

Normas procedimentais e o papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais – o caso da Usina de Belo Monte

Procedural Rules and the Role of the Courts in guaranteeing
Fundamental Rights – the case of Belo Monte Dam

Caio de Souza Borges
Vivian Maria Pereira Ferreira

Resumo

Este artigo procura, a partir de uma análise do caso envolvendo a construção da Usina de Belo Monte, avaliar de que maneira as normas de direito processual podem ser capturadas com vistas à manutenção das estruturas assimétricas de poder existentes entre os principais atores envolvidos nos processos de exploração de recursos naturais situados em terras indígenas. Discute-se, em seguida, a eventual necessidade de adequar o desenho institucional destes processos às desigualdades materiais entre os atores para a garantia dos direitos fundamentais. Ainda, explicita-se a maneira pela qual o Poder Judiciário brasileiro vem atuando na garantia dos direitos fundamentais, e, mais especificamente, qual o papel que os tribunais vêm desempenhando na proteção dos direitos fundamentais ambientais e indígenas no caso da Usina de Belo Monte.

Palavras-chave: Belo Monte; regras procedimentais; democracia participativa; direitos fundamentais; direitos indígenas.

Abstract

From an analysis of the Belo Monte Dam case, this paper seeks to assess the manner by which procedural legal rules may be responsible for maintaining the asymmetrical power structures between the main players involved in the processes of extraction of natural resources located on indigenous lands. It is argued, then, the eventual need to adjust the institutional design of these procedures to the material imbalances between the actors in order to guarantee fundamental rights. Furthermore, the way by which the Brazilian Judiciary has been engaged in guaranteeing fundamental rights is approached, and more specifically, the role that the Courts have been playing in the protection of fundamental environmental and indigenous rights in the case of the Belo Monte Dam.

Keywords: Belo Monte; procedural rules; participative democracy; fundamental rights; indigenous rights.

I. Introdução

O crescimento econômico do Brasil nos últimos anos – e a sua continuidade prevista para os próximos anos – traz como consequência natural o aumento no consumo de energia elétrica, fazendo com que a ampliação da oferta energética no país se transforme em uma necessidade (MME, 2011a). Considerando os recursos naturais disponíveis em solo nacional, o governo brasileiro defende que a construção de uma usina hidrelétrica na região amazônica, a Usina de Belo Monte, seria a melhor alternativa para lidar com a questão do aumento da demanda por energia.

O governo sustenta que a Usina Belo Monte será capaz de fornecer energia a preço competitivo (mais barata do que a energia solar, eólica ou termoeletrica) e a partir de uma fonte renovável, com a vantagem adicional de gerar um grande número de empregos em umas das regiões mais pobres e despovoadas do país.

Ambientalistas, membros da Igreja Católica, representantes de povos indígenas e ribeirinhos, por outro lado, vem sustentando que os impactos ambientais e sociais provocados pela construção da usina serão muito maiores do que o governo admite – e irreversíveis. Estes grupos defendem que a fauna e a flora de região serão profundamente afetadas, o que deverá prejudicar significativamente as comunidades que vivem da pesca na região (BBC BRASIL, 2010). Defendem, ainda, que a infraestrutura de saúde e educação não poderá atender à grande quantidade de pessoas que deverão migrar para a região em busca de trabalho.

O governo, no entanto, afirma que as comunidades diretamente atingidas pelas obras serão transferidas para locais onde possam manter condições semelhantes de vida e nega que comunidades indígenas serão diretamente atingidas (MME, 2011a). Ainda, garante que a infra-estrutura da região deverá ser significativamente ampliada para dar conta do aumento de demanda provocada pela migração.

Assim, a usina hidrelétrica de Belo Monte encontra-se atualmente em fase de instalação no Rio Xingu, no Estado do Pará, na região norte do Brasil. Prevista para entrar em operação em 2015, Belo Monte será a terceira maior hidrelétrica do mundo e a segunda maior do Brasil, menor apenas que Itaipu. Com capacidade de produção de 11 mil megawatts, o que

representa um aumento de 4.571 MW médios no sistema elétrico brasileiro, a usina deverá fornecer energia suficiente para atender a 40% do consumo residencial de todo o País (MME, 2011b).

A obra integra o PAC – Plano de Aceleração do Crescimento, lançado pelo governo brasileiro em 2007 com o fim de promover o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade da população brasileira através do incentivo ao investimento privado, do aumento do investimento público em infraestrutura e da remoção dos obstáculos burocráticos, jurídicos e administrativos ao crescimento (GOVERNO FEDERAL, 2007). Vem sendo financiada pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e executada por meio de uma parceria público-privada.

As comunidades indígenas se queixam de não terem sido devidamente consultadas acerca da construção da usina, embora o governo alegue ter realizado mais de 30 reuniões entre 2007 e 2010 para discutir questões ligadas ao projeto da barragem de Belo Monte, além das audiências públicas promovidas pelo Ibama em Altamira (MME, 2012a). O que as lideranças indígenas e algumas ONGs de direitos humanos sustentam é que as reuniões e audiências teriam sido realizadas apenas como um pré-requisito formal para a instalação da usina, mas sem que houvesse uma efetiva comunicação com as populações afetadas.

Toda a polêmica em torno da construção da Usina de Belo Monte suscita uma questão de crucial importância para o direito: a adequação das instituições jurídicas na garantia de efetividade de alguns direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Com efeito, é possível que as garantias procedimentais previstas na legislação para a adoção de determinadas políticas restritivas de direitos fundamentais podem venham a ser apropriadas por determinadas estruturas de poder com o fim de garantir a manutenção do *status quo*.

E paradoxalmente, em tempos em que o ativismo judicial brasileiro vem sendo amplamente noticiado e criticado por sua interferência substancial em políticas públicas em áreas como a saúde (SILVA & TERRAZAS, 2011), o número crescente de demandas judiciais tentando a paralização das obras de Belo Monte não foi capaz de, até o presente momento, despertar uma resposta ativa do Poder Judiciário brasileiro. Este artigo tem por objetivo, dessa forma, investigar a eventual fragilidade das instituições jurídicas brasileiras na garantia dos direitos fundamentais ambientais e indígenas, a partir dos diagnósticos possibilitados pela análise da polêmica em torno da construção da Usina de Belo Monte.

Para tanto, divide-se o presente trabalho em seis outras partes, além desta introdução. Primeiramente, proceder-se-á a uma contextualização do caso da Usina de Belo Monte, descrevendo-se alguns dos seus aspectos jurídicos fundamentais. Em seguida, será exposta a

tensão que permeia a normatização e operacionalização das Consultas Livres, Prévias e Informadas (CLPIs), consistente na possível captura do direito processual para a manutenção de estruturas assimétricas de poder entre os principais atores envolvidos nos processos de ocupação e exploração de recursos situados em terras indígenas. Na terceira parte, será realizada uma análise do discurso dos magistrados que apreciaram o caso de Belo Monte a fim de que se compreenda o porquê de o Poder Judiciário apresentar um padrão de postura acentuadamente inerte diante da problemática posta. Na quarta parte, será abordada a eventual necessidade de adequação do desenho institucional destes processos às desigualdades materiais entre os atores para o atingimento de determinados objetivos que estão postos pelo direito, no caso, concretização dos direitos ambientais e indígenas. Na penúltima parte, alguns parâmetros de atuação judicial frente a tais direitos serão explicitados em uma tentativa de reforçar o entendimento de que o Poder Judiciário tem um papel fundamental a cumprir com relação à proteção aos direitos de grupos minoritários. Ao final, serão tecidas algumas conclusões finais.

II. A usina hidrelétrica de Belo Monte

A idéia de explorar o potencial energético da Bacia do Rio Xingu não é nova: remonta à década de 1970. Com efeito, em 1975, sob o governo de Ernesto Geisel, foram iniciados os estudos do inventário hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Xingu, concluídos em 1980 (BLOG BELO MONTE, 2011). Na época, a idéia era construir seis usinas na região, uma delas a de Belo Monte, então denominada Kararaô (ESTADÃO, 2012a). Os projetos provocaram uma série de protestos por parte de ambientalistas e líderes indígenas. Em 1989, ficou famosa a cena da índia Tuíra ameaçando com um facão o então presidente da Eletronorte, José Antonio Muniz Lopes (MENDES, 2008).

