



PUC-SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

VINÍCIUS LASTÓRIA AMIGO

**A CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT
E OS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA DELIMITAR AS COMUNIDADES A SEREM
CONSULTADAS NOS PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em direito, sob orientação do
Prof. Luiz Antônio de Souza

SÃO PAULO

2023

“Somente uma grande mudança no pensamento moral, com maior responsabilidade para com o resto da vida, pode fazer frente ao maior desafio do século. As terras selvagens são nosso lugar de nascimento. Nossas civilizações foram construídas a partir delas. Nossa alimentação e a maioria de nossas moradias e veículos foram derivados delas. Nossos deuses viveram no meio delas. A Natureza nas terras selvagens é direito de nascimento de todos na Terra. As milhões de espécies que permitimos sobreviver lá, mas que continuam em perigo, são nossos parentes filogenéticos (Phylogenetic Kin). Sua história de longo prazo é a nossa história de longo prazo. Apesar de todos os nossos artifícios e fantasias, sempre fomos e continuaremos a ser uma espécie biológica ligada a esse mundo biológico particular. Milhões de anos de evolução estão indelevelmente codificados em nossos genes. A história sem as terras selvagens não é história alguma”.

(Edward Osborne Wilson)

RESUMO

A presente monografia visa abordar os critérios existentes no ordenamento jurídico brasileiro para delimitar quais devem ser as comunidades indígenas ou tribais a serem consultadas no âmbito de processos de licenciamento ambiental, por meio do procedimento da consulta livre, prévia e informada, previsto pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Para tanto, inicialmente, faz-se um panorama da proteção ao meio ambiente erigida pela Constituição Federal de 1988 e dos princípios que devem nortear as atividades relacionadas ao meio ambiente, com especial ênfase no prévio licenciamento ambiental e a necessidade da participação comunitária nos empreendimentos a serem implementados. Na sequência, detalha-se a participação das comunidades indígenas e tribais nos processos de licenciamento ambiental, bem como as hipóteses jurídicas para a necessidade desta participação. Nesta abordagem, far-se-á o cotejo dos principais dispositivos relacionados ao assunto postos pelo texto constitucional e legislação infraconstitucional, sobretudo a Convenção nº 169 da OIT e o procedimento de consulta livre, prévia e informada. Ato contínuo, o trabalho discorre sobre os critérios existentes no ordenamento jurídico para delimitação de quais devem ser as comunidades indígenas e tribais a serem consultadas pelo procedimento da consulta livre, prévia e informada nos licenciamentos ambientais. Enfim, faz-se breve análise de caso concreto representativo da consulta às comunidades indígenas e tribais e o licenciamento ambiental no Brasil, com foco nos impactos e principais questões judicializadas quanto ao tema.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direito Constitucional. Licenciamento Ambiental. Comunidades Indígenas. Comunidades Tribais. Consulta Livre, Prévia e Informada. Comunidades Consultadas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE	8
2.1. O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO ..	8
2.2. PRINCÍPIOS REGENTES DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	11
2.2.1. <i>Princípio do desenvolvimento sustentável</i>	12
2.2.2. <i>Princípios da prevenção e precaução</i>	15
2.2.3. <i>Princípio da natureza pública da proteção ambiental</i>	17
2.2.3.1. <i>O licenciamento ambiental na proteção do meio ambiente</i>	19
2.2.4. <i>Princípio da participação comunitária</i>	20
3. A PARTICIPAÇÃO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS E TRIBAIS NOS PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS	24
3.1. A NECESSIDADE DE OITIVA DAS COMUNIDADES AFETADAS EM PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL	26
3.2. A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O PROCEDIMENTO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA DOS POVOS INTERESSADOS	29
3.2.1. <i>A realização das consultas pelos governos</i>	31
3.2.2. <i>As medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetar os povos indígenas e tribais</i>	33
3.2.3. <i>Sobre o “consentimento” das comunidades afetadas</i>	36
4. OS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA DELIMITAÇÃO DAS COMUNIDADES INTERESSADAS PASSÍVEIS DE REALIZAÇÃO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA	40
4.1. OS CRITÉRIOS POSTOS PELA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT	41
4.1.1. <i>A consciência da identidade indígena ou tribal</i>	41
4.1.2. <i>As condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional</i>	42
4.2. O DECRETO FEDERAL Nº 6.040/2007 SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS.....	44
4.2.1. <i>A consciência como comunidade tradicional</i>	44
4.2.2. <i>As formas próprias de organização social e uso dos recursos naturais</i>	45

5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O PROCEDIMENTO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA	47
5.1. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE	47
6. CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

O procedimento de consulta livre, prévia e informada é um tema que, atualmente, ganhou espaço em discussões judiciais e extrajudiciais, sobretudo quando atrelado à implantação de novos empreendimentos em processos de licenciamento ambiental.

Se, por um lado, empreendedores buscam ter previsibilidade e segurança jurídica de todas as questões que devem enfrentar junto ao órgão licenciador para obter um empreendimento licenciado para operar, por outro, enfrentam resistência de certas comunidades indígenas e tribais haja vista a necessidade de consulta em face de medidas legislativas e/ou administrativas que possam afetar os modos de vida daquelas comunidades.

A previsão deste procedimento de consulta – hodiernamente conhecido como consulta livre, prévia e informada – é verificada na Convenção nº 169, sobre Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi aprovada e ratificada pelo Estado Brasileiro.

Nada obstante, a Convenção não trouxe uma regulamentação da forma como a consulta deva ser realizada e, especialmente, como delimitar quais são as comunidades que devem ser consultadas em face das medidas legislativas e administrativas que possam afetá-las. A inexistência desta regulamentação tende a gerar a judicialização dos debates e, muitas vezes, suspender processos de licenciamento ambiental em curso. Isto até que seja devidamente realizado o procedimento de consulta livre, prévia e informada.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 inovou na história do ordenamento jurídico brasileiro ao trazer ampla proteção ao meio ambiente e, inclusive, assegurar a participação comunitária no licenciamento ambiental de empreendimentos. Esta participação ainda estaria alinhada e seria complementada com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT, que trouxe especificamente o procedimento de consultas às comunidades indígenas e tribais.

A previsão posta pelos dois diplomas normativos, deveras, deixa evidente a necessidade de realização da consulta livre, prévia e informada, também no âmbito de licenciamento ambiental. De qualquer forma, não há regulamentação de como esta consulta deva ser realizada e tampouco os critérios para delimitar quais as comunidades indígenas e tribais que necessitam de ser consultadas.

Assim, diante da problemática exposta, a dúvida estaria assim colocada: quais são os critérios jurídicos existentes no ordenamento brasileiro a fim de delimitar as comunidades indígenas e tribais passíveis de serem consultadas no âmbito de processos de licenciamento ambiental?

Como hipótese, entende-se que os critérios a serem observados são estritamente aqueles postos pela Convenção nº 169 da OIT, visto ser o normativo com força de lei de referência e específico sobre esta forma de consulta às comunidades indígenas e tribais no ordenamento brasileiro, muito embora não haja regulamentação sobre o tema no Brasil.

Desta feita, como objetivos primários almejados pelo trabalho, busca-se compreender e indicar quais os critérios jurídicos e, portanto, postos pelo ordenamento, para delimitar as comunidades indígenas e tribais passíveis de serem consultadas nos processos de licenciamento ambiental. Em outras palavras, como identificar as comunidades indígenas e tribais que necessitam ser ouvidas em face de medidas administrativas que possam afetá-las no curso de processos de licenciamento ambiental.

Já como objetivos secundários, pretende-se abordar: (i) quem é o sujeito responsável pela realização da consulta livre, prévia e informada; (ii) a diferença entre a consulta das comunidades e outros dispositivos conexos do licenciamento ambiental, como as audiências públicas; e (iii) a forma pela qual a consulta deve ser realizada no processo de licenciamento ambiental, ou seja, o momento de realização da consulta no bojo do processo.

Para atingir os objetivos mencionados, tanto primários como secundários, pretende-se a utilização do método dedutivo. Isto é, uma análise de conceitos, regras e princípios gerais postos para, então, compreender especificamente cada critério estabelecido pela Convenção nº 169 da OIT sobre a consulta das comunidades afetadas.

A concretização deste método dedutivo será por meio de pesquisas em artigos científicos e em livros especializados referentes à temática tratada. A ênfase será dada às doutrinas especializadas em direito ambiental, direito constitucional e direito administrativo, mas sem olvidar de doutrina especializada na abordagem do direito internacional.

Do mesmo modo, será feita análise legislativa sobre o assunto, tanto sob a ótica da Constituição Federal, bem como dos critérios em âmbito infraconstitucional. O estudo de julgados específicos do tema também deverá ser abordado.

O trabalho é dividido em quatro capítulos principais que terão como objetivo responder à questão formulada, de modo a permitir a compreensão sobre os critérios jurídicos para delimitar as comunidades indígenas e tribais passíveis de serem consultadas no âmbito de processos de licenciamento ambiental.

2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

2.1. O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou Constituição Federal, inovou na história do ordenamento jurídico brasileiro ao prever um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Nos termos do art. 225 do texto constitucional:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Além da positivação de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal ainda trouxe a proteção do meio ambiente como um princípio imperativo da ordem econômica. Trata-se de um mandamento de que as atividades econômicas, embora fundadas na livre iniciativa, devem observar a defesa do meio ambiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Neste aspecto, para Benjamin (2015, p. 56), a Constituição Federal de 1988 instituiu uma denominada ordem pública ambiental, a qual conduziria o próprio modelo político econômico a ser observado pelo Estado Democrático de Direito em que é fundado o Brasil. Os dispositivos que instituem esta ordem pública ambiental estariam espalhados pelo texto constitucional, mas concentrados, sobretudo, nos arts. 23, VI e VII; 24, VI a VIII; 170, VI; e 225, *caput*. Todos estes dispositivos tratam, de algum modo, da atuação do Poder Público e da coletividade para a proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esta ordem pública seria instituída “*em favor de todos e contra todos, não sendo ditada pelo mercado ou pela autonomia da vontade individual*” (BENJAMIN, 2015, p. 56). Em outras palavras, ao mesmo tempo em que todos devem gozar do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, também devem observar que diversas ações estarão restritas, como forma de assegurar o exercício deste direito e preservar o meio ambiente equilibrado.

A instituição desta ordem pública ambiental pela Constituição Federal também trouxe, naturalmente, a previsão de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto exatamente pelo art. 225, *caput*, mencionado acima.

Como é apontado por Yoshida (2009, p. 72), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito do qual a República Federativa do Brasil é fundada (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Já para Silva (2020, p. 866), sem se olvidar da relação com a dignidade da pessoa humana, a proteção à qualidade do meio ambiente serviria para assegurar o direito fundamental à vida. A tutela da vida está intrinsecamente ligada à qualidade do meio ambiente, porquanto o que se assegura, ao final, é a própria qualidade da vida humana (SILVA, 2020, p. 866).

É, pois, neste sentido que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser compreendido como um direito fundamental. Ora como um direito atrelado à própria dignidade da pessoa humana, valor intrínseco de todo ser humano e que, inclusive, possui um valor comunitário atrelado, de modo a proteger um ideal de vida boa e assegurando um mínimo existencial (BARROSO, 2020, p. 492). E ora como um direito atrelado ao próprio direito fundamental à vida, de modo a preservar a qualidade ambiental e, ao final, a própria adequada qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Ainda, o texto constitucional parece trazer a justificativa para a concepção do meio ambiente como um direito fundamental pelo fato de que, sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não seria possível o exercício de uma situação jurídica a possibilitar a sobrevivência do ser humano.

Como explica Silva (2020, p. 180), ao conceituar os direitos fundamentais, a ideologia orientadora de certo ordenamento jurídico indica situações jurídicas sem as quais o ser humano não poderia conviver de modo digno, livre e igual, caracterizando-as como fundamentais. O direito ao meio ambiente, como essencial à sadia qualidade de vida do ser humano e sua dignidade, pode ser visto, neste aspecto, como fundamental, uma vez que sem ele não há uma vida digna e um ambiente mínimo para a sobrevivência do ser humano.

Note-se que a Constituição Federal, nos termos do art. 225, trouxe a todos não apenas um direito fundamental ao meio ambiente, mas o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O texto constitucional, portanto, previu um direito a um meio ambiente qualificado, que, em última análise, visa promover a dignidade, a vida, a saúde e o bem-estar da coletividade em geral (YOSHIDA, 2009, p. 73). Não basta apenas a proteção ao

meio ambiente se este não possui um equilíbrio ecológico, mantenedor da vida e da sobrevivência da espécie humana.

Ademais, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado a todos. Este fato deve ser visto conjuntamente com o próprio título da ordem econômica, que tem como princípio a defesa do meio ambiente e possui como finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*, da Constituição Federal). É evidente, portanto, considerando a proteção à dignidade humana e à vida, que as diretrizes da ordem econômica devem observar a proteção ao meio ambiente, ponto exatamente positivado pelo legislador constituinte originário de 1988.

