

# O CASO GITXAALA NATION VS CANADA: ATIVIDADES ECONÔMICAS EM TERRAS INDÍGENAS E OS PARÂMETROS PARA A ADEQUADA CONSULTA PRÉVIA AOS POVOS ORIGINÁRIOS

**Paule Halley<sup>1</sup>**

Université Laval (ULaval) |

**Romeu Thomé<sup>2</sup>**

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

**Monique Reis de Oliveira Azevedo<sup>3</sup>**

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

## RESUMO

O artigo analisa, a partir da experiência canadense, os procedimentos de consulta aos povos indígenas utilizados no Brasil e sua especial importância na promoção do diálogo em relação à pesquisa e à lavra dos recursos minerais em terras indígenas. O trabalho propõe que a consulta integre um processo idôneo e comprometido com os anseios e os receios dessas comunidades. Embora o consentimento com poder de veto seja uma medida mais protetiva dos direitos dos povos originários, este não pode ser considerado um fim em si mesmo. Atrair o foco para o resultado individualmente considerado pode afastar o diálogo tão necessário à pacificação dos conflitos. O trabalho concluiu que o processo de consulta não pode se ater apenas ao cumprimento de uma mera formalidade e que as características apontadas na decisão da Corte canadense apresentam balizas e parâmetros

1 Professora titular da Faculdade de Direito da Université Laval (ULaval). Professora titular de Direito Ambiental na Canada Research Chair. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0272-5104> / e-mail: [paule.halley@fd.ulaval.ca](mailto:paule.halley@fd.ulaval.ca)

2 Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Université Laval, Canadá (Bolsa CAPES/Processo Pós-Doc 88881.120005/2016-01). Doutor em Direito pela PUC-MG. Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Ambiental pela Université de Genève, Suíça (Bolsa da Confederação Suíça). Professor do Doutorado e do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0180-4871> / e-mail: [romeuprof@hotmail.com](mailto:romeuprof@hotmail.com)

3 Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável no Programa de Pós-Graduação em Direito da ESDHC. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7966-1706> / e-mail: [moniquereisdeoliveira@yahoo.com.br](mailto:moniquereisdeoliveira@yahoo.com.br)

que podem contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro. Foram realizadas pesquisas em fontes bibliográficas, além de utilizado o método hipotético dedutivo, com consultas à legislação nacional, jurisprudência estrangeira e textos bibliográficos específicos.

**Palavras-chave:** consentimento; consulta prévia; mineração; terras indígenas.

***THE GITXAALA NATION VS CANADA CASE: ECONOMIC  
ACTIVITIES IN INDIGENOUS LANDS AND THE  
PARAMETERS FOR CONSULTING FIRST NATIONS.***

***ABSTRACT***

*Based on the Canadian experience, the article analyzes the procedures for consulting indigenous peoples and their special relevance in cases of research and mining of mineral resources in indigenous lands. The article proposes that the consultation must be part of a serious and committed process that really considers the concerns and fears of these communities. Although authorization is a more protective measure for the rights of native peoples, it cannot be considered the ultimate goal. Bringing the focus to the result can drive away the dialogue needed to pacify conflicts. The article concluded that the consultation process cannot be based only on the fulfillment of a formality and that the characteristics pointed out in the Canadian decision present guidelines and parameters that can contribute to the improvement of the Brazilian legal system. Searches were carried out in bibliographic sources. The deductive hypothetical method was used, with reference to national legislation, foreign jurisprudence and specific bibliographic texts.*

**Keywords:** authorization; consultation; indigenous lands; mining.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos dos povos indígenas de preservação e de proteção de sua cultura e de sua diversidade étnica, além dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles. Da proteção à terra indígena decorre um maior rigor em relação à exploração dos recursos nelas existentes, tendo em vista a estreita relação cultural que os povos tradicionais mantêm com o território que ocupam.

É cediço que a mineração é considerada uma atividade efetiva ou potencialmente impactante do meio ambiente. Nesse contexto, a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas estão condicionadas, no Brasil, à autorização do Congresso Nacional, após serem ouvidas as comunidades impactadas. A natureza jurídica dessa atividade é controversa e enseja legítimas discussões. Consulta e consentimento são as modalidades que se alternam conforme os interesses envolvidos. Essa é a situação que justifica a presente pesquisa.

Não se pode perder de perspectiva que no solo e no subsolo das terras indígenas estão presentes os mais variados recursos naturais e minerais, que atraem o interesse de grandes empreendimentos.<sup>4</sup> Essa realidade tem o condão de tornar ainda mais relevante a regulamentação da extração mineral em terras indígenas. Trata-se de temática recorrentemente presente na pauta do Poder Público e que merece, portanto, uma detida análise para que os parâmetros dessa atividade sejam precisamente delineados.

O objetivo do presente trabalho é exatamente analisar as características e os parâmetros para as consultas dirigidas aos povos originários. Pretende-se investigar qual modalidade de participação encontra-se apta a promover a construção de um diálogo bem-sucedido entre as partes interessadas no empreendimento e as populações indígenas afetadas.

Para fins didáticos, o trabalho foi dividido em três tópicos. No primeiro, descreve-se a relação estabelecida entre o colonizador e os povos indígenas, a prática assimilacionista de algumas políticas públicas e o tratamento dispensado ao índio na Constituição brasileira de 1988. No segundo tópico são analisados alguns instrumentos constitucionais e infraconstitucionais relacionados aos mecanismos de participação das comunidades tradicionais. Já no terceiro tópico, são apresentadas reflexões sobre uma paradigmática decisão da Corte de Apelação canadense. Esse julgado retrata

4 Segundo Silva, há inúmeros pedidos de licenciamento ambiental em relação a projetos com potencial de impactar os povos indígenas: “Observe-se que em 2015 existiam mais de três mil pedidos de licenciamento ambiental registrados perante a FUNAI, acerca de projetos que afetariam povos indígenas, dentre construção de hidrelétricas, [...], projetos de mineração, gasodutos, rodovias, dentre outros” (SILVA, 2019, p. 165).

como um país que não é signatário da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2019) posicionou-se sobre o tema, lançando luzes sobre a contribuição desse entendimento para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro.

Quais seriam as características de uma consulta prévia comprometida com o processo bidirecional de construção do entendimento entre populações originárias e os interessados em utilizar os recursos naturais em seus territórios? Essa é a indagação que se pretende responder no presente trabalho a partir da análise do modelo canadense, reafirmado pela decisão da Corte de Apelação no caso *Gitxaala Nation versus Canadá*.

Pesquisas em fontes bibliográficas e jurisprudenciais apresentaram as características da consulta livre, prévia e informada às populações tradicionais em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos mineiros. Foi utilizado o método hipotético dedutivo, partindo-se da premissa de que o consentimento dos povos originários à exploração mineral em suas terras não se caracteriza como um requisito jurídico indispensável para se alcançar uma construção dialógica entre todos os atores envolvidos.

