

O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO

Fernando da Silva Mattos¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2. O direito à consulta prévia: contextualização e previsão legal; 2.1 Contextualização; 2.2. Previsão legal do direito à consulta prévia; 3. Características do direito à consulta prévia; 3.1 Consulta como dever do Estado; 3.2 Consulta em face de medidas legislativas e administrativas; 3.3 Consulta de boa-fé; 3.4 Consulta prévia, livre e informada; 4 O Ministério Público como instrumento de concretização do direito à consulta prévia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas são importantes instrumentos jurídicos para a proteção adequada dos direitos fundamentais das comunidades indígenas, na medida em que, entre outras disposições, garantem o direito à consulta prévia às comunidades indígenas a respeito de qualquer medida legislativa ou administrativa que possa afetar seus direitos. Dentro desse contexto, o presente artigo se propõe a analisar as características principais do direito à consulta prévia bem como a atuação do Ministério Público, na tentativa de lhe conferir efetividade prática.

Palavras-chave: Consulta prévia. Comunidades indígenas. Características. Ministério Público.

ABSTRACT: The Convention 169 of the International Labor Organization and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples are important legal instruments for the adequate protection of the fundamental rights of indigenous communities. Among other provisions, both institutes guarantee the right to

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Graduado em Direito e em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela UNP. Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPDG-UFSC). Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Antropologia Jurídica, sob a coordenação da Profa. Doutora Thais Luzia Colaço. Foi membro da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB/SC. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná desde 2008, atualmente designado para atuar no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos.

prior consultation with the indigenous communities in relation to any legislative or administrative measures which may affect their rights. In this context, this article will analyze the main features of the right to prior consultation, as well as the role of the Public Prosecutors' Office, in order to provide practical effectiveness.

Keywords: Prior consultation. Indigenous community. Characteristics. Public Ministry.

1 Introdução

O objetivo deste ensaio é analisar a atuação do Ministério Público no sentido de dar concretude a um dos instrumentos normativos indispensáveis à autodeterminação das comunidades indígenas, qual seja o direito à consulta prévia, previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas.

Para tanto, será necessário estabelecer um conceito para o direito à consulta, evidenciar suas características principais e algumas considerações a respeito dos instrumentos jurídicos existentes e que legitimam o Ministério Público a exigir dos poderes públicos a sua imediata observância.

O texto será construído com base em entendimentos já consagrados acerca de institutos jurídicos de direito privado e público, transportando-os para o mencionado direito à consulta prévia no que tange às comunidades indígenas. Ademais, a título de contribuição para a teoria, conceitos próprios também serão apresentados, haja vista que se trata de um tema novo, com pouca literatura específica a respeito.

2. O direito à consulta prévia: contextualização e previsão legal

2.1 Contextualização

No Brasil, historicamente, as comunidades indígenas foram vítimas de todo tipo de opressão, tendente ao completo aniquilamento do seu modo de organização, seus usos e costumes, suas crenças e tradições, que se convencionou denominar política integracionista – ou assimilacionista, a fim de que se adequassem ao modelo normativo e de Estado existente e aplicável à sociedade em geral.

Colaço² corrobora a assertiva ao mencionar que “[...] em todas as constituições, projetos e emendas, a intenção do governo brasileiro era integrar o indígena à comunidade nacional, consubstanciando, assim, o aniquilamento da cultura indígena e o desrespeito às suas diferenças”.

Nessa perspectiva, caso não fosse mais considerado isolado, pelo fato de interagir, de integrar-se à sociedade envolvente, o índio³ não seria mais reconhecido como tal e, por consequência, deixaria de estar sob a égide das disposições normativas específicas voltadas à proteção das comunidades indígenas. Esse é, pois, um enfoque que considera o índio:

[...] um ser ‘primitivo’ e ‘em processo de evolução’ para a condição de ‘civilizado’ ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho da integração à ‘comunhão nacional’. Desde que integrado, além da própria identidade, perde o sistema especial de proteção que o envolvia.⁴

Com a promulgação da atual Constituição Federal, houve uma mudança de paradigma, na medida em que “se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio”⁵.

Nesse novo contexto, não mais se coaduna com a atual realidade jurídica brasileira a adoção de medidas tendentes à busca da integração das comunidades indígenas aos costumes, usos e hábitos da sociedade envolvente. Sem essa garantia, não poderão ser titulares dos direitos fundamentais universalmente assegurados a todas as pessoas, como vida, educação, saúde, lazer, trabalho, habitação etc.

² COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional. *Anais... XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 6.

³ Manuela Carneiro da Cunha (1985, p. 36-37), discordando das definições estabelecidas pelo art. 3º da Lei n. 6.001/1973, assevera: “Índio é quem ‘se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro’; e Comunidades Indígenas são aquelas ‘que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas’ [...]”. (Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Silvio Coelho dos. *Sociedades e o direito – uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: UFSC/CNPq, 1985, p. 36-37).

⁴ BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36.

⁵ COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* (Coord.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

Souza Filho⁶ pondera que restringir o acesso das comunidades indígenas aos direitos humanos fundamentais com base em critérios relacionados à verificação da sua integração ou não à sociedade significa transformar em parcial o princípio da universalidade. Na linha de raciocínio do autor:

[...] quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por leis próprias, temos que reconhecer que aquela universalidade criada pela Constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com essa outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representados especialmente pelos povos indígenas?

Diante do novo marco teórico e jurídico representado pela quebra do paradigma integracionista, o ordenamento jurídico e as instituições protetoras dos direitos fundamentais devem, em nome da adaptação à realidade constitucional atual, zelar pela livre escolha dos índios no que tange à manutenção de seus usos, costumes e tradições. Essa é uma maneira de assegurar aos povos indígenas o acesso às promessas de cidadania trazidas pela Constituição Federal (art. 1º, inc. III), consubstanciadas, em suma, na consagração dos direitos fundamentais⁷, preceitos básicos consagradores do princípio da dignidade da pessoa humana⁸, independentemente da análise de aspectos relacionados à sua integração ou não à sociedade envolvente.