Quase 10 anos depois, em 1998, as empresas Eletrobrás e a Eletronorte solicitaram à ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) uma autorização para realizar novos estudos de viabilidade e em 2000, firmaram acordo para conclusão conjunta dos Estudos de Viabilidade Técnico-Econômica e Ambiental da Usina de Belo Monte (BLOG BELO MONTE, 2011).

No final de 2007, a Eletrobrás concluiu que apenas o aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte seria viável para ser desenvolvido no rio Xingu e as outras duas alternativas de hidrelétricas estudadas foram descartadas (BAHNEMANN, 2007).

O atual projeto de Belo Monte é muito diferente do original, apresentado em 1989. Ao longo dos anos, ele foi significativamente alterado com vistas à redução da área inundada e à preservação das áreas indígenas. A área alagada do reservatório foi reduzida de 1.225 km² para 516 km², o que fez com que a relação área-capacidade do projeto de Belo Monte seja de 0,05 km²/MW, mais eficiente do que de outras usinas no Brasil (a média nacional é de 0,49 km²/MW instalado) (MME, 2011c).

A. Trâmites legais para a instalação da Usina

Em julho de 2005, o Congresso Nacional aprovou o decreto legislativo nº 788/2005, que autorizou o Poder Executivo a implantar o “Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte” no trecho do Rio Xingu após a realização de estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental, incluindo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), o Relatório de Impacto Ambiental (Rima), a Avaliação Ambiental Integrada da bacia do Rio Xingu (AAI), e estudos de natureza antropológica relativamente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo ser ouvidas as comunidades afetadas.

Como se vê, o decreto aprovado pelo Congresso Nacional reconheceu a necessidade de que a construção da Usina de Belo Monte, por se tratar de um empreendimento grande impacto potencial ao meio ambiente e às comunidades indígenas, fosse precedida

- (i) da consulta das comunidades afetadas, em conformidade com artigo 231, §3º da Constituição Federal, que estabelece que “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” e que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, (...) só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas (...)”; e
- (ii) do processo de licenciamento ambiental estabelecido pela Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e pelas Resoluções CONAMA nº 001/86 e 237/97.

A partir de então, o Poder Executivo começou a adotar as medidas necessárias para a construção da usina, dando início ao processo de licenciamento ambiental da obra. Os estudos de impacto ambiental foram concluídos em 2009 (GOY, 2009), ano no qual foram

realizadas quatro audiências públicas, duas delas na cidade de Altamira, uma das mais afetadas pelo empreendimento (AE, 2009).

Em outubro de 2009, a Funai (Fundação Nacional do Índio) emitiu parecer favorável quanto ao componente indígena dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) da obra de Belo Monte (ANDRADE & GOY, 2009).

A licença prévia foi concedida pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) em fevereiro de 2010 (LIMA, 2010), estabelecendo diversas condicionantes a serem atendidas pelos executores da obra com o fim de prevenir, mitigar ou compensar os seus impactos sobre a fauna, a flora, a população local, a qualidade da água e do saneamento básico, determinando a recuperação de áreas degradadas e o monitoramento de planos e programas socioambientais (BBC BRASIL, 2010).

Segundo a legislação brasileira, após a concessão da licença prévia, cumpridas as condicionantes, pode ser expedida a licença de instalação. O processo de licenciamento ambiental é finalizado com a expedição de uma licença de operação, que, o caso, autorizaria o enchimento do reservatório e o início da geração de energia. Este processo de licenciamento tem natureza sucessiva, de modo que o preenchimento dos requisitos de uma etapa é necessário para que se passe à etapa seguinte. Assim, a licença de operação somente pode ser concedida se as proposições dos estudos de impacto ambiental e as condicionantes das licenças prévia e de instalação foram devidamente atendidas.

Em janeiro de 2011, o IBAMA emitiu a licença para a instalação dos canteiros de obras, incluindo a melhoria das estradas de acesso, mas, até o presente momento ainda não foi concedida licença de instalação para as obras da barragem (ANDRADE, 2011).

B. Resistência judicial à construção da Usina

A construção da usina, no entanto, vem sendo sistematicamente questionada judicialmente, a partir de uma atuação bastante ativa do Ministério Público Federal do Pará (MPF-PA)¹. Treze ações judiciais já foram ajuizadas, questionando a maneira como governo federal vem conduzindo os procedimentos de licenciamento ambiental e de consulta às comunidades indígenas afetadas, requerendo, inclusive a indenização dos povos indígenas que já teriam sido afetados pela usina.

¹ O Ministério Público Federal integra o Ministério Público da União e dentre suas funções está a de zelar pelos princípios constitucionais e defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis relativos a diversos grupos e, dentre eles, os indígenas (Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, II, a).

Os principais argumentos utilizados pelo MPF-PA em suas diversas intervenções judiciais podem ser sintetizados nos seguintes itens:

- i) Inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional, que autorizou o aproveitamento do potencial energético da Várzea Grande do Xingu, tendo em vista o desrespeito a preceitos constitucionais e à Convenção 169 da OIT, pela ausência de oitiva prévia das comunidades indígenas afetadas;
- ii) Diversos vícios na concessão das licenças provisórias e finais ambientais, dentre eles o fracionamento de licenças e a realização de estudos de impacto ambiental (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA) mediante convênio entre o Estado e as empreiteiras, além da ausência de cumprimento das condicionantes impostas pelo Instituto Brasileiro de Recursos Naturais e Renováveis – IBAMA
- iii) Irregularidade na oitiva dos povos indígenas, que seria atribuição exclusiva do Congresso Nacional, que não poderia delegar tal responsabilidade ao Poder Executivo; e
- iv) Desrespeito aos ambientais e indígenas insculpidos na Constituição Federal.

Com exceção da primeira ação proposta, que deslocou a competência da realização dos estudos de impacto ambiental da esfera estadual para a federal, já transitada em julgado, todas as demais encontram-se em andamento. Em razão disso, o processo de licenciamento e o leilão para selecionar as empresas que executariam a obra foram suspensos por algumas vezes, sendo que a última ocorreu por determinação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), após o julgamento de embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público do Pará (MPF-PA) nos autos de acórdão proferido anteriormente pelo tribunal que rejeitara os pedidos de anulação do Decreto Legislativo nº 788/2005 e as licenças ambientais concedidas em favor da construção da Usina de Belo Monte. Essa decisão foi posteriormente suspensa pelo STF ao ser aceito pedido liminar interposto pela Advocacia Geral da União (AGU). Estas decisões serão abordadas com mais profundidade mais adiante.

C. Iniciativas da sociedade civil contra a construção da Usina

Além das ações judiciais promovidas pelo Ministério Público, a resistência à construção da usina de Belo Monte também tem se verificado fora dos tribunais,

principalmente por parte das comunidades indígenas e das ONGs de defesa dos direitos humanos e do meio ambiente.

Em maio de 2008, após uma palestra no encontro “Xingu Vivo para Sempre” para debater os impactos na região da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, índios caiapós agrediram o engenheiro da Eletrobrás, Paulo Fernando Rezende, que havia exposto os detalhes técnicos da usina (MENDES, 2008). As audiências públicas realizadas em 2009 terminaram em protestos, uma vez que, segundo os índios, os representantes do governo não os teriam escutado, mas, ao contrário, já haviam tomado as decisões antes da audiência (AE, 2009).