A escassez bibliográfica no que concerne à oitiva dos povos originários em processos de licenciamento de empreendimentos impactantes do meio ambiente, associada à necessidade de constante revisão dos instrumentos jurídicos que buscam a implementação dos princípios da informação e da participação popular em matéria ambiental, justificam a opção pelo tema proposto.

## **1 DIREITO INDÍGENA NO BRASIL: O ENCONTRO COM O COLONIZADOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O processo de colonização no Brasil foi marcado por histórico de violência, opressão e submissão dos povos originários que aqui viviam. Inúmeros são os relatos dos abusos por eles experimentados, tais como violação à sua cultura, aos seus modos tradicionais de vida e de sua liberdade por meio da assimilação e da escravização, bem como, conforme relata Peruzzo (2017, p. 9), violação sexual evidenciada pelos “corpos das mulheres indígenas que foram sistematicamente estupradas pelos colonizadores”. Percebe-se, assim, que a relação instaurada entre o colonizador e os povos indígenas não foi pautada pelo reconhecimento entre povos livres e iguais entre si.

Ademais, o enquadramento de todos os povos originários em uma mesma classificação, denominada “índio”, demonstra o etnocentrismo do colonizador. Essa subsunção única olvidou a pluralidade existente entre

os próprios povos originários. Nesse ponto, o colonizador procedeu a uma identificação dúplce e polarizada, cujo parâmetro se encerrava em si mesmo. O branco europeu comportou-se como referência etnocêntrica de identificação na medida em que todos aqueles não brancos eram considerados “índios”, não importando a heterogeneidade já existente entre os povos indígenas. Nesse sentido, Peruzzo (2017, p. 9) ensina que:

Apesar de discursos permeados de benevolência, o colonizador abordou os povos originários de cima para baixo, de modo etnocêntrico, e assim foi desde o primeiro contato entre representantes dessas culturas europeias e americanas, começando pela heteroidentificação dos povos sob o manto de um conceito abstrato que nunca traduziu a pluralidade dos povos que vivem no Brasil, ou seja, o conceito de “índio”.

Esse “olhar de cima para baixo” esteve presente também na atuação do Estado após a Guerra do Paraguai (1864-1870) quando, conforme o mesmo autor (PERUZZO, 2017, p. 10), “o Estado brasileiro iniciou um processo de ocupação das terras amazônicas e de exploração do oeste do país, especialmente do Mato Grosso, concedendo títulos de propriedade irregulares e exterminando grupos indígenas”. Em 1910 instaurou-se o Serviço de Proteção ao Índio, que deu continuidade às práticas de assimilação cultural sob o manto da “tutela” desses povos, vistos como incapazes de decidirem por si mesmos e como obstáculo ao desenvolvimento nacional.

O discurso da “tutela” orientou a criação do SPI, que foi idealizado para tutelar os índios por um lado, mas como pano de fundo existia uma proposta mais decisiva, que era tutelar os índios para que eles não atrapalhassem aquilo que à época foi propagado como “desenvolvimento nacional” (PERUZZO, 2017, p. 10).

Em meados das décadas de 70 e de 80 fortaleceram-se movimentos sociais travados pelos povos indígenas, tanto em âmbito nacional, como internacionalmente. Tratava-se de uma luta por reconhecimento de sua diversidade étnica, de seus modos de viver, especialmente atrelados ao território que ocupam, bem como de uma luta por autodeterminação. De acordo com Rodrigues (2014, p. 51), “O direito à autodeterminação como um ‘direito à cidadania’ abrange, como visto, não somente seu aspecto político, mas, também, seu viés econômico, cultural e social”. O mesmo autor afirma a importância do poder de decisão dessas populações: “Todos os povos têm direito de decidir sobre sua própria vida comunitária, suas leis, suas regras, suas instituições, símbolos e seu próprio destino político” (RODRIGUES, 2014, p. 51).

A autodeterminação dos povos indígenas abrange sua identidade

cultural, manifestada na relação que mantêm com o ambiente natural. Na lição de Rodrigues (2014, p. 51), “A exigência da autodeterminação, em outras palavras, está centrada no direito à terra, aos recursos históricos, bem como à organização cultural autônoma (abrangendo a identidade cultural)”. Percebe-se que manifestação cultural e autonomia dos povos originários constituem valores indissociáveis do ambiente que ocupam, pois são interconectados.

Desse modo, as lutas pelos direitos indígenas buscam “dar voz” a estes que, por tanto tempo, foram silenciados. Foi preciso romper com o modelo assimilacionista e iniciar um processo de reconhecimento com a participação das comunidades indígenas nas questões que dizem respeito às suas terras, cultura e recursos, configurando-se uma cidadania nova e (re)significada (RODRIGUES, 2014).

A Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou um capítulo exclusivo à proteção dos índios. O art. 231 da carta constitucional garante aos povos indígenas o reconhecimento de “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988). Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo reconhece o vínculo do povo indígena com sua terra, numa relação necessária “à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (BRASIL, 1988). Assim, percebe-se que o legislador constituinte desejou assegurar a interculturalidade e a autodeterminação dos povos indígenas de maneira especial no art. 231, bem como de maneira geral, conforme dispõe o art. 216 a respeito dos modos de criar, fazer e viver.

Um passo importante para esse debate é compreender que a interculturalidade é extraída do próprio texto constitucional, uma vez que, como afirmado acima, além de o artigo 3º, inciso IV, ter alçado o bem de todos sem qualquer forma de discriminação à condição de objetivo fundamental da República, também o artigo 231 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e o artigo 216 reconheceu os modos de criar, fazer e viver (PERUZZO, 2017, p. 15).

As conquistas alcançadas no texto da carta constitucional se materializam no reconhecimento dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas, além de assegurarem a manutenção de sua diversidade étnica. Tendo em vista a estreita relação cultural que os povos indígenas mantêm com o território em que ocupam, a Carta de 1988 também se preocupou em garantir o uso e a preservação dessas terras, adotando um regime mais rigoroso quando se trata de atividades passíveis de exercerem alto impacto no território indígena.

## 2 ATIVIDADE MINERÁRIA EM TERRAS INDÍGENAS E A OITIVA CONSTITUCIONAL

O § 3º do art. 231 da Constituição Brasileira de 1988 dispõe sobre a possibilidade da de pesquisa e de lavra de riquezas minerais em terras indígenas, bem como sobre o aproveitamento de outros recursos (BRASIL, 1988). No entanto, em terras indígenas, esse aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, está condicionado à autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas. Percebe-se que ao exigir a autorização do Poder Legislativo, o texto constitucional prestigiou a proteção da diversidade étnica dos povos indígenas a fim de corrigir um passado de esbulho e invasão violenta, conforme ensina Joyceane Bezerra de Menezes:

A exigência de autorização do Congresso Nacional não pretende enaltecer a propriedade de terras indígenas em face da propriedade civil. Trata-se de uma medida adicional à proteção da diversidade étnica. Os índios já foram sobejamente massacrados ao longo destes quinhentos anos e continuam sendo objeto de discriminação, sofrendo com o contínuo desrespeito aos seus direitos. Se a Constituição cercou a posse indígena de proteção, foi na tentativa de encerrar a cultura integracionista que impera no Brasil desde o período colonial (MENEZES, 2007, p. 101).

