

## **A OBRIGATORIEDADE DA CONSULTA A OS POVOS INDÍGENAS NA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS E SEU ASPECTO VINCULANTE.**

LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES Y SU ASPECTO VINCULANTE.

**Carla Judith Cetina Castro.**

### **RESUMO.**

A consulta aos povos indígenas é uma instituição de nova criação, está estabelecida na Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho. Na atualidade a crescente atividade da exploração de recursos naturais ha ajudado a que esta instituição tenha maior importância no âmbito político, social e econômico, a nível nacional e internacional dos Estados. A América Latina é uma região de importância global quando se trata de recursos tradicionais e naturais, o que permite a aplicabilidade desta instituição é em maior medida na nossa região. O conflito surge quando o Estado emite uma medida legislativa através do poder legislativo, e administrativas, por meio do poder executivo, sem consultar a comunidade indígena, o que afeta diretamente a decisão. O objetivo deste artigo é estabelecer os aspectos gerais da consulta dos povos indígenas quando o Estado concede uma licença para a exploração de recursos naturais no território habitado por comunidades tradicionais; a obrigatoriedade, o seu elemento vinculante, serão os principais eixos de pesquisa, utilizando o método de análise da legislação que estabelece a consulta, algumas decisões judiciais e doutrina sobre o aspecto vinculante desta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consulta aos povos indígenas, comunidades tradicionais, obrigatoriedade, vinculante, medidas administrativas ou legislativas, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, recursos naturais.

### **RESUMEN.**

La consulta a los pueblos indígenas es una institución de reciente creación, está contenida en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo. En la actualidad la creciente actividad de explotación de recursos naturales ha ayudado a que esta institución tenga mayor importancia en el ámbito político, social y económico, a nivel nacional e internacional de los Estados. Latinoamérica es una región de importancia mundial cuando se trata de comunidades tradicionales y recursos naturales, esto permite que la aplicabilidad de esta institución se de en mayor medida en nuestra región. El conflicto surge cuando el Estado emite una medida legislativa, a través del poder legislativo, o una medida administrativa, a través del poder ejecutivo, sin consultar previamente a la comunidad indígena, a la cual afecta directamente dicha decisión. El objeto del presente artículo es establecer aspectos generales sobre la consulta a los pueblos indígenas cuando el Estado otorga una licencia de explotación de recursos naturales, en territorio habitado por comunidades tradicionales; la obligatoriedad de esta, al igual que su elemento vinculante serán ejes principales de esta investigación, utilizando el método analítico de la legislación que regula la consulta así como algunas decisiones judiciales y doctrina sobre el aspecto vinculante de esta.

**PALABRAS CLAVES:** Consulta a los pueblos indígenas, comunidades tradicionales, obligatoriedad, vinculante, medidas legislativas o administrativas, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, recursos naturales.

## **1- Notas introdutórias.**

A América Latina é uma região em conflito social constante, isto é devido a uma série de situações que tornam a nossa região tão especial, começando com assentamentos (ou mais corretamente invasões), golpes de Estado, ditaduras, repressão do estado, a desigualdade econômica, social e política, para citar alguns fatores.

De todos os conflitos enfrentados pela América Latina, atualmente um tomou destaque no cenário político, social e jurídico. A exploração da terra que habitam as comunidades indígenas aumentou significativamente nos últimos anos, a pouca proteção legal dessas comunidades tem ajudado a tornar o cenário desolador. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho no artigo seis estabelece uma instituição peculiar, que será o objeto de estudo deste artigo, está em consulta com os povos indígenas, quando o Estado toma medidas administrativas que os afetem diretamente.

Em todo o mundo existem cerca de trezentos e setenta milhões de pessoas indígenas que ocupam vinte por cento da superfície da Terra. Estima-se que representam cerca de cinco mil diferentes culturas indígenas. Por isso, os povos indígenas representam a maior parte da diversidade cultural do mundo, embora constituam uma minoria numérica.

Os povos indígenas e tribais são os agentes da maior diversidade cultural do mundo. As estatísticas das organizações não governamentais tem mostrado que existem cerca de seis mil culturas ao redor do mundo, sendo que, de quatro mil para cinco mil, são as culturas indígenas.