Protestos por parte de lideranças indígenas continuaram ao longo de 2009 e 2010, com a interrupção da travessia por balsa do rio Xingu e a elaboração de uma carta, entregue ao Presidente da República, que prometia que os índios reagiriam com violência caso o governo não desistisse do projeto da hidrelétrica (ANDRADE & GOY, 2009). As principais reclamações dessas comunidades são que seu povo não está sendo devidamente ouvido pelo governo e que as audiências públicas realizadas não serviram aos seus propósitos, uma vez que o seu formato não teria viabilizado um diálogo real entre os envolvidos (CRUZ, 2009).

Por trás destas reivindicações de cunho procedimental encontra-se uma preocupação substantiva dessas comunidades com a sobrevivência do seu povo, que vive da caça e da pesca. Para o governo, no entanto, as audiências públicas realizadas para debater o projeto da usina foram feitas dentro da legalidade e não haveria necessidade de realizar novos encontros (MASSOTE, 2009). Ressalte-se que, não obstante o caráter inerentemente oficial dos processos de audiência pública em matéria ambiental e oitiva prévia para a deliberação sobre obras e projetos que afetem direta ou indiretamente grupos indígenas, nenhum representante dos órgãos estatais mais diretamente relacionados à obra (como o Ibama, a Eletrobrás, o Ministério de Minas e Energia ou a Funai) compareceu a uma audiência pública promovida pelo Ministério Público Federal em dezembro de 2009 e que contou com representantes das comunidades indígenas Araras, Juruna, Caiapós, Xavante, Xypaia e Xikrin (GOY, 2009b).

Além dos questionamentos em solo nacional, os problemas envolvendo a construção da usina de Belo Monte ultrapassaram as fronteiras nacionais quando, baseadas em tratados internacionais, as organizações sociais e de direitos humanos levaram à questão aos fóruns internacionais. Em abril de 2010, foi encaminhado à Organização das Nações Unidas (ONU) um documento alegando ilegalidades do processo de licenciamento da usina de Belo Monte, como a falta de consulta prévia às comunidades atingidas e as fragilidades dos Estudos de Impacto Ambiental do empreendimento, bem como a pressão política existente para que as

falhas do projeto fossem ignoradas e as ameaças e intimidações sofridas por aqueles que questionam as irregularidades do licenciamento (GOY, 2009b).

Ainda, em novembro de 2010 os movimentos sociais pediram à Organização dos Estados Americanos (OEA), em caráter de urgência, a concessão de medidas para a suspensão imediata do processo de licenciamento ambiental da usina e a interrupção de qualquer procedimento para a construção da hidrelétrica (REHDER, 2010). Isso porque o Brasil é signatário da Convenção 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)², que prevê que o governo precisa do consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas antes de tomar medidas que os afetem (CRUZ, 2009).

Em março de 2011, a OEA pediu informações sobre o licenciamento ambiental de Belo Monte (BBC BRASIL, 2011) e, no mês seguinte, determinou que o país suspendesse o processo de licenciamento da usina imediatamente (MELO, 2011), até que fossem observadas condições mínimas, como uma nova consulta com as comunidades indígenas locais, que deveriam ter acesso a um estudo do impacto socioambiental, e a adoção de medidas para impedir a disseminação de doenças entre os povos indígenas. Caso não cumprisse a medida liminar, o país poderia ser julgado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e, caso fosse condenado, poderia ser expulso da OEA (OLIVEIRA, 2011). O governo brasileiro se disse “perplexo” (BBC BRASIL, 2011b).

Em retaliação ao posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil retirou a candidatura do ex-ministro da Secretaria de Direitos Humanos, Paulo Vannuchi, a uma vaga na Comissão (JUSTIÇA GLOBAL, 2011) e suspendeu o pagamento da sua cota anual de US\$ 6 milhões à OEA (MARIN, 2011). Além disso, em junho de 2011, o Senado aprovou um voto de censura à declaração da Comissão (AS, 2011), que, em agosto de 2011, enviou uma carta à presidente Dilma Rousseff se retratando e pondo um ponto final no impasse (OLIVEIRA, 2011).

Não obstante, a tensão diplomática continuou elevada e o governo brasileiro foi convocado a explicar porque não cumpriu a medida cautelar. A desobediência do governo brasileiro relativamente à decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos evidencia a fragilidade de um grande organismo multilateral ocidental diante da soberania de seus membros (MARIN, 2011).

² A ratificação da Convenção 169 da OIT se deu mediante o Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 20 de junho de 2002 e posteriormente promulgado pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, D.O.U de 20 de abril de 2004.

III. O devido processo legal e as assimetrias de poder: procedimento vs. substância

O processo de consulta dos povos indígenas antes da implementação de projetos, políticas e leis que os afetem é uma idéia relativamente nova no Direito Internacional. O momento marcante de seu reconhecimento se deu com a Convenção 169 de 1989 da OIT, em substituição à abordagem integracionista do século XX, que pretendia resolver os problemas relativos às comunidades indígenas por meio da sua assimilação à sociedade ocidental. A idéia de consulta prévia, livre e informada foi cristalizada na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela ONU em 2007, a qual foi um pouco além ao determinar que a consulta deve ser realizada com objetivo de obter o consentimento das populações indígenas afetadas (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011).

No mesmo sentido, o direito nacional reconhece o princípio da autodeterminação dos povos no artigo 4º da Constituição Federal, bem como o mecanismo de consulta das comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e pela pesquisa e lavra das riquezas minerais que se encontrem em suas terras (artigo 231, §3º da Constituição Federal).

O que se verifica no caso de Belo Monte, no entanto, é que essas consultas parecem ter sido conduzidas apenas de maneira a preencher os requisitos formais, mas sem que as comunidades fossem efetivamente ouvidas. Como já se expôs, as comunidades indígenas se queixam de que as consultas não foram prévias, nem livres e sequer minimamente informadas, mas, ao contrário, realizadas após a tomada de decisão por parte do governo, sem que essas comunidades fossem devidamente esclarecidas acerca do funcionamento do ambiente em que se daria tal consulta e sem que tivessem acesso a uma versão compreensível dos estudos de impacto ambiental. Não parece, assim, terem sido garantidas aos indígenas condições que os permitissem efetivamente questionar o conceito de desenvolvimento econômico com base na exploração dos seus territórios e dos seus recursos naturais.

A juridificação das reivindicações indígenas por identidade cultural, autodeterminação e controle sobre os seus territórios surge, então, como uma conseqüência. Isso pode ser explicado a como resultado da projeção dos conceitos do direito neoliberal para o plano dos direitos coletivos, o que ocorreu a partir do fim do século XX, quando se passou a atribuir um papel muito central ao direito formal, com uma grande fé na capacidade das soluções jurídicas e contratuais (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011). Neste contexto, com um foco maior em regulações flexíveis, produzidas pela colaboração entre os vários atores

públicos e privados envolvidos, o direito passou a concentrar-se em instituições participativas, mas que são procedimentalmente complexas e que acabam deixando de lado a discussão sobre as condições materiais necessárias para deliberações genuínas.

Dois direitos são fundamentalmente reconhecidos: o direito à liberdade de contratar e ao devido processo legal, o que acaba transformando os conflitos coletivos em negociações governadas pelos princípios da publicidade, transparência e da celeridade, ao mesmo tempo em que assume que os povos indígenas estão em pé de igualdade com os outros atores participantes das consultas e negociações, como o Estado e companhias transnacionais. Assim, são ignoradas as assimetrias de poder dos envolvidos nas deliberações e os conflitos culturais e de distribuição existentes (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011).

No campo dos direitos indígenas em particular, tudo indica que o procedimento de consulta às populações indígenas afetadas pelos projetos de Belo Monte não deu às comunidades, na prática, o poder efetivo de negociar e dialogar. As consultas costumam desviar a atenção das divergências ideológicas já que há alguma concordância acerca dos procedimentos; ocorrem em condições de grandes dificuldades de comunicação, gerando falhas de na compreensão dos termos da negociação; e acabam apenas conferindo legitimidade às relações e estruturas de poder encontradas na realidade, com alto grau de judicialização das demandas por direitos coletivos (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011).