Não é demais lembrar que o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988 confere aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo presentes nas terras por eles ocupadas de maneira tradicional (BRASIL, 1988). Se, por um lado, o índio detém o usufruto do solo e de suas riquezas, por outro, o subsolo pertence à União, conforme dispõe o art. 20, inciso IX, do diploma constitucional.<sup>5</sup> No entanto, embora a propriedade do subsolo pertença à União, seu aproveitamento foi condicionado ao cumprimento dos dois requisitos, quais sejam, a autorização legislativa e a oitiva dos povos indígenas afetados, donde se conclui o desejo do constituinte de frear e/ou balancear a ação do executivo na regulamentação do aproveitamento desses recursos, prestigiando mais uma vez o respeito à diversidade étnica dos povos indígenas e sua relação tradicional com a terra, bem como sua autodeterminação.

Segundo Brito e Barbosa (2015, p. 103), “A necessidade de preservar a terra indígena com o escopo de proteger os recursos ambientais essenciais para a garantia de vida dos índios faz pensar esse *locus* como um

<sup>5</sup> Assim dispõe o art. 20 da CF/88: “Art. 20. São bens da União: [...] IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; [...]” (BRASIL, 1988).

espaço territorial especialmente protegido”. Some-se a isso o fato de que a mineração é considerada uma atividade efetiva ou potencialmente poluidora, podendo produzir, segundo Menezes (2007, p. 99), danos irreparáveis aos territórios indígenas “[...] não apenas ao meio ambiente, mas também à organização sociocultural das comunidades indígenas, provocando a desagregação cultural e a introdução de doenças”. Nesse contexto, o rigor constitucional dispensado à matéria encontra-se devidamente justificado.

Não remanescem dúvidas de que o impacto causado por atividades de mineração em terras indígenas é consideravelmente mais relevante do que o impacto dessa mesma atividade em espaços não ocupados por índios. A degradação ambiental intrínseca à atividade minerária atinge não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente cultural,<sup>6</sup> tão caro às comunidades indígenas, podendo ocasionar a violação e até mesmo a extinção da comunidade e de seus modos de viver e fazer, bem como suas expressões culturais e religiosas. Na mesma linha de pensamento, Brito e Barbosa (2015, p. 99) ensinam que: “Nesse cenário de crescente degradação ambiental nas terras indígenas é que se verifica que os espaços de vida, de liberdade e de reprodução físico-espiritual dos índios também passam por uma crise ecológica [...]”.

No entanto, nada obstante a robustez da proteção conferida aos índios, suas terras e sua cultura, verifica-se que esses direitos vêm sendo constantemente violados. A intensa busca por recursos naturais, fomentada pelo modelo econômico vigente, é uma das responsáveis pelas violações constatadas.

Embora a CR/88, em seu artigo 231, traga o reconhecimento expresso da importância étnico-cultural da terra para os povos indígenas, há o constante e real desrespeito a esse direito, uma vez que esse espaço de vida dos índios passou a ser foco para as polêmicas demarcações, para a posse irregular e para a exploração econômica de seus recursos naturais. Enfim, a terra indígena, como espaço ambientalmente protegido, tornou-se, nas últimas décadas, vulnerável do ponto de vista socioambiental; e a garantia dos direitos constitucionais que tratam da sua proteção, além de esbarrar em entraves administrativos que dificultam a sua regularização, tem sido, ainda, refém de um jogo de forças políticas e econômicas (BRITO; BARBOSA, 2015, p. 102).

A omissão legislativa, consubstanciada na ausência de lei que regule o art. 231, § 3º, da Constituição de 1988 dificulta sobremaneira o tratamento

6 Segundo entendimento esposado por Fiorillo (2013), o meio ambiente pode ser classificado em quatro aspectos, a saber: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

dado à questão e suscita muitos debates.<sup>7</sup> Questiona-se, por exemplo, se a oitiva constitucional teria tem a natureza de uma mera consulta, ou se representa um consentimento, nesse último caso com o condão de vincular a autorização do Congresso Nacional, um requisito indispensável. Reconhecida a natureza jurídica de consentimento, a ausência dessa oitiva impediria a autorização do Congresso Nacional e teria, portanto, poder de veto. No entanto, a questão divide a opinião da doutrina. A escolha do termo “oitiva” pelo constituinte inaugura as discussões. Silva destaca que

[...] durante a Assembleia Nacional Constituinte, os projetos debatidos falavam expressamente em **consentimento** dos povos indígenas tendo sido substituída pela expressão “oitiva” apenas nas etapas finais do processo constituinte [...] e sem que houvesse um debate acerca do alcance e significado dessa alteração (SILVA, 2019, p. 167, grifo nosso).

Isso significa que, ao utilizar o termo “oitiva”, em vez de “autorização” ou “consentimento”, o que foi alterado somente nas etapas finais do processo e sem o devido debate a respeito dessa mudança, o constituinte abriu margem para interpretações mais restritivas em relação aos direitos indígenas.

Dessa forma, no segundo substitutivo apresentado pelo relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, a exigência da “autorização” das comunidades indígenas seria substituída pelo termo “ouvidas as comunidades impactadas” diante da exploração de minérios e do aproveitamento de potenciais hidrelétricos e energéticos em terras indígenas, que permaneceria até a versão aprovada (projeto de Constituição C), e que temos hoje. [...] A substituição dos termos acabou oportunizando que interpretações mais restritivas quanto aos direitos dos povos indígenas se instalassem na arena pública, afastando interpretações constitucionais mais emancipadoras e condizentes com o marco internacional da consulta (SILVA, 2019, p. 57; 167).

Verifica-se que tais instrumentos de atuação popular decorrem também dos princípios da participação comunitária, bem como do princípio da informação, ambos em matéria ambiental. A respeito do princípio da participação, Thomé (2020, p. 77) ensina que a visão atual de democracia deve ser mais abrangente, na medida em que “A democracia, hoje, não se satisfaz apenas com as instâncias deliberativas dos representantes eleitos e de corpos burocráticos fiéis aos comandos legais”. É necessário que

7 Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 191/2020 que pretende regulamentar o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas.

existam meios de participação direta da comunidade quando se trata de questões ambientais:

Exigem-se, complementarmente, meios de participação direta do povo ou da comunidade tanto em sede de macro decisões (plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular), quanto em processos decisórios de extensão setorial (decisões administrativas, condominiais, empresariais, por exemplo), na medida em que essas deliberações afetam, direta ou indiretamente, os indivíduos (THOMÉ, 2020, p. 77).