Muitas das regiões do mais importante diversidade biológica da Terra são habitadas por povos indígenas. Dezesete estados acomodam mais de dois terços dos recursos biológicos da Terra, são os povos tradicionais que habitam a maior parte destes territórios, tendo quantidades excepcionais de espécies vegetais e animais encontrados apenas nesses lugares.

Em novembro de 2000, o Fundo Mundial para Natureza, em colaboração com a organização não governamental internacional Terralingua, publicou um relatório intitulado "Indígenas e tradicionais Povos do Mundial de Conservação e Ecorregião: uma abordagem integrada para a conservação da diversidade cultural do mundo biológico." <sup>1</sup> Este relatório destaca que quatro mil seiscentos e trinta e cinco povos indígenas, isso que dizer, que sessenta e sete por cento do total destes grupos, vivem em duzentas e vinte e cinco regiões da maior importância biológica. (FONDO MUNDIAL PARA NATURALEZA, 2000)

Necessariamente, para alcançar a conservação destas espécies biológicas, é essencial procurar a proteção da diversidade cultural dos povos indígenas, porque os povos tem uma relação de respeito, proteção e veneração com o meio ambiente, o qual é indispensável para o seu próprio desenvolvimento; essa relação acontece no âmbito espiritual, cultural, social e econômico. As normas, costumes e práticas tradicionais dos povos indígenas e tribais, refletem um compromisso com a terra, também a responsabilidade pela conservação das terras para utilização das gerações futuras. Em conclusão, a sobrevivência dessas culturas, está ligada à conservação e proteção da terra, dos recursos naturais e do meio ambiente em geral.

Ao longo dos séculos, a relação entre os povos indígenas e seu meio ambiente tem sido prejudicada por causa da desapropriação ou remoção forçada de terras tradicionais e locais sagrados. Os direitos sobre a terra, o uso deste e da gestão de recursos naturais continuam sendo questões críticas para os povos indígenas ao redor do mundo. Os projetos de desenvolvimento, mineração e silvicultura e programas agrícolas continuam deslocando aos povos indígenas.

O Brasil é um dos países com maior diversidade étnica nas Américas, de acordo com dados do censo populacional de 2010, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população indígena é 817.963 pessoas. A região Norte é a que tem o maior número de índios, com um total de 305.873 pessoas, representando cerca de trinta e 37.4 por cento de todos os índios sendo o estado do Amazonas com a maior população, o que representa o cinquenta e cinco por cento do total da região Norte.

---

<sup>1</sup> Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity.

O Estado do Amazonas reúne em si, uma mistura de diversidade social e biodiversidade, sendo Brasil um dos lugares mais importantes do mundo quando se trata de direito ambiental, por a sua legislação avançada.

A Organização das Nações Unidas, através do Secretariado do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, estabelecido no relatório sobre a situação dos povos indígenas do mundo, o seguinte:

As culturas indígenas sob a ameaça de desaparecer. Nunca é demais destacar a importância da terra e dos territórios para a identidade cultural indígena. Certamente os povos indígenas não deixaram de sofrer a perda das terras, territórios e recursos naturais. O resultado foi que as culturas indígenas estão ao ponto de desaparecer em muitas partes do mundo. Isto porque estes povos ficaram excluídos dos processos de adoção de decisões e de medidas normativas dos Estados em que vivem e foram objetos de processos de dominação e discriminação. As suas culturas foram consideradas inferiores, primitivas, insignificantes, algo que deve ser erradicado ou transformado.<sup>2</sup> (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)

Os povos tradicionais têm um conceito de meio ambiente muito diferente da visão da sociedade ocidental. Sua cosmovisão esta integralmente relacionada com a mãe natureza, de modo que a proteção do meio ambiente, também procura proteger os seus costumes e tradições, e um verdadeiro respeito pela diversidade cultural.

