



**DIREITO À
CONSULTA E CONSENTIMENTO**

**DE POVOS INDÍGENAS,
QUILOMBOLAS E**

COMUNIDADES TRADICIONAIS

**PEC 215
NÃO!**

**EM DEFESA
DOS DIREITOS
CONSTITUCIONAIS
DOS POVOS
INDÍGENAS**

No Brasil e no mundo, continua sendo um desafio garantir a participação efetiva de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, nos processos de tomada de decisões do Estado que os afetam diretamente. O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) está previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como tem sido amplamente reafirmado em jurisprudências internacionais.

Este livro demonstra que, no entanto, esse direito está sendo continuamente violado no Brasil pelos poderes Executivo e Legislativo e também encontra sérios obstáculos no poder Judiciário.

Os desafios para a implementação do direito à consulta e consentimento envolvem interpretações equivocadas e até mesmo desconhecimento do referido direito de consulta no que se refere aos sujeitos do direito, ao objeto de aplicação, à oportunidade de sua implementação, ao modo e aos efeitos esperados de um processo de consulta prévia, livre e informada. Por isso, medidas, decisões, projetos e programas governamentais, assim como leis e iniciativas legislativas, são aprovados sem a devida informação, escuta e consideração aos povos e comunidades afetados.

DIREITO À
CONSULTA E CONSENTIMENTO
DE POVOS INDÍGENAS,
QUILOMBOLAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS

DPLf





Due Process of Law Foundation - DPLF

A Fundação para o Devido Processo é uma organização regional integrada por profissionais de diversas nacionalidades, cujo mandato é promover o Estado de Direito e os Direitos Humanos na América Latina através da análise, investigação aplicada e cooperação com organizações e instituições públicas e privadas, intercâmbio de experiências e ações de ativismo e incidência.

Diretora Executiva

Katya Salazar

Conselho Diretivo

Naomi Roht-Arriaza (Presidenta)

Ariel E. Dulitzky (Vice-presidente)

Meg Roggensack

Walter Albán

Miguel Sarre

Due Process of Law Foundation

1779 Massachusetts Ave.

NW, Suite 710

Washington, DC 20036

Tel. 202-462-7701

info@dpfl.org.br / www.dpfl.org



Rede de Cooperação Amazônica - RCA

A RCA tem como missão promover a cooperação e troca de conhecimentos, experiências e capacidades entre organizações indígenas e indigenistas, para fortalecer a autonomia e ampliar a sustentabilidade e o bem estar dos povos indígenas no Brasil.

A RCA é constituída por 13 organizações: Associação do Movimento dos Agentes Agroflorestais Indígenas do Acre – AMAAIAC, Conselho das Aldeias Wajãpi – Apina, Associação Terra Indígena Xingu – ATIX, Conselho Indígena de Roraima – CIR, Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro – Foirn, Hutukara Associação Yanomami – HAY, Organização Geral dos Mayuruna – OGM, Organização dos Professores Indígenas do Acre – OPIAC, Associação Wyty Catê das Comunidades Timbira do Maranhão e Tocantins, Comissão Pró-Índio do Acre – CPI-AC, Centro de Trabalho Indigenista – CTI, Instituto de Pesquisa e Formação Indígena – Iepé e Instituto Socioambiental – ISA.

Secretário-Executivo

Luís Donisete Benzi Grupioni

Conselho Político

Maurício Tomé Rocha (Hutukara),
Francisca de Oliveira Costa (Opiac) e
Camila Barra (ISA)

Conselho Editorial

Bruce Albert, Dominique Gallois,
Nietta Monte e Regina Muller

Rede de Cooperação Amazônica

Rua Professor Monjardino, 19

Vila Sonia

05625-160 – São Paulo – SP

Tel. 11.3746-7912

Rede.rca@gmail.com / www.rca.org.br

DIREITO À
CONSULTA E CONSENTIMENTO
DE POVOS INDÍGENAS,
QUILOMBOLAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS

Biviany Rojas Garzón

Erika M. Yamada

Rodrigo Oliveira

Washington, D.C. | São Paulo

2016

DIREITO À
CONSULTA E CONSENTIMENTO
DE POVOS INDÍGENAS,
QUILOMBOLAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS

©DPLF & RCA

© Biviany Rojas Garzón, Erika M. Yamada & Rodrigo Oliveira

Washington, D.C. | São Paulo, 2016

Editor

Luis Donisete Benzi Grupioni

Revisão

Daniel Cerqueira

Luis Donisete Benzi Grupioni

Projeto gráfico

Renata Alves de Souza | Tipográfico Comunicação

Foto da capa

Cacique Kamirã Tembê no Plenário do Senado Federal, 2015

© Marcelo Camargo/Agência Brasil

Apoio à publicação

Rainforest Foundation Noruega

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rojas Garzón, Biviany

Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais / Biviany Rojas Garzón, Erika M. Yamada, Rodrigo Oliveira. -- São Paulo :