Nessa seara, é de extrema relevância que o Estado se empenhe na concretização desse princípio. No mesmo sentido é o entendimento de Thomé (2020, p. 79) ao asseverar que “A efetiva implementação do Estado de Direito Socioambiental exige o fortalecimento do princípio da obrigatoriedade de atuação estatal e do princípio democrático [...]”. Torna-se relevante, portanto, o aprimoramento de instrumentos e mecanismos que auxiliem na implementação da efetiva participação comunitária em matéria ambiental.<sup>8</sup>

Já o princípio da informação configura-se como pressuposto do princípio da participação. Não há como participar sem que exista a informação necessária a respeito do objeto que se pretende discutir. Por essa razão, Thomé (2020, p. 78) explica que “O direito à participação pressupõe o direito de informação, pois há um vínculo indissociável entre ambos”. Não restam dúvidas de que “há uma dependência lógica entre eles: só haverá participação popular caso haja acesso às informações ambientais” (THOMÉ, 2020, p. 79).

Com relação à participação das comunidades indígenas, é importante ressaltar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais. O referido instrumento normativo foi elaborado pela OIT em 1989 e incorporado ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo n. 143 de 20 de junho de 2002, depositado o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002. Entrou em vigor em âmbito internacional em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de

<sup>8</sup> A exemplo, cita-se a realização de audiência pública de forma remota a ser promovida pela Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade do governo do estado do Rio de Janeiro. Segundo noticiado pelo INEA (2020): “A Comissão Estadual de Controle Ambiental (Ceca), órgão da Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade (Seas), vai realizar, no dia 22 de julho, às 19h, audiência pública para apresentação e discussão do Relatório de Impacto Ambiental (Rima) para o requerimento de licença prévia da empresa Açú Petróleo para a implantação de dois oleodutos que interligarão a Unidade para Tratamento de Petróleo no Porto do Açú, em São João da Barra, à estação de Barra do Furado, em Quissamã, da Petrobrás. A audiência pública será realizada de forma remota”. A modalidade remota viabiliza o acesso da população e amplia a participação popular, constituindo importante ferramenta para a concretização do princípio da participação comunitária em matéria ambiental.

seu art. 38, promulgada em 19 de abril de 2004. Foi consolidada nacionalmente com a publicação do Decreto 10.088, de 05 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019).

O art. 6º da Convenção dispõe que os povos indígenas devem ser consultados sempre que medidas administrativas ou legislativas possam de alguma forma afetá-los. O dispositivo ainda prescreve que a consulta deva ser realizada “com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas” (BRASIL, 2019). Assim, fica claro que o objetivo de toda e qualquer consulta, inclusive da oitiva prevista no § 3º do art. 231 da CF88, é buscar um acordo com as comunidades afetadas (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Silva (2019, p. 150) afirma que “Toda consulta realizada deve apresentar a intenção de obter um acordo ou lograr o consentimento, segundo a regra geral disposta no Convenção 169 da OIT”. Não se pode admitir a realização de consultas vazias que tenham por objetivo apenas cumprimento de um protocolo ou a mera “colheita de opinião” dos povos indígenas sem que haja a real intenção de que sejam acolhidas as suas demandas, pois esse pensamento contraria todo o tratamento constitucional outorgado aos povos indígenas no reconhecimento de sua autodeterminação e importância participativa.

Com base nesse marco internacional, alguns autores defendem que o procedimento de consulta, em que se inclui também a oitiva constitucional, deve resultar em consentimento das comunidades afetadas, sem o qual a medida não poderia ser implementada. Segundo essa linha de raciocínio, a implementação da atividade estaria vinculada ao poder de decisão das comunidades indígenas.

Impõe-se registrar, no entanto, que a questão do veto indígena não é pacífica e tem suscitado muitas discussões. Segundo Silva (2019, p. 150), “De início vale destacar a diferença entre o consentimento como um objetivo e o consentimento enquanto requisito jurídico para a adoção da medida pretendida”. Isso porque, caso o consentimento seja entendido como requisito jurídico, há que se concluir que a sua ausência implica poder de veto para a realização da medida pretendida. Por outro lado, se o consentimento for entendido como um objetivo e não como um requisito jurídico, não se pode admitir que exerça poder de veto.

Ocorre que a própria OIT já se pronunciou a respeito, esclarecendo que a Convenção 169 reconhece o consentimento como um objetivo e não como um requisito jurídico, afastando, portanto, o “veto indígena”. Assim,

Silva sintetiza que o consentimento não constitui um fim em si mesmo, sendo que a OIT não reconhece o poder de veto das comunidades afetadas, ou seja, os povos indígenas não poderiam impedir, por exemplo, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais em suas terras com base nos dispositivos presentes na Convenção da OIT. No entanto, a posição dos povos indígenas deve ser levada em consideração na formação da decisão:

A Organização deixa bem claro que apesar de o consentimento ser o objetivo perseguido pela consulta adequada, ele não constitui um fim em si mesmo, não reconhecendo o chamado “veto indígena”. Expressamente a OIT se manifesta pela impossibilidade de os povos indígenas obstarem a utilização de suas terras, mas especifica que sua opinião, valores e entendimento devem ser levados em consideração pelo estado na formação da decisão, que deverá guardar simetria com o conteúdo do que restou consultado, dando a oportunidade aos povos de participar da formulação e aplicação das medidas e programas que lhes afetam em todos os níveis (SILVA, 2019, p. 153).

Ademais, a própria OIT admite que nem sempre esse consentimento será obtido e, em casos assim, Silva sugere que os motivos para a recusa dos povos indígenas devem ser considerados:

Inclusive, a OIT já se pronunciou no sentido de que a consulta válida é aquela que possui o objetivo sincero de obter o consentimento ou se chegar a um acordo, mesmo que o mesmo não seja atingido. A consulta deve colimar esse entendimento, os esforços devem ser direcionados ao consentimento, mas caso ele não seja atingido, os motivos para tanto devem ser contemplados no ato final (SILVA, 2019, p. 150).

Nesse ponto, conclui-se que a Convenção 169 da OIT não determina que os países signatários considerem o consentimento como requisito jurídico. Por outro lado, nada impediria que adotassem tal exigência, seja fundamentado na conjugação de princípios presentes no ordenamento, tais como o princípio da participação, da autodeterminação dos povos indígenas, seja por disposição expressa na legislação infraconstitucional.

Como exemplo, cita-se a Lei federal n. 13.123, de 20 de maio de 2015, posterior, portanto, à ratificação da Convenção 169 da OIT. Essa norma dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, bem como sobre o acesso ao conhecimento tradicional a ele associado, envolvendo a população indígena e demais comunidades tradicionais. O art. 9º da referida lei exige a obtenção do consentimento prévio como condição de acesso ao conhecimento tradicional associado de determinada comunidade. Sem esse consentimento não é possível acessar o conhecimento tradicional daquela comunidade (BRASIL, 2015). Nesse mesmo sentido, o Decreto n.

8.772/2016, que regulamenta a Lei n. 13.123/2015, em seu art. 13, dispõe que “A população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional poderá negar o consentimento ao acesso a seu conhecimento tradicional associado de origem identificável”. (BRASIL, 2016). Nesse caso, a negativa do consentimento impede o acesso ao conhecimento tradicional, o que lhe assegura o poder de veto.

