b>Condições</b>
UHE Belo Monte	Não concedeu em 1ª instância, mas em 2ª instância a consulta foi assegurada pelo TRF1.	Não se aplica.	Não se aplica.
UHE São Luiz do Tapajós	60 dias	Os réus ouvem as comunidades mas o MPF lidera a consulta, indicando, formato, lideranças, locais e datas	b) antes que se encerre a fase de viabilidade, que os réus ouçam as comunidades indígenas Andirá-Macau, Praia do Mangue, Praia do Índio, Pimental, KM 43, São Luiz do Tapajós e outras por ventura ainda não localizadas ou demonstrem que os índios frustraram ou se recusaram a opinar sobre o aproveitamento hídrico discutido neste feito; d) que o Ministério Público Federal, em 60 (sessenta) dias adote providências para a oitiva das comunidades indígenas referidas no item "b", indicando forma (formato), quais são suas lideranças aptas e legitimadas a representá-las, locais e datas de sua audiência (sendo que neste último caso podem ser ajustadas por acordo entre as

UHE Teles Pires	Não se aplica	Congresso Nacional	b) julgo procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, pelo que imponho aos réus obrigação de não fazer consistente no impedimento de prosseguir no licenciamento e nas obras da Usina Hidrelétrica Teles Pires até realização, pelo Congresso Nacional, de consulta aos povos indígenas afetados, Kayabi, Munduruku e Apiaká, tal como determina o art. 231, § 3º, da Constituição Federal.
UHE São Manoel	90 dias	IBAMA e EPE	Suspendeu o licenciamento até a realização da consulta
Educação Escolar Indígena	90 dias	Município	Participação dos órgãos públicos competentes e “intervenção direta do MPF e da FUNAI” A consulta deve ser pública, a possibilitar a participação de toda a comunidade local
Pólo Naval de Manaus	Não estipulou prazo.	Estado do Amazonas, União e INCRA, nos respectivos âmbitos de decisão.	a) Julgo procedente o pedido e DECLARO a nulidade do Decreto nº 32.875, de 10/10/2012, editado pelo Governador do Estado do Amazonas. b) Condene o Estado do Amazonas à obrigação de não fazer, consistente no impedimento de produzir atos administrativos acerca do local do

			<p>empreendimento denominado Polo Naval ou Complexo Naval, enquanto não houver a realização de consulta prévia, formal, livre e informada, nos moldes em que determina a Convenção nº 169, da OIT, aos povos tradicionais da região já identificados nos presentes autos. c) Condene a União e o INCRA à obrigação de não fazer, consistente na abstenção de realizar, a qualquer título, a transferência de imóveis de sua titularidade em favor do Estado do Amazonas ou da implantação do grande empreendimento chamado Polo Naval ou complexo Naval, até o momento em que for realizada a consulta prévia, livre e informada nos termos da Convenção nº 169/OIT.</p>
PARNA Superagui	Não estipulou prazo.	ICMBIO	<p>Deferiu a antecipação de tutela para determinar à ré que disponibilizasse o documentos e estudos do Plano de Manejo; que garantisse a efetiva participação dos pescadores integrantes do MOPEAR (Movimento de Pescadores e Pescadoras Artesanais</p>

			do Litoral do Paraná) na elaboração do referido Plano de Manejo; que na elaboração do Plano de Manejo, fossem observadas as diretrizes da Convenção n. 169 da OIT no que diz respeito à consulta às populações tradicionais e produção de estudos técnicos pautados em metodologias condizentes com a complexidade social local.
Estrada de Ferro Carajás	90 dias para que fosse promovida a abertura da fase de consulta prévia.	IBAMA	Suspendeu todo processo de licenciamento da obra referente ao trecho que passava por dentro da Terra Indígena até que houvesse a consulta. Mencionou que a consulta deverá ser levada em consideração nas decisões que possam impactar o povo indígena consultado. Ainda determinou à VALE que se absteresse de promessa, doação, entrega de bens, vantagens e obras aos indígenas antes e após a consulta prévia.
Linhão Manaus-Boa Vista	Não estipulou prazo.	Não deixou claro. Mas os réus são IBAMA, ANEEL, UNIÃO e empreendedor.	deferiu o pedido, determinando a “suspensão imediata de todo e qualquer procedimento relacionado à implantação da linha de