Rede de Cooperação Amazônica – RCA ; Washington,

DC : Due Process of Law Foundation, 2016.

Apoio: Rainforest Foundation Norway.

1. Índios – Direitos fundamentais 2. Índios - Direitos fundamentais – Congressos
3. Índios da América do Sul – Direitos fundamentais – Brasil – Congressos 4. Índios da América do Sul – Estatuto legal, etc. 5. Índios da América do Sul – Estatuto legal, etc. - Brasil 6. Povos indígenas – Brasil I. Yamada, Erika M.. II. Oliveira, Rodrigo.
III. Título.

16-08520

CDD-323.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Povos indígenas : Direitos fundamentais :
Convenção 169 da OIT 323.4

6 Introdução

8 Marco normativo e jurisprudencial

- 10 O caso Raposa Serra do Sol e o direito à consulta
- 12 Uso da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela contra o Direito à Consulta
- 14 Tentativa de regulamentação do direito à consulta para medidas administrativas

16 Desafios para a implementação do direito à consulta e consentimento

- 17 Sujeitos
- 22 Objeto
 - 25 OBJETO DA CONSULTA: MEDIDA LEGISLATIVA
 - 30 CCPLI E OITIVA CONSTITUCIONAL
- 34 Oportunidade
- 37 Modo
 - 37 CARÁTER CULTURALMENTE APROPRIADO
 - 39 DE BOA FÉ
 - 42 CARÁTER LIVRE
- 44 Efeitos
 - 44 POSSÍVEIS RESULTADOS E EFEITOS JURÍDICOS DE UM PROCESSO DE CONSULTA
 - 45 CONSULTA E CONSENTIMENTO

49 Reflexões finais

- 50 O Poder Executivo: DECISÕES NÃO CONSULTADAS
- 51 Tentativa de Regulamentação da consulta administrativa: PROCESSO INCONCLUSO E EQUIVOCADO
- 52 Poder Legislativo: SEM PARTICIPAÇÃO, SEM CONSULTA
- 53 Poder Judiciário: SUSPENSÃO DE LIMINAR COMO INSTRUMENTO PARA CONSOLIDAR DECISÕES INCONSULTAS

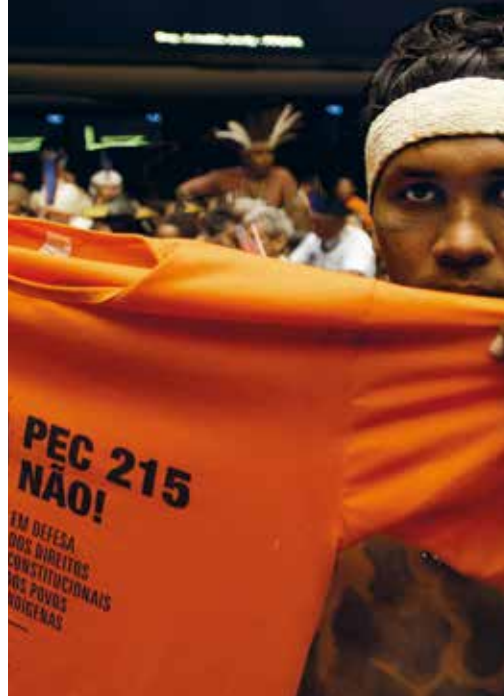
54 Recomendações em prol da efetivação do direito à consulta prévia no Brasil

- 57 Protocolos autônomos de consulta

58 Sobre os autores

Introdução

6



© MARCELO CAMARGO/AGÊNCIA BRASIL

Cacique Kamirã Tembê na sessão solene em homenagem aos povos indígenas no Senado Federal, 2015

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (daqui para frente nomeado apenas como CCPLI) se sustenta no reconhecimento dos direitos fundamentais de povos e comunidades tradicionais e na garantia da sua livre determinação. Ou seja, povos indígenas e tribais têm o poder de decidir livremente sobre seu presente e futuro na qualidade de sujeitos coletivos de direitos. Para fazer respeitar esse princípio, os Estados devem observar a obrigatoriedade de consultar os povos afetados por medidas administrativas e legislativas capazes de alterar seus direitos.