Acrescente-se que não basta o reconhecimento formal de direitos e alcunhá-los de fundamentais para que se tenha uma efetiva observância ao princípio da

⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84.

⁷ Na concepção de Dirley da Cunha Junior, os direitos fundamentais “são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)”. (*Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 153).

⁸ Segundo Luis Roberto Barroso (2001, p. 38): “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”. (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, setembro de 2001, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 maio 2014).

dignidade da pessoa humana. É necessária a sua implementação no cotidiano de todas as pessoas⁹.

Sarlet¹⁰ assim também entende ao afirmar, amparado por Dieter Grimm, que:

A efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.

Ou seja, tão importante como o reconhecimento de direitos indispensáveis para a existência de uma vida digna num documento escrito dotado de superioridade normativa e a constatação de sua incidência também em benefício das comunidades indígenas, é a sua concretização no mundo fenomênico, por meio de mecanismos hábeis e suficientes para tal desiderato.

As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (Sollensätze) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que dialética, correlativamente ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genética inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é realizado por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. [...] Do ponto de vista dessa ‘realização’ do Direito Constitucional, como assinalou F. Müller, a norma não pode ser isolada da realidade, pelo contrário, a realidade em suas circunstâncias (o âmbito normativo), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o programa normativo), é parte integrante e constitutiva da norma mesma.¹¹

Em se tratando de proteção de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o legislador constituinte engendrou instrumentos capazes de fazer frente ao poder político e econômico – de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito – como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ações diretas de in/constitucionalidade, arguição de descumprimento a preceito fundamental, além de ações ordinárias, tendo em

⁹ Em relação, especificamente, às comunidades indígenas, oportuna é a doutrina de Carlos Frederico Marés de Souza Filho ao apontar que as normas constitucionais lhes são pouco aplicadas: “Atualmente, desde 1988, a Constituição da República dedica um capítulo para os índios, reconhecendo seus direitos, suas terras, seus costumes, suas línguas; já o braço executor do Estado nega esses direitos, invade suas terras, desrespeita seus costumes, omite suas línguas, e o Judiciário ou se cala ou simplesmente não é obedecido”. (*O renascer dos povos indígenas para o direito*, p. 76).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Panóptica – Direito, Sociedade e Cultura*, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22).

¹¹ HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Tradução por Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (Temas Fundamentais do Direito Constitucional), p. 166.

vista o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela judicial (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Além disso, segundo estabelece o art. 5º, §1º, da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, como regra, não precisam de regulamentação para que tenham eficácia, vinculando a todos diretamente.

2.2. Previsão legal do direito à consulta prévia

Em relação às comunidades indígenas, além dos instrumentos já previstos na legislação interna, que podem ser utilizados para a proteção dos seus direitos fundamentais, há outras garantias previstas em normas internacionais, principalmente a Convenção 169¹² da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas¹³.

Esses documentos preveem de forma expressa, entre outras garantias, o direito à consulta às comunidades indígenas em relação a quaisquer medidas administrativas ou legislativas que possam afetá-las.

Para bem compreender o significado do direito à consulta e sua abrangência, é imperioso fazer uma leitura dos dispositivos que a estabelecem. Com esse propósito, a seguir, colacionam-se os comandos previstos no art.6º da Convenção 169 da OIT e no art.19 da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas:

Artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho:

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.

Artigo 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

¹² A Convenção 169 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

¹³ A vigência das disposições/normas dessa Declaração independe de qualquer procedimento formal de aprovação ou ratificação, porquanto o Estado Brasileiro já se manifestou favorável em Assembleia da Organização das Nações Unidas.

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.

Analisando o teor das disposições normativas transcritas, constata-se que a consulta é, acima de tudo, um direito inerente aos povos indígenas no sentido de efetivamente influenciar a tomada de decisões administrativas e legislativas que lhes possam atingir.

Fajardo¹⁴, dissertando sobre o tema, salienta que:

Os direitos de participação, consulta e consentimento se fundam no princípio de que os povos indígenas têm igual dignidade em relação a todos os povos e culturas e têm igual capacidade de controlar suas instituições e determinar livremente suas formas de vida e seu modelo de desenvolvimento. Assentam novas bases na relação entre as comunidades indígenas e o Estado e permitem a superação do modelo tutelar baseado na ideologia da inferioridade e da incapacidade indígena.

As principais características dos direitos de participação, consulta e consentimento garantidos aos povos indígenas, contidos nas normas adrede transcritas serão analisadas na seção seguinte.

3. Características do direito à consulta prévia

O direito à consulta põe fim a qualquer possibilidade de manutenção de políticas tendentes à integração forçada das comunidades indígenas. Tão importante quanto esta constatação, é fazer uma delimitação adequada das características do mencionado direito, a fim de que suas disposições não se tornem letra morta, sem efetividade prática.

Considerando o escopo deste estudo, é pertinente apresentar propostas próprias de delimitação de sentido de cada uma das características do direito à consulta, não restritas à mera reprodução de entendimentos apresentados por doutrinadores que tratam do tema.

Da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, extraem-se como características intrínsecas do direito à consulta: a) trata-se de um dever do Estado; b) envolve medidas legislativas e administrativas; c) deve ser executada de boa fé; d) deve ser prévia, livre e informada.

¹⁴ FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropologia*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 375.