Da mesma forma, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito previsto no título da ordem social da Constituição Federal. Isto significa que é um direito que pressupõe prestações positivas por parte do Estado, direta ou indiretamente, e que estão dispostas em dispositivos específicos do texto constitucional (SILVA, 2020, p. 288). As medidas de atuação positiva do Estado em defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estão previstas no art. 225, § 1º, do texto constitucional, com previsão de deveres ao Poder Público para assegurar a efetividade daquele direito.

Com efeito, o direito fundamental ao meio ambiente previsto é um direito denominado de terceira geração, inserido, sobretudo, numa categoria de direitos hoje compreendida como direitos difusos (YOSHIDA, 2009, p. 73). Trata-se de um direito metaindividual ou transindividual, afeto aos interesses de todos.

Neste aspecto, a preocupação com a proteção do direito fundamental ao meio ambiente é afeta a todos. O meio ambiente é um bem de uso comum do povo, e as lesões perpetradas a este direito transcendem a órbita individual de cada indivíduo. Segundo Sarlet (2022, p. 148), a lesão ao bem jurídico ambiental afeta toda a coletividade, de modo a caracterizar uma “*indeterminação dos sujeitos titulares do direito*”. Isto se torna evidente nas lesões por vezes praticadas contra a integridade ecológica, a qualidade do ar atmosférico e das águas dos rios e mares, bem como as ameaças que espécies passíveis de extinção sofrem constantemente.

O dano provocado, nestes casos, pode afetar toda a cadeia ecológica que é intrínseca à boa qualidade de vida do ser humano. Daí porque o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado também está caracterizado na seara dos direitos difusos. Um grupo de pessoas indeterminadas, mas ligadas por uma mesma circunstância de fato – como também é disposto pelo art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor – é afetado pela lesão ao bem jurídico ambiental: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*, da Constituição Federal).

Dessa forma, o novo modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988 erigiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. É um direito garantido a todos e que, em última essência, visa assegurar a dignidade do ser humano, a sadia qualidade de vida, assim como a preservação de um bem sem o qual o ser humano não poderia conviver e sobreviver. Isto é, o próprio meio ambiente ecologicamente equilibrado. Referido direito fundamental está também afeto a uma indeterminação de pessoas e exige prestações positivas por parte do Poder Público para sua tutela.

Em última análise, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é tanto um direito fundamental do ser humano, assim como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida da população.

2.2. PRINCÍPIOS REGENTES DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Como visto, a Constituição Federal trouxe a previsão de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este direito fundamental é posto por meio de uma norma jurídica constitucional, a qual visa assegurar que todos gozem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As normas jurídicas correspondem a um dos objetos do próprio direito, ciência que prescreve o “dever ser” na sociedade, na tentativa de introduzir valores à realidade e conformar a atuação das pessoas à forma como as coisas deveriam ser. Daí porque as normas jurídicas podem ser concebidas como mandamentos ou prescrições destinados a conformar à realidade a um estado de ordem e justiça (BARROSO, 2020, p. 194).

Ao prever a necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, a Constituição Federal indica um estado de como a realidade “deve ser”. Visa conformar a atuação das pessoas na tentativa de impor um estado ideal da realidade para a proteção e preservação do meio ambiente. Daí porque referida imposição é, a toda evidência, uma norma jurídica, que possui como objetivo a conformação da realidade a um valor de proteção do meio ambiente.

No atual paradigma da teoria do direito, costuma-se entender as normas jurídicas como um gênero, o qual é dividido em duas espécies principais: as regras e os princípios. Esta é a teoria consolidada, entre outros, por Alexy (2008), que vinculou a ideia de que normas jurídicas serão sempre ou regras ou princípios (apud SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 10).

Conforme é apontado por Barroso (2020, p. 306), as regras e os princípios diferenciam-se, basicamente, quanto ao conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. Para os fins do presente trabalho, apenas a diferenciação quanto ao conteúdo elucidará os aspectos para a compreensão dos princípios que norteiam a proteção do meio ambiente.

Neste aspecto, as regras e os princípios podem ser diferenciados em conteúdo, porquanto as regras tratam de descrições, mandamentos, objetivos postos pelo legislador. Há a subsunção de um fato a uma determinada conduta a ser seguida, sem gerar grandes dúvidas em sua aplicação. Já os princípios traduzem valores e fins, mais abstratos, que norteiam a aplicação do direito para atingir os objetivos postos pelo ordenamento (BARROSO, 2020, p. 306).

Os princípios, portanto, servem como orientadores do intérprete na aplicação do direito. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 12), os princípios “*permitem ao intérprete e aplicador do Direito Ambiental (em especial, Juízes e Tribunais) alcançar o verdadeiro sentido e ‘estado da arte’ do ordenamento jurídico ambiental*”. Assim, os princípios são fundamentais para compreensão e aplicação dos mandamentos para a proteção do meio ambiente, eis que guiam o intérprete aos valores e finalidades postos pelo ordenamento, de modo a garantir a proteção ambiental.

Com efeito, é do papel que os princípios cumprem no ordenamento constitucional vigente que se conclui pela ideia de que a violação de um princípio é muito mais grave que a violação de uma norma em geral. A obra de Bandeira de Mello (2021, p. 46) elucidada que:

(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Alguns princípios expressos ou implícitos no texto constitucional servirão como base para compreensão do espectro da proteção ao meio ambiente conferida constitucionalmente, e, também, para compreender a própria participação das comunidades tradicionais nos processos de licenciamento ambiental.

2.2.1. Princípio do desenvolvimento sustentável

O primeiro princípio que deve nortear a proteção ambiental é o do desenvolvimento sustentável. Em linhas gerais, o referido princípio expressa a ideia de que o desenvolvimento econômico deve estar atrelado à ideia de proteção do meio ambiente.

Segundo apontam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 42) o termo “desenvolvimento sustentável” foi primeiro previsto pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, por meio do Relatório Nosso Futuro Comum, do ano de 1987. Naquela ocasião, a ideia de desenvolvimento sustentável foi cunhada como “*aquela que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades*” (ONU, 1987, apud SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 42).

Em outras palavras, o uso dos recursos naturais, de forma inteligente, equilibrada, racional e sustentável, deve ser realizado tendo em vista uma vida digna, o qual garantirá, inclusive, a própria sobrevivência da humanidade e do planeta (MILARÉ, 2020, p. 248-249). Não poderia o ser humano, alheio às consequências da exploração desregrada para as presentes e futuras gerações, almejar apenas o crescimento econômico, sem levar em consideração os próprios recursos ambientais e a qualidade do meio ambiente que o permeia.

O princípio do desenvolvimento sustentável, embora não esteja expresso, deve ser lido no próprio art. 170, VI, da Constituição Federal, no sentido de que a ordem econômica deve observar a defesa do meio ambiente como uma de suas orientações. Não se pode olvidar, da mesma forma, da leitura sistemática do art. 170 em conjunto com o próprio *caput* do art. 225, ambos do texto constitucional. Isso porque, além de a defesa do meio ambiente ser um princípio da ordem econômica, a Constituição Federal também expressa a necessidade de preservação deste bem único para as presentes e futuras gerações.

O referido princípio também está previsto de forma ampla na legislação infraconstitucional. A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981), por exemplo, em seu art. 4º, I e VI, dispõe que a política visará a compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação do meio ambiente, assim como a necessidade de preservação dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente. Destes dispositivos é possível extrair que o legislador infraconstitucional também pretendeu indicar a necessidade de salvaguarda dos recursos naturais hoje, mas sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às próprias necessidades.

Outrossim, como é apontado por Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 42-43), outros diplomas normativos infraconstitucionais também previram as balizas para concretização do princípio do desenvolvimento sustentável. É o caso da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei Federal nº 9.433/1997, art. 2º, II e II); a Lei da Mata Atlântica (Lei Federal nº 11.428/2006, art. 6º, *caput*); a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei Federal nº 12.187/2009, art. 3º,

caput); a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010, art. 6º, III a V); e, por fim, o Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012, art. 1º, parágrafo único).

Dessa forma, é possível extrair a premissa de que o desenvolvimento econômico deve sempre estar pautado no uso racional e na proteção dos recursos ambientais, sob pena de não assegurar a própria sobrevivência das gerações futuras pela escassez desses recursos.

O princípio do desenvolvimento sustentável ainda possui contornos que vão além da denominada sustentabilidade ecológica, preocupada com degradação do meio biótico e abiótico do meio ambiente (YOSHIDA, 2009, p. 78-79). Neste sentido, o referido princípio também abarca a ideia de sustentabilidade social. Como apontam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 45):

O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de parte expressiva da população aos seus direitos sociais básicos, o que, importa referir, também é causa agravante da degradação ambiental.

Em outras palavras, o princípio do desenvolvimento sustentável também deve levar em consideração que a desigualdade social é um dos grandes fatores contributivos para ocasionar degradação ambiental. Sem que todos possam ter acesso digno e justo aos recursos ambientais, a tendência é que um uso desenfreado e desregulado possa ocorrer, fato que proporcionará um mau uso destes recursos e prováveis danos ao meio ambiente.

Neste mesmo sentido, Antunes (2023, p. 16) assevera que os principais problemas ambientais estão presentes em áreas mais pobres e que as vítimas majoritárias dos desastres e do descontrole ambiental são aquelas pessoas mais vulneráveis, tanto social como economicamente. Assim, o princípio do desenvolvimento sustentável visa também trazer orientações gerais para proteção de grupos mais vulneráveis socialmente, de modo a garantir seu pleno desenvolvimento em face das adversidades pelo uso desenfreado e desigual dos recursos ambientais.

Desse modo, o princípio do desenvolvimento sustentável é uma das diretrizes orientadoras da proteção do meio ambiente. Visa garantir que o uso dos recursos naturais hoje não comprometa o desenvolvimento das gerações futuras. O referido princípio possui um aspecto tanto sob a ótica ecológica como também social, ambas essenciais para a concretização da dignidade humana, para garantir o mínimo existencial, e sem o qual não há se falar em bem estar social.

Para os fins do presente trabalho, notar-se-á que o princípio do desenvolvimento sustentável, sobretudo pelo aspecto ecológico e social que possui, visa também assegurar o

pleno desenvolvimento das comunidades tradicionais em face das adversidades geradas pelo uso dos recursos naturais em seus territórios, de modo a garantir seus modos de vida próprios e ancestrais.

2.2.2. Princípios da prevenção e precaução

Na sequência, outros dois princípios considerados pela literatura jurídica como basilares para a proteção do meio ambiente são os princípios da prevenção e da precaução (MILARÉ, 2020, p. 256).

Os dois princípios, segundo Zapater (2020, p. 2), tem como eixo a ideia da realização de um juízo sobre a adoção de tomada de decisões e a possibilidade de tais decisões ocasionarem eventos futuros e danosos ao meio ambiente. Em outras palavras, os princípios buscam a ponderação sobre a tomada de decisões no presente, que podem, sob um juízo de probabilidade futuro, ocasionar danos posteriores ao meio ambiente.

Os referidos princípios, portanto, buscam a ponderação da tomada de decisões no presente, as quais, num futuro incerto, poderão ocasionar danos e consequências gravosas ao meio ambiente. Tais princípios, assim, não estão atrelados à esfera de responsabilidade por um dano já concretizado, mas tão somente ao momento anterior da adoção de decisões que, possivelmente, poderão ocasionar danos ao meio ambiente (ZAPATER, 2020, p. 2).

Embora sejam princípios de natureza acautelatória, possuem diferenças que os distinguem.

O princípio da prevenção, como normalmente concebido pela doutrina jurídica, está atrelado a riscos e danos sabidamente conhecidos pela ciência (MILARÉ, 2020, p. 256). Trata-se de um dano cientificamente certo, conhecido e concreto que determinada atividade ocasionará ao meio ambiente se for desenvolvida. São os casos, por exemplo, do desmatamento de certa floresta nativa que ocasionará a mortandade de espécimes da fauna e da flora locais, que o uso de certos produtos químicos contaminará o solo e a água de certa região ou que a emissão de certos gases atmosféricos afetará negativamente a população urbana ao redor do empreendimento. Veja que em tais exemplos há certeza do dano futuro.

É importante relevar que, conforme assevera Zapater (2020, p. 11), todos estes danos cientificamente passíveis de ocorrerem caso as atividades sejam desenvolvidas e que fundamentam o princípio da prevenção originam-se de padrões estabelecidos por normas jurídicas. Isto é, a certeza científica sobre a ocorrência de certo dano é aquela que decorre da leitura de padrões de qualidade ambiental expostos em diplomas normativos. Tais padrões

podem ser previstos por normas jurídicas de caráter constitucional, legal e infralegal (como regras técnicas previstas por órgãos de controle ambiental).