Para Silva (2019, p. 172), ao exigirem o consentimento prévio como requisito jurídico de acesso aos conhecimentos tradicionais, tanto a Lei n. 13.123/2015, quanto o Decreto n. 8.772/2016, coadunam-se “com as mais modernas e emancipadoras formas de interpretação acerca do direito de consulta que vêm se firmando no cenário internacional, buscando a obtenção do consentimento livre e informado das populações indígenas, e não apenas uma participação formal [...]”. Trata-se de garantir a autodeterminação dos povos indígenas de maneira mais ampla.

Em que pese o avanço da legislação no que se refere à proteção dos direitos dos povos indígenas, verifica-se que, na prática, esses direitos ainda têm sido violados. Se, por um lado, o Brasil tem dado passos largos na consolidação do princípio da participação como um instrumento de proteção aos direitos dos povos indígenas, a exemplo da Lei n. 13.123/2015, por outro, observa-se que empresas multinacionais brasileiras de diversos seguimentos, incluindo a mineração, não assumem publicamente compromissos quanto à consulta ou consentimento prévio:

A Oxfam Brasil publicou em 2018 um estudo acerca do comportamento de 21 das principais empresas multinacionais brasileiras atuantes na América Latina e na África nos segmentos de mineração, petróleo e gás, construção civil, siderurgia e agronegócio, avaliando suas declarações e compromissos publicamente assumidos quanto ao consentimento prévio, consulta, engajamento comunitário e direitos humanos. Infelizmente o estudo foi conclusivo quanto a ausência de comprometimento pelas empresas brasileiras com a realização da consulta e obtenção do consentimento das populações indígenas e tradicionais impactadas por empreendimentos econômicos de grande potencial impactante (SILVA, 2019, p. 156).

Percebe-se que a participação dos povos tradicionais nos processos decisórios é a medida que confere maior efetividade no que se refere à autodeterminação dos povos indígenas. Para tanto, o Estado deve realizar a oitiva desses povos dentro de um processo de consulta prévia, livre, informada, adequada, de boa-fé e de acordo com os protocolos estabelecidos junto às comunidades indígenas, respeitando-se sua diversidade étnica e cultural. Se ao final deste real esforço o consentimento não for obtido,

deve-se buscar as formas mais adequadas a fim de serem ajustados os projetos às preocupações dos povos indígenas, bem como buscar a plena compensação da comunidade afetada.

Conclui-se que direcionar o debate para a possibilidade ou não do veto indígena limita a gama de possibilidades e alternativas existentes para a implementação de um efetivo processo democrático participativo, que pode se efetivar de diversas maneiras. Silva (2019, p. 154) demonstra que em 2009 o relator da ONU, James Anaya, lamentou a discussão formada em torno do veto indígena, que “só ajudaria a disseminar e inflamar discursos anti-indígenas de setores da sociedade que promovem a falsa ideia de antagonismo entre desenvolvimento e direitos dos povos indígenas” e a equivocada imagem dos povos originários como integrante de uma minoria incômoda ao processo de desenvolvimento.

Assim, lançam-se luzes sobre a finalidade da consulta e seu caráter de negociação, em contraposição à ideia de imposição unilateral de vontades, quer pelo Estado, quer pelos povos indígenas. Priorizar a discussão em torno do veto indígena é o mesmo que priorizar o ponto de chegada desprezando-se o ponto de partida e o caminho percorrido. Disponibilizar ao índio o direito de veto sem se comprometer com o processo de diálogo torna a consulta um instrumento vulnerável que pode representar ainda mais violação aos direitos indígenas. Na mesma direção, esclarece Peruzzo (2017, p. 19) que:

O veto puro e simples dispensa o diálogo e o entendimento, enquanto as propostas alternativas ou a abstenção os pressupõem. A consulta prévia é um instrumento que, se regulamentado nesse sentido, pode não apenas assegurar o exercício pleno dos direitos garantidos aos índios na lei, mas também contribuir para o enraizamento da prática democrática participativa enquanto exercício da cidadania ativa, estruturante, de baixo pra cima.

O resultado de uma consulta aos povos indígenas deve advir de um diálogo efetivo e comprometido de ambas as partes. O consentimento fruto de uma consulta inadequada e descompromissada não seria um resultado desejável. De acordo com Milanez (2020, p. 2),

Sistemas baseados no Consentimento Prévio podem ser distorcidos e gerar a ilusão de autonomia, uma vez que as negociações se dão em contextos de desequilíbrio de poder, resultantes do acesso a recursos financeiros, do controle da informação e da predisposição dos governos em favorecer projetos extrativos.

O diálogo e o entendimento entre as partes são as vias a serem fomentadas. As imposições unilaterais de vontade de quaisquer das partes e o

descompromisso na construção do processo de participação esvaziam os resultados das consultas. Peruzzo (2017, p. 23) afirma:

Nessa linha, considerando a consulta prévia com respeito às assimetrias existentes entre os diversos grupos culturalmente diferenciados e esclarecido o papel do entendimento como algo que vai além do “sim” e do “não”, cumpre esclarecer, à guisa de conclusão, o que seria o acordo ou consentimento pensado juntamente com o direito a dizer “não”. Este esclarecimento é importante para reforçar o papel do entendimento, pois também no consentimento o que está em questão não é apenas o direito ao veto.

Importante frisar, ainda, que a indefinição e a demora por parte do Poder Público para a realização da consulta prévia e para a regularização de atividade econômica em terras indígenas pode acarretar inúmeros prejuízos socioambientais, como acontece na mina Buenos Aires, localizada ao norte do Equador, onde milhares de pessoas extraem ouro ilegalmente em decorrência da ausência do Estado (LIÉVANO, 2019). Uma série de mazelas econômicas, sociais e ambientais podem decorrer da exploração mineral ilegal em terras indígenas, tais como lavagem de dinheiro, trabalho análogo à de escravo, prostituição, danos ambientais e não recolhimento de impostos aos cofres públicos. Em países cuja estrutura administrativa ambiental é frágil e sucateada, os exploradores ilegais das terras indígenas exerceram atividade econômica sem a participação das populações tradicionais e também sem a chancela oficial de instrumentos estatais de comando e controle.

A regularização da atividade mineral, quando ambientalmente e socialmente viável, configura-se, portanto, relevante, devendo ocorrer a partir dos preceitos do princípio da participação comunitária. Paciência e esmero por parte dos atores envolvidos, especialmente do Poder Público, são elementos imprescindíveis a um ambiente que pretende contar com efetiva participação comunitária. A falha no processo de consulta pode acarretar graves conflitos que, caso não sanados administrativamente, serão finalmente decididos pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário do Equador, por exemplo, debruça-se sobre lide socioambiental que envolve um dos projetos de mineração mais importantes daquele país, relativas à exploração das jazidas subterrâneas de ouro e prata da mina de Rio Blanco, povoado localizado na cordilheira dos Andes, a 3.550 metros acima do nível do mar. Comunidades nativas da região montanhosa de Cuenca alegam não terem sido previamente consultadas sobre o projeto de exploração mineral de uma empresa chinesa

em suas terras. O caso está nos tribunais e aguarda o pronunciamento da Corte Constitucional (LIÉVANO, 2019).