3.1 Consulta como dever do Estado

Conforme estabelecido no art.6º, 1, da Convenção 169, a menção de que a realização de consulta se consubstancia em um dever do Estado afasta a possibilidade de se pensar que tal procedimento pode deixar de ser observado por qualquer motivo. Ao contrário, não há se falar em discricionariedade administrativa na análise da conveniência/oportunidade da participação, consulta e consentimento das comunidades indígenas.

Adiante, na mesma obra, Fajardo¹⁵ afirma que “por este direito o Estado está obrigado a implementar processos de diálogo de boa-fé com os povos indígenas antes de adotar medidas administrativas ou legislativas concretas que lhes possam afetar”.

Quadra salientar que, embora a consulta seja um dever para o Estado, para os indígenas não o é, ou seja, as comunidades indígenas não podem ser compelidas a aceitar o procedimento de consulta.

Assim também entende o jurista espanhol Bartolomé Clavero¹⁶:

A consulta é um direito e não uma obrigação, para os povos indígenas. É uma garantia de direitos e não um trâmite de cortesia. O Estado não pode impor a consulta ao povo indígena com o argumento de que para ele se constitui um dever. Não o é se o povo que se deseja consultar manifesta que não prestará seu consentimento e que não considera apropriado entrar em um procedimento para chegar a um acordo. A consulta agora complementa a autonomia, não a substitui mesmo nos casos em que a autonomia indígena não está organizada [Tradução nossa].

Em suma, dever é imperativo, comando, cujo descumprimento, diferentemente de mero conselho ou pedido, acarreta ao violador algum tipo de sanção, além de gerar ao beneficiário do comando o direito de exigir o seu cumprimento. Ou seja, havendo a intenção de se realizar qualquer medida de ordem administrativa ou

¹⁵ FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropología*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 383. No original: “[...] por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.”

¹⁶ CLAVERO, Bartolomé. *La consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional e en el estado plurinacional)*. 2012. Disponível em: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052903>>. Acesso em: 21 maio 2014. No original: “La consulta es un derecho, no una obligación, para los pueblos indígenas. Es garantía de derechos, no trámite de cortesia. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena con el argumento de que para él sí que constituye un deber. No lo es si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no prestará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzarse un acuerdo. La consulta ahora complementa a la autonomía, no la sustituye ni siquiera en los casos en los que no esté organizada la autonomía indígena.”

legislativa que possa atingir as comunidades indígenas, estas devem ser previamente consultadas.

3.2 Consulta em face de medidas legislativas e administrativas

A consulta deve ser realizada tanto em face de medidas administrativas, como legislativas. Isso significa que, conforme já mencionado, antes da prática de qualquer ato administrativo que tenha por fim mediato ou imediato adquirir, modificar, extinguir, resguardar e declarar direitos ou impor obrigações à própria administração pública (Estado) ou aos administrados, e que afetem direitos das comunidades indígenas, deve o Estado realizar a devida consulta.

O mesmo ocorre em relação a iniciativas de ordem legislativa, em todos os âmbitos – municipal, estadual ou federal, quer dizer: eventual alteração, inovação, revogação ou regulamentação de normas que, de alguma forma, afetem direitos das comunidades indígenas, a consulta deve ser realizada.

Fajardo¹⁷ também anota que:

De acordo com a Convenção 169 da OIT e a Declaração, os direitos de participação e consulta se aplicam a todo tipos de áreas em que o Estado vai adotar políticas, tomar medidas ou implementar programas que possam afetar os povos indígenas. Ou seja, nas áreas econômica, social, política, cultural, educacional, laboral, de saúde, justiça, segurança, etc. Nenhuma área está isenta [Tradução nossa].

O direito de consulta prévia não pode ter seu âmbito de atuação restringido a determinados atos. É o que assevera Baniwa¹⁸

O direito de consulta prévia não pode ser interpretado como um instrumento exclusivo para tratar sobre o aproveitamento específico de algum recurso natural, mas deve ser objeto de uma dimensão política mais ampla, para pensar a forma como se dará a participação do povo na definição de políticas públicas que lhe digam respeito. Assim, a consulta prévia deve abranger todos os aspectos que envolvam uma atividade e suas consequências futuras.

Caso não haja obediência ao procedimento de consulta o ato administrativo deve ser considerado nulo e a medida legislativa padecerá de vício de ilegalidade.

¹⁷ FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropología*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, p. 372. No original: “De acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración, los derechos de participación y consulta se aplican a todo tipo de campos en los que el Estado va a adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectar a los pueblos originarios. Esto es, en el campo económico, social, político, cultural, educativo, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. Ningún campo queda exento.”

¹⁸ BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: AMELLER, Vladimir *et al.* *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012. p. 53.

3.3 Consulta de boa-fé

Embora possa parecer desnecessário estabelecer, de forma expressa, a necessidade de a consulta ser realizada de boa-fé – pois desarrazoado seria entender ser possível realizá-la de má-fé – e ainda assim sua manutenção de forma legítima, em se tratando de direitos indígenas, a menção a tal circunstância é indispensável. Isto porque as relações que os povos indígenas historicamente travaram com o Estado foram marcadas por uma gritante desigualdade e pela constante tentativa de lhes impor a cultura dominante (aqui valem os ensinamentos de Bourdieu ao tratar do tema “poder simbólico”).

A exigência de que a consulta deva ser feita de boa-fé, força o Estado a estabelecer com as comunidades indígenas uma relação nova, marcada pela preponderância de deveres objetivos de conduta, com supedâneo na lealdade, em todas as fases do procedimento.

Com efeito, pode-se recorrer ao instituto da boa-fé objetiva, de índole eminentemente civilista, também considerado como princípio geral de direito, para estabelecer o núcleo essencial, que deve limitar as relações do Estado com as comunidades indígenas.