IV. A postura do Poder Judiciário

Os questionamentos ao empreendimento de Belo Monte no âmbito do Poder Judiciário brasileiro foram materializados na forma de quinze ações judiciais, sendo que treze delas propostas pelo Ministério Público Federal do Pará (MPF-PA) e as outras duas por associações ou organizações não governamentais (ONGs) da sociedade civil. As ações foram ajuizadas em diferentes estágios do processo de autorização e funcionamento da Usina de Belo Monte, de modo que algumas tinham como pedido a anulação dos atos administrativos que autorizaram a construção da usina e o início dos estudos de impacto ambiental enquanto que outras, ainda pendentes de julgamento, têm por objetivo paralisar a as obras já iniciadas.

A continuidade do processo de construção da Usina, no entanto, foi garantida, uma vez que praticamente todas as decisões de primeira instância foram revertidas no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). Na grande maioria casos em que o Tribunal julgou ao

menos as medidas liminares, seu o entendimento tem sido sistematicamente desfavorável aos pleitos do MPF-PA.

Apenas recentemente o TRF-1 emitiu sua primeira decisão favorável aos pleitos do MPF-PA e determinou a suspensão das obras e anulação do decreto legislativo que autorizou a construção da Usina de Belo Monte e suas respectivas licenças ambientais (MARIZ, 2012), porém o Supremo Tribunal Federal já deferiu liminar para suspender a decisão do TRF-1 (WARTH, 2012).

De todo modo, é interessante notar que a argumentação do Poder Judiciário brasileiro sobre a legalidade e a constitucionalidade da construção da Usina de Belo Monte pressupõe uma relação de igualdade entre, de um lado, os povos indígenas atingidos pelo empreendimento e os organismos de defesa do meio ambiente e, de outro, os governos e empreendedores privados.

Em sentença prolatada no bojo de um dos processos movidos com o fim de anular o Decreto Legislativo nº 788/2005 e de obrigar que a oitiva prévia dos povos indígenas fosse promovida pelo Congresso Nacional, o juiz Herculano Martins Nacif utilizou argumentos que revelam a sua adesão às metas de desenvolvimento do governo, baseadas em uma política energética que privilegia a exploração do potencial hidrelétrico da região norte do país, explicitando a sua posição de que a obra traria diversos benefícios econômicos nacionais:

SENTENÇA. Origem: JUÍZO FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALTAMIRA/PA Classe: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Data da decisão: 27/03/2007 Fonte: E-DJF1 DATA: 30/03/2007 BOLETIM Nº 15 Juiz(a) Herculano Martins Nacif.

“Os tributos recolhidos pelos beneficiários diretos serão utilizados para o bem de todo o povo brasileiro. Em particular, na fase de implantação do empreendimento, a arrecadação de impostos sobre os serviços que serão realizados, trará recursos de grande monta aos Municípios onde serão feitas as obras, possibilitando significativos investimentos no âmbito social, proporcionando melhores condições de vida a toda a população desta parte da região amazônica. [...] **os empregos gerados nas regiões diretamente favorecidas refletirão em novas contratações de bens e serviços, que podem ser obtidos em várias regiões do país.** Por exemplo, uma indústria poderá crescer e expandir seus investimentos, contratando outras empresas para o fornecimento de matérias primas ou outros bens utilizados em sua produção. Imagina-se uma crescente corrente de desenvolvimento que inclui a geração de emprego e a contratação de

empresas que não seriam diretamente beneficiadas. **Em outras palavras, a UHE Belo Monte poderá configurar um decisivo corredor de desenvolvimento [...]**” (grifos nossos)

Em outro trecho, expõe em tom fatalista, que o progresso econômico e social seria cedo ou tarde concretizado pela instalação de obras de geração de eletricidade destinadas a suprir a carência energética do crescente setor produtivo e da sociedade brasileira e que, a seu julgo, tornariam inócuos os esforços de impedir a construção da Usina de Belo Monte. Em suas palavras:

SENTENÇA. Origem: JUÍZO FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALTAMIRA/PA Classe: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Data da decisão: 27/03/2007 Fonte: E-DJF1 DATA: 30/03/2007 BOLETIM N° 15 Juiz(a) Herculano Martins Nacif.

“Registro, ainda, que a *praxis* dos agentes políticos de âmbito federal revela que a opção política pela construção da UHE Belo Monte já foi definida e certamente, mesmo que fosse declarada eventual nulidade do DL n° 788/2005, **nada obstará que o país envide esforços para um verdadeiro ato de superação econômica e social, não podendo ser ignorado que outros decretos legislativos virão, até que o país consiga instalar as usinas tecnicamente viáveis e necessárias. Em outras palavras, a forma não constituirá obstáculo à consumação do desenvolvimento, tardio, mas inarredável**”. (grifos nossos)

Em um judiciário marcado pela morosidade e em um sistema processual caracterizado pela infinidade de recursos e procedimentos que concorrem para que ações judiciais se arrastem por anos, é comum a jurisprudência aplicar a denominada “teoria dos fatos consolidados” para se posicionar contrariamente à reversão de fatos e empreendimentos que trazem efeitos nocivos à sociedade. Em alguns momentos essa é uma política deliberada dos tribunais, que opera de modo a lhes resguardar de emitir um pronunciamento final sobre questões altamente controvertidas e cujo custo político para os demais poderes é de razoável monta. Assim foi que se posicionou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região quando do julgamento dos recursos apresentados à sentença de primeira instância, que afirmou em seu acórdão:

Acórdão: Origem: TRF-1 – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
Classe: APELAÇÃO CÍVEL Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Órgão
Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 14/11/2011 Documento:
7098820064013903 Fonte: E-DJF1 DATA: 25/11/2011 PÁGINA: 566 Relator(a)
SELENE MARIA DE ALMEIDA.

“Evidencia-se, portanto, que a Corte Constitucional assegurou o prosseguimento do processo de licenciamento da obra em questão, em função da qual já foram despendidos consideráveis recursos públicos, além de adotadas múltiplas e diversificadas ações, medidas e providências pela Administração, bem como por parte do empreendedor. Ante todo o contexto da lide, **é imprescindível reconhecer a preexistência de fatos e o transcurso de etapas que, sob qualquer ponto de vista, tornam irreversível a continuidade do empreendimento [...]**”.
(grifos nossos)

Endossando essa idéia central, exposta com clareza por RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), de que o direito e as instituições jurídicas têm atuado, em sede de questões de exploração de recursos de terras indígenas, no sentido de sobrepor a forma à substância de modo a neutralizar as questões materiais que afligem as comunidades indígenas em sua sobrevivência e autodeterminação, os órgãos judiciais brasileiros dispensaram pouca ou nenhuma importância a pontos cruciais a serem debatidos por meio das consultas prévias às populações indígenas, como: i) a prevenção da disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas afetadas, tanto daquelas derivadas do aumento populacional massivo da zona, como da exacerbação de vetores de transmissão aquática como a malária; ii) o deslocamento forçado de algumas populações; iii) a perda dos recursos naturais que constituem parte relevante de sua dieta alimentar e asseguram sua condição econômica, como os peixes e a colheita de castanhas; e iv) a extermínio ou extrema diminuição das alternativas disponíveis de transporte para que as comunidades que vivem na região estabeleçam trocas com mercados de cidades vizinhas e tenham acesso a serviços básicos como saúde e educação.