			transmissão, com a suspensão do processo de licenciamento ambiental e das licenças ambientais eventualmente expedidas” até que sobreviesse a consulta prévia, na forma do artigo 231 3 da Constituição Federal. Na sentença do mesmo processo, confirmou a liminar, decidiu que: cópia dos autos fossem remetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos além de determinar a nulidade dos editais de leilão da ANEEL e todo o licenciamento ambiental. Na segunda ação do Linhão, questionando a LP, também foi deferida a liminar, para suspender a licença e o início das obras até que o povo Wairi Mati fosse consultado.
Lei de Educação Básica e dos professores indígenas	Não se aplica	Não se aplica. A consulta foi pedida para ser feita pela Associação de Professores.	Julgou perda do objeto, uma vez que o Projeto de Lei já havia sido encaminhado à Assembleia Legislativa, mas condenada por obstrução de justiça segundo o (77 VI V do antigo CPC)
Hidrocarbonetos na Bacia do Acre	Não estipulou prazo.	Deixou em dúvida se seria uma consulta só ou uma para cada réu. Nesse caso poderia ser o IBAMA, a PETROBRAS e UNIÃO e ANP.	determinou às rés que suspendessem todo o procedimento até que fosse feita a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar e a Consulta prévia.



Porto Lago Maicá	Não estipulou prazo.	Não ficou claro quem realizaria a consulta.	<p>CONCEDO EM PARTE A LIMINAR, para DETERMINAR a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental do terminal portuário da EMBRAPS – EMPRESA BRASILEIRA DE PORTOS DE SANTARÉM LTDA, na grande área do Maicá e de qualquer ato visando o empreendimento, até que seja demonstrada a efetiva realização do procedimento de consulta livre, prévia e informada às populações quilombolas e tradicionais situadas na sua área de influência direta.</p> <p>Deixo</p>
------------------	----------------------	---	--

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDOSO, Evorah L. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. Universidade de São Paulo, 2010.
- CRESWELL, John W. Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3ª Edição. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- DUPRAT, Deborah. Apresentação. *Em*: DUPRAT, Deborah. (Org). Convenção n . 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015
- GARAVITO, Cesar. R. Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia., 2012.
- GARZÓN, Biviany R. OLIVEIRA, Rodrigo M. YAMADA, Erika M. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Washington, D.C./São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; DC : Due Process of Law Foundation, 2016.
- OLIVEIRA, Rodrigo; PONTES Jr., Felício. Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. *Em*: DUPRAT, Deborah. (Org). Convenção n . 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

## DECISÕES JUDICIAIS

- BRASIL. Decisão Liminar na ACP nº 0000378-31.2014.4.01.3902 (Educação escolar indígena), 2014.
- BRASIL. Decisão Liminar na ACP nº 5000742-88.2015.4.04.7008/PR (PARNA Superagui), 2015.
- BRASIL. Decisão Liminar na ACP nº 0000377-75.2016.4.01.3902 (Porto Lago Maicá), 2016.
- BRASIL. Sentença na ACP nº 0003947-44.2012.4.01.3600 (UHE Teles Pires), 2014.
- BRASIL. Decisão liminar na ACP nº 0014123-48.2013.4.01.3600/MT (UHE São Manoel), 2014.

BRASIL. Sentença na ACP nº 0003883-98.2012.4.01.3902/PA (UHE Tapajós), 2015.

BRASIL. Decisão na ACP nº 00061827-77.2015.4.1.3700/MA (Estrada de Ferro Carajás), 2015.

BRASIL. Sentença na ACP nº 2006.39.03.000711-8/PA (Belo Monte), 2007.

BRASIL. Sentença na ACP nº 0005543-04.2015.4.01.4200/RO (Plano de Carreira dos Servidores da Educação Básica de Roraima), 2017.

BRASIL. Decisão liminar na ACP nº 18408-23.2013.4.01.3200/AM (Linhão), [s.d.].

BRASIL. Decisão Liminar na ACP nº 1849-35.2015.01.3001/AC (Hidrocarbonetos na Bacia Sedimentar do Acre), [s.d.].

BRASIL. Sentença na ACP nº 18408-23.2013.4.01.3200/AM (Linhão), [s.d.].

BRASIL. Sentença na ACP nº 0006962-86.2014.4.01.3200/AM (Pólo Naval de Manaus), 2016.

BRASIL. Decisão liminar na ACP nº 18032-66.2015.4.01.3200/AM (Linhão), 2016.

## **NORMAS**

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 julho de 1985.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 junho de 1992.

OIT. Convenção nº 169/1989.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2008.