A boa-fé objetiva, em suma, como regra de conduta, determina que as partes de uma determinada relação jurídica devem agir em obediência a parâmetros de honestidade e lealdade esperados e compatíveis com o objeto da relação travada. Tal situação se evidencia nas relações estabelecidas com o Estado, haja vista que este possui maior força para imposição da sua vontade em comparação com o particular. Difere-se da boa-fé subjetiva, já que a análise de aspectos relacionados à intenção, à vontade dos sujeitos da relação não é necessária.

Martins Costa¹⁹ diferencia a boa-fé objetiva da subjetiva da seguinte forma:

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. [...] já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da

¹⁹ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 410.

interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da ‘common law’ – modelo de conduta social, arquétipo ou ‘standart’ jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. [...] a boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um ‘princípio geral’ ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.

Do princípio da boa-fé objetiva, extrai-se também que uma das partes de uma determinada relação jurídica não pode agir de forma contrária às expectativas legítimas que sua conduta anterior gerou, o que a doutrina convencionou denominar de “vedação ao comportamento contraditório”, assim conceituado por Netto²⁰:

Entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé pode ser destacado o dever de não agir contra ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito. Nas obrigações, revela-se, em muitos casos, como aproveitamento da própria torpeza, mas a incidência desse dever não exige o requisito de intencionalidade.

Assim, é vedado ao poder público encetar procedimento de consulta, nos termos do que determina a Convenção 169 da OIT e após o consentimento ou o não consentimento da comunidade indígena agir ou deixar de agir contrariamente às manifestações por esta apresentadas, o que violaria o mencionado princípio.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva em face do Estado²¹ é reconhecida pela doutrina. Na verdade, a boa-fé objetiva firmou-se “como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive, de espraiar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do direito público”.²²

A toda evidência, o poder público age de forma compatível com a boa-fé objetiva quando realiza o procedimento de consulta prévia às comunidades indígenas de maneira leal e quando atende às deliberações por ela tomadas. Do contrário, estará tornando letra morta o comando normativo contido no art.6º da Convenção n. 169 da OIT.

²⁰ LOBÔ NETTO, Paulo Luiz. *Teoria geral das obrigações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 88.

²¹ É Imperioso ressaltar que a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata do processo administrativo, expressamente prevê o princípio da boa-fé no art. 2º, parágrafo único, IV.

²² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100.

Na consulta prévia, o Estado deve garantir o diálogo e a negociação, observando a boa-fé objetiva. Se, ao final do procedimento, não houver consenso, é dever do Estado:

[...] assegurar que a medida proposta irá beneficiar o povo em questão, de tal modo que lhe permita conseguir o acordo ou consentimento da mesma. Agora, se instalado um processo de diálogo, o povo em questão, em princípio, não aceita a medida proposta, caberia iniciar um processo de negociação que visa chegar a um acordo, em que ambas as partes podem rever as suas ideias iniciais. Se se chega a um acordo, o Estado fica vinculado. Se não se chega a nenhum acordo, o Estado tem a atribuição de tomar uma decisão. No entanto, não é um ato arbitrário, mas, como todo ato estatal, o Estado é obrigado a motivá-lo. Quanto ao procedimento, o Estado deve explicar como aplicou o direito de consulta e como considerou as abordagens indígenas. Em termos substantivos, apesar de não chegar a um acordo, o Estado deve também assegurar o máximo respeito possível [Tradução nossa].²³

Em suma, inexistindo consenso, a negociação tendente a possibilitar que cada uma das partes revise o seu posicionamento é o procedimento a ser adotado. Caso, ainda assim, não seja possível o acordo, caberá ao Estado decidir, sem olvidar o máximo respeito aos direitos indígenas e o dever de motivar adequadamente o ato.

3.4 Consulta prévia, livre e informada

A consulta possibilita que as comunidades indígenas interfiram diretamente em eventuais tentativas de supressão ou atenuação de seus direitos, obstando-as. Tem, ademais, o propósito de dificultar a violação arbitrária e unilateral de direitos indígenas e não poderá ser realizada sem critérios, nem em momento que as comunidades indígenas já não possam evitar o dano, por menor que seja, em face da medida a ser adotada. Bem por isso, há a previsão de que o consentimento das comunidades indígenas ao objeto da consulta deva ser prévio, ou seja, ocorra antes mesmo da medida ser iniciada.

²³ FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazónica - Revista de Antropología*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 384. No original: “[...] asegurar que la medida propuesta beneficiará al pueblo en cuestión, de tal modo que ello permita lograr el acuerdo o el consentimiento de la misma. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el Pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo. En cuanto a lo procesal, el Estado debe explicar cómo aplicó el derecho de consulta y cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas. En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe asegurar igualmente el máximo respeto posible.”

Uma vez constatada a intenção de se iniciar qualquer procedimento, seja de natureza administrativa ou legislativa, antes, deve-se consultar as comunidades indígenas, pois sem o seu consentimento nesse momento incipiente, o procedimento não pode ter seguimento, sob pena de violação à Convenção 169 da OIT e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nesse sentido, já vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se infere do seguinte julgado, em sede de Suspensão de Liminar e de Sentença 001745, de 24/04/2013:

A Convenção em destaque, como relatado, foi promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, estando, portanto, passível de aplicação no país. Sendo assim, de acordo com o texto da Convenção, quando houver alguma medida administrativa tendente a afetar, de modo direto, as comunidades indígenas e tribais, o Governo deverá promover consultas de modo a inseri-las no contexto participativo de tomada de decisão.