Contínua estabelecido no referido relatório, o relativo às questões indígenas, que é um problema comum em toda a América Latina, e em alguns Estados, a situação é mais sombria ainda:

Os direitos sobre a terra estão na legislação, mas não são realidade. São muito poucos os países que reconhecem os direitos dos povos indígenas à terra, mas nem mesmo nestes países estão completos os procedimentos de entrega de títulos e demarcação das terras, e quase sempre são demorados e ficam arquivados quando mudam os dirigentes ou as políticas. Mesmo nos casos em que os povos indígenas possuem títulos legítimos de propriedade de terras, essas terras costumam ser arrendadas pelo Estado como concessões para exploração de minérios ou madeiras, sem consultar os povos indígenas e, menos ainda, pedir o seu consentimento prévio livre e fundamentado. A falta de segurança jurídica de posse continua sendo um

---

<sup>2</sup> Las culturas indígenas bajo amenaza de desaparecer. Nunca está de más destacar la importancia de la tierra y los territorios para la identidad cultural indígena. Sin embargo, los pueblos indígenas no han dejado de sufrir la pérdida de tierras, territorios y recursos naturales. El resultado ha sido que las culturas indígenas están a punto de desaparecer en muchas partes del mundo. Debido a que esos pueblos han quedado excluidos de los procesos de adopción de decisiones y de los marcos normativos de los Estados nación en los que viven y a que han sido objeto de procesos de dominación y discriminación, se ha considerado que sus culturas son inferiores, primitivas, intrascendentes, algo que debe ser erradicado o transformado

problema decisivo para os povos indígenas em quase todas as partes.<sup>3</sup>  
(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 231 estabelece que seja dever do Estado demarcar as terras habitadas por comunidades indígenas, assim também como estabelece na seção 3, que qualquer decisão sobre o uso dos recursos naturais das terras indígenas, deve ser autorizada pelo Congresso, anteriormente ter ouvido a comunidade.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis [...]. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. [...] (BRASIL, 1988)

Podemos ver que, neste princípio jurídico esta regulamentada a Consulta dos povos indígenas, dando o status constitucional a uma instituição tão importante.

Uma empresa que procura explorar um recurso natural requer a aprovação do Governo, essa permissão é determinada através de uma licença de exploração, a qual, previamente deve atender a certos requisitos. Trata-se da exploração dos recursos naturais da terra indígena, a comunidade tem o direito de ser consultada, e o governo tem o dever de consultar, a sua realização é uma condição essencial para conceder a licença.

---

<sup>3</sup> Los derechos sobre la tierra están en la legislación, pero no son realidad. Son muy pocos los países que reconocen los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, pero ni siquiera en esos países se han completado los procedimientos de otorgamiento de títulos y de demarcación de las tierras, y a menudo se demoran o quedan archivados cuando cambian los dirigentes o las políticas. Aun en los casos en que los pueblos indígenas poseen títulos legítimos de propiedad de sus tierras, esas tierras suelen ser arrendadas por el Estado como concesiones mineras o madereras sin consultar con los pueblos indígenas y, menos aún, pedir su consentimiento libre y fundamentado previo. La falta de seguridad jurídica de la tenencia sigue siendo un problema decisivo para los pueblos indígenas en casi todas partes.”

No artigo 15 da Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais da Organização Internacional do Trabalho, estabelece o seguinte:

ARTIGO 15: O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 24)

Para começar a abordar a consulta aos povos indígenas é necessário determinar os aspectos mais importantes desta instituição. Foi regulamentada pela primeira vez na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, esta instituição, segundo o Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho, é a pedra angular sobre a qual se desenvolve a convenção. Surge, a fim de garantir a participação direta dos povos indígenas nas decisões que os afetam, assim procura um desenvolvimento integral, com base no princípio da autodeterminação dos povos. A Convenção estabelece o seguinte:

Os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a consulta e a participação dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam. [...] A Convenção dedica uma especial atenção à relação dos povos indígenas e tribais com a terra ou território que ocupam ou utilizam de alguma forma, principalmente aos aspectos coletivos dessa relação. É nesse enfoque que a Convenção reconhece o direito de posse e propriedade desses povos e preceitua medidas a serem tomadas para salvaguardar esses direitos, inclusive sobre terras que, como observado em determinados casos, não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham, tradicionalmente, tido acesso para suas atividades e subsistência. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 8)

Com base no exposto, a consulta dos povos indígenas pode ser definida como uma instituição legal, um direito dos povos tradicionais, uma obrigação para o governo, que procura harmonizar as necessidades e decisões dos povos indígenas, com o Governo e o Estado. A consulta tem como requisito fundamental, a emissão de medidas legislativas ou administrativas que afetam diretamente a um povo tribal ou indígena.