Assim é que se pode afirmar que as considerações judiciais sobre o processo de oitiva prévia concentraram-se apenas nos quesitos formais e, sobretudo, na discussão acerca do momento correto de sua realização. Em radical dissonância com o posicionamento prevalente na CIDH, no Fórum Permanente para Questões Indígenas, no Grupo de Trabalho para Populações Indígenas, esses dois últimos vinculados à ONU, e na literatura mais avançada sobre a dimensão substantiva das consultas às populações indígenas, os juízes e

tribunais brasileiros entenderam, no caso da Usina de Belo Monte, que a realização da consulta às populações indígenas poderia ser realizada até mesmo simultaneamente à construção da obra (CONJUR, 2011). Ademais, foram tomadas por válidas as reuniões realizadas entre a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o IBAMA e as comunidades indígenas, mesmo havendo evidências razoáveis de que as conversas realizadas entre esses atores padeceram do mal do “colapso comunicativo” assinalado por RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011, p. 34), decorrente de profundas divergências entre os discursos empregados pelos agentes da “governança global” e pelos indígenas. Não obstante, assim se posicionou o TRF-1 no já aludido acórdão:

Acórdão: Origem: TRF-1 – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
Classe: APELAÇÃO CÍVEL Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Órgão
Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 14/11/2011 Documento:
7098820064013903 Fonte: E-DJF1 DATA: 25/11/2011 PÁGINA: 566 Relator(a)
SELENE MARIA DE ALMEIDA.

“O ato congressual em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. **Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional.** Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação do AHE na região.” (grifos nossos)

Fato ainda mais preocupante é a explícita preeminência dada ao ultrapassado “paradigma da integração”, cristalizado na Convenção 107 da OIT e exposto em alguns julgados, que trata os indígenas como objetos e não sujeitos de direito e confere ao governo, e não aos próprios indígenas, a discricionariedade para avaliar o impacto e as consequências de

empreendimentos exploratórios em seus territórios. Isto se dá ainda que disfarçada e dissimuladamente, sob o clássico pretexto de que estes teriam melhores condições de sobrevivência caso sejam objetos de políticas públicas universais destinadas à totalidade da sociedade, como se pode ver da seguinte passagem da sentença de primeira instância já mencionada anteriormente:

SENTENÇA. Origem: JUÍZO FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALTAMIRA/PA Classe: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Data da decisão: 27/03/2007 Fonte: E-DJF1 DATA: 30/03/2007 BOLETIM N° 15 Juiz(a) Herculano Martins Nacif.

“[...] se o Brasil não incluir os povos indígenas em um processo de integração e desenvolvimento (respeitando-se os aspectos culturais envolvidos), outros países o farão. Quanto às comunidades indígenas atualmente existentes, destaco que, sob o pretexto de não serem “desvirtuados culturalmente” estas pessoas são, na prática, submetidas a condições precárias de habitação e saúde, não lhes sendo permitido sequer terem noção dos direitos que possuem. Em apreciação da questão dos índios, não é possível desconsiderar que os mesmos são brasileiros, assim como outros milhões de pessoas também o são. Desta forma, a mesma Constituição que, em seu art. 231, determina o devido prestígio às comunidades indígenas, também comanda em seu iluminado art. 5º, gravado do status de cláusula pétreia, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Não podem eles ser usados por terceiros como pseudo-justificativa, pelo simples fato de que eles não são objetos, mas sujeitos de direitos, inclusive humanitários. **Não podemos sucumbir frente à uma política ambiental isolacionista das comunidades indígenas. Deve prevalecer uma política desenvolvimentista/integracionista no trato destas sociedades**”. (grifos nossos)

Conforme anotado por RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011, p. 26), a solução de resolução de conflitos em material de acesso a recursos localizados em terras indígenas por via da consulta prévia, livre e informada coexiste com o “paradigma integracionista”, que ainda dispõe de grande prestígio em judiciários nacionais apesar de já ter sido superado no âmbito dos instrumentos internacionais. No contexto brasileiro, esse paradigma permeia o *ethos* judiciário sobre as questões indígenas, ainda que a Constituição Federal tenha reconhecido uma série de direitos que asseguram a integridade das comunidades indígenas a

partir da preservação de suas terras como fator crucial para sua sobrevivência física e cultural³.

Por outro lado, ainda de acordo com RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011, p. 26), as consultas prévias também coexistem com uma forma contra-hegemônica de multiculturalismo advogada por movimentos globais de defesa de direitos indígenas, inspirados pelo princípio da autodeterminação e materializado pelo padrão do consentimento livre, prévio e informado. Conquanto se admita que a CF/88 não tenha adotado expressamente o padrão do consentimento prévio, mas apenas o da consulta prévia aos indígenas quanto a leis e medidas administrativas que afetem seus interesses⁴, não se pode ignorar que o procedimento da consulta prévia não consiste meramente em uma etapa *pro forma* dos passos a serem seguidos a fim de legitimar as decisões de intervenção nos territórios onde vivem comunidades indígenas. Conforme anotado pela desembargadora Selene Almeida, relatora e voto vencido do primeiro acórdão que rejeitou os pedidos do MPF-PA de anulação do Decreto nº 788/2005 e todas as licenças concedidas pelo Ibama para o empreendimento (posteriormente modificado para julgar procedentes os pedidos):

Acórdão: Origem: TRF-1 – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
Classe: APELAÇÃO CÍVEL Processo: 2006.39.03.000711-8 UF: PA Órgão
Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 14/11/2011 Documento:
7098820064013903 Fonte: E-DJF1 DATA: 25/11/2011 PÁGINA: 566 Relator(a)
SELENE MARIA DE ALMEIDA.

“[...] apenas quando o processo de consulta prévia concede as comunidades interessadas a real oportunidade de manifestar sua vontade e influir na tomada da decisão é válida a oitiva. O diálogo deve servir para que as populações tradicionais participem das decisões que de fato tenham a ver com o seu desenvolvimento. Nesse sentido é que se afirma que a consulta não é uma simples reunião, mas um processo que juntamente com a participação das comunidades

³ CF/88, 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.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

⁴ CF/88, Art. 231, par. 3º: “§ 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”.

indígenas e tribais interessadas negociam com o Estado suas propostas e intenções. **É por esse motivo que se afirma que a consulta prévia não é um único encontro, nem um fim em si mesmo, é apenas um instrumento de diálogo.** Antes de tudo, o lugar de reflexão e avaliação da medida legislativa ou administrativa proposta pelo governo há de ser discutida primeiro na própria comunidade, informada dos aspectos do projeto e seus efeitos na vida da tribo”. (grifos nossos)

V. Necessidade de reformulação institucional

O caso da Usina de Belo Monte revela a premente necessidade de se adequar as instituições jurídicas brasileiras com o fim de garantir que a participação popular e da sociedade civil na decisão de políticas públicas restritivas de direitos fundamentais, sejam eles direitos indígenas ou ambientais, se dê de forma efetiva e não apenas formal.

Nesse sentido, revela-se necessário o estabelecimento de um marco procedimental mais adequado para as oitivas prévias, de modo a evitar que as comunidades indígenas sejam assoladas por um recorrente sentimento de insegurança e por violações aos seus direitos humanos. É relevante reconhecer que essa empreitada reveste-se de uma dificuldade acentuada em razão do atual estágio a que chegou a dinâmica de negociação entre os diversos atores, marcada por grandes assimetrias de poder e por um papel controverso do Estado de “convidado de pedra” ou testemunha dos embates entre os demais atores, em detrimento de um papel mais mediador ou garantidor dos direitos das minorias elencados na constituição. Nas palavras de RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011, p. 30):

“[...] cada passo dado no sentido de regular a Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) ou de colocá-la em prática descarregar tensões características da etnicidade.gov, entre a legalidade neoliberal (que foca nos procedimentos de consulta, como uma manifestação da liberdade contratual supostamente equivalente entre as partes) e a legalidade dos direitos indígenas (que qualifica os procedimentos a partir de seus resultados, isto é, em função do grau que tais procedimentos conferem aos indígenas de livremente consentir ou rejeitar o projeto

ou decisão sob consideração como uma expressão de seu direito à autodeterminação)”⁵.

Como se pode perceber do fragmento acima, o grande receio que permeia a regulamentação ou o estabelecimento um marco procedimental para as CLPIs reside na possibilidade de incorporação, em uma ferramenta iminentemente destinada a assegurar a participação substancial dos povos indígenas nas decisões administrativas ou legislativas que os afetem, dos paradigmas neoliberais da igualdade formal entre as partes e da liberdade contratual, em contraste com a visível assimetria de poder econômico e político que vigora entre os atores envolvidos na disputa, notadamente os empreiteiros de grandes obras de geração de energia ou exploração de outros recursos naturais presentes em solos indígenas.