Trata-se, portanto, de consulta de natureza prévia que deve ser realizada pelo Poder Público sempre que o empreendimento que se pretende implantar puder, de algum modo, afetar diretamente as comunidades indígenas e tribais. Sem embargo, ao contrário do que decidido pelo em. Relator do Agravo de Instrumento nº 0019093-27.2013.4.01.0000, não vislumbro como meros estudos preliminares, atinentes tão-somente à viabilidade do empreendimento, possam afetar, diretamente, as comunidades envolvidas.

O que não se mostra possível, no meu entender, é dar início à execução do empreendimento sem que as comunidades envolvidas se manifestem e componham o processo participativo com suas considerações a respeito de empreendimento que poderá afetá-las diretamente.

Em outras palavras, não poderá o Poder Público finalizar o processo de licenciamento ambiental sem cumprir os requisitos previstos na Convenção nº 169 da OIT, em especial a realização de consultas prévias às comunidades indígenas e tribais eventualmente afetadas pelo empreendimento. Além disso, não há uma regulamentação específica que exija que a consulta deverá se dar antes mesmo do início dos estudos de viabilidade do empreendimento, decorrendo daí a possibilidade de, obedecido o princípio de preservação dos direitos fundamentais dessas comunidades, a consulta se dar concomitante avaliação e estudos, pois, nesse caso, ao meu sentir, não haverá ‘medida administrativa’ tendente a afetar diretamente as comunidades envolvidas.

Depreende-se dos autos que o Governo Federal tem promovido debates e reuniões com as lideranças indígenas envolvidas e que podem ser afetadas pelo empreendimento. Esse comportamento, a toda evidência, denota o cumprimento do art. 6º, 2, da Convenção, o qual determina que as consultas devem ser regularmente realizadas ao abrigo da boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias do caso, com vistas a se chegar a um acordo e ‘consequir o consentimento’ acerca das medidas propostas.²⁴

Do *decisum* colacionado, no ponto que especifica que, como não há uma regulamentação específica exigindo a consulta antes mesmo do início dos estudos de viabilidade do empreendimento, faz-se, aqui, uma crítica quanto à possibilidade de referida consulta ser realizada concomitantemente aos estudos e avaliações, pois, neste caso, não haveria “medida administrativa”. Isso porque a Convenção 169 da OIT é clara ao dispor sobre a necessidade de realização de consulta “prévia” a qualquer ato

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença 001745. Presidência. Decisão Monocrática. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, DF. Julgamento 18/04/2013. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em: 6 maio 2015.

administrativo ou legislativo; não menciona consulta concomitante a determinados atos, como, por exemplo, o estudo de viabilidade.

Ademais, ao contrário do quanto dito, despicienda é a necessidade de regulamentação específica no sentido de dizer o que significa o vocábulo “prévio” para fins do mencionado ato normativo. Prévio, por uma questão de lógica, é sempre o que vem antes. Logo, antes do início de qualquer ato administrativo ou legislativo, seja de que natureza for, mesmo incipiente e ainda que o ato por si só não venha a afetar as comunidades indígenas, mas o que lhe sucede como consequência lógica sim, a consulta deve ser realizada.

Fajardo²⁵, sobre a exigência da realização de consulta em todas as fases de um ato complexo, incluindo os estudos de impacto ambiental, assim interpreta:

A consulta tem a característica de ser anterior à medida a ser tomada pelo Estado. Se for atos complexos ou processos extensos como atividades extrativistas em que o Estado adota várias etapas ao longo do ciclo de um projeto, deve-se assegurar que os povos participem em todas as fases do projeto em questão. Ademais, deverão ser implementadas consultas específicas antes da adoção de medidas concretas: por exemplo, antes de um loteamento, concessão, ampliação, exploração, estudos de impacto ambiental, etc. Igualmente deverão ser convocadas consultas para ações concretas, como a determinação de possíveis ganhos, ou de possíveis danos e prejuízos e, portanto indenizações. A realização de uma consulta para um ato específico não exime o Estado de consultas para outras medidas. Por exemplo, se se faz uma consulta a respeito somente de estudos de impacto ambiental, isso não autoriza a realização da atividade de exploração em si. Ou se se realiza uma consulta a respeito de uma concessão mineral sob certos parâmetros, isso não autoriza a extensão a espaços de rejeitos, por exemplo [Tradução nossa].

Malgrado tal crítica, a decisão não deixa de ser um avanço, haja vista que reconhece, de forma expressa, a obrigatoriedade de o Estado realizar o procedimento de consulta prévia sempre que houver alguma medida que possa afetar as comunidades indígenas.

²⁵ FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazónica - Revista de Antropología*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p.384. No original: “La consulta tiene la característica de ser previa a la medida que va a adoptar el Estado. Si se trata de actos complejos o procesos largos como actividades extractivas donde el Estado adopta varias medidas a lo largo del ciclo de un proyecto, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Además, deberá implementarse consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas: por ejemplo, antes de una lotización, concesión, ampliación, exploración, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente deberán convocarse consultas para acciones concretas, como la determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios, y por tanto indemnizaciones. La realización de una consulta para un acto puntual no exime al Estado de las consultas por otras medidas. Por ejemplo, si se hace una consulta respecto de estudios de impacto ambiental solamente, ello no autoriza a la realización de la actividad de explotación en sí. O si se realiza una consulta respecto de una concesión minera bajo ciertos parámetros, ello no autoriza la extensión de canchas de relave, por ejemplo.”

Em rigor, o consentimento deve ser obtido de forma livre, ou seja, sem coação. Além disso, os indígenas precisam ser bem informados sobre todos os aspectos que envolvem a consulta. Nesse sentido, assevera Clavero²⁶:

Indo além da Convenção 169, por considerar todos os direitos dos povos indígenas à autodeterminação, a Declaração (da ONU), como regra geral, não exige apenas consulta, mas também o consentimento, e um consentimento com caráter prévio, com informação completa e com plena liberdade por parte dos povos indígenas [Tradução nossa].