Agora que abordamos amplamente as características da consulta aos povos indígenas é necessário orientar ao leitor para o assunto que nos interessa neste artigo. À medida que a consulta aos povos indígenas uma instituição que cria direitos e obrigações, porque o Estado não prestar mais atenção a este conceito legal? Realmente a consulta dos povos indígenas é obrigatória? E se determinado caso é obrigatória, o resultado é vinculante para o Estado? No decorrer deste artigo, vamos tentar resolver estas questões.

## **2- Obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas.**

No artigo seis da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, se estabelece:

ARTIGO 6º: 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem. c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 18)

No entanto, o termo "povos interessados" refere-se ao âmbito da Convenção, que são os povos indígenas e tribais. A Convenção não estabelece uma definição apenas alguns parâmetros para identificar uma população indígena ou tribal, os quais são:

a) Que tenham condições culturais, sociais, e econômicas, diferentes aos demais setores da coletividade nacional;

b) Que se governam total ou parcialmente, por costumes, tradições ou por leis especiais;

c) Populações descendentes que habitam uma região geográfica que pertence a um país na época da conquista ou da colonização, ou antes, do estabelecimento das fronteiras atuais;

d) Que conservem as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas; e, e) Que sejam conscientes de sua identidade indígena ou tribal, ou seja, para ser reconhecidos como tales.

Entende-se o termo "obrigatoriedade" como um preceito de imposição, não a decisão da consulta, ou seja, o seu resultado, mas a sua própria realização.

Com base nas disposições do artigo seis, pode-se determinar um aspecto muito importante desta instituição, que a consulta aos povos indígenas é obrigatória já que estabelece que "os governos devem fazê-la", nos casos em que decisões de gestão os afetam diretamente; a palavra deve implica uma ordem, um dever para o governo. Também é importante notar que as autoridades responsáveis pela realização desta consulta são os mesmos governos, por meio do Poder Executivo, quando as decisões que os afetam são administrativas, ou Poder Legislativo, quando as decisões que os afetam serão contidas em normas legais.

O Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho em 2002, por meio do Decreto Legislativo numero 143, em vigor desde 2003, forçando ao Estado brasileiro a cumprir os preceitos da consulta dos povos indígenas, e tudo o que estabelece a convenção.

A doutrina pode localizar a consulta dos povos indígenas no direito à livre determinação dos povos, que é o direito de determinar suas próprias formas de governo, a forma como alcançar o desenvolvimento econômico, social, cultural, bem como a forma de ser estruturado livremente, independentemente da interferência externa; mas estas não são uma única instituição. Pode-se dizer que a consulta com os povos indígenas é a espécie e o direito à livre determinação é o gênero. Através desta instituição pode-se realizar o direito à autodeterminação, uma vez que estes terão um papel ativo na tomada de decisões sobre questões que possam afetá-los positivamente ou negativamente.

Ante o exposto, não há dúvida de que a conduta da consulta dos povos indígenas, quando uma medida legislativa ou administrativa os afeta é uma obrigação; portanto, a ser executado, o Estado está violando uma lei, nacional e internacional; portanto, qualquer ação tomada sem consulta prévia à comunidade, carece de legalidade.

### **3- Aspecto de vinculante da consulta dos povos indígenas.**



Tendo-se claro o relativo à obrigatoriedade, e necessário determinar se a consulta aos povos indígenas é vinculante ou não. O termo vinculante, de o adjetivo vincular, é amarrar ou fundamenta uma coisa em outra; realizar uma obrigação.