A CCPLI consolidou-se internacionalmente como uma importante conquista dos povos indígenas e tribais, porque determina um novo tipo de relação, mais simétrica e respeitosa, entre os Estados e os referidos povos. Contudo, ainda são inúmeros os desafios para a efetiva implementação desse direito, tanto por parte dos Estados como para os povos e comunidades afetados por decisões estatais.

Este documento aborda as limitações no entendimento e na aplicação do direito à CCPLI no Brasil, a partir da análise dos seguintes aspectos: (a) sujeitos envolvidos; (b) objetos de consulta, incluída a obrigatoriedade desse procedimento para medidas legislativas; (c) oportunidade para a consulta; (d) modo de realizar consultas; (e) efeitos de uma consulta para o resguardo de direitos fundamentais.

Casos emblemáticos ilustram a discussão, evidenciando que um conjunto recente de medidas administrativas e legislativas decididas sem consultas implicam violações do direito à autonomia e dos direitos territoriais dos povos indígenas e tribais, dentre outros preceitos fundamentais.

Além de identificar que no Brasil decisões, projetos e programas governamentais, leis, iniciativas legislativas e também a jurisprudência, apresentam incongruências no tocante ao entendimento e à implementação do direito à CCPLI, este estudo sugere o aprofundamento conceitual e prático sobre a matéria. Esse cenário é ainda mais grave se analisarmos os casos que envolvem grandes empreendimentos, atividades extrativistas e projetos de lei. Até dezembro de 2015, dos mais de 3 mil empreendimentos com processos de licenciamento ambiental que incluíam a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Fundação Palmares,¹ nenhum havia realizado, junto aos povos tradicionais afetados, consultas adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos.

Cumprir destacar que o acompanhamento desses projetos pela FUNAI ou Fundação Palmares não exclui a necessidade de que o tomador de decisão realize consulta junto aos povos afetados, para que estes tenham a oportunidade de influenciar nas tomadas de decisões, fazendo respeitar seus modos de vidas, seus planos de futuro, suas especificidades étnicas e socioculturais.

No âmbito legislativo, importantes projetos de lei e de reformas constitucionais que versam sobre direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais tramitam no Congresso Nacional sem nenhum tipo de processo de consulta. Projetos como o de emenda constitucional PEC nº. 215/2000, que altera os direitos territoriais de indígenas e quilombolas, ou o PL nº. 1016 de 1996, que trata de mineração em terras indígenas, são algumas das iniciativas legislativas que tramitam sem nenhum processo de consulta, embora não reste dúvida alguma sobre a obrigatoriedade de o Congresso Nacional promover consulta prévia sobre este tipo de matéria.

O desconhecimento do direito à CCLPI com relação a matérias legislativas ficou confirmado durante a recente aprovação da Lei nº. 13.123/2015 (Marco da Biodiversidade), que regulamenta o acesso e exploração econômica de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. Ela tramitou e foi aprovada ignorando as reivindicações de consultas prévias feitas por povos indígenas e comunidades tradicionais.

¹ De acordo com dados obtidos junto ao Serviço de Informação ao Cidadão do Governo Federal existiam até 2015, no âmbito da Fundação Nacional do Índio-Funai, cerca de 3mil pedidos de licenciamentos ambientais para projetos que afetariam povos indígenas; e tramitavam na Fundação Cultural Palmares 198 licenciamentos que afetariam comunidades quilombolas (43 linhas de transmissão, 35 rodovias, 17 ferrovias, 23 minerações, 18 aproveitamentos elétricos, 12 gasodutos e 50 "empreendimentos diversos") em. Não há dados consolidados quanto a empreendimentos que afetam povos e comunidades tradicionais.