Pois bem. Será livre a consulta que dê plenas condições às comunidades indígenas de manifestarem a sua vontade, no sentido de lhes assegurar ampla liberdade de manifestação para: 1) aceitar ou não a submissão de determinado ato à consulta; 2) estipular o que melhor lhes convier caso aceite o procedimento de consulta. Se não observadas essas condições, a consulta não será livre, mas sim imposta, demonstrando flagrante descompasso com as disposições do art. 6º da Convenção 169, do art. 19 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do art. 1º, incs. I e IV, e com o art. 3º, inc. I, ambos da Constituição Federal, que, respectivamente, assegura a livre iniciativa e estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Além de ser prévia e livre, a consulta deve ser bem informada. Com efeito, não se pode falar em democracia sem o pleno respeito ao direito à informação e à participação efetiva dos cidadãos nas decisões políticas. Não há como imaginar democracia apenas como regime democrático de governo, mas sim como *ethos*, atitudes e sentimentos dos indivíduos de uma sociedade, que marcam suas manifestações políticas, culturais e econômicas. Em específico, os povos indígenas têm direito à informação e à participação em relação a todas as decisões políticas e econômicas que os afetem.²⁷

²⁶ CLAVERO, Bartolomé. Derechos de los pueblos indígenas: ejercicio y aplicación, avances y retrocesos (especialmente sobre los derechos de consulta e consentimiento). *Anais... IV Encuentro Latinoamericano de Gobiernos Locales para Vivir Bien em Territoris Indígenas, Campesinos y Comunidades Interculturales*. 2011. Disponível em: <<http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/cCONSULTYA-Y-CONSENTIMIENTO-AVANCES-YRETROCESOS.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014, p. 7. No original: “Avanzando más allá del Convenio 169 por considerar que todos los derechos de los Pueblos Indígenas en el de libre determinación, la Declaración como regla general no sólo requiere consulta, sino también consentimiento, y un consentimiento con carácter previo, con información completa y con libertad plena por parte de los Pueblos Indígenas.”

²⁷ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

O fato de o direito ser um processo comunicativo, em que norma e realidade não são dois campos distantes, mas estão inseridos em uma mesma sociedade em constante modificação, torna a informação uma ferramenta essencial para a interpretação da condição humana e do mundo que a molda. “Essa ferramenta é indispensável na busca da racionalidade e de consenso exigido pelo direito.”²⁸

A informação adequada é instrumento indispensável para que haja uma real participação dos indígenas nas decisões que os afetem; do contrário haverá um procedimento meramente formal, sem o condão de efetivamente refletir a sua vontade.

Novamente, da doutrina de Villares²⁹ extrai-se a importância da informação:

Uma sociedade que se quer democrática e multicultural, que respeita as mais diversas etnias e culturas, exige o nivelamento da informação a todos. É um comprometimento que o Estado e os agentes privados têm de transmitir à população e aos setores interessados as informações de seu conhecimento, de forma acessível, adequada e em tempo hábil, para o debate público e democrático e a posterior tomada de decisão. A informação é um pressuposto para a escolha consciente e a participação democrática.

Adotar medidas que possibilitem aos indígenas compreenderem e serem compreendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos é dever do Estado. Deve ser conferido aos índios o direito de estabelecerem seus próprios meios de informação em seus idiomas, garantido-se-lhes o acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem qualquer discriminação.³⁰

Nesse sentido, a consulta prévia não pode ser compreendida como mera audiência pública, um evento, uma reunião ou um encontro. Deve haver um processo mutuamente acordado, que poderá ser dividido em vários eventos de diferentes naturezas, como reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc, nos termos deliberados pelas partes e com duração de tempo suficiente.³¹

Depois de analisadas as características principais do direito à consulta, é chegado o momento de abordar a atuação do Ministério Público, como órgão de relevância para assegurar os direitos das comunidades indígenas, em especial, fiscalizar o efetivo respeito destes direitos por parte do Estado. Além disso, serão apresentados os instrumentos jurídicos que possui o *Parquet* para cumprir tal mister.

²⁸ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 87.

²⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 88.

³⁰ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 88.

³¹ BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: AMELLER, Vladimir *et al.* *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, p. 11.

4 O Ministério Público como instrumento de concretização do direito à consulta prévia

Consta na ordem constitucional em vigor³² que a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis incumbe ao Ministério Público. Desse preceito, já se extrai a importância desta instituição para a defesa dos interesses mais caros à vida em sociedade.

Ao Ministério Público também foram conferidos poderes para controlar os atos do poder público, a fim de que os direitos fundamentais não fiquem restritos ao plano jurídico, mas sim, sejam alçados ao plano político, para que ganhem concretude e sejam incorporados à vida em sociedade³³.

Moraes³⁴ acrescenta que também é função do Ministério Público, em conjunto com os poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário):

[...] garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus *status* constitucionais. Essa ideia foi consagrada pelo legislador constituinte de 1988, que entendeu por fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, bem como a causa social para defender e proteger.

Portanto, compete ao Ministério atuar sempre que os interesses da sociedade estejam sendo violados por ação ou omissão de quem quer que seja. No caso das comunidades indígenas, além da previsão geral antes mencionada, há disposição constitucional (art. 129, inc. V) estabelecendo a necessidade de atuação desta instituição.

Nesse norte, ante a certeza de que a consulta é um direito positivado no ordenamento jurídico pátrio e, ao mesmo tempo, um instrumento que visa à implementação da democracia participativa em relação às comunidades indígenas, cabe ao Ministério Público (estadual ou federal) exigir a sua realização sempre que houver a

³² Art.127 da CF: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.[...]”