A Constituição Federal não prevê expressamente a adoção do princípio da prevenção. Todavia, é possível extrair do art. 225, § 1º, IV, por exemplo, sua aplicação. Nesse sentido, afirma Milaré (2020, p. 257) que a exigência do prévio Estudo de Impacto Ambiental (“EIA”) para deliberação sobre a viabilidade de certo empreendimento é uma destas manifestações. O órgão ambiental competente verifica os riscos cientificamente certos e existentes ao meio ambiente e institui a necessidade de elaboração do EIA para indicação das medidas que serão adotadas para mitigação por parte do projeto. Posteriormente, deverá avaliar as condicionantes que serão impostas como formas possíveis de controle da qualidade ambiental.

Em síntese, pois, o princípio da prevenção trata da ponderação na tomada de decisões quando houver o conhecimento, a certeza dos danos que certa atividade ocasionará ao meio ambiente. São riscos certos, concretos e cientificamente demonstrados que podem gerar degradação na qualidade do meio ambiente e que deverão ser avaliados de modo antecipado para a tomada de decisões ambientais.

Por outro lado, apesar de também afeto à avaliação de tomada de decisões que possam, futuramente, causar danos ao meio ambiente, o princípio da precaução atua com um risco incerto e abstrato, o qual não é cientificamente comprovado de causar degradação ambiental. Neste aspecto, Milaré (2020, p. 257) aponta que:

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos de determinadas intervenções sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

Assim, vale dizer, a adoção do princípio da precaução visa assegurar que a ausência de certeza sobre os riscos de certa atividade não será um motivo para ignorar a adoção de cuidados com o meio ambiente. A incerteza, neste ponto, deve *“militar em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado”* (MILARÉ, 2020, p. 258).

É de fundamental importância, contudo, ressaltar que a doutrina também aponta que o princípio da precaução não proíbe a execução de certa atividade sob o fundamento de ausência de certeza científica sobre os riscos que ela poderá causar ao meio ambiente (ZAPATER, 2020, p. 14-15). O princípio da prevenção, e não o da precaução, assim o faz, haja vista a indicação

certa dos danos concretos passíveis de ocorrerem ao meio ambiente se determinada atividade for executada.

Neste sentido, Zapater (2020, p. 17) afirma que “*a prestação do princípio da precaução não é evitar um risco ao meio ambiente, mas legitimar esse risco para o caso de, no futuro, as decisões de mostrarem erradas*”. O efeito prático de aplicação do princípio da precaução, como se vê, não é a proibição da execução da atividade. É, sobretudo, impor ao interessado um ônus de cautela sobre as intervenções a serem realizadas, de modo a legitimar essa atividade. Sempre possibilitando, entretanto, que haja a responsabilidade futura pelos danos gerados caso o risco assumido tenha se mostrado danoso ao meio ambiente.

O princípio da precaução também não está expressamente previsto pela Constituição Federal. A sua previsão, todavia, encontra-se em diplomas normativos internacionais acordados pelo Brasil como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Princípio 15), a Convenção sobre Mudança do Clima (Artigo 3.3), bem como a Convenção sobre Diversidade Biológica (Preâmbulo da Convenção).

O princípio também está previsto em diplomas normativos nacionais, como a Lei da Mata Atlântica (Lei Federal nº 11.428/2006, art. 6º, parágrafo único) e a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei Federal 12.187/2009, art. 3º).

Portanto, é possível afirmar que o referido princípio foi incorporado ao ordenamento interno brasileiro e passível de aplicação.

Dessa forma, o princípio da precaução também está atrelado à avaliação prévia de tomada de decisões que possam, no futuro, causar danos ao meio ambiente. Esta avaliação, contudo, trata de riscos incertos, não comprovados cientificamente, todavia prováveis. O princípio não proibirá a execução de atividades com riscos ao meio ambiente, mas exigirá ônus do empreendedor de demonstrar que certas medidas, em princípio, não serão gravosas ao meio ambiente, como forma de legitimar um risco a ser adotado.

Os princípios da prevenção e precaução também serão relevantes para análise da participação das comunidades tradicionais no âmbito dos licenciamentos ambientais, pois tratam do momento de análise prévia dos riscos que o empreendimento poderá causar aos modos de vida destas comunidades, de modo a criar mais esta vertente de consideração para aferir a viabilidade ou não de tais projetos.

2.2.3. Princípio da natureza pública da proteção ambiental

O art. 225 da Constituição Federal instituiu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como o definiu como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade a sua defesa. É deste dispositivo que se extrai o quarto princípio analisado neste trabalho: o da natureza pública da proteção ambiental.

Significa dizer que, se o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, é um bem único, indivisível e indisponível, que não pode ser apropriado por interesses particulares. Neste sentido:

(...) não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para o consumo privado. O caráter jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado é de um bem de uso comum do povo. Assim, a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social (DERANI, 2008, p. 245, apud MILARÉ, 2020, p. 254).

Portanto, é um bem cuja preservação deve observar o mandamento constitucional do dispositivo mencionado, no sentido de que é um dos interesses do Poder Público e da coletividade em geral a preservação e defesa do meio ambiente. Neste aspecto, inexistente a possibilidade de transferência dos deveres inerentes à proteção do meio ambiente aos particulares, por meio de acordos de vontade. O meio ambiente é um bem de todos, cuja preservação é do interesse de todos.

Ademais, é o princípio da natureza pública da proteção ambiental que assegurará à proteção do meio ambiente a vinculação com o caráter de interesse público (MILARÉ, 2020, p. 255).

Pode-se argumentar, neste aspecto, que a proteção do meio ambiente é uma prerrogativa de interesse público, ou seja, afeta à dimensão dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, na definição de interesse público proposta por Bandeira de Mello (2021, p. 47). Em outras palavras, tal proteção é afeta à dimensão pública dos interesses particulares, sobretudo pelo fato de o meio ambiente ser concebido como um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida de todos. Tal proteção, portanto, é de interesse de toda a coletividade e não apenas do Estado.

O princípio da natureza pública da proteção ambiental é que justifica, como explica Milaré (2020, p. 254), a possibilidade de o Estado exercer certos limites sobre a propriedade privada, bem como à liberdade dos particulares, sem a necessidade de prévia indenização ao particular, como forma de proteção do meio ambiente. Trata-se do exercício do poder de polícia

por parte da Administração Pública, que trará limitações aos direitos dos particulares para garantir a proteção do meio ambiente e de interesses da coletividade, por exemplo.

Tudo isto como forma de assegurar a observância e cumprimento do interesse público existente na tutela do meio ambiente, assim como o próprio mandamento constitucional de que compete ao Poder Público e à coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente.

Assim, é do princípio da natureza pública da proteção do meio ambiente, bem como do exercício do poder de polícia administrativo, que se justifica a realização pela Administração Pública do prévio licenciamento ambiental dos empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores e utilizadores de recursos naturais.

2.2.3.1. O licenciamento ambiental na proteção do meio ambiente

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente – “PNMA” (art. 9º, VI, da Lei Federal nº 6.938/1981). Deverá ser exigido sempre que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades, utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, sejam capazes de causar degradação ambiental (art. 10, da PNMA).

Nos termos da Lei Complementar nº 140/2011 – que regulamenta o exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora –, o licenciamento ambiental é “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I). Envolve, portanto, uma manifestação do Poder Público, por meio de um procedimento administrativo, para verificar a viabilidade ou não de determinado empreendimento capaz de causar degradação ambiental.

Assim, o licenciamento ambiental é uma manifestação clara do exercício do poder de polícia da Administração Pública, o qual pretende restringir a liberdade e a propriedade dos particulares, de modo a ajustá-las ao interesse coletivo (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 788). Vale dizer, certas atividades exercidas pelos particulares são de interesse de toda a coletividade e possuem um interesse público atrelados à sua fiscalização. É o caso, por exemplo, do licenciamento ambiental, forma de exercício do poder de polícia para controlar atividades lesivas ao meio ambiente e, em última análise, afetas à toda a coletividade.

Pelo fato de o licenciamento ambiental servir, via de regra, como uma prévia análise da viabilidade de certo empreendimento, em face dos riscos e danos que pode causar ao meio ambiente, trata-se inequivocamente de uma restrição à liberdade e propriedade dos particulares em prol do meio ambiente: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida da população. E, como assevera Milaré (2020, p. 997), pelo fato de o meio ambiente:

(...) ser de todos em geral e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização, que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direito guardião – o Poder Público, que tem a incumbência de administrá-lo de forma responsável. O ato autorizativo dele emanado assemelha-se, portanto, a uma “anuência social” para empreender.

Dessa forma, o licenciamento ambiental é o procedimento administrativo que verificará a viabilidade de certo empreendimento utilizador de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes de causar degradação ambiental. É uma manifestação do poder de polícia da Administração Pública que, ao aferir a viabilidade de determinado empreendimento, restringe o uso e gozo da propriedade e liberdade dos particulares em prol da defesa do meio ambiente e sua adequada preservação.

O licenciamento ambiental terá um papel fundamental na verificação dos impactos que determinados empreendimentos possam causar aos modos de vida de determinadas comunidades tradicionais e objeto deste trabalho, especialmente para os fins da realização do procedimento de consulta livre, prévia e informada.

2.2.4. Princípio da participação comunitária

Enfim, o último princípio, para fins deste trabalho, que norteia a atuação do Estado e da sociedade na proteção do meio ambiente é o da participação comunitária. Ou, como parte da literatura jurídica prefere, o princípio da participação pública (YOSHIDA, 2009, p. 84).

Como já explorado no decorrer deste trabalho, a Constituição Federal elencou o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, ao qual compete ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225). O bem jurídico ambiental, neste aspecto, é um bem afeto a todos, inclusive com as características de indivisível, indisponível e defeso de ser apropriado pelos particulares.

Nestes termos, é que se extrai o princípio da participação comunitária. A própria comunidade como um todo, e não apenas o Poder Público, deve atuar para a proteção e preservação do meio ambiente, na forma do mandamento constitucional. Conforme assevera

Milaré (2020, p. 267), o princípio, embora não seja exclusivo do direito ambiental, expressa a necessidade de cooperação entre o Poder Público e a comunidade na formulação e execução das políticas ambientais.

Vale ressaltar que o referido princípio postula que não apenas a comunidade deve formular e auxiliar na execução de políticas de proteção e preservação do meio ambiente, mas que também deve ter amplo acesso às informações e dados de ações ambientais, como forma de possibilitar sua efetiva participação na elaboração das políticas ambientais. Isso porque, sem a publicidade e a informação, não haveria como dar efetividade e operacionalidade ao próprio princípio da participação comunitária (YOSHIDA, 2009, p. 84).

A sociedade deve ter o conhecimento das ações e dados existentes para que, em complemento com o Poder Público, possa exercer e participar da modulação e implementação das políticas ambientais. E, ao Estado, em face de seu dever de proteção do meio ambiente, cumpre facilitar e assegurar formas concretas de participação pública na tomada de decisões ambientais, como forma de garantir o cumprimento do denominado Estado Socioambiental de Direito (SARLET e FENSTERSEIFER, 2014, p. 3).

O princípio da participação comunitária, embora identificado na Constituição Federal, também está previsto na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, em seu Princípio 10, a qual foi acordada pelo Brasil. Além disso, no ordenamento infraconstitucional do Brasil, o princípio também pode ser visto concretizado nos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981), que prevê a criação de um sistema nacional de informações sobre o meio ambiente (art. 9º, VII), bem como na Lei Federal nº 10.650/2003, a qual dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Da mesma forma, segundo Milaré (2020, p. 267), uma das formas concretas que expressam o princípio é a necessidade de realização de audiências públicas, com a comunidade local e capaz de ser afetada pelos empreendimentos em análise, em processos de licenciamento ambiental que exijam a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), nos termos da Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). É uma das formas mais comuns de possibilitar a efetiva participação da sociedade civil na tomada de decisões em matérias ambientais, que deverão ser levadas em consideração pelo órgão ambiental licenciador para tomada de decisão sobre a viabilidade do projeto analisado.

É importante notar que o referido princípio também pode ser visto em outros dispositivos menos comentados por parte da literatura jurídica.

Por exemplo, a própria Constituição Federal, ao dispor sobre a proteção das comunidades indígenas, garantiu que empreendimentos que se utilizem do aproveitamento de recursos hídricos ou a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só poderão ser efetivados após ouvidas as comunidades afetadas (art. 231, § 3º). Vale dizer, é a necessidade da própria participação das comunidades indígenas na formulação e aprimoramento de determinados empreendimentos que sejam realizados em suas terras, com a intenção de melhor tomar decisões passíveis de afetar tais comunidades e o próprio meio ambiente.