Marco normativo e jurisprudencial

8

O direito à CCPLI foi previsto na Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (doravante Convenção nº 169/OIT) como ferramenta para a superação do paradigma jurídico integracionista vigente até o final da década de 80, e dispõe que os sujeitos interessados deverão ser consultados pelos governos sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

O direito à CCPLI recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção nº. 169/OIT, no dia 20 de junho de 2002², e que entrou em vigor em 25 de julho de 2003³. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 25 de setembro de 1992⁴, e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, também oferecem proteções internacionais, localizando o direito à CCPLI no rol dos direitos humanos fundamentais para povos indígenas e tribais. Pelo fato de disporem sobre direitos humanos, as citadas Convenções foram incorporadas à legislação brasileira na qualidade de normas supralegais, possuindo aplicabilidade imediata, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF).⁵

² Decreto Legislativo nº 143/2002. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/135>

³ Decreto Executivo nº 5051/2004. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/136>

⁴ Decreto nº 678/1992.

⁵ Ver julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008.



© GERVASIO BAPTISTA/SCO/STF

Supremo Tribunal Federal ouviu sustentação da advogada Joênia Batista de Carvalho (Wapixana de Roraima) durante o julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, 2009

No plano jurisprudencial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI como “princípio geral do Direito Internacional”.⁶ A jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos reforçou a necessidade de os Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo ou comunidade tradicional.⁷

No mesmo sentido, os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, reconheceram o direito à CCPLI em casos envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais.⁸

⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

⁷ *Ib. Idem*, p. 49.

⁸ Embora a Convenção nº 169/OIT empregue a expressão “povos indígenas e tribais”, preferimos utilizar “povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais” por ser mais adequado à realidade brasileira. No item 2, “A”, discutiremos a pertinência das comunidades quilombolas e dos povos e comunidades tradicionais na categoria “povos tribais”.

Quadro 1. Jurisprudência brasileira relativa ao direito à consulta e consentimento

USINA HIDRELÉTRICA BELO MONTE: em fase final de construção no médio curso do rio Xingu, Estado do Pará. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região desqualificou as reuniões informativas realizadas pelo governo enquanto consulta prévia e ordenou a suspensão das obras para a consulta aos povos indígenas afetados (Arara, Juruna, Araweté, Parakanã, Xikrin, Xipaya e Kuruya). Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8.

EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM, PARÁ: a Justiça Federal ordenou à prefeitura municipal consultar os povos indígenas em relação à Portaria nº 001 de 6 de janeiro de 2014, referente à organização e estruturação das escolas indígenas no município. Ação Civil Pública nº. 378-31.2014.4.01.3902.

USINA HIDRELÉTRICA SÃO LUIZ DO TAPAJÓS: prevista para o médio curso do rio Tapajós, Estado do Pará. Em diversos momentos, a Justiça Federal de Santarém, Pará, reconheceu a obrigação do governo brasileiro de consultar os povos indígenas Munduruku e Sataré-Mawé, assim como as comunidades tradicionais de Montanha e Mangabal e outras. Ação Civil Pública nº. 3883-98.2012.4.01.3902.

USINA HIDRELÉTRICA TELES PIRES: em início de operação no rio Teles Pires, fronteira dos Estados do Pará e Mato Grosso. A Justiça Federal ordenou a suspensão das obras a fim de serem realizadas consultas aos povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Ação Civil Pública nº. 3947-44.2012.4.01.3600.

USINA HIDRELÉTRICA SÃO MANOEL: em início de construção no rio Teles Pires, fronteira dos Estados do Pará e Mato Grosso. A Justiça Federal ordenou ao governo brasileiro consultar os povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Ação Civil Pública nº. 14123-48.2013.4.01.3600.

POLO NAVAL DO AMAZONAS: projeto que envolve construção de portos, exploração mineral e transporte de cargas, previsto para ser construído na margem do rio Amazonas, orla da cidade de Manaus. A Justiça Federal ordenou que o Estado do Amazonas consulte previamente as mais de vinte comunidades tradicionais de pescadores e ribeirinhos afetadas pelo projeto. Ação Civil Pública nº. 6962-86.2014.4.01.3200.

PARQUE NACIONAL DE SUPERAGUI: a Justiça Federal de Paranaguá, Estado do Paraná, reconheceu a obrigação de consultar os pescadores artesanais para a elaboração do Plano de Manejo da conservação federal no estado do Paraná. Ação Civil Pública nº. 742-88.2015.4.04.7008.