Perceba-se que, embora audiência pública e consulta prévia desempenhem papéis aparentemente próximos, na verdade tais instrumentos de participação popular visam a assegurar a concretização de valores não exatamente idênticos. No contexto de projetos complexos como o da Usina de Belo Monte, ou ainda em outras situações que requeiram sua adoção, seja por imperativo legal ou por conveniência administrativa, as audiências públicas buscam legitimar as decisões que envolvem o “interesse público” e municiar a Administração de informações que possam moldar a construção da política pública em questão ou a decisão a ser tomada em reconhecimento da variedade e complexidade da realidade que sofrerá determinada ação administrativa (CABRAL, 2007, p. 49).

Já a CLPI é instrumento de consulta pública cuja funcionalidade é mais específica, um corolário da autodeterminação dos povos indígenas, princípio insculpido na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, na Convenção 169 da OIT e previsto no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 231 da CF/88. É o instrumento que possibilita aos indígenas deliberar sobre leis e atos administrativos que visem implementar empreendimentos ou atividades que os afetem direta ou indiretamente, sendo um exemplo claro de situação a requerer a realização da CLPI a autorização para a exploração de recursos hídricos e

⁵ Tradução livre dos autores. No original: “[...] each step taken to regulate FPIC or to put it into practice sparks ethnicity.gov’s characteristic tension, between neoliberal legality (which focuses on the procedure of consultation, as a manifestation of contractual freedom between supposedly equal parties) and the legality of indigenous rights (which assesses the procedure in terms of its outcomes, that is, in terms of the degree to which it allows for indigenous peoples to freely consent to or reject the project or decision under consideration as an expression of their right to self-determination)” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 30).

potenciais energéticos situados em territórios indígenas, ou até mesmo fora deles, caso tal exploração tenha o condão de influir em suas vidas, costumes e tradições.

Não caberia aqui explorar, em profundidade, o significado do núcleo normativo dos qualitativos “livre, prévia e informada”, vez que até mesmo nos organismos internacionais que reconheceram a CLPI em seus documentos legais, como a ONU e a OIT, prevalece um grau acentuado de dificuldade na determinação de como pautar os ordenamentos jurídicos nacionais e as condutas dos órgãos oficiais à realização de consultas efetivamente livres, prévias e informadas segundo padrões minimamente aceitos entre todos os membros.

A resistência dos países em se curvar à jurisdição dos órgãos internacionais é frequentemente revelada nas ocasiões em que uma denúncia de descumprimento dos acordos e convenções multilaterais se transforma em um alerta ou pedido de providências, na maioria das vezes solenemente ignorado pelos países-membros, em manifestação das suas prerrogativas soberanas diante de um regime de participação puramente voluntário.

É possível advogar, entretanto, que um padrão minimamente eficaz de operacionalização dos institutos da audiência pública e da CLPI consistiria na possibilidade concreta de que os atores influenciem o conteúdo final da decisão administrativa ou legislativa, conforme o caso, sendo-lhes garantido o contraditório. Este direito de influenciar e condicionar as decisões do Estado a partir do direito de expressão aberto e pluralista pressupõe que o sujeito disponha de: (i) informação prévia; (ii) direito de manifestação; e (iii) direito de ver os seus argumentos levados em consideração (correlato ao dever de atenção, imposto à autoridade responsável pela decisão). Nas palavras de Cabral (2007, p. 45):

“Há “duplo papel informativo” na audiência, sendo construída uma via de interação em que Administração e sociedade fornecem informações reciprocamente. Aqui não cabe lugar para um monólogo, não sendo possível que a autoridade administrativa chegue à audiência com uma decisão já tomada, o que seria contrário à própria concepção do contraditório como direito de influenciar o processo decisório” (2007, p. 46).

Nesse sentido, seria inviável o reconhecimento de validade de uma audiência realizada *ex post*, isto é, após já ter sido selado o destino do grupo indígena afetado, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter se posicionado favoravelmente a tal hipótese em um de seus pronunciamentos sobre o assunto. Além da ausência de comunicação prévia aos indígenas sobre as questões técnicas e jurídicas que envolviam a construção da Usina de Belo

Monte, o Judiciário brasileiro não havia analisado com profundidade, até o recente acórdão do qual foi relator o Des. Souza Prudente, qual foi o efetivo papel que a opinião dos indígenas sobre os planos originais do projeto desempenhou nas suas sucessivas alterações, tendo se limitado a endossar o discurso oficial de que as várias modificações a que o projeto fora submetido comprovaria a reflexão do Estado brasileiro sobre as necessidades e anseios dos indígenas e das comunidades ribeirinhas do Vale do Xingu, principal área afetada pela construção de Belo Monte.

Diante do impasse acerca da condução do processo de CLPI, o governo brasileiro instituiu grupo interministerial, composto por vinte e dois ministérios, para regulamentar a Convenção 169 da OIT (GESISKY, 2012). Apesar das críticas de que a regulamentação poderia contribuir para uma maior restrição ao direito dos povos tradicionais e indígenas de serem consultados em casos de empreendimentos ou prospecção de riquezas naturais em suas terras, além de atos ou leis que concedam autorização para tais fins (GESISKY, 2012), alguns grupos compostos por representantes de diversas entidades da sociedade civil, de representação de povos tradicionais e indígenas, além do Ministério Público, têm trabalhado na produção de algumas diretrizes a serem observadas na construção da futura regulamentação.

Após a realização de oficinas e seminários com a presença de diversas dessas entidades, a Rede de Cooperação Alternativa (RCA), no documento “Proposta de Diretrizes para a Regulamentação dos Procedimentos de Consulta Livre, Prévia e Informada aos Povos Indígenas no Brasil” (RCA, 2011), lançou algumas recomendações e ainda procurou fixar o conteúdo e o alcance do instituto na tentativa de guiar o processo de regulamentação das CLPIs. A configuração CLPI pode ser traçada a partir do agrupamento das diretrizes encartadas no documento da RCA, bem como as orientações dos órgãos responsáveis pela institucionalização da CLPI, nos seguintes elementos essenciais de construção do instituto, de acordo com os princípios substanciais a que sua utilização visa satisfazer:

i) Publicidade: engloba a transparência na condução de todo o processo de consulta prévia, desde a disponibilização de informação suficiente, adequada e oportuna até a documentação, registro e disponibilização de atas para os interessados. Aliás, a esse respeito, a Lei Federal de Procedimentos Administrativos, Lei nº

9.784/99, em seu art. 34 expressamente obriga a publicação das conclusões que a autoridade administrativa extraiu dos trabalhos;⁶

ii) Diferenciação: a CLPI deve ter seus próprios ritos, procedimentos e regras, como o momento de sua realização, a duração e a forma de deliberação. Isto que a irá diferenciar de outros instrumentos de participação popular e possibilitará que sua instrumentalidade na consecução dos fins a que se destina, sendo o primordial deles a participação no processo de tomada de decisões legislativas e administrativas que envolvam direitos coletivos dos povos indígenas;

iii) Caráter oficial: a CLPI é encargo estatal e, desta maneira, deve ser conduzida pelo Estado, devendo este estar apto a dispender os recursos necessários para assegurar a participação de todos os interessados e de seus representantes, não podendo delegar tais prerrogativas para a iniciativa privada diretamente interessada no resultado final da consulta;

ii) Representatividade: deve fazer parte da consulta prévia todas as tribos indígenas e afetadas, seja por meio de assessoria técnica e/ou jurídica, ou ainda qualquer pessoa física ou jurídica nomeada pelos indígenas, sendo que a FUNAI exerceria, nesse contexto, um papel de facilitador da comunicação e mediador das disputas em jogo;

iii) Finalidade: a utilização da CLPI tem por objetivo a efetiva participação dos povos indígenas no processo de tomada de decisões administrativas ou legislativas que potencialmente possam afetar seus direitos legal e constitucionalmente garantidos e, portanto, tal elemento engloba também a motivação e imposição do dever de argumentação, por parte da Administração ou ao Poder Legislativo, no caso de divergência da deliberação indígena.