Do mesmo modo, a ideia de participação comunitária também pode ser vista em diplomas internacionais aprovados e ratificados pelo Estado Brasileiro, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Neste caso, a convenção prevê a necessidade de consulta aos povos interessados, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6º, 1, “a”). A ideia aqui, novamente, é possibilitar a participação das comunidades também em medidas ambientais capazes de afetá-las, como medidas administrativas dentro de processos de licenciamentos ambientais por exemplo.

Por fim, o Brasil também está em processo de ratificação do denominado Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe ou, como hodiernamente conhecido, o Acordo de Escazú.

O acordo ressalta como um de seus objetivos “garantir a implementação plena e efetiva, na América Latina e no Caribe, dos direitos de acesso à informação ambiental, participação pública nos processos de tomada de decisões ambientais e acesso à justiça em questões ambientais” (Artigo 1). O acordo foi assinado pelo Estado Brasileiro, mas ainda não ratificado pelo Congresso Nacional. Em maio de 2023, o texto foi encaminhado ao Congresso Nacional para ratificação. Se ratificado, o referido acordo internacional, portanto, também será normativo de referência e com previsão do princípio da participação comunitária na proteção e preservação do meio ambiente.

Dessa forma, o princípio da participação comunitária expressa a orientação de que as ações voltadas para a preservação e defesa do meio ambiente devem ser feitas em conjunto tanto pelo Poder Público como pela sociedade. A população, neste sentido, possui um papel fundamental na formulação e auxílio para elaboração de políticas ambientais, sobretudo pelo fato de o meio ambiente ser um bem de uso comum do povo, e a ela deve ser assegurada a publicidade e informação sobre dados ambientais existentes.

A participação comunitária garante os procedimentos de consulta às comunidades tradicionais que possam ser afetadas por empreendimentos no curso de processos de licenciamento ambiental, objeto deste trabalho, uma vez que a elas também deve ser assegurada a busca de esclarecimentos e amplas informações de como determinados projetos poderão impactar seus territórios e o uso dos recursos para suas atividades habituais.

3. A PARTICIPAÇÃO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS E TRIBAIS NOS PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Como exposto até o momento, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido como um direito fundamental do ser humano pela Constituição Federal de 1988. Além de um direito, trata-se de um bem de uso comum do povo e essencial para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Para a concretização da proteção e preservação ambiental, o ordenamento brasileiro trouxe a previsão de diversos princípios norteadores das condutas e atividades que possam impactar o meio ambiente e a coletividade. Todos os princípios analisados, de um modo ou de outro, refletem aspectos de proteção à população como um todo, mas também dos próprios povos indígenas e tribais, que passarão a ser analisadas neste momento.

Inicialmente, destaca-se que a terminologia “povos indígenas” e “povos tribais” é aquela utilizada pela Convenção nº 169 da OIT. Neste aspecto, a convenção define como povos indígenas os povos em países independentes que descendam de populações que habitavam o país ou região geográfica pertencente ao país na época de conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais, e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam as próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (Artigo 1º, “b”).

De modo semelhante, a convenção define povos tribais como os povos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (Artigo 1º, “a”).

Assim, o termo comunidades ou povos indígenas será utilizado para abordar especificamente os grupos e povos indígenas, ou seja, grupos que descendam de populações que habitavam o Brasil na época da colonização e que mantenham seus próprios costumes e instituições sociais. Já o termo comunidades tribais servirá para a delimitação de demais comunidades que, em tese, possuam condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial, como os grupos remanescentes dos quilombos ou quilombolas.

Feitas estas breves ponderações, uma ampla variedade de recursos naturais, sejam minérios, recursos hídricos ou insumos florestais, por exemplo, encontram-se próximos ou

localizados no interior de terras de comunidades indígenas ou tribais, fato que tem provocado determinados conflitos sociais no Brasil e na América Latina (PARDO e NASCIMENTO, 2015, p. 1). Se, por um lado, grupos de empreendedores pretendem realizar a exploração de determinados recursos a pretexto do crescimento e desenvolvimento econômico, por outro, comunidades indígenas e tribais visam se resguardar da possibilidade de tais explorações não impactarem seus modos de vida e uso dos recursos no território que ocupam.

Estas discussões são comumente vistas nos processos de licenciamento ambiental, que possuem como um de seus objetivos aferir a viabilidade de determinado empreendimento que possa causar degradação ambiental. Nestes casos, a análise da viabilidade deve envolver também os impactos que os projetos possam causar às comunidades afetadas, sob pena de deixar de avaliar o aspecto socioambiental do empreendimento, daí a razão de não se poder sonegar a oitiva destas comunidades, pois violaria o princípio da participação comunitária.

Fato é que as referidas comunidades, em virtude de dispositivos constantes da Constituição Federal e de diplomas infraconstitucionais internacionais e nacionais, devem ser tuteladas quando houver medidas legislativas e/ou administrativas que possam impactá-las diretamente. A medida administrativa a ser analisada é exatamente o processo de licenciamento ambiental, processo administrativo conduzido pelo órgão ambiental competente, que, ao final, externará seu posicionamento pela emissão ou não das licenças ambientais exigidas para funcionamento do empreendimento.

O procedimento de consulta livre, prévia e informada é o instrumento de maior destaque neste aspecto, o que tem gerado dúvidas nos processos de licenciamento ambiental sobre sua realização. O principal motivo para existência das dúvidas é a ausência de regulamentação da convenção por parte do Brasil (MILARÉ, 2020, p. 989).

Este vácuo normativo enseja certas questões complexas sobre a consulta, uma vez que suscita dúvidas sobre o agente competente para realização da consulta, formas e procedimentos para realização e a participação das comunidades nestas oitivas (ANTUNES, 2019, p. 37). Entretanto, a dúvida que se coloca é: quais são os critérios postos pelo ordenamento que delimitam quais serão as comunidades que deverão ser consultadas?

Os empreendimentos devem estar dentro de terras indígenas ou tribais para ser-lhes exigida a consulta livre, prévia e informada? Quais são as comunidades tuteladas pela Convenção nº 169 da OIT para fins da consulta? Busca-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro aborda a questão para realização da consulta, mesmo em face da ausência de uma regulamentação específica.

Assim, para se adentrar na questão, verifica-se a participação das comunidades indígenas e tribais nos processos de licenciamento ambiental, sob a ótica da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional.

3.1. A NECESSIDADE DE OITIVA DAS COMUNIDADES AFETADAS EM PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Inicialmente, a Constituição Federal de 1988, novamente ao inovar no ordenamento jurídico brasileiro e prever a tutela específica de comunidades indígenas, trouxe a previsão de que o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas (art. 231, § 3º). Em outras palavras, empreendimentos de mineração e de aproveitamento de recursos hídricos, sobretudo para fins energéticos, que sejam realizados em terras indígenas, devem ser precedidos de oitiva das comunidades afetadas por parte do Congresso Nacional.

Trata-se de procedimento concebido como “oitiva constitucional”, a qual é distinta dos procedimentos de consulta livre, prévia e informada, assim como não se confunde com as audiências públicas realizadas no âmbito de processos de licenciamento ambiental (PONTES JR. e OLIVEIRA, 2015, p. 81). A literatura jurídica aparenta fazer certa confusão entre os três institutos, que, todavia, possuem previsões e objetivos distintos. De todo modo, são instrumentos participativos distintos e com objetivos diversos que não se confundem (GARZÓN et al., 2016, apud LUNELLI e SILVA, 2023, p. 541)

Nos termos da Constituição Federal, a oitiva constitucional é apenas aplicável às comunidades indígenas, desde que empreendimentos específicos de mineração ou aproveitamento de recursos hídricos estejam localizados em territórios indígenas. Assim, não é procedimento que visa tutelar, por exemplo, as comunidades quilombolas ou outras comunidades tidas como tradicionais. Trata-se de oitiva específica, a ser realizada pelo Congresso Nacional, antes de deliberar sobre a aprovação de empreendimentos de mineração e aproveitamento energético de recursos hídricos situados em terras indígenas.

Via de regra, a referida oitiva apenas será exigível quando empreendimentos estiverem localizados no interior dos limites geográficos de determinada terra ocupada por comunidades indígenas. Todavia, conforme apontam Pontes Jr. e Oliveira (2015, p. 89-90), a jurisprudência já possibilitou a ampliação desta hipótese, sob o argumento de que, se certos recursos naturais,

que sejam de uso exclusivo das comunidades indígenas – por estarem em seus territórios – forem utilizados por projeto externo à terra indígena, haveria a necessidade desta oitiva.

Este foi o posicionamento externado no julgamento dos embargos de declaração nos autos da Ação Civil Pública nº 0000709-88.2006.4.01.3903, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e possuía como objeto a condenação do Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) à obrigação de não fazer para sustar a expedição de atos administrativos atrelados ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

É o caso, por exemplo, de diminuição da vazão de um rio que também seja utilizado em terras indígenas, em virtude da construção de uma usina de aproveitamento hidrelétrico, muito embora esta não esteja situada dentro dos limites geográficos da terra indígena. Há, nestes casos, utilização de recursos naturais que transpassam os territórios indígenas e por eles também são utilizados, razão pela qual a comunidade afetada deveria ser ouvida pelo Congresso Nacional na forma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal.

O relevante a se notar de tal oitiva é o fato de a literatura jurídica argumentar que possui caráter essencial, para posterior deliberação pelo Congresso Nacional, nos casos de empreendimentos de mineração e aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. Como aponta Dallari (1990), a oitiva é “*um condicionamento para o exercício de legislar*” (apud PONTES JR. e OLIVEIRA, 2015, p. 93). Assim, o Congresso Nacional deve colher as informações prestadas pelas comunidades indígenas e justificadamente deliberar sobre a aprovação ou rejeição do projeto de mineração ou aproveitamento de recursos hídricos. A oitiva, neste sentido, é um requisito essencial para a validade da aprovação a ser emanada do Congresso.

Portanto, a Constituição Federal trouxe previsão sobre a oitiva dos povos indígenas quando empreendimentos de mineração e aproveitamento de recursos hídricos, inclusive para fins hidrelétricos, estejam localizados em terras indígenas ou quando utilizem recursos naturais que passam pelos territórios indígenas (art. 231, § 3º). É a hipótese mais específica positivada pela Constituição Federal de oitiva de comunidades potencialmente afetadas. A oitiva constitucional deverá ser feita pelo Congresso Nacional e apenas às comunidades indígenas, não se incluindo, em princípio, outros povos classificados como tribais.

Além disso, outra forma de participação dos povos indígenas e, aqui, também incluídos os povos tribais em geral, em processos de licenciamento ambiental, resguardada pela Constituição Federal, é a audiência pública realizada no bojo de processos de licenciamento ambiental que exijam a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA). A referida previsão

pode ser extraída do art. 225, § 1º, IV, do texto constitucional, no sentido de que ao EIA deverá ser dada publicidade.

Neste sentido, a obra de Milaré (2020, p. 979) elucida que ao referido estudo sempre deverá ser dada publicidade e assegurar a participação da sociedade:

No que toca à publicidade, é da ordem constitucional que o EIA/RIMA não pode ser escondido dos olhares do público (art. 225, § 1º, IV, CF), o que se harmoniza com o direito fundamental que todos têm a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo geral (...).

(...)

A participação, a seu turno, requer que todos sejam adequadamente informados sobre os vários aspectos e os diferentes riscos e possibilidades do projeto em consideração, desde a decisão inicial até as constantes ações de controle ou monitoramento.

As audiências públicas no licenciamento ambiental devem acolher todos os interessados legítimos que pretendam se manifestar sobre o projeto, ou seja, aqueles diretamente afetados pelo empreendimento, sobretudo pelo seu caráter democrático e de natureza consultiva (MILARÉ, 2020, p. 984). Assim, visa a participação de todos os interessados e passíveis de serem afetados pelo projeto em discussão. Neste ponto, é evidente que a participação de povos indígenas e tribais eventualmente interessados também é autorizada para discussão e contribuição de aspectos do projeto a ser implementado.

Segundo Pontes Jr. e Oliveira (2015, p. 85-86), quando houver a participação de povos indígenas e tribais nas audiências públicas ambientais, ainda haveria a necessidade de tradução do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) para a língua que referidas comunidades se utilizam, bem como assegurar a participação destes povos de acordo com suas organizações sociais e políticas. O ponto não é exatamente pacificado, mas não constitui objeto específico deste trabalho para fins de delimitação das comunidades passíveis de serem consultadas pelo procedimento de consulta previsto pela Convenção nº 169 da OIT.

Desse modo, a Constituição Federal trouxe a previsão de duas formas de oitiva das comunidades interessadas, aplicáveis a processos de licenciamento ambiental. A oitiva constitucional possui como objetivo a oitiva dos povos indígenas afetados pelos projetos específicos de mineração e aproveitamento de recursos hídricos que possam impactar recursos naturais em suas terras, enquanto a audiência pública nos licenciamentos ambientais tem como objetivo permitir que a população em geral, sempre incluídos os povos indígenas e tribais, apresentem sugestões e informações sobre o projeto capaz de causar degradação ambiental em análise.