Em direito, uma decisão administrativa é vinculante quando o assunto sobre o qual repousa um ato administrativo é obrigatório, ou seja, uma decisão administrativa que força seu cumprimento, tem caráter imperativo. O objetivo da consulta aos povos indígenas é impedir a vontade de uma das partes em detrimento de outra, ao invés de procura chegar a um entendimento mútuo e à tomada de decisões por consenso.

Na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho não estabelece nada específico sobre, se a consulta dos povos indígenas deve ser vinculante ou não; só se estabelece sua obrigatoriedade previa à emissão da medida administrativa ou legislativa.

Como já foi dito, o caráter vinculativo da consulta não é regulamentada pela Convenção 169, mas na América Latina as decisões judiciais sobre o assunto, têm tido grande importância, como é o caso da Colômbia, onde o Tribunal Constitucional tem declarado na sentença T-769 de 2009, o que corresponde ao caso de Cerro Jaicatuma, Careperro, estabelece o seguinte:

A empresa esclarece que, no caso dos planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala, que têm o maior impacto no território de ascendência Africana e indígena, é dever do Estado não só consultar as comunidades, mas também para obter seu consentimento livre, prévio e informado de acordo com seus costumes e tradições, já que essa população, ao fazer os projetos e inversões de exploração do seu habitat, pode viver mudanças sociais e econômicas, tais como a perda de suas terras tradicionais, deslocamento e migração, esgotamento dos recursos necessários para a sobrevivência física e cultural, destruição e poluição do ambiente tradicional, entre outras consequências.<sup>4</sup> (COLOMBIA, 2009)

O caráter vinculativo é tão importante quanto o aspecto da obrigatoriedade, é necessário que haja coerência entre as necessidades da sociedade e as ações de seu governo, para o qual, quando uma comunidade indígena é consultada sobre a concessão da exploração dos recursos naturais, a decisão a tomar, deve ser respeitada e cumprida.

---

<sup>4</sup> Esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo y la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre muchas otras consecuencias.”

Portanto, torna-se um assunto mais político do que uma questão jurídica. O governo de um Estado não pode emitir uma decisão administrativa que vai contra a opinião da maioria das pessoas que vivem em um determinado território; ou seja, quando o governo a concede uma licença de exploração e outorga o direito a uma empresa sobre a exploração dos recursos naturais localizados em terras indígenas (que por lei pertence a eles) já sabendo que eles rejeitam todas as atividades de exploração, vai contra os propósitos de um Estado, que são o bem comum, a proteção do bem-estar social.

Além disso, o fato de que as consultas são feitas para os povos indígenas e estas sejam vinculativas, os problemas sociais serão evitados, e a insatisfação das comunidades indígenas que a exploração dos recursos naturais acarreta, poluindo e afetando o ambiente onde estes se desenvolvem e vivem. Com isto se procuraria que o governo seja inclusivo, que respeite os direitos humanos das comunidades indígenas.

#### **4- Elementos básicos para o processo da consulta aos povos indígenas.**

Depois de já ter determinado que a consulta é obrigatória e seu resultado deve ser vinculante para a autoridade, é necessário determinar os aspectos importantes a ver para realizar a consulta prévia à comunidade indígena.

É necessário ter em mente que o Estado, de acordo com relatórios da Organização Internacional do Trabalho, está obrigado a fazer essa consulta, esta função não pode ser delegada a nenhuma entidade privada, o que é muito comum nestes casos, onde a mesma empresa de exploração dos recursos naturais faz a consulta.