³³ Da mesma forma, para Hugo Nigro Mazzilli “O Ministério Público moderno está encarregado de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, e também os individuais, se indisponíveis. Para isso, dispõe dos seguintes instrumentos: a) ação penal pública (para processar os criminosos); b) inquérito civil (para investigar lesão ao meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social, e outros interesses metaindividuais); c) ação civil pública (para buscar a responsabilização civil de causadores de danos a interesses da coletividade); d) ombudsman (para ouvir reclamações, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição)”. (*O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89).

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42-43.

intenção da prática de qualquer ato administrativo ou legislativo que possa afetar estes povos, zelando, ademais, para que todas as suas características sejam plenamente observadas.

É importante ressaltar, porém, que com a quebra do paradigma integracionista e assimilacionista, não se justifica a manutenção de uma divisão rígida de atribuições entre os órgãos do Ministério Público que dificulte aos povos indígenas a concretização dos direitos fundamentais acessíveis aos componentes da sociedade envolvente e a seus direitos específicos, como a consulta.

Uma hermenêutica constitucional que vise à potencialização dos efeitos dos direitos fundamentais autoriza que possibilite a atuação do Ministério Público Estadual para a defesa do direito à consulta das comunidades indígenas.³⁵

De acordo com o princípio da máxima efetividade, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a possibilitar a maior amplitude possível de acesso aos direitos fundamentais a seus destinatários.

Sobre o princípio da máxima efetividade, preleciona Canotilho³⁶:

[...] é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Dessas lições, emerge a compreensão de que restringir o acesso das comunidades indígenas ao Ministério Público Estadual para a defesa de um direito significa: impor, de alguma forma, mais um obstáculo para acesso destes povos aos direitos fundamentais de que também são titulares; reduzir a efetividade destes direitos; e reforçar a negativa histórica dos direitos elementares inerentes aos demais indivíduos, uma flagrante violação ao princípio da igualdade³⁷. Essa assertiva encontra eco no fato de que, conforme analisa Villares³⁸:

³⁵ Pode-se, ainda, cogitar da atuação do Ministério Público em espaços não oficiais de satisfação de necessidades e carências das comunidades indígenas, que se denomina de pluralismo jurídico, definido por Antonio Carlos Wolkmer como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”. (*Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 219).

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 227.

³⁷ Ao estabelecer as características dos direitos fundamentais, Sérgio Cademartori ressalta a necessidade de observância do princípio da igualdade em relação aos povos indígenas, haja vista que, “ao contrário

Os povos indígenas não vivem em situação de igualdade dentre os diversos componentes da população brasileira. Alguns grupos indígenas, ainda hoje, são perseguidos e têm suas vidas e culturas ameaçadas por inteiro, chegando a ser dizimados enquanto povos, culturas, línguas e costumes; são impedidos de se beneficiarem dos mesmos direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais comuns a outros grupos da sociedade; são inferiorizados a um papel secundário, não lhes sendo possível na prática ter a mesma posição social, profissional e os mesmos bens que outros cidadãos.

A declaração da igualdade de todas as pessoas perante a lei nunca bastou em relação à desigualdade racial e étnica existentes. É necessário o seu desdobramento em demais princípios e normas que exijam esse postulado diariamente. A Constituição Federal de 1988, em seu art.3º, estabelece como objetivo fundamental do estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Estado está a serviço de todos, sem exceção ou discriminação. Não pode ser perpetuador da situação atual, agente da continuidade da discriminação e da desigualdade entre diferentes grupos sociais. Ao contrário, o Estado tem como meta, dever, procurar a igualdade de todos os cidadãos.

Não é por outra razão que, no elenco de atribuições do Ministério Público, está a defesa de direitos indígenas, aí incluído o direito à consulta.

Nesse cenário, resta delimitar os instrumentos jurídicos que o Ministério Público brasileiro possui para a efetiva fiscalização do respeito ao direito à consulta prévia.

De plano, registra-se que a atuação ministerial não ocorre somente em juízo. A atuação extrajudicial, após a promulgação da atual Constituição Federal, tem sido preponderante, principalmente no que tange à proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A propósito, para fiscalização do cumprimento do direito à consulta, o Ministério Público dispõe dos seguintes instrumentos:

a) Atendimento ao Público: permite que o *Parquet* tenha condições de ouvir as carências das comunidades indígenas. Esse instrumento permite que a informação flua de forma célere, já em eventuais primeiros contatos informais feitos pelo poder público ou por particulares no sentido de praticar determinado ato administrativo ou legislativo que possam afetar estes povos. Assim, poderá, desde então, adotar as medidas necessárias a fim de garantir que a consulta seja realizada de forma regular e no momento oportuno.

dos direitos subjetivos conferidos por lei, tais como o direito de propriedade, que se exercem *excludenti alios* esses direitos são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos bens se os outros também não usufruem deles [Grifo do autor].” (*Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 34, 35).

³⁸ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 54-55.

b) Audiência Pública: trata-se de mecanismo fulcrado na democracia participativa e extremamente útil para obtenção de informações e realização de debates sobre assuntos de interesse da sociedade. O agente ministerial, convocando uma audiência pública, pode ouvir uma comunidade indígena (sem prejuízo do desmembramento da audiência ou convocação de outras, caso necessário), momento em que permitirá que as questões sejam amplamente discutidas e auxiliem a tomada de decisão posterior. É também um espaço adequado para a comunidade indígena apresentar ao Ministério Público situações que exigem a realização de consulta prévia.