No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou, em 30 de novembro de 2016, a suspensão do licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica Teles Pires, localizada na divisa dos Estados do Pará e de Mato Grosso, até que se realize “consulta livre, prévia e informada” aos povos indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, afetados pela obra. (DECI-SÃO, 2016). Os povos tradicionais alegam, além da ausência de consulta prévia quanto ao aproveitamento de recursos hídricos que ocorrerá em suas terras, a violação de áreas consideradas por eles como sagradas.

Constata-se, portanto, que o debate sobre a consulta prévia aos povos tradicionais torna-se cada vez mais presente nos tribunais dos países mineiradores, motivo pelo qual considera-se relevante a análise da paradigmática decisão do Poder Judiciário canadense no caso Nação Gitxaala *versus* Canadá.

### 3 CONSULTA PRÉVIA E A JURISPRUDÊNCIA CANADENSE

No plano internacional, tem-se uma importante decisão judicial proferida no Canadá a respeito da realização inadequada de uma consulta prévia junto aos povos originários. Trata-se do caso Nação Gitxaala *versus* Canadá, julgado em 2016 pela *Federal Court of Appeal*<sup>9</sup> (FCA). A ação foi interposta por diferentes comunidades aborígenes da região da Colúmbia Britânica, bem como associações, fundações e outros membros da sociedade contra a emissão de uma ordem do governo canadense que possibilitava a implantação de um grande projeto de exploração econômica na região.

O projeto consistia na construção de dois oleodutos (*pipelines*) de 1.178 km, bem como instalações associadas para o transporte de petróleo e condensado. Ao longo do percurso, os oleodutos passariam por inúmeros territórios das populações tradicionais canadenses (povos originários), ou por suas proximidades, afetando as comunidades de diversas formas, impactando áreas de colheita, locais tradicionais de aldeias, locais de cultos espirituais, cursos de água, áreas de atividades de caça, pesca, utilização da madeira etc. (CANADA, 2016, p. 8-12). O tribunal reconheceu que a grandeza do projeto significava que os seus efeitos também seriam significativos e por isso teriam importância considerável (CANADA, 2016, p. 132).

9 Tribunal Federal de Apelação.

O Tribunal canadense considerou que a ordem emitida, por si só, ou seja, individualmente considerada, teria cumprido todos os requisitos de direito administrativo e estaria dentro dos parâmetros legais. No entanto, a ordem só poderia ter sido emitida se, previamente, o Canadá tivesse observado seu dever constitucional de consultar os povos autóctones que seriam impactados pelo empreendimento. A corte analisou o procedimento realizado e concluiu que houve falha na execução de um ponto específico na consulta e, por essa razão, decidiu pela anulação da ordem concedida às empresas responsáveis pelo projeto.

Trata-se de caso em que o ordenamento jurídico canadense exige o dever de consulta aos povos originários. No Canadá, o fundamento jurídico que impõe o dever de realizar a consulta encontra-se na Constituição (CANADA, 1982) e baseia-se na honra da Coroa<sup>10</sup>. Os deveres de consulta integram o processo de reconciliação e negociação justa entre o Canadá e as primeiras nações que habitavam o território quando da chegada do colonizador (CANADA, 2016, p. 74). O dever envolve consultar os povos autóctones e se necessário acomodar, ou seja, ajustar, alterar, modificar os projetos ou as medidas para que o processo de reconciliação e negociação justa seja efetivado. Como se trata de um grande empreendimento, o Tribunal considerou que a consulta deveria ser realizada de maneira profunda, levando-se em consideração as preocupações dos povos tradicionais.

Para os procedimentos de consulta, a jurisprudência canadense não exige o cumprimento de um padrão que seja “perfeito”. Segundo entendimento do tribunal, “Ao determinar se o dever de consultar foi cumprido, ‘não é necessária uma satisfação perfeita’”<sup>11</sup> (CANADA, 2016, p. 78, tradução nossa). O que se espera é que haja um real compromisso com o processo de consulta através de esforços razoáveis (CANADA, 2016, p.79) sendo o suficiente para cumprir o dever de consulta. Assim, o tribunal aduz que não é necessário um padrão de consulta que se aproxime da perfeição, mas torna-se imprescindível demonstrar que a Coroa se esforçou dentro de padrões razoáveis.

Um dos padrões razoáveis revela-se no dever de boa-fé que deve ser recíproco em relação a ambas as partes. Isso significa que a Coroa deve demonstrar a verdadeira intenção de abordar as preocupações aborígenes de forma substancial, considerável e comprometida (CANADA, 2016). Do

10 Conforme § [171] da decisão: “*The duty to consult is grounded in the honour of the Crown*”. O dever de consultar está fundamentado na honra da Coroa (tradução nossa).

11 No original: “In determining whether the duty to consult has been fulfilled, ‘perfect satisfaction is not required’”.

mesmo modo, de acordo com a FCA, os povos das primeiras nações não devem frustrar as tentativas de boa-fé da Coroa e “[...] nem devem tomar posições irracionais para impedir o governo de tomar decisões”<sup>12</sup> (CANADA, 2016, p. 78, tradução nossa).

É importante observar que no caso em questão o processo de consulta não atribui poder de veto aos povos originários canadenses. Sendo assim, não se reconhece o consentimento enquanto requisito jurídico para a adoção da medida consubstanciada na emissão da ordem. A consulta tem o dever de informar, dialogar e se necessário acomodar, ajustar o projeto econômico aos anseios dos povos tradicionais:

O processo de consulta não determina um resultado substantivo particular. Assim, o processo de consulta não concede aos grupos aborígenes o veto sobre o que pode ser feito com a terra até a prova final de sua reivindicação. A consulta também não equivale a um dever de concordar; sim, o que é necessário é um compromisso com um processo significativo de consulta<sup>13</sup> (CANADA, 2016, p. 77, tradução nossa).

Desse modo, a consulta se caracteriza como um relevante instrumento de construção dialógica em que se observa sua bidirecionalidade. Para o Tribunal, não basta que seja realizada uma simples consulta, antes, faz-se necessário que a consulta tenha um caráter significativo. Portanto, para o Tribunal Federal de Apelação canadense, a consulta significativa “não se destina simplesmente a permitir que os povos aborígenes ‘desabafem’ antes que a Coroa faça o que sempre pretendeu. A consulta não faz sentido quando exclui desde o início qualquer forma de acomodação”<sup>14</sup> (CANADA, 2016, p. 98, tradução nossa).