O Instituto Socioambiental (ISA) é uma organização da sociedade civil brasileira, que tem por objetivo propor soluções a questões sociais e ambientais, este estabelece os aspectos que devem ser observados para fazer a consulta dos povos indígenas, os quais são:

- a) A oportunidade do processo de consulta, que deve ser sempre prévio à decisão final;
- b) A legitimidade dos interlocutores, os quais somente podem ser instituições representativas dos povos, sem ser possível realizar consultas com membros individualmente considerados.
- c) Deve ser realizada uma pré-consulta sobre o próprio processo de consulta, para definir os interlocutores legítimos e os procedimentos adequados para cada caso;
- d) A informação do processo deve ser: prévia, completa e independente, sendo o princípio da boa-fé norteador do processo;
- e) Os resultados e produtos das consultas devem estar refletidos na decisão final,

sendo este último elemento o principal para qualificar o processo de consulta prévia e diferenciá-lo de qualquer outro tipo de encontro entre parlamentares e representantes indígenas. (Instituto Socioambiental, 2008)

O Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, da Organização das Nações Unidas, estabeleceu em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, no que respeita aos elementos necessários que deve ter o procedimento da consulta, os quais são:

a) Não deve haver coerção, intimidação ou manipulação; b) Deve-se tentar obter o consentimento bem antes de qualquer autorização ou início das atividades e respeitar os requisitos de tempo da consulta / consenso com os povos indígenas; c) Devem ser fornecidas informações que cubra (pelo menos) o seguinte: a natureza, o tamanho, ritmo, reversibilidade e escopo de qualquer projeto ou atividade proposta; a razão ou o propósito ou propósitos do projeto e / ou atividade; duração e as áreas que serão afetadas; avaliação preliminar do impacto económico, social, cultural e ambiental potencial, incluindo riscos potenciais e distribuição justa e equitativa dos benefícios em um contexto que respeite o princípio da precaução, entre outros; d) Os povos indígenas devem especificar quais instituições representativas têm direito a expressar o consentimento em nome dos povos ou comunidades afetadas, assegurando o equilíbrio de género e ter em conta as opiniões das crianças e jovens, conforme o caso; e) As informações devem ser precisas e de uma forma acessível e compreensível, em um idioma que os povos indígenas puderam entender completamente; e, f) A consulta deve ser feita de boa fé. As partes devem estabelecer um diálogo que lhes permita encontrar soluções adequadas em uma atmosfera de respeito mútuo em soluções com boa-fé e participação plena e equitativa. A Consulta requer tempo e um sistema de comunicação eficaz entre as partes interessadas.<sup>5</sup> (STAVENHAGEN, Rodolfo, 2007, p. 10)

## **5- Considerações finais.**

Pode-se concluir que o Estado é obrigado a garantir a proteção da terra onde as culturas tradicionais são desenvolvidas por meio de políticas e legislação, mas isso não é

---

<sup>5</sup> a) No debe haber coerción, intimidación ni manipulación. b) Debe tratar de obtenerse el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y respetarse las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas. c) Debe proporcionarse información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; duración y zonas que se verán afectadas; evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución, entre otros. d) Los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda. e) La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas, en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente. f) Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa. Las consultas requieren tiempo y un sistema eficaz de comunicación entre las partes interesadas.

suficiente, deve-se procurar uma participação verdadeira da comunidade nas decisões que podem afeta-las, os princípios da livre determinação e prevenção são fundamentais para fazer efetiva a consulta dos povos indígenas.

A exploração dos recursos naturais, realizadas por empresas estrangeiras e nacionais, prejudica o desenvolvimento dessas comunidades. Devido a isso, é necessário que as comunidades indígenas tenham uma participação ativa na tomada de decisões que se refere à exploração dos recursos naturais e o impacto ambiental que isso terá sobre a comunidade.

Acredito que a realização da consulta aos povos indígenas é muito importante, não só na concessão de uma licença, mas também durante todo o processo da exploração de recursos naturais devido aos danos que podem causar tanto o meio ambiente como na própria comunidade.

A consulta dos povos indígenas é uma obrigação para o Governo de um Estado; sua realização é um imperativo por estar contido em uma norma legal que desenvolve um direito humano coletivo, como é o direito de autodeterminação dos povos, anteriormente mencionado, e a posse da terra por parte dos povos indígenas.

O princípio da legalidade é fundamental em direito, que afirma que qualquer exercício de poder público deve estar sujeito à vontade da lei e da jurisdição e não a vontade das pessoas. Este princípio é a base do direito público porque limita a ação de um funcionário público, e fundamenta sua ação sobre as normas legais. A administração pública está sujeita ao conteúdo da lei. Isto segue uma interpretação estrita do princípio da separação de poderes. O ato administrativo é considerado ilegal quando este sujeito à vontade do funcionário público e não encontra o seu fundamento na lei.