Estas duas modalidades de oitivas das comunidades interessadas distinguem-se da consulta livre, prévia e informada, prevista pela Convenção nº 169 da OIT, a qual trouxe a

previsão específica de consulta que tende a gerar dúvidas no curso de processos de licenciamento ambiental.

3.2. A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O PROCEDIMENTO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA DOS POVOS INTERESSADOS

A Convenção nº 169 da OIT é indicada pela literatura jurídica como uma reelaboração profunda da então revogada Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957. A Convenção nº 169, neste sentido, é um normativo de ruptura com o modelo anterior, arcaico, e que tinha como objetivo a assimilação de minorias étnicas à sociedade dominante (DUPRAT, 2015, p. 53). Em outras palavras, a antiga convenção não considerava os povos indígenas e tribais como grupos com culturas próprias e de mesma posição da sociedade nacional, mas tratava-os com um caráter de assimilação, na busca de integrá-los à própria cultura da sociedade dominante.

Com esta mudança de paradigma entre as convenções, afirma-se da existência de uma conquista de direitos por parte dos povos indígenas e tribais. Assim, nas palavras de Silva (2017, p. 126):

(...) a Convenção 169 ao revogar a Convenção 107, representa a conquista dos denominados “novos” direitos aos povos e comunidades tradicionais. Agora não mais amparados na ótica assimilacionista, mas sim no reconhecimento de suas autonomias e sua autoconsciência, ou seja, a consciência de sua identidade étnico-cultural (indígena ou tribal).

Ademais, a Convenção nº 169 da OIT possui um destaque relevante no direito internacional, sobretudo porque é um tratado celebrado por meio da participação ativa de diversos atores indígenas na redação no diploma normativo, além de tratar de temas que vão além das relações de trabalho com povos indígenas e tribais (LEARY, 1999, apud BAHIA e SILVA, 2022, p. 123).

A origem da convenção remonta ao ano de 1989, ano em que foi assinada, em Genebra. Foi acordada pelo Poder Executivo do Brasil e posteriormente ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002, do Poder Legislativo. Assim, entrou em vigor no Brasil apenas em 2003, um ano após sua ratificação pelo Congresso Nacional. Posteriormente, foi a Convenção nº 169 publicada pelo Poder Executivo em 2004, por meio do Decreto Presidencial nº 5.051/2004, hoje revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, que consolidou os textos normativos da OIT ratificados pela República Federativa do Brasil.

Portanto, a Convenção nº 169 da OIT é diploma normativo que deve ser observado pelas autoridades brasileiras, uma vez que foi incorporada ao ordenamento jurídico interno. Alguns autores afirmam que, por ser concebida como um tratado internacional de direitos humanos, a Convenção nº 169 da OIT possui inclusive status de supralegalidade no ordenamento, conforme jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2017, p. 175).

Fato é que tanto no Brasil como no contexto internacional a Convenção nº 169 da OIT firmou-se como o tratado internacional mais amplo que trata dos direitos dos povos indígenas e tribais. Neste ponto, a obra de Antunes (2019, p. 37) ressalta que:

(...) a Convenção 169 é o mais amplo tratado internacional sobre direitos dos povos indígenas e tribais, cuidando dos mais relevantes aspectos relacionados à vida de tais populações, sendo certo que é um dos mais amplos instrumentos internacionais com força vinculante destinado a tutelar direitos de povos indígenas e tribais.

Dentre os principais dispositivos previstos pela Convenção nº 169, os que mais se destacam para fins deste trabalho são justamente aqueles que preveem os procedimentos de consulta e consentimento livre, prévio e informado às comunidades indígenas e tribais passíveis de serem afetadas diretamente por medidas legislativas ou administrativas.

Nos termos do Artigo 6º, 1, da Convenção nº 169, “os governos deverão 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”. O texto da convenção continua, em seu Artigo 6º, 2, que “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”.

É da leitura dos referidos dispositivos que se extraem algumas questões fundamentais para posicionamento dos problemas enfrentados neste trabalho.

Primeiro, a convenção estipula que há um dever de consulta às comunidades indígenas e tribais quando houver medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-las. Segundo, que caberá aos Estados a realização das consultas aos povos indígenas e tribais. Terceiro, que a consulta será cabível quando houver medidas legislativas e/ou administrativas que possam impactar as comunidades indígenas ou tribais diretamente. E, por fim, que as consultas devem ser realizadas almejando a busca de um acordo e consentimento das comunidades interessadas.

Portanto, extraem-se alguns critérios jurídicos, postos pela própria convenção, que servirão para delimitar as comunidades interessadas a serem consultadas, bem como a forma pela qual a consulta deve ser realizada. Em resumo, os critérios indicam que a consulta deverá

(i) ser realizada pelos governos, (ii) apenas a povos indígenas ou tribais, (iii) quando houver medida legislativa ou administrativa que os afete diretamente, bem como (iv) sempre almejando a busca do consentimento destas comunidades.

Os subtópicos e capítulos subsequentes tentam elucidar cada um dos pontos para a realização das consultas. O foco será justamente nos critérios jurídicos para a delimitação de quais comunidades são tuteladas pela Convenção nº 169 da OIT, de modo a indicar quais são as comunidades passíveis de serem consultadas nos processos de licenciamento ambiental.

3.2.1. A realização das consultas pelos governos

A Convenção nº 169 da OIT delimitou que caberá aos governos a realização das consultas às comunidades indígenas ou tribais. O texto da convenção é bastante claro e elucida que os governos terão este dever, na forma do Artigo 6º, 1.

A questão merece certo destaque, porquanto, em alguns processos de licenciamento ambiental, a consulta acaba sendo transmitida aos próprios particulares interessados na instalação do projeto, ponto que viola os termos da Convenção nº 169 e que cria impasses para efetiva implementação dos procedimentos de consulta no Brasil (LUNELLI e SILVA, 2023, p. 543).

De qualquer forma, a transferência do dever de consultar dos Estados aos particulares é vedada. Trata-se de um dever do Estado, o qual será o responsável pela adoção das medidas legislativas ou administrativas. Assim, os governos devem realizá-las por meio dos órgãos administrativos que tomarão as decisões passíveis de impactar os povos indígenas e tribais. Como explicam Lunelli e Silva (2023, p. 545) nas hipóteses de medidas afetas ao licenciamento ambiental de projetos:

(...) em se tratando de licenciamento ambiental, o processo de consulta somente poderá ser conduzido, e concluído, pelo órgão licenciador ambiental competente para o empreendimento. Justifica-se tal posicionamento pois o órgão ambiental possui atribuições legais para discutir com os povos indígenas e comunidades tradicionais a viabilidade e as condições técnicas e socioambientais do empreendimento.

Vale ressaltar, o dever de consulta é do órgão, do Estado ou governo, que tomará a decisão capaz de impactar as comunidades indígenas ou tribais. No caso do licenciamento ambiental, o órgão ambiental licenciador competente é que terá esta atribuição, porquanto tomará a decisão de aprovação ou não do projeto a ser licenciado. Esta aprovação será a medida

administrativa que trará impactos socioambientais às comunidades afetadas e daí a necessidade de consulta pelos órgãos licenciadores nestes casos.

A transferência equivocada deste dever aos particulares, em especial aos empreendedores interessados nos processos de licenciamento ambiental, poderá ocasionar danos e impactar a própria participação das comunidades afetadas para contribuição na tomada de decisões do projeto licenciado. Vieira et al (2022, p. 12) apontam que a:

(...) transferência equivocada na legitimidade de condução dos processos de consulta aos povos afetados é a possível dissimulação no cumprimento das garantias do direito (...) pelo empreendedor diretamente interessado na aprovação por parte do Estado, pela via do licenciamento ambiental (...) resultando numa limitação e riscos à efetiva participação e o controle social por parte das comunidades afetadas (apud LUNELLI e SILVA, 2023, p. 549).

Em vista da ótica não mais assimilacionista que a Convenção nº 169 da OIT previu, aponta-se que a consulta realizada pelos governos não os coloca em posição de hierarquia com os povos indígenas e tribais. Os governos exercem tal atribuição por previsão posta pelo tratado internacional e por serem os responsáveis pela adoção das medidas legislativas ou administrativas que poderão impactar as comunidades, e não os particulares titulares de determinado empreendimento (SILVA, 2022, p. 202).

A sustentar a impossibilidade de os particulares promoverem as consultas da convenção, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH”), a qual possui decisões atreladas à consulta às comunidades indígenas e tribais em outros países da América Latina, também já se pronunciou sobre o dever de os governos realizarem as consultas. Na sentença proferida no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, a Corte IDH (2012, p. 62) assentou que:

187. Cumpre salientar que a obrigação de consultar é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta.

A Corte Interamericana também já externou posicionamento no sentido de que caberá aos Estados providenciarem mecanismos jurídicos, políticos e administrativos que garantam o acesso à informação aos povos consultados (ANTUNES, 2019, p. 98), como forma de possibilitar a participação destes na tomada de decisões. Na sentença proferida no caso Povo Saramaka vs. Suriname, a Corte IDH (2007, p. 60) manifestou como uma das providências a serem adotadas que o Estado do Suriname deveria:

d) adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza que sejam necessárias para reconhecer e garantir o direito do povo Saramaka a ser efetivamente consultado, segundo suas tradições e costumes, ou, se for o caso, o direito de conceder ou abster-se de conceder seu consentimento prévio, livre e informado a respeito dos projetos de desenvolvimento ou de investimento que possam afetar seu território e a compartilhar, razoavelmente, os benefícios derivados destes projetos com o povo Saramaka, caso estes sejam realizados.

As decisões da Corte Interamericana possuem certo destaque para o Brasil, uma vez que o país é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo a ratificado em 1992 e a promulgado pelo Decreto nº 678/1992. Inclusive, o país reconheceu a competência contenciosa da Corte, por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998, muito embora facultativa para os países signatários do tratado internacional, ponto que foi considerado estratégico por parte da doutrina para garantir a adesão dos Estados-parte à competência contenciosa da corte (MAZZUOLI, 2023, p. 877).

De todo modo, isto significa que o Brasil pode ser demandado perante a Corte e deverá observar as sentenças proferidas nos casos em que seja parte (art. 68.1., da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Como acréscimo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem analisado mais casos envolvendo a Convenção nº 169 da OIT, sobre a violação de direitos humanos de povos indígenas e suas pautas de reivindicação (NEVES, 2017, p. 2). O fato pode vir a reforçar a importância que as sentenças da corte possuem para os casos em que os Estados sejam partes do litígio, especialmente que envolvam os procedimentos de consulta às comunidades indígenas e tribais.

Verifica-se, pois, que o dever de realizar a consulta positivada pela Convenção nº 169 da OIT é dos governos e Estados. Não caberá aos particulares assim o fazerem, uma vez que a Convenção nº 169 não trouxe esta possibilidade, além do fato de que os empreendedores possuem interesses claros para buscar facilitar os procedimentos de consulta, o que poderia desvirtuar referido procedimento. O dever de consulta é dos Estados e deve ser realizado pelo órgão que irá adotar a medida legislativa ou administrativa que poderá afetar as comunidades indígenas ou tribais. Nos casos de licenciamento ambiental, este dever será do órgão ambiental licenciador competente.

3.2.2. As medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetar os povos indígenas e tribais

A Convenção nº 169 da OIT delimita que os povos indígenas e tribais deverão ser consultados nas hipóteses de medidas legislativas ou administrativas afetarem diretamente seus interesses (Artigo 6º, 1, “a”). Neste ponto, verifica-se duas questões fundamentais. Primeiro, a própria ideia do que são medidas legislativas e medidas administrativas e, segundo, o que seria “afetar diretamente” os povos indígenas e tribais.

Inicialmente, a necessidade de consulta em face de medidas legislativas ou administrativas que possam impactar as comunidades parte da ideia de que o Estado busque atender reivindicações trazidas pelos povos indígenas e tribais. Isso porque tratam de povos muitas vezes excluídos, historicamente, de diversas ações políticas relevantes no cenário nacional (BAHIA e SILVA, 2022, p. 134). Dessa forma, busca-se garantir um espaço de diálogo, pluralismo e com bases democráticas em face de uma cultura passada que buscava assimilar os povos indígenas e tribais ao pensamento dominante.

Com efeito, por medidas legislativas, podem ser entendidos todas as leis ou atos normativos (SILVA, 2017, p. 208), termos gerais para abranger as espécies normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal proposição está em consonância com o art. 59 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o processo legislativo, bem como os dispositivos que elencam as espécies normativas passivas de serem impugnadas por meio de ações do controle concentrado de constitucionalidade (arts. 102, I e 125, § 2º, da Constituição Federal). Nestes dispositivos, seria possível identificar as leis e demais atos normativos, os quais compõem as espécies normativas no processo de edição das normas no Brasil.