c) Inquérito Civil e Procedimento Preparatório: trata-se, em suma, de procedimentos formais, extrajudiciais, postos à disposição do Ministério Público para investigar o cumprimento das leis, da Constituição e do interesse público, seja pelo Estado, seja por particulares. Caso o representante do Ministério Público constate a não observância do direito à consulta, poderá instaurar Inquérito Civil ou Procedimento Preparatório para, a depender da situação, expedir requisições, notificar e ouvir pessoas, realizar inspeções, ou seja, realizar qualquer diligência necessária para esclarecimento do fato, desde que não seja uma diligência que possua reserva de jurisdição. Uma vez obtidas as informações, será possível expedir Recomendação Administrativa, elaborar Termo de Ajustamento de Conduta ou adotar medida judicial.

d) Termo de Ajustamento de Conduta: por meio deste instrumento, o Ministério Público obtém do poder público ou do particular o compromisso de agir ou deixar de agir de determinada forma, ou de indenizar. Além disso, garante a possibilidade de resolução de determinada situação em menor tempo e com maior eficiência, se comparado com o manejo de ações judiciais. Tão logo constate que o direito à consulta prévia está sendo violado, pode o representante do Ministério Público propor a realização de um Termo de Ajustamento de Conduta, onde serão ajustadas e estabelecidas as condições, os prazos e a necessária observância das características da consulta prévia;

e) Recomendação Administrativa: com este instrumento o Ministério Público alerta o poder público ou os particulares sobre a necessidade de adoção de determinadas providências no sentido de que se adequem ao que estabelece a lei ou a Constituição Federal, fixando prazo para tanto. A Recomendação Administrativa tem o condão de informar o poder público sobre a necessidade de realização de consulta

anteriormente à prática de determinado ato e de obediência às suas características, antes da adoção de medidas ulteriores. Esse instrumento é conferido ao Ministério Público em razão de sua função constitucional de zelar para que os poderes públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição.

f) Ação Civil Pública: trata-se de instrumento de atuação jurisdicional do Ministério Público e de outros legitimados, regulamentado pela Lei n. 7.347/1985 e previsto na Constituição Federal (art.129, inc. III). A ação civil pública pode ser manejada quando o poder público deixa de realizar a consulta prévia (havendo a necessidade de realizá-la) e também quando deixa de observar as suas características essenciais. Visa, pois, impedir que o ato administrativo se realize sem a consulta prévia ou que, embora a consulta seja realizada, esta ocorra de forma irregular. Pode, ainda, ser ajuizada com vistas à responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa ou para a reparação de determinado dano causado às comunidades indígenas durante o procedimento de consulta ou em virtude de sua falta.

Enfim, o Ministério Público, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e da sociedade, é um dos principais instrumentos que as comunidades indígenas possuem para que ocorra o efetivo respeito do direito à consulta de que são titulares.

Desta forma, é indispensável que haja uma adequada interlocução entre o *Parquet* e os indígenas, para que, constatada qualquer situação de violação do mencionado direito, as devidas providências sejam tomadas e de forma célere, como forma de garantir a estas comunidades a possibilidade de efetivo exercício de seus direitos fundamentais.

5 Conclusão

A previsão do direito à consulta prévia, embora tenha representado um avanço para as comunidades indígenas em seu processo histórico de luta pelo reconhecimento de direitos, principalmente à autodeterminação, ainda carece de efetiva implementação. Para tanto, é indispensável que haja o engajamento responsável de todas as autoridades públicas e da sociedade civil, no sentido de possibilitar às comunidades indígenas a exteriorização de seu consentimento a atos administrativos ou legislativos que lhes possam afetar, nos termos do que estabelece a Convenção 169 da

Organização Internacional do Trabalho e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas.

A atuação do Ministério Público é de grande relevância, haja vista que alçado pela Constituição Federal ao posto de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, compete-lhe zelar pela proteção e observância do direito à consulta prévia pelo poder público. Para esta tarefa e no interesse da sociedade, acrescenta-se, utilizará os instrumentos tradicionais que já possui.

Nessa esteira, o Ministério Público deve garantir a realização não só de um procedimento formal de consulta, mas que ela se realize de acordo com as características previstas nos instrumentos normativos que a estabelece: a consulta deve manifestar boa-fé, ser prévia, livre e informada.

Por derradeiro, só com a garantia da consulta prévia às comunidades indígenas no que tange à proteção dos seus interesses, poder-se-á afirmar que a República Federativa do Brasil respeita as normas internacionais, aceitas pelo ordenamento interno como legítimas. Assegurar esse direito e torná-lo efetivo é um passo importante para se pensar em continuar a lutar pela concretização dos objetivos da nação insculpidos no art. 3º da Constituição Federal, principalmente o inciso I, que estabelece como meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: AMELLER, Vladimir *et al.* *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012. p. 43-78.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, setembro de 2001, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença 001745. Presidência. Decisão Monocrática. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, DF. Julgamento 18/04/2013. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em: 6 maio 2015.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. Derechos de los pueblos indígenas: ejercicio y aplicación, avances y retrocesos (especialmente sobre los derechos de consulta e consentimiento). *Anais... IV Encuentro Latinoamericano de Gobiernos Locales para Vivir Bien em Territoris Indígenas, Campesinos y Comunidades Interculturales*. 2011. Disponível em: <<http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/cONSULTYA-Y-CONSENTIMIENTO-AVANCES-YRETROCESOS.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____. *La consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional e en el estado plurinacional)*. 2012. Disponível em: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052903>>. Acesso em: 21 maio 2014.

COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional. *Anais... XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* (Coord.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99-123.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Silvio Coelho dos. *Sociedades e o direito* – uma questão de direitos humanos. Florianópolis: UFSC/CNPq, 1985.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropologia*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, p. 368-405, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Tradução por Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009 (Temas Fundamentais do Direito Constitucional).

LOBÔ NETTO, Paulo Luiz. *Teoria geral das obrigações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Panóptica – Direito, Sociedade e Cultura*, Vitória, ano 1, n. 4, p. 1-22, dez. 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.