Não se pretende avançar, neste trabalho, no debate sobre o grau de vinculação da Administração ou do Poder Legislativo ao resultado da CLPI, se haveria necessidade de buscar o consentimento ou apenas de assegurar a participação efetiva dos indígenas no processo de tomada de decisão. É preciso que se deixe claro, contudo, que não é razoável defender que o mero cumprimento da etapa processual da CLPI seja suficiente para conferir ao Poder Público a prerrogativa de restringir imotivadamente os direitos fundamentais de uma

⁶ “Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

minoria . Fosse assim, princípios e direitos fundamentais não coexistiriam em um sistema jurídico, mas apenas seriam elencados, de maneira hierarquizada, aqueles que mais angariassem adeptos entre os representantes políticos ou entre a opinião pública.

Em último caso, respeitados ou não os procedimentos das oitivas prévias e audiências públicas, há que se antever como etapa altamente provável de todo o processo a judicialização do conflito, dado o extremo dissenso entre visões de desenvolvimento e de concretização de direitos fundamentais advogadas pelos diversos atores sociais envolvidos, entrelaçados através do Estado, iniciativa privada e sociedade civil.

VI. Parâmetros para a atuação judicial

Considerando a atual configuração institucional do Poder Judiciário brasileiro, que vem cada vez mais assumindo um papel de destaque na implementação de políticas públicas das mais diversas áreas (Taylor, 2008, p.1), parece evidente que o juiz, ao se confrontar com casos que afetem comunidades indígenas, dispõe de mecanismos suficientes para a concretização da consulta realmente livre, prévia e informada, mediante a aplicação do dispositivo constitucional que garante aos povos indígenas a sua oitiva prévia.

Entretanto, a análise do discurso judicial exposto através do caso Belo Monte evidencia o viés ideológico das decisões: cabe ao juiz optar pela adoção do paradigma de desenvolvimento econômico propalado pelos interessados na continuidade de projetos com inevitável interferência na vida dos indígenas ou adotar uma postura mais favorável aos direitos fundamentais, procurando atingir uma solução que ao menos submeta as decisões tomadas em prol do desenvolvimento econômico às regras de participação democrática dos interessados na formulação das políticas, com a devida proteção dos interesses legalmente protegidos.

A questão ideológica fica clara no voto do Des. Federal Souza Prudente, relator do acórdão do julgamento dos embargos de declaração interpostos pelo MPF-PA diante do acórdão que rejeitou os pedidos de anulação do Decreto Legislativo nº 788/2005 e das licenças ambientais concedidas pelos Ibama:

Acórdão. Origem: TRF-1 – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
Classe: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Processo:
2006.39.03.000711-8 UF: PA Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão:

“O caso dos autos é um capítulo desse conflito de interesses da sociedade nacional e das comunidades indígenas que desejam apenas sobreviver e não é mais possível se invocar os princípios da “guerra justa” de extermínio de tribos “inimigas”, justificando a ocupação do território indígena. [...] Há que se buscar uma solução que harmonize o desenvolvimento socioeconômico com a preservação das comunidades indígenas e a proteção ao meio ambiente, dentro do princípio constitucional do desenvolvimento sustentado (CF, art. 225). [...] É relevante salientar que a possibilidade de participação da comunidade está relacionada à informação prévia de como o empreendimento a atingirá. Daí que se poder afirmar que todo o processo de participação é essencialmente um direito de informação. A informação que se dá à comunidade atingida também não é um fim em si mesmo, pois é instrumento, como a própria consulta, para um processo de negociação. Todavia, ela é importantíssima vez que importará em ajudar na tomada de decisões pela população indígena ou tribal”.

De todo modo, parece razoável sustentar que, uma vez que a questão esteja judicializada, a presença dos elementos indispensáveis da consulta pública deva ser o balizador do grau de deferência judicial à discricionariedade dos órgãos políticos. A melhor capacidade de avaliação e concretização dos mecanismos de participação popular só pode ser aferida a partir da “análise da estrutura e do conteúdo do processo de decisão”. A “área de livre apreciação” dos conceitos jurídicos indeterminados aumenta – e diminui, portanto, a atuação do juiz – na exata proporção em que o procedimento administrativo decisório prevê a participação de todos os interessados (CABRAL, 2007, p. 54). Eis aí que reside a importância da aderência da Administração e do Poder Legislativo aos métodos e procedimentos que assegurem a realização de uma CLPI plenamente válida e também, com suas especificidades, as audiências públicas.

Nesse ponto, a argumentação racional do juiz pode ser suficiente a demonstrar que, embora formalmente realizada, a oitiva prévia que não tenha incorporado todos os elementos que estruturam a CLPI interfere diretamente em algum direito fundamental cuja consulta visa exatamente proteger, no caso, o direito de autodeterminação dos povos indígenas. Reconhece-se, entretanto, que por mais equilibrada que a solução proposta possa parecer, a controvérsia se instala exatamente no momento de sua aplicação, pois incide nesse instante um conflito entre a regra majoritária, dogma do ideário democrático liberal, e a democracia substancial,

esta sendo entendida como a preservação de um mínimo de direitos dos grupos minoritários que assegurem a sua condição humana.

Todavia, em uma expansão do horizonte da justiça sob o princípio democrático, os anseios e direitos das minorias não devem ser apenas resguardados, como também promovidos e alçados a fins do Estado, de modo a não se esvaziar o conteúdo da igualdade e torná-la princípio sujeito ao arbítrio da maioria política. Segundo MARINONI (2009, p. 18), o conceito de democracia deve ser ampliado de tal maneira

[...] a não envolver somente decisão, mas também discussão. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões políticas. Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima.

Afasta-se, na situação tratada neste estudo, o argumento ultrapassado de que a sobreposição da “vontade judicial” sobre a decisão administrativa ou legislativa representa uma afronta ao princípio da separação de poderes por uma suposta invasão do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do legislador ou do administrador. Além de ser legítima tarefa judicial harmonizar o choque entre princípios constitucionais, como claramente exposto pelo Des. Souza Prudente em seu relatório, o juiz tem plenas condições de apreciar, em decisão devidamente motivada, a validade da consulta prévia com base no material analítico que expusemos anteriormente sobre os elementos formadores do processo de CLPI. Nesse quesito, emerge com fundamental importância a documentação fiel de todos os atos realizados durante o processo da consulta prévia, que servirão de base probatória para a instrução da ação judicial (CABRAL, 2007, p. 56).

Muito se tem ponderado nos últimos tempos sobre a interferência do Poder Judiciário nas decisões administrativas e legislativas quando esta se presta à defesa do direito de minorias políticas que não conseguem ter seus pleitos atendidos pela via democrática representativa. Ana Paula de Barcellos (2002, p. 226) percebe a inegável interferência judicial sobre a legitimidade majoritária, mas adverte que democracia não é sinônimo de regra majoritária, e que esta carrega inúmeras falhas. A proteção de minorias, portanto, compreende uma reformulação do princípio majoritário com o fim de isolar os grupos minoritários do arbítrio da maioria momentânea.

VII. Conclusão

A questão técnica relativa à necessidade de construir a usina de Belo Monte e à adequação do projeto da forma como ele foi apresentado é difícil de avaliar. Independentemente disso, a forma como o projeto vem sendo conduzido demonstra-se bastante problemática. Como é comum em casos envolvendo megaprojetos em benefício do desenvolvimento econômico do país, o caso de Belo Monte revela um *trade off* entre democracia e efetividade dos direitos fundamentais constitucionais. E, o que o caso da Usina de Belo Monte parece revelar é que, em pleno século XXI, a democracia e os direitos fundamentais ainda são considerados preços alto demais a pagar pelo desenvolvimento econômico.