Portanto, a edição de leis e demais atos normativos, como emendas à Constituição, medidas provisórias, decretos autônomos e regulamentadores, dentre outros, caso possam afetar diretamente as comunidades indígenas e tribais, ensejariam a necessidade de consulta nos termos da Convenção nº 169 da OIT.

Já por medidas administrativas, pode-se entender os atos administrativos em geral, mas que possam impactar a comunidade indígena ou tribal como um todo. Vale dizer, é a coletividade que deve ser afetada para exigir a consulta e não apenas um único indivíduo sujeito a algum ato administrativo específico. Neste aspecto, Silva (2017, p. 211) aponta que a consulta deve incidir sobre qualquer medida que *“afete a vida dos povos e comunidades e seus territórios, seja nas áreas de saúde, educação, saneamento básico etc.”*.

As licenças ambientais são um bom exemplo de medidas administrativas a serem exaradas pelo Estado. No caso, as licenças são atos administrativos que reconhecem a viabilidade de certo empreendimento ou o permitem a ser instalado ou operacionalizado, mesmo que venha a causar degradação ambiental. Se esta emissão puder impactar as

comunidades indígenas ou tribais, deverá ser precedida da consulta prevista pela Convenção nº 169 da OIT.

Desse modo, pode-se concluir que medidas legislativas e administrativas são termos que remetem a ideias amplas por parte da convenção. Podem abordar leis e atos normativos em geral, bem como a generalidade dos próprios atos administrativos. Isto, contudo, desde que gerem algum grau de afetação às comunidades indígenas e tribais, consideradas em coletivo e não a um único indivíduo, de modo a ensejar o dever de consulta.

Perpassados os conceitos de medidas legislativas ou administrativas, a Convenção nº 169 da OIT também não trouxe o conceito do que deve ser entendido por “*afetá-los diretamente*” (Artigo 6º, 1, “a”). Ou seja, a convenção não trouxe uma definição sobre o que seria a afetação das comunidades indígenas ou tribais para os fins de que sejam consultadas.

Num primeiro momento, como apontam Bahia e Silva (2022, p. 131), a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas indica que o direito à consulta deverá ser observado quando da adoção de projetos que afetem as terras e os recursos nos territórios das comunidades (art. 32, 2, da Declaração). Ou seja, a afetação aqui pressupõe alguma medida legislativa ou administrativa que impacte o uso das terras e de seus recursos naturais. Seria o caso de lei que trate sobre demarcação de terras indígenas ou a concessão de autorização para exploração de recursos naturais em territórios indígenas ou tribais, por exemplo.

A afetação no uso do território ou dos recursos naturais nele existentes precisaria, outrossim, ser demonstrada caso a caso para que haja a necessidade da consulta. O Artigo 6º, 1, “a”, da Convenção nº 169 indica medidas legislativas ou administrativas “suscetíveis” de afetar as comunidades diretamente.

Em princípio, deve-se demonstrar o que seriam medidas suscetíveis de afetarem as comunidades indígenas ou tribais. Ao abordar a afetação apta a ensejar a consulta, Silva (2017, p. 208) esclarece que é necessária uma verificação *in concreto*, caso a caso, para delimitar os impactos causados à comunidade:

O âmbito de aplicação deve ser determinado frente a cada caso particular, considerando a maneira em que a decisão possa constituir-se em uma hipótese de afetação aos interesses dos povos e comunidades tradicionais, seja a nível local, regional ou nacional.

Neste aspecto, a Convenção nº 169 da OIT exigiria uma medida legislativa ou administrativa que, em sua análise concreta, possa trazer impactos ao uso dos territórios ou recursos naturais das comunidades indígenas ou tribais.

Esta, inclusive, é a forma como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado a respeito. No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.745/PA, a Corte Especial do tribunal consignou que a elaboração dos estudos ambientais sobre a viabilidade do empreendimento, no curso de processo de licenciamento ambiental, não poderia ser medida apta a ensejar uma afetação direta das comunidades envolvidas:

In casu, não vislumbro como meros estudos preliminares, atinentes apenas à viabilidade do empreendimento, possam afetar, diretamente, as comunidades envolvidas. O que não se mostra possível, à toda evidência, 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.

Também poder-se-ia argumentar que, como o estudo ambiental não se trata de uma medida administrativa a ser adotada pelo Poder Público, não haveria propriamente uma medida administrativa capaz de afetar as comunidades indígenas ou tribais. De todo modo, é de se ressaltar que a comunidade deve participar nos processos de discussão para posterior emissão da licença ambiental do caso. Assim, o Poder Público deliberaria junto à comunidade para posterior posicionamento sobre a medida a ser adotada, muito embora o estudo elaborado pelo empreendedor não seja uma ação apta a ser considerada uma medida de afetar as comunidades interessadas.

Neste sentido, pode-se concluir que afetação apta a ensejar a consulta deve prever alguma forma de impacto no uso do território e dos recursos naturais pelos povos afetados. Este impacto deve ser auferido caso a caso e deve estar atrelado à própria medida legislativa ou administrativa a ser adotada pelo Estado. Portanto, deve tratar de um ato do próprio Poder Público apto a causar o impacto, o que afasta atos do empreendedor, no curso de processos de licenciamento ambiental, por exemplo.

Em síntese, pois, a Convenção nº 169 da OIT previu como medidas legislativas as leis e atos normativos em geral. Por medidas administrativas, todos os atos administrativos exarados pelo Poder Público. E, pela afetação direta causada às comunidades, a convenção a previu como um impacto às terras e recursos naturais das comunidades, verificado caso a caso em face da medida a ser adotada.

3.2.3. Sobre o “consentimento” das comunidades afetadas

Enfim, o terceiro ponto apto a levantar dúvidas sobre a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT trata da busca do consentimento das comunidades afetadas. O Artigo 6º, 2, da convenção estabelece que as consultas devem ser realizadas de boa-fé, de maneira apropriada às circunstâncias, e devem ter como objetivo se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Erige-se a dúvida, assim, sobre a necessidade de o Estado obter o consentimento das comunidades afetadas para concretização das medidas legislativas ou administrativas a serem implementadas.

Na redação do Artigo 6º, 2, da convenção, o texto direciona o intérprete ao sentido de que o consentimento é um objetivo a ser buscado pelo Estado no decorrer da realização das consultas. É uma finalidade que o Estado deve almejar, mas não um requisito para que as consultas sejam válidas e eficazes. Isto é o que assevera Fajardo (2009, p. 368-405):

O objetivo não se confunde com os efeitos. O consentimento como finalidade significa que o Estado deve buscar que a comunidade consultada concorde com a medida. O consentimento enquanto requisito, no entanto, impõe que a manifestação da comunidade condicione a deliberação estatal (apud Pontes Jr. e Oliveira, 2015, p. 107).

Significa dizer que o consentimento das comunidades afetadas não poderá ser um requisito para validade da consulta e, conseqüentemente, da medida a ser adotada. A convenção tão somente prevê que os Estados devem realizar a consulta sempre almejando um acordo e consentimento das comunidades. Este, todavia, não se caracteriza como um requisito para validade das consultas. É um objetivo, uma finalidade a ser buscada pelo Estado no decorrer da consulta, mas não sujeita sua validade.

Neste aspecto, a convenção não trouxe a previsão de um direito de veto das comunidades afetadas. A deliberação final sobre a adoção ou não da medida legislativa ou administrativa não caberia, assim, às comunidades, porquanto o consentimento não é um requisito para legitimação da medida do Estado.

No julgamento dos Embargos de Declaração na Petição nº 3.388/RR, o ministro Luís Roberto Barroso, do STF, apontou, por exemplo, que não poderia a decisão do Estado ficar condicionada a aquiescência da decisão das comunidades indígenas após a realização de consultas:

Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.

Assim, a Convenção nº 169 da OIT fala em consentimento como um objetivo a ser almejado pelos Estados no momento da realização da consulta. É uma finalidade que a consulta deve buscar, mas não um requisito para que o Estado execute a medida legislativa ou administrativa. As comunidades indígenas e tribais, neste ponto, não possuiriam um direito a veto da decisão a ser adotada caso não concordem com a medida. Ainda assim, contudo, sempre teriam o direito à realização da consulta, embora isto não signifique que a posição externada pela comunidade vinculará a tomada de decisões do Estado.

Mais uma vez, a corroborar esta ideia posta pela Convenção nº 169, a obra de Silva (2017, p. 204-205), ao citar Fajardo (2011, p. 16) assenta que:

Observa-se a distinção do consentimento como a “finalidade” de um processo de consulta, do consentimento como “requisito” para que o Estado tome uma decisão. O consentimento como finalidade do processo de consulta significa que o estado deve organizar os procedimentos de tal modo que estejam orientados ao êxito do consentimento ou acordo. Sem embargo, se mesmo instaurados por ditos procedimentos de boa-fé, não se chega a dito consentimento o acordo, a consulta segue sendo válida e o Estado está facultado a tomar uma decisão.

Desse modo, a consulta busca ouvir as comunidades indígenas e tribais antes de adoção das medidas legislativas ou administrativas a serem tomadas pelos Estados que possam afetá-las diretamente. A consulta, assim, não pressupõe que a comunidade afetada externar seu consentimento de modo a legitimar a adoção da medida. O que a Convenção nº 169 prevê é o consentimento como uma finalidade que o Estado deva tentar alcançar, mas não um requisito para legítima execução ou adoção da medida proposta.

Nada obstante estas considerações, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, admite a possibilidade de exigir o consentimento para adoção da medida legislativa ou administrativa.

Como afirmam Pardo e Nascimento (2015, p. 10), as hipóteses em que haveria a necessidade do consentimento, e não simplesmente a consulta, podem ocorrer quando as medidas legislativas ou administrativas: (i) retirem os povos de suas terras tradicionais; (ii) armazenem ou eliminem materiais perigosos nos territórios que ocupam; (iii) tratem de planos de desenvolvimento de larga escala, com impactos elevados; e (iv) extração de recursos naturais com impactos profundos nos territórios das comunidades.

Silva (2017, p. 204), novamente ao citar Fajardo (2011, p. 17), afirma de uma quinta hipótese de necessidade do prévio consentimento, que trata do desenvolvimento de atividades militares nos territórios das comunidades indígenas ou tribais.

Neste sentido, no julgamento do caso Povo Saramaka vs. Suriname, a Corte IDH (2007, p. 42) também já se posicionou sobre a necessidade de obtenção do consentimento da comunidade afetada quando houver um projeto de grande escala que traga um impacto relevante no território ocupado pela comunidade:

134. Ademais, a Corte considera que, quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições.

As hipóteses que exigem o consentimento assim o fazem, uma vez que, nestes casos, as medidas legislativas ou administrativas causariam impactos profundos na vida das comunidades. Em muitos casos, estes projetos de desenvolvimento ou investimento podem ocasionar a perda do território, a migração, a escassez ou destruição dos recursos naturais, a contaminação ambiental do local, de modo a afetar profundamente a vida das comunidades (Corte IDH, 2007, p. 42-43).

Todavia, muito embora a Corte IDH e declarações da ONU tragam o entendimento de obtenção do consentimento em certos casos, a Convenção nº 169 não traz referida previsão. Apenas as consultas são previstas, mas com o objetivo de buscar o consentimento da comunidade afetada, sobretudo como forma de assegurar maior legitimidade à própria medida a ser adotada pelo Estado.

Dessa forma, embora o posicionamento de se exigir o consentimento das comunidades ainda possa gerar dúvidas sobre sua aplicação, fato é que a Convenção nº 169 da OIT não trouxe previsão na qual o consentimento seja requisito imprescindível para adoção da medida, sob pena de nulidade da medida. Sendo assim, fala-se em consulta livre, prévia e informada às comunidades, a qual deve buscar atingir um consentimento, mas não necessariamente obtê-lo para legitimar a medida a ser tomada pelo Estado.

4. OS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA DELIMITAÇÃO DAS COMUNIDADES INTERESSADAS PASSÍVEIS DE REALIZAÇÃO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA

Como abordado até o momento, a Convenção nº 169 da OIT trouxe a previsão da necessidade de consulta às comunidades indígenas e tribais, por parte dos Estados e governos, quando medidas legislativas ou administrativas adotadas puderem impactá-las diretamente. A consulta não possui como requisito de validade o consentimento da comunidade, mas que o Estado busque obter o consentimento da comunidade afetada.

Parece certo, assim, o dever de os Estados realizarem a consulta, aquilo que se compreende por medidas legislativas ou administrativas capazes de afetar diretamente as comunidades, além da questão sobre a obtenção do consentimento das comunidades.