Quando uma licença de mineração é concedida, sem ter feito consulta prévia, é um ato administrativo ilegal, pois, o ato não se ajusta ou se fundamenta em normas legais; as normas legais não estão sendo respeitadas. Portanto todas as licenças concedidas para a exploração de um recurso natural, onde não se consulta à comunidade, são falhas e deve ser declarada ilegal.

Na maioria dos países da América Latina o problema relacionado à consulta dos povos indígenas surge primeiro pela falta de legislação do procedimento para fazer a consulta e, seguido pela pouca ou nenhuma vontade política, combinada com os interesses econômicos que gerem grandes empresas que exploram os recursos naturais. Bem como as comunidades indígenas enfrentam um obstáculo de desinformação.

O Estado deve procurar que as comunidades conheçam os efeitos negativos e positivos que envolvem a exploração de recursos naturais em terras indígenas. Tem que criar uma política nacional que procure promover o cumprimento da consulta aos povos indígenas em condições adequadas para a sua verdadeira eficácia.

O Estado também deve regulamentar um procedimento específico de consulta aos povos indígenas, tendo em conta as características específicas de cada comunidade, a sua língua, costumes e necessidades.

No decorrer deste artigo foram abordadas as características gerais do problema causado pela exploração dos recursos naturais, mas esta questão é muito mais complexa; a consulta previa é, um avanço para a construção de um Estado democrático, que tenha um verdadeiro cumprimento de seu ordenamento jurídico.

Através da implementação desta instituição, e seu desempenho posterior, o Estado pode melhorar o desenvolvimento da relação entre comunidades tradicionais, sociedade e governo, porque a consulta deve ser aplicada em todos os aspectos, não apenas quando a licença é concedida para exploração dos recursos naturais, mas em todas as questões relativas à educação indígena, saúde, segurança, desenvolvimento de políticas públicas dos povos indígenas, meio ambiente, organização política, desenvolvimento sustentável, etc., em conclusão, tudo o que pode ter intenção nas formas de vida de uma comunidade indígena. Portanto, o Estado deve garantir a conformidade adequada, respeitando as tradições e características de cada povo.

## **6- Referencia Bibliográficas.**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.** Disponível em: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>>. Acesso em: 27 julho. 2014.

DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS NACIONES UNIDAS. **Informe sobre la situación de los pueblos indígenas del mundo.** New York: ONU, 2010. 20 p. (DPI/2551/H).

DOS SANTOS, Breno Augusto. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, Estud. av, 2002. Recursos minerais da Amazônia. Vol.16 no.45.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Modalidades de Terras Indígenas. Brasil.** Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 27 julho. 2014

FUND FOR NATURE. **Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity.** Switzerland: WWF-World Wide, 2000. Disponível em:<[assets.panda.org/downloads/EGinG200rep.pdf](http://assets.panda.org/downloads/EGinG200rep.pdf)>. Acesso em: 10 julho. 2014.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Brasil. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/). Acesso em: 20 julho. 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Povos e Comunidades Tradicionais.** Brasil. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais>>. Acesso em: 5 de julho 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Brasil. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 27 julho. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasil, 2011. 48 p.

SILVEIRA, Edson Damas. **Socioambientalismo Amazônico**. Curitiba: Juruá, 2008. v. 01. 170p.

SILVEIRA, Edson Damas. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010. v. 01. 312p.

SILVEIRA, Edson Damas. SOUZA, Ádria Simone Duarte de. **Políticas públicas e direitos indígenas**. 01. ed. Manaus: UEA, 2011. 01. 96p.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 60/251 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 15 DE MARZO DE 2006, TITULADA "CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS"**. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Ginebra: ONU, 2007. 22 p. (A/HRC/4/32).

STAVENHAGEN, Rodolfo. **PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO** Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Ginebra: ONU, 2007. 22 p. (A/HRC/6/15).