Sendo assim, a consulta significativa seria aquela em que a Coroa está preparada para fazer alterações nas propostas, levando-se em consideração as informações que recebeu, bem como preparada para fornecer *feedback* aos atores envolvidos no processo (CANADA, 2016, p. 98). O dever de consulta não se resume ao cumprimento formal de um protocolo pré-estabelecido. É necessário afastar a ideia de que a consulta seja um processo que busque a troca superficial de informações entre as partes envolvidas, pois na realidade exige que a Coroa esteja disposta a implementar as

12 No original: “nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions”

13 No original: “The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation”.

14 No original: “is not intended simply to allow Aboriginal peoples ‘to blow off steam’ before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation”.

modificações necessárias com o intuito de adequar o projeto econômico à realidade das populações aborígenes que poderão ser afetadas pelo empreendimento.

A referida Corte ainda determina a forma como as considerações e as preocupações dos povos originários devem ser tratadas. Não se admite que preocupações a respeito de pontos específicos e determinados sejam tratadas de forma generalizada, abstrata ou imprecisa. Dessa forma, considera que apontamentos específicos sobre o projeto econômico, elaborados pelas primeiras nações, merecem respostas também específicas do Canadá, bem com as devidas considerações e explicações relacionadas a elas (CANADA, 2016, p. 100).

No caso em tela, o processo de consulta foi elaborado em cinco fases, subdivididas em: (I) fase preliminar; (II) fase pré-oitiva; (III) fase de oitiva; (IV) fase pós relatório; e (V) fase de regulamentação (CANADA, 2016). A construção do processo demonstrou que seria realizada uma consulta vasta, capaz de cumprir os objetivos de reconciliação e negociação justa exigidos pelo preceito constitucional que regula a matéria. De maneira geral, a corte canadense considerou que o processo de consulta foi realizado de maneira razoável, com ampla participação dos povos originários.<sup>15</sup>

No entanto, reconheceu que a execução da fase IV ficou aquém do desejado. Nessa fase específica, as partes deveriam dialogar sobre o relatório formulado nas fases anteriores e o órgão do governo responsável pela mediação, a Agência de Avaliação Ambiental do Canadá, deveria conduzir e responder de forma específica às preocupações dos povos originários. A principal falha apontada nessa fase refere-se à falta de diálogo significativo entre as partes.

O tribunal entendeu que o Canadá não considerou e nem discutiu diversas preocupações suscitadas pelas primeiras nações. Os agentes representantes do governo informaram, durante o processo, que não possuíam poderes para tecer considerações ou alterações no projeto no que se referia às preocupações dos grupos tradicionais. Tais agentes demonstraram que estariam autorizados apenas a anotar as questões sem, contudo, disporem de poderes para sugerir soluções ou decidir qualquer

<sup>15</sup> Exemplos de envolvimento ativo dos grupos aborígenes: A comunidade Gitxaala enviou 7.400 páginas de material escrito, testemunhos orais de 27 membros da comunidade e 11 relatórios de especialistas sobre vários assuntos. A comunidade Haisla apresentou um estudo de uso tradicional que descrevia sua cultura, sistema de propriedade e leis e como o projeto interferiria no uso e ocupação de suas terras, água e recursos. A comunidade Haida apresentou estudo de conhecimento tradicional marinho de 336 páginas com informações sobre plantas marinhas, invertebrados e outros (CANADA, 2016, p. 22-24).

tipo de assunto. Assim, o tribunal considerou que: “Faltava alguém do lado do Canadá com poderes para fazer mais do que anotações, alguém capaz de responder de maneira significativa em algum momento”<sup>16</sup> (CANADA, 2016, p. 116, tradução nossa).

Assim, não bastaria “anotar” as questões levantadas pelas populações tradicionais. Seria necessário também dialogar sobre elas com os interessados. Nesse sentido, a Corte concluiu que “A jurisprudência é clara: o Canadá, agindo com o dever de consultar, deve dialogar sobre os impactos que o projeto proposto terá sobre as Primeiras Nações afetadas”<sup>17</sup> (CANADA, 2016, p. 120, tradução nossa). O Tribunal considerou que antes mesmo de se apresentar qualquer condição mitigadora ao projeto, a Coroa teria a obrigação de discutir a respeito da profundidade e natureza dos impactos causados aos povos afetados. Apresentar qualquer solução de mitigação antes de ouvir os povos interessados representou uma postura incompatível com o princípio de negociação justa e da reconciliação.

Em nossa opinião, não era consistente com o dever de consulta e a obrigação de negociação justa para o Canadá afirmar simplesmente que o impacto do Projeto seria mitigado sem antes discutir a natureza e extensão dos direitos que deveriam ser impactados. Para que o candidato / apelante Primeiras Nações avalie e consulte os impactos do Projeto em seus direitos, primeiro deve haver um diálogo respeitoso sobre os direitos reivindicados. Uma vez que o dever de consultar seja reconhecido, uma falha em consultar não pode ser justificada movendo-se diretamente para a acomodação. Fazer isso é inconsistente com o princípio de negociação justa e reconciliação<sup>18</sup> (CANADA, 2016, p. 126, tradução nossa).

O julgado da Corte Constitucional canadense analisa, minuciosamente, as particularidades de um processo de consulta que envolve a utilização racional de recursos naturais em terras habitadas por populações tradicionais, além de apontar eventuais falhas que maculam a construção de um entendimento bidirecional. Importante mencionar que o Canadá não adota o entendimento que considera o consentimento como um requisito jurídico, além de não ser signatário da Convenção 169 da OIT. No entanto,

16 No original: “Missing was someone from Canada’s side empowered to do more than take notes, someone able to respond meaningfully at some point”.

17 No original: “The case law is clear that Canada, acting under the duty to consult, must dialogue concerning the impacts that the proposed project will have on affected First Nations”.

18 No original: “In our view, it was not consistent with the duty to consult and the obligation of fair dealing for Canada to simply assert the Project’s impact would be mitigated without first discussing the nature and extent of the rights that were to be impacted. In order for the applicant/appellant First Nations to assess and consult upon the impacts of the Project on their rights there must first be a respectful dialogue about the asserted rights. Once the duty to consult is acknowledged, a failure to consult cannot be justified by moving directly to accommodation. To do so is inconsistent with the principle of fair dealing and reconciliation”.

os apontamentos realizados na decisão do tribunal demonstram que o país tem se preocupado em realizar o processo de consulta de maneira a promover o diálogo, o entendimento e os ajustes, bem como as alterações necessárias para acomodar as reivindicações das *first nations*.

Não se pretende refutar a importância da Convenção 169 da OIT. Ao contrário, não há dúvidas de que ao ratificar a Convenção, o Brasil adotou um dos instrumentos mais modernos em direção à proteção da autodeterminação dos povos indígenas. O que se pretende demonstrar é como um país, mesmo não sendo signatário da Convenção, tem entendido e aplicado a consulta prévia. Percebe-se, portanto, que mesmo não ratificando a Convenção, a *Federal Court of Appeal* do Canadá, na decisão apresentada, adotou entendimento que pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro de consulta prévia, na medida em que apresenta um caminho em direção ao diálogo respeitoso e solidário com suas primeiras nações (*first nations*).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os povos originários brasileiros são alvo de violações desde o início da colonização. Embora a Constituição de 1988 tenha dado especial importância à temática indígena e à proteção de sua cultura e de suas terras, percebe-se que ainda hoje estes estão na mira da ação exploratória pautada no ideal de desenvolvimento.