A dúvida restante, portanto, trata exatamente de quem são os povos indígenas ou tribais para fins de realização da consulta. Mais acima (vide Capítulo 3), destacou-se que a Convenção nº 169 definiu povos indígenas como os povos em países independentes que descendam de populações que habitavam o país ou região geográfica pertencente ao país na época de conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam as próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (Artigo 1º, “b”).

E, de modo semelhante, a convenção definiu povos tribais como os povos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (Artigo 1º, “a”).

A questão é importante, pois, embora pareça não se ter dúvidas sobre a aplicação da Convenção nº 169 às comunidades indígenas, não há consenso e tampouco segurança na aplicação convenção às comunidades tribais. Neste ponto, Milaré (2020, p. 1379) ressalta que:

(...) em relação aos povos indígenas, a aplicação da Convenção OIT 169 é indiscutível e dispensa maiores discussões. No entanto, o conceito aberto – típico de normas internacionais – de povos e comunidades que tenham “seus próprios costumes ou tradições” ou que tenham “consciência de sua identidade indígena ou tribal” tem gerado inúmeras celeumas e interpretações deveras exacerbadas (...).

Portanto, o presente capítulo pretende abordar os critérios jurídicos postos pelo ordenamento brasileiro para indicar quais são as comunidades tuteladas pela Convenção nº 169 para fins da consulta a ser promovida pelos Estados.

4.1. OS CRITÉRIOS POSTOS PELA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

O primeiro diploma normativo que especifica critérios para delimitação das comunidades a serem consultadas é, naturalmente, a Convenção nº 169 da OIT. Passa-se a analisá-la neste aspecto.

4.1.1. A consciência da identidade indígena ou tribal

O primeiro grande critério jurídico que a Convenção nº 169 da OIT prevê para caracterização dos povos indígenas ou tribais é a consciência da identidade indígena ou tribal. Nos termos da convenção, é um critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicarão os dispositivos da convenção (Artigo 1º, 2).

Trata-se, assim, de um critério de natureza subjetiva, atrelado à forma como os povos se auto reconhecem. Ainda assim, o referido critério é de fundamental importância para delimitação das comunidades tuteladas pela convenção (ANTUNES, 2019, p. 36).

Como visto alhures, a Convenção nº 169 da OIT é um diploma normativo que inovou a ordem jurídica internacional, ao romper com o paradigma assimilacionista da antiga Convenção nº 107 da OIT. Assim, a Convenção nº 169 colocou as comunidades indígenas e tribais em pé de igualdade com a cultura dominante, de modo a respeitar seus interesses e o modo como se organizam internamente. Não mais há a pretensão de assimilar ou integrar modos de vida de grupos minoritários e, até então, tidos como menos desenvolvidos, ao pensamento de um grupo dominante.

Com efeito, o paradigma proposto pela nova convenção é a de que os Estados-nações não mais atuariam com o caráter de dominação de grupos minoritários. Há a superação de um modelo anterior. Nesta linha, como explica Duprat (2015, p. 63-64) ao mencionar Bourdieu (2003, p. 129):

Esse fenômeno corresponde a um período histórico do Estado-Nação que se pretende superado, no plano dos fatos e dos direitos. Se a situação presente é de pluralismo do corpo social, se não mais subsiste o poder de um grupo sobre os demais, não há solução possível senão cada qual assuma para si as suas definições identitárias. A insistência de uma luta por restauração de poder e dominação.

Este reconhecimento que os povos fazem de si mesmos é conhecido como autorreconhecimento ou autoidentificação (SILVA, 2017, p. 137). Nos termos da convenção, o

critério é essencial para delimitação das comunidades tuteladas pelos termos do referido diploma internacional.

Em vista de ausência de regulamentação da convenção, entende-se que não se poderia interpretar o critério do autorreconhecimento de modo a criar embaraços para que a comunidade seja reconhecida como indígena ou tribal. Isso porque o referido critério exprime um paradigma geral que permeia toda a convenção, de forma a afastar a imposição pelo Estado de como as comunidades devem ou não ser reconhecidas.

Silva (2017, p. 137) elucida a questão, ao indicar que:

O critério da autoatribuição, define que os próprios grupos devem ser encarregados de se autorreconhecerem como tais, de acordo com sua identidade étnico-racial-cultural. Com o autorreconhecimento, enterra-se de vez a perspectiva paternalista da tutela, em que o reconhecimento dos grupos étnicos dependia exclusivamente do olhar dos Estados, dependendo de laudos antropológicos e da declaração oficial (critério político) dos Estados.

Veja-se que, embora estejam em análise os termos específicos da Convenção nº 169, a própria Constituição Federal de 1988 assegurou que o Estado deverá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, *caput* e § 1º).

Não há um condicionamento por parte do Estado para que haja a manifestação dos grupos participantes do processo civilizatório nacional, os quais, inegavelmente, incluem-se os indígenas e outras comunidades tribais, mais adiante expostas. Muito pelo contrário, o Estado deverá proteger estas manifestações culturais, na forma do mandamento constitucional. Portanto, não há que se alegar de restrições ao autorreconhecimento dos povos como indígenas ou tribais.

Desse modo, conclui-se que o primeiro critério jurídico para delimitação das comunidades a serem consultadas é o autorreconhecimento como tais. O autorreconhecimento não poderia ser restringido, nos termos da convenção e da Constituição Federal, e, portanto, basta a manifestação de reconhecimento do povo indígena ou tribal como tais para que seja verificado o critério do autorreconhecimento.

4.1.2. As condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional

O segundo critério jurídico posto pela Convenção nº 169 da OIT, mais especificamente aos povos tribais, é a necessidade de verificação de condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (Artigo 1º, 1, “a”).

Trata-se de critério de natureza objetiva (ANTUNES, 2019, p. 36), uma vez que não depende da manifestação subjetiva da comunidade para aferir o cumprimento de tais requisitos. Em conjunto com o primeiro critério analisado (autorreconhecimento), o segundo critério também será essencial para permitir a aferição das comunidades tuteladas pela Convenção nº 169 da OIT. Neste sentido, Antunes (2019, p. 78) explica que ambos os requisitos “(...) são essenciais para a caracterização cultural de tais populações, sob pena de extensão indevida da tutela conferida, subvertendo os conceitos ao banaliza-los”.

Assim, é necessário que a comunidade analisada, para ser considerada indígena ou tribal, possua condições sociais, culturais e econômicas que as distingam de outros setores da coletividade nacional. Antunes (2019, p. 78) explica que o referido critério também pressupõe a ocupação tradicional do território, assim como o uso específico dos recursos naturais para as práticas transmitidas pela tradição. Assim, seria o caso, por exemplo, de comunidades que falam línguas totalmente distintas daquelas faladas na sociedade em geral, possuam práticas culturais não vistas na sociedade em geral, regem-se por leis e costumes distintos e próprios do povo, além de possuírem práticas econômicas normalmente específicas e relacionadas com o uso dos recursos naturais em seus territórios.

A Convenção nº 169 da OIT não indica que as condições que diferenciam os povos tribais da sociedade em geral sejam práticas arcaicas, mas tão somente distintas da sociedade nacional, as quais podem fugir do modelo instituído pela ordem econômica da Constituição Federal de 1988 (art. 170). De todo modo, a convenção deixou evidente que os grupos tribais possuem diferenças com a sociedade nacional e devem fazer o uso de seus territórios e recursos naturais como aspectos que os diferenciem.

Nos termos da convenção, referidos povos possuiriam uma cultura e identidades próprias, as quais devem ser respeitadas e encontram-se em pé de igualdade com a sociedade nacional. Todavia, a convenção estipulou que os povos indígenas e tribais possuem práticas próprias de organização, atreladas ao uso do território e dos recursos naturais para desenvolvimento de suas condições sociais, culturais e econômicas.

Desse modo, o segundo critério para delimitação das comunidades tuteladas pela Convenção nº 169 da OIT é de natureza objetiva, que especifica que, além do

autorreconhecimento, os povos indígenas e tribais devem possuir práticas que os distingam da sociedade nacional. São práticas que pressupõem o uso do território e dos recursos naturais, como forma de possibilitar o desenvolvimento social, cultural e econômico das comunidades, de modo distinto daqueles normalmente vistos na sociedade nacional.

4.2. O DECRETO FEDERAL Nº 6.040/2007 SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

No Brasil, além da Convenção nº 169 da OIT e dos dispositivos tratados pela Constituição Federal, o Poder Executivo editou o Decreto Federal nº 6.040/2007, que estabeleceu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais. O referido decreto também especificou critérios para delimitação das comunidades tuteladas pela Convenção nº 169 e, mais importante, trouxe dispositivos capazes de indicar que as “comunidades tradicionais” também devem ser tuteladas pelo tratado internacional em análise.

4.2.1. *A consciência como comunidade tradicional*

O primeiro critério abordado pelo Decreto Federal nº 6.040/2007 é também o autorreconhecimento que tais povos fazem de si (art. 3º, I). Isto é, os povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que devem ser reconhecidos como tais. Novamente, pois, trata-se de critério subjetivo previsto que atribuiu aos próprios povos a possibilidade de se reconhecerem como grupos culturalmente diferenciados da sociedade nacional.

Duprat (2015, p. 65) explica que o decreto possui, à toda evidência, inspiração na própria Convenção nº 169 da OIT. A importante inovação é que o decreto trata da possibilidade de as comunidades tradicionais poderem ser caracterizadas como povos indígenas ou tribais para fins de tutela pela Convenção nº 169 da OIT. Daí porque a afirmação de Silva (2017, p. 131) de que “*No Brasil os sujeitos da Convenção 169 são identificados como povos e comunidades tradicionais*”.

Portanto, o Decreto Federal nº 6.040/2007 ao instituir o conceito de povos e comunidades tradicionais também trouxe o critério do autorreconhecimento dos povos como

tais. O critério, assim como também exposto pela Convenção nº 169 da OIT, será um dos requisitos para definição da tutela pelos procedimentos de consulta livre, prévia e informada.

4.2.2. As formas próprias de organização social e uso dos recursos naturais

O segundo critério abordado pelo Decreto nº 6.040/2007 indica que, para caracterização dos povos e comunidades tradicionais, há a necessidade de tais povos possuírem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (art. 3º, I).

Da mesma forma que previsto pela Convenção nº 169 da OIT, trata-se de critério objetivo verificado pelas próprias práticas comuns de determinado povo para seu desenvolvimento por meio do uso de seus territórios e recursos naturais neles existentes.

Ou seja, o Decreto Federal nº 6.040/2007, inspirado na própria Convenção nº 169 da OIT, trouxe critérios para delimitação dos povos e comunidades tradicionais quase que idênticos àqueles previstos pela convenção para definição dos povos indígenas e tribais. Desta feita, a razão para a obra de Antunes (2019, p. 77-78) sustentar que os povos e comunidades tradicionais também são tutelados pela convenção.

Em resumo, o segundo critério jurídico previsto pelo ordenamento brasileiro, sem se olvidar dos termos da convenção, é que o povo ou comunidade tradicional possua formas de organização social próprias, pelo uso do território e seus recursos naturais para desenvolvimento social, cultural e econômico. Assim, afirma-se que as comunidades tradicionais também poderiam ser caracterizadas como povos indígenas ou tribais para fins de aplicação da Convenção nº 169 da OIT.

Neste sentido, Antunes (2019, p. 79) aponta que, conforme reconhecimento da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais, poderiam ser considerados povos e comunidades tradicionais para fins de aplicação da convenção, por exemplo, (i) extrativistas, (ii) indígenas, (iii) pescadores artesanais, (iv) quilombolas, (v) ribeirinhos, (vi) seringueiros, dentre outros. Todos estes grupos, assim, estariam tutelados pela Convenção nº 169, especialmente quanto ao procedimento de consulta previsto.

Dessa forma, as comunidades apontadas acima e, de acordo com os critérios jurídicos postos pela Convenção nº 169 da OIT e do Decreto Federal nº 6.040/2007, poderiam ser consideradas povos ou comunidades tradicionais e, conseqüentemente, povos indígenas ou tribais para fins de tutela pela convenção. Assim, referidas comunidades também possuiriam o

direito de participarem do procedimento de consulta livre, prévia e informada sempre que medidas legislativas ou administrativas a serem adotadas pelos Estados puderem afetá-las diretamente. É o caso, como exposto, do ato de emissão de licença ambiental para fins de reconhecer a viabilidade de um empreendimento e imposição de condicionantes para que se possa operar de forma regular.

5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O PROCEDIMENTO DA CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA

Uma vez visto o instituto da consulta livre, prévia e informada, suas características, bem como as comunidades que seriam passíveis de serem consultadas, pretende-se indicar como o instituto é aplicado na prática, em especial em processos de licenciamento ambiental. Para tanto, utiliza-se o exemplo da judicialização do processo de licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico da Usina de Belo Monte.