Tem-se, diante do estudo realizado, que o judiciário não está, no contexto das consultas prévias, buscando legitimidade para sobrepor a argumentação jurídica à discricionariedade administrativa, isto é, não se vislumbra uma atividade judicial voltada para a delimitação de um “espaço de avaliação” judicial frente à “prerrogativa da avaliação” administrativa (CABRAL, 2007, p. 53), vez que o próprio discurso judicial sobre as consultas prévias incorpora em demasia as metas de desenvolvimento governamentais. Muito embora a postura dos juízes frente aos órgãos governamentais seja marcadamente tímida no que tange aos direitos dos povos indígenas e aos grupos minoritários de serem contemplados por processos de consulta livre, prévia e informada, reafirma-se aqui a crença de que o Poder Judiciário pode exercer significativo papel na inclusão dos grupos minoritários no processo político e na efetivação dos mecanismos que lhes conferem possibilidades de escolha sobre seus próprios destinos, por meio do exercício de sua função moderadora da discricionariedade administrativa e da omissão ou excesso legislativos que neguem a tais grupos a plena concretização de seus direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

AE – AGÊNCIA ESTADO (2009). Índios Protestam contra Hidrelétrica de Belo Monte. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,indios-protestam-contrahidreletrica-de-belo-monte,435804,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

AS – AGÊNCIA SENADO (2011). Aprovado voto de censura à OEA por declaração contra Belo Monte Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,aprovado-voto-de-censura-a-oea-por-declaracao-contra-belo-monte,730701,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

ANDRADE, Renato (2011). Ibama Libera Canteiro de Obras para Usina de Belo Monte. Agência Estado, jan. 2011. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ibama-libera-canteiro-de-obras-para-usina-de-belo-monte,671581,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

ANDRADE, Renato; GOY, Leonardo (2009). "Ação guerreira" contra Belo Monte. Agência Estado, nov. 2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,acao-guerreira-contra-belo-monte,460758,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

BAHNEMANN, Wellington (2007). Eletrobrás Conclui que Apenas Belo Monte é Viável. Agência Estado, nov. 2007. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,eletrobras-conclui-que-apenas-belo-monte-e-viavel,82958,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de (2002). A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Renovar, 2002.

BBC BRASIL (2010). Justiça cassa liminar que suspendia leilão de Belo Monte; entenda a polêmica. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,justica-cassa-liminar-que-suspendia-leilao-de-belo-monte-entenda-a-polemica,539271,0.htm?p=1>>. Acesso em 31 mai. 2012.

_____ (2011a). OEA Pede ao Brasil Informações sobre Belo Monte. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,oea-pede-ao-brasil-informacoes-sobre-belo-monte,690704,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

_____ (2011b). OEA pede que Brasil suspenda Belo Monte, e governo se diz 'perplexo'. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,oea-pede-que-brasil-suspenda-belo-monte-e-governo-se-diz-perplexo,702040,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

BLOG BELO MONTE (2011). Usina Belo Monte. Disponível em <<http://www.blogbelomonte.com.br/usina-belo-monte/>>, acesso em 31 mai. 2012.

- CABRAL, Antonio (2007). Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 6, n. 24/25, jul./dez. 2007, p. 41-65.
- CONJUR – Revista Consultor Jurídico (2011). Índios podem ser ouvidos durante empreendimento. Revista Consultor Jurídico, nov. 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-11/indios-podem-ouvidos-durante-construcao-belo-monte-trf>>, acesso em 31 mai. 2012.
- CRUZ, Renato (2009). Sting e Raoni se unem contra a hidrelétrica de Belo Monte. O Estado de S. Paulo, nov. 2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,sting-e-raoni-se-unem-contra-a-hidreletrica-de-belo-monte,470431,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.
- GESISKY, Jaime (2012). “Regulamentação da Convenção 169 da OIT pode restringir direitos de povos indígenas e tradicionais”. Fórum Amazônia Sustentável, ago. 2012. Disponível em <<http://www.forumamazoniasustentavel.org.br/?p=2570>>, acesso em 30 ago. 2012.
- GOY, Leonardo (2009a). Eletrobrás Apresenta Estudo Ambiental para Belo Monte. Agência Estado, mar. 2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,eletrobras-apresenta-estudo-ambiental-para-belo-monte,332190,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.
- _____ (2009b). Audiência Pública sobre Usina Belo Monte É Esvaziada. Agência Estado, dez. 2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,audiencia-publica-sobre-usina-belo-monte-e-esvaziada,475046,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.
- JUSTIÇA GLOBAL (2011). Questão de Belo Monte é levada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Disponível em <<http://global.org.br/programas/questao-de-belo-monte-e-levada-ao-conselho-de-direitos-humanos-da-onu/>>, acesso em 31 mai. 2012.
- MARIN, Denise Chrispim (2011). Brasil não paga OEA por causa de Belo Monte. Agência Estado, out. 2011. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,brasil-nao-paga-oea-por-causa-de-belo-monte-,787892,0.htm>>, acesso em 31 ago. 2012.
- MARINONI, Luis Guilherme (2009). Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MARIZ, Renata (2012). Justiça suspende construção da Usina de Belo Monte. Ministério do Planejamento, ago. 2012. Disponível em <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/8/15/justica-suspende-construcao-da-usina-de-belo-monte>>, acesso em 21 ago. 2012.
- MASSOTE, Raquel (2009). Ibama Defende Audiências Públicas sobre Usina Belo Monte. Agência Estado, set. 2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,ibama-defende-audiencias-publicas-sobre-usina-de-belo-monte,439821,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.
- MELO, Liana (2011). Belo Monte: País a caminho da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Blog Verde, jun. 2011. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/blogs/blogverde/posts/2011/06/16/belo-monte-pais-caminho-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-386858.asp>>, acesso em 31 ago. 2012.
- MME – MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA (2011a). Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: Perguntas mais frequentes. Em <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Perguntas_mais_Frequentes.pdf>. Acesso em 31 mai. 2012.
- _____ (2011b). Belo Monte Vai Produzir Energia com Respeito ao Meio Ambiente. Disponível em <http://www.mme.gov.br/mme/menu/belo_monte.html>, acesso em 31 mai. 2012.
- _____ (2011c). Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: Fatos e Dados. Disponível em <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Fatos_e_Dados.pdf>, acesso em 31 mai. 2012.
- GOVERNO FEDERAL (2007). Programa de Aceleração do Crescimento: 2007-2010. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/noticias/pac/070122_PAC_medidas_institucionais.pdf> , acesso em 31 mai. 2012.
- LIMA, Kelly (2010). Minc confirma licença para usina de Belo Monte. Agência Estado, fev. 2010. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,minc-confirma-licenca-para-usina-de-belo-monte,504720,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.
- MENDES, Carlos (2008). Índios no Pará atacam engenheiro da Eletrobrás com Facão. Agência Estado, mai. 2008. Disponível em

<<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,indios-no-para-atacam-engenheiro-da-eletobras-com-facao,175688,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

OLIVEIRA, Eliane (2011). O Globo: OEA Volta Atrás sobre Belo Monte. Blog Belo Monte, set. 2011. Disponível em <<http://www.blogbelomonte.com.br/2011/09/15/o-globo-oea-volta-atras-sobre-belo-monte/>>, acesso em 31 mai. 2012.

REHDER, Marcelo (2010). ONGs Pedem à OEA Suspensão da Usina de Belo Monte. Agência Estado, nov. 2010. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ongs-pedem-a-oea-suspensao-da-usina-de-belo-monte,638755,0.htm>>, acesso em 31 mai. 2012.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (2011). Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 18, No. 1 (Winter 2011), pp. 263-305.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas (2011). Claiming the right to health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded? *Law & Soc Enq*, Vol. 36, N. 4, 825–853, 2011.

TAYLOR, Matthew M (2008). *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

WARTH, Anne (2012). STF concede liminar para retomar obras de Belo Monte. Agência Estado, ago. 2012. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia%20geral,stf-concede-liminar-para-retomar-obras-de-belo-monte,124538,0.htm>>, acesso em 30 ago. 2012.