No subsolo das terras indígenas encontram-se os mais variados recursos naturais e minerais. Os impactos advindos da exploração desses recursos, por meio da pesquisa e da lavra, representam uma ameaça não só ao território físico, mas também à cultura desses povos.

Por essa razão, os procedimentos de consulta às comunidades afetadas assumem contornos de especial importância, na medida em que promovem o diálogo e a efetiva participação dessas comunidades dentro de um processo legítimo e comprometido com os receios dessas populações nos casos de implantação de projetos de exploração econômica em seus territórios. A consulta/oitiva não pode, todavia, ser vazia e superficial. Os receios, avaliações e sugestões dos povos indígenas precisam ser substancialmente considerados pelo Poder Público nos processos de licenciamento ambiental de projetos econômicos com o intuito de evitar, mitigar ou compensar eventuais impactos negativos sobre seus territórios.

Embora seja possível afirmar que o consentimento entendido como poder de veto e requisito jurídico esteja em consonância com o princípio

da autodeterminação dos povos indígenas, entende-se que este instrumento de participação não deve ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua adoção pura e simples pode acarretar prejuízos aos povos originários. Compreender o consentimento como resultado e ponto de chegada significa desprezar o ponto de partida e o percurso, marcos tão importantes para a materialização da participação das comunidades envolvidas.

Conclui-se, portanto, que consulta substancialmente comprometida com o processo bidirecional de construção do entendimento revela-se como um instrumento pacificador, enquanto um consentimento obtido por meio de uma consulta descompromissada guarda o potencial de violar ainda mais as comunidades impactadas.

A decisão proferida pela *Federal Court of Appeal* do Canadá demonstra que uma consulta satisfatória não pode se restringir ao cumprimento de uma mera formalidade, pois o Estado deve levar em consideração a opinião e as preocupações das comunidades tradicionais envolvidas. As características de um procedimento de consulta retratadas na decisão canadense podem contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, na medida em que apresentam balizas e parâmetros objetivos para a realização de uma consulta satisfatória, a fim de lapidar o entendimento sobre os princípios da participação e da informação no Brasil.

Ademais, a adoção de parâmetros para a realização de uma consulta materialmente adequada mostra-se relevante não só enquanto medida de proteção dos direitos das comunidades tradicionais envolvidas, mas, também, revela-se como medida de segurança jurídica para o empreendedor, reduzindo-se surpresas e incertezas no que tange à anulação de autorizações e licenças ambientais do empreendimento, em decorrência de uma consulta realizada de maneira insatisfatória.

Nessa perspectiva, é preciso voltar o olhar para o percurso, considerando que o processo dialógico de consulta nada mais representa do que um processo em constante construção. Essa constatação exige, de todos os atores envolvidos, a adoção de ações hábeis a efetivamente buscar o entendimento substancial, a partir de parâmetros socioambientais aceitáveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm). Acesso em: 09 agosto 2021.

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm). Acesso em: 09 agosto 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.123/2015*, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm). Acesso em: 11 maio 2020.

BRITO, A. L. C.; BARBOSA, E. M. A gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 97-123, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/viewFile/544/456>. Acesso em: 11 maio 2020.

CANADA. *Subsection 35(1) of The Constitution Act, 1982*, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.

CANADA. *Federal Court of Appeal. Processo – Gitxaala Nation v. Canada – 2016 FCA 187*. Ottawa, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://decisions.fca-caf.gc.ca/fca-caf/decisions/en/145744/1/document.do>. Acesso em: 11 maio 2020. The application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed with costs, 2017 CanLII 5370 (SCC).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Acción de tutela. *Explotacion de recursos naturales en territorio indígena*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Referência: expediente T-2.650.067. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm>. Acesso em: 9 ago. 2021.

DECISÃO: TRF1 suspende o licenciamento das atividades da Usina Hidrelétrica Teles Pires até que se realize consulta prévia aos povos indígenas. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 2016. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/412275138/decisao-trf1-suspende-o-licenciamento-das-atividades-da-usina-hidreletrica-teles-pires-ate-que-se-realize-consulta-previa-aos-povos-indigenas>. Acesso em: 09 agosto 2021.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HALLEY, P. *JurisClasseur – Droit de l’environnement*, Coll. Droit Public. Montréal: LexisNexis, 2016.

INEA – INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE. Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade promoverá audiência pública remota para implantação de oleodutos. *Notícias*, 8 jul. 2020. Disponível em: <http://www.inea.rj.gov.br/secretaria-de-estado-do-ambiente-e-sustentabilidade-promovera-audiencia-publica-remota-para-implantacao-de-oleodutos/>. Acesso em: 7 jul. 2020.

LIÉVANO, A. B. No Equador, luta contra mineradora se torna disputa por identidade indígena. *Diálogo Chino*, 1 jul. 2019. Disponível em: <https://dialogochino.net/pt-br/industrias-extratvistas-pt-br/28022-no-equador-luta-contramineradora-se-torna-disputa-por-identidade-indigena>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MENEZES, J. B. M. O direito dos índios à terra e a mineração em áreas de ocupação indígena. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 95-103, abr. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/843>. Acesso em: 11 maio 2020.

MILANEZ, B. A fumaça dos minérios: experiências internacionais de mineração em Terras Indígenas. *Versos – Textos para Discussão PoEMAS*, Juiz de Fora, v. 4, n. 1, 2020. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/Milanez-2020-A-fuma%C3%A7a-dos-min%C3%A9rios.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

PARDO, D. W. A.; NASCIMENTO, E. P. O direito à consulta prévia no

Brasil e na América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 79, p. 95-130, 2015.

PERUZZO, P. P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2708-2740, dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24631>. Acesso em: 11 maio 2020.

RODRIGUES, S. T. Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n. 1, p. 41-64, nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2089/3767>. Acesso em: 11 maio 2020.

SILVA, J. H. C. *A legitimidade do uso da terra indígena a partir do protagonismo dos povos indígenas*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/36878/1/2019\\_JulianeHolderdaC%3%a2maraSilva.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/36878/1/2019_JulianeHolderdaC%3%a2maraSilva.pdf). Acesso em: 11 maio 2020.

THOMÉ, R. *Manual de Direito Ambiental*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Artigo recebido em: 19/03/2021.

Artigo aceito em: 10/08/2021.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

HALLEY, P.; THOMÉ, R.; AZEVEDO, M. R. O. O caso Gitxaala Nation vs Canada: atividades econômicas em terras indígenas e os parâmetros para a adequada consulta prévia aos povos originários. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 18, n. 41, p. 333-357, maio/ago. 2021. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2114>. Acesso em: dia mês. ano.