5.1. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE

O caso mais emblemático no Brasil que tem gerado discussões sobre a realização da consulta livre, prévia e informada no país é o licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico (AHE) de Belo Monte, envolvendo o Rio Xingu, no Estado do Pará (PA). A grande discussão em torno do projeto está atrelada à suposta não realização das consultas para emissão do Decreto Legislativo nº 788/2005, pelo qual o Congresso Nacional aprovou a implantação do AHE de Belo Monte (ANTUNES, 2019, p.145).

Muito embora as discussões sobre o licenciamento tenham ocasionado, pelo menos, 25 ações judiciais sobre a validade do licenciamento (ANTUNES, 2019, p. 145), um dos processos específicos que invalidou a edição do Decreto Legislativo nº 788/2005 para fins de declarar as consultas realizadas como válidas está no âmbito da Ação Civil Pública nº 0000709-88.2006.4.01.3903, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF-1”).

A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal e possuía como objeto a condenação do Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) à obrigação de não fazer para sustar a expedição de atos administrativos atrelados ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, sobretudo pelo fato de passível inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, que não teria sido precedido do procedimento de consulta livre, prévia e informada, nos termos da Convenção nº 169 da OIT.

O ponto a ser verificado da ação é a análise conjunta que o Poder Judiciário realizou ao colocar como essenciais os institutos da oitiva constitucional (art. 231, § 3º, da Constituição Federal) e a consulta livre, prévia e informada (Artigo 6º, 1, “a”, da Convenção nº 169 da OIT) para que se pudesse editar o Decreto Legislativo nº 788/2005, que aprovou a implantação do projeto da Usina de Belo Monte.

Como foi apontado pelo acórdão pelo TRF-1, em sede de embargos de declaração na ação, os estudos atrelados ao impacto ambiental do empreendimento deveriam ter sido prévios à aprovação feita pelo Congresso Nacional, com a efetiva participação das comunidades indígenas e ribeirinhas afetadas:

Este raciocínio do voto condutor do acórdão recorrido resultou equivocado exatamente pelas omissões da análise dos textos pertinentes da referida Convenção 169-OIT. De outra banda, da simples leitura dos votos condutores do julgado embargado, verifica-se que, a despeito de assinalar que não teria ocorrido, no caso concreto, qualquer violação à Convenção em referência, não se pronunciou especificamente acerca da aplicação das regras do art. 15, itens I e II, da referida Convenção, como já visto.

No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

Após a tramitação de recursos interpostos pelas rés na ação, Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), IBAMA e União Federal, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (“STF”).

Em decisão monocrática proferida em 01/09/2022, o ministro Alexandre de Moraes negou seguimento aos recursos extraordinários interpostos pelas rés, também seguindo o raciocínio de que os estudos de impacto ambiental do empreendimento deveriam ter sido prévios à adoção de qualquer medida legislativa ou administrativa que pudesse impactar as comunidades.

A decisão também trouxe aspectos sobre a ideia de afetação das comunidades indígenas no entorno do empreendimento, uma vez que:

(...) uma interpretação sistemática e finalística do art. 231, § 3º, da Constituição Federal não impõe como requisito que o empreendimento propriamente dito esteja situado em terras indígenas, mas apenas que estas terras venham a ser efetivamente por ele afetadas.

Do contrário, caso o referido dispositivo constitucional seja interpretado de forma literal e restritiva, como proposto pelos recorrentes, admitir-se-ia o absurdo de considerar constitucional a realização de empreendimento que, por não estar incluído em terras propriamente indígenas, venha a torná-las inóspitas, direta ou indiretamente, ou prejudicar drasticamente a cultura e a qualidade de vida das populações indígenas que habitam na região.

Após a decisão proferida pelo ministro Alexandre de Moraes, as rés interpuseram Agravo Regimental para levar o processo a julgamento pelo Plenário do STF. O caso ainda está em julgamento pelo colegiado do tribunal, sem decisão de mérito definitiva sobre a discussão do licenciamento ambiental do projeto. Até o momento, contudo, o entendimento é de que o licenciamento seria inválido, porquanto inobservados os devidos procedimentos para realização da oitiva constitucional e da consulta livre, prévia e informada.

Assim, ressaltou-se que os institutos da oitiva constitucional, bem como da consulta livre, prévia e informada devem ser observadas quando identificados os requisitos para sua realização, bem como o fato de que sempre devem ser prévios a qualquer adoção das medidas legislativas ou administrativas que possam impactar as comunidades indígenas ou tribais.

6. CONCLUSÃO

O trabalho elaborado, tendo como base a legislação, a doutrina, a jurisprudência, bem como declarações e posicionamentos externados pelas autoridades, possibilitou alcançar as conclusões abaixo:

1) A Constituição Federal posicionou a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de todos, assim como a necessidade de execução de atos do Poder Público e da coletividade para preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Além de um direito, o meio ambiente também se configura como um bem de todos, indivisível, indisponível e essencial para a sadia qualidade de vida e preservação da dignidade da população.

2) O texto constitucional e a legislação pátria brasileira erigiram diversos princípios para a proteção do meio ambiente, inclusive assegurando a participação da coletividade na tomada de decisões ambientais. Daí que surge, de início, a possibilidade e necessidade de participação da população em geral, assim como das comunidades indígenas e tribais na tomada de decisões que possam afetar o meio ambiente.

3) Dentre as principais formas de participação das comunidades na tomada de decisões e recepção de informações sobre o meio ambiente estão a participação em processos de licenciamento ambiental, em especial por meio das audiências públicas exigidas quando houver a necessidade de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental a ser apresentado à população.

4) Apesar da legislação brasileira ter tratado da possibilidade de participação da população, o Brasil também é signatário da Convenção nº 169 da OIT, a qual é o tratado mais amplo internacionalmente sobre a proteção dos povos indígenas e tribais, conforme aponta a doutrina. Neste aspecto, a convenção é um marco no direito internacional, sobretudo pela quebra de paradigma então previsto pela Convenção nº 107 da OIT, a qual impunha um caráter assimilacionista para tratamento e integração das comunidades indígenas e tribais à sociedade nacional.

5) Dentre os principais dispositivos previstos pela Convenção nº 169 da OIT, encontra-se o instituto da consulta livre, prévia e informada, que visa assegurar aos povos indígenas e tribais a necessidade de consulta quando medidas legislativas ou administrativas a serem adotadas possam afetá-los diretamente. Conforme é apontado pela doutrina, bem como análise da legislação, a referida convenção não possui uma regulamentação, o que impõe dúvidas sobre a realização do instituto da consulta no Brasil.

6) Muito embora algumas dúvidas possam ser geradas, certo é que o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo por meio dos ditames constitucionais, regras da Convenção nº 169 da OIT, bem como diplomas infralegais do país, possui critérios jurídicos que responderão às principais dúvidas levantadas sobre a realização das consultas. Outrossim, a legislação e a doutrina indicam que o instituto da consulta livre, prévia e informada não se confunde com os institutos da oitiva constitucional e das audiências públicas em processos de licenciamento ambiental.

7) Assim, como os próprios textos normativos apontam, bem como complementações e leituras feitas pela doutrina especializada, o procedimento de consulta livre, prévia e informada deve ser realizado pelos Estados ou governos e não pelos particulares, uma vez que existe previsão legal neste aspecto, além de os empreendedores possuírem interesses particulares quando da realização da consulta.

8) Da mesma forma, o procedimento de consulta exige a necessidade de medidas legislativas ou administrativas que possam afetar diretamente os povos indígenas ou tribais. Conforme a doutrina e a legislação consideram, são termos amplos que permitem a conclusão de adoção de diversas ações que vão ensejar o procedimento de consulta. Por medidas legislativas, pode-se entender do ato de edição de leis e atos normativos, enquanto, por medidas administrativas, os atos administrativos em geral, sendo um dos mais relevantes a emissão de licenças ambientais em processos de licenciamento. São todos atos editados pelo próprio Estado, daí porque a obrigação de consultar ser dos governos.

9) Quanto à ideia de afetação direta das comunidades indígenas ou tribais, a doutrina, bem como a jurisprudência, costuma indicar que deve haver algum impacto aos territórios das comunidades, assim como aos recursos naturais dos quais se utilizem em seus territórios. Esta afetação deve ser verificada caso a caso, considerando as diversas possibilidades de impactos aos territórios e recursos naturais das comunidades.

10) Além disso, a consulta prevista pela Convenção nº 169 da OIT não exigirá o consentimento das comunidades indígenas ou tribais afetadas para que se possa executar as medidas legislativas ou administrativas pelos Estados. A legislação e a doutrina apontam o consentimento como uma finalidade a se alcançar no curso da consulta, mas não um requisito que legitimará ou não a medida a ser adotada que possa afetar diretamente as comunidades.

11) Observou-se, outrossim, que as comunidades tuteladas no âmbito da Convenção nº 169 da OIT são regidas por critérios jurídicos objetivos e subjetivos que delimitam e determinam o âmbito de abrangência do instituto da consulta livre, prévia e informada. Assim, a lei, regras infraconstitucionais e a doutrina apontam como critério objetivo para delimitação

dos povos indígenas e tribais a existência de condições sociais, culturais e econômicas, que distingam os referidos povos de outros setores da coletividade nacional. Há, neste aspecto, a necessidade de desenvolvimento de tais condições por meio do uso do território que ocupam, bem como o uso dos recursos naturais nestes territórios. Já quanto ao critério subjetivo, há a necessidade do próprio autorreconhecimento destes povos como indígenas ou tribais e como distintos da sociedade nacional.

12) Em face da existência dos critérios mencionados, a ordem jurídica brasileira permite o reconhecimento dos povos indígenas e tribais como todas as comunidades denominadas como tradicionais, nos termos da legislação infraconstitucional. Neste aspecto, indígenas, quilombolas, ribeirinhos, pescadores artesanais, seringueiros, dentre outros grupos poderiam ser considerados povos indígenas ou tribais para fins de aplicação dos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT e, conseqüentemente, do dever de consulta livre, prévia e informada. Assim, estes seriam os povos a serem consultados pelo Estado em processos de licenciamento ambiental, por exemplo.

13) Por fim, verificou-se que os tribunais brasileiros possuem decisões judiciais atreladas à necessidade de realização da consulta dos povos indígenas e tribais. O caso em que isto foi verificado trata da judicialização do processo de licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico da Usina de Belo Monte, localizada primordialmente no Estado do Pará. Neste sentido, os tribunais apontam que a consulta livre, prévia e informada deve ser prévia, isto é, antes da adoção das medidas legislativas ou administrativas que possam impactar as comunidades, bem como não exigem que o empreendimento esteja localizado dentro de territórios dos povos indígenas e tribais para sua realização.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 23. ed. Barueri: Atlas, 2023.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. **O direito à participação dos povos originários e o STF**. In: Revista de Estudos Constitucionais do Supremo Tribunal Federal, v. 2, n. 1/2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/149>. Acesso em: 19 de novembro de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização na Constituição Brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.745/PA, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19/06/2013, *DJe* de 26/06/2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201301078790. Acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 01/09/2022, *DJE* de 02/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353205600&ext=.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

CORTE IDH. **Kichwa de Sarayaku vs. Equador**, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2023.

CORTE IDH. **Povo Saramaka vs. Suriname**, 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2023.

DUPRAT, Deborah. **A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada.** In: DUPRAT, Deborah, et al. *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015, p. 53-78. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/convencao-n-169-da-oit-e-os-estados-e-banner-convencao-n-169-nacionais>. Acesso em 19 de novembro de 2023;

LUNELLI, Isabella Cristina; SILVA, Liana Amin Lima da. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: a captura pelas empresas do dever estatal de consultar os povos e comunidades tradicionais diante dos procedimentos de licenciamento ambiental.** In: *Revista Direito e Praxis*, vol. 14, nº 01/2023, p. 536-566.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. **Promessa é dívida? O cumprimento das sentenças socioambientais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 87/2017, p. 485-520.

OIT. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C169. Acesso em: 23 de novembro de 2023.

PARDO, David Wilson de Abreu; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. **O direito à consulta prévia no Brasil e na América Latina**. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 79/2015, p. 95-130.

PONTES JR., Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. **Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações**. In: DUPRAT, Deborah, et al. Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015, p. 79-116. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/convencao-n-169-da-oit-e-os-estados-e-banner-convencao-n-169-nacionais>. Acesso em 19 de novembro de 2023;

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia Participativa e Participação Pública como Princípios do Estado Socioambiental de Direito**. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 73/2014, p. 47-90.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta Prévia e Livre Determinação dos Povos Indígenas e Tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir**. 2017. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro**. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental: ABRAMPA, 2009, v. Tomo I.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. **Princípio da prevenção e princípio da precaução**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/356/edicao-1/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao>. Acesso em: 15 de novembro de 2023.