DUPLICAÇÃO DA ESTRADA DE FERRO CARAJÁS: em construção nos Estados do Pará e Maranhão. A Justiça Federal reconheceu a obrigação de o governo consultar o povo indígena AwáGuajá. Ação Civil Pública nº. 61827-77.2015.4.01.3700.

LINHÃO MANAUS-BOA VISTA: linha de energia elétrica que corta os Estados do Amazonas e Roraima. A Justiça Federal reconheceu a obrigação de o governo consultar o povo indígena Waimiri Atroari, afetado pelo projeto. Ações Cíveis Públicas nº 18408-23.2013.4.01.3200 e 18032-66.2015.4.01.3200.

PROJETO DE LEI QUE ALTERA A LEI ESTADUAL Nº 892/2013, ESTADO DE RORAIMA: a Justiça Federal determinou que o Poder Executivo do Estado de Roraima consulte os povos indígenas antes de propor o Projeto de Lei que altera a Lei nº 892/2013, acerca do Plano de Cargos, Carreiras e Remunerações dos Servidores da Educação Básica do Estado de Roraima (PCCREB), no que diz respeito aos professores indígenas. Ação Civil Pública nº. 5543-04.2015.4.01.4200.

EXPLORAÇÃO DE HIDROCARBONETOS (PETRÓLEO E GÁS DE XISTO) NA BACIA SEDIMENTAR DO ACRE: a Justiça Federal ordenou a suspensão de "qualquer atividade" relacionada à exploração de hidrocarbonetos enquanto não fosse realizada consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas afetados. Ação Civil Pública nº. 1849-35.2015.01.3001.

CONSTRUÇÃO DE PORTO NO LAGO DO MAICÁ, EM SANTARÉM, ESTADO DO PARÁ: a Justiça Federal ordenou a suspensão do licenciamento ambiental do porto da Empresa Brasileira de Portos de Santarém até que sejam consultadas as comunidades quilombolas e comunidades tradicionais ribeirinhas afetadas pelo projeto. Ação Civil Pública nº. 377-75.2016.4.01.3902.

Apesar de quase sempre as decisões judiciais reconhecerem que o direito à CCPLI é vigente no Brasil e com aplicabilidade imediata, podem ser destacadas algumas contradições no âmbito do próprio Poder Judiciário, notadamente: a) as limitações colocadas pelo STF ao referido direito no caso Raposa Serra do Sol,

ainda pouco debatido; e b) o uso do instrumento da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela (SLAT), que termina por converter projetos ou empreendimentos mal planejados em fatos consumados, sem a possibilidade de consulta. Em ambos os casos, nega-se o acesso das comunidades afetadas à justiça.

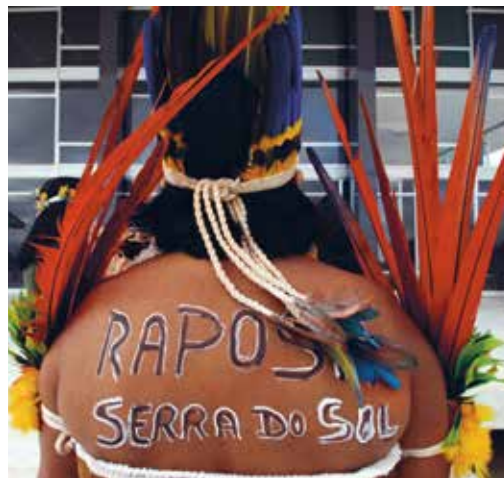
O caso Raposa Serra do Sol e o direito à consulta

10

Instância em matéria constitucional no Brasil, o STF pronunciou-se sobre o direito à consulta no julgamento da ação popular da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Esse caso é considerado o *leading case*⁹ no Brasil em matéria de direitos dos povos indígenas.¹⁰ O caso tratava essencialmente da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, mas acabou por abordar outras questões, como por exemplo o direito à consulta. Em suma, o tribunal reconheceu a legalidade da demarcação da terra indígena em sua totalidade, bem como a nulidade de todos os títulos incidentes na área em vista do caráter originário dos direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Na legislação brasileira, o reconhecimento estatal da Terra Indígena é um ato meramente declaratório de direito preexistente, não um ato constitutivo.

⁹ Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.) ensina que o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”. Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/371143/leading-case>

¹⁰ Ementa do acórdão disponível em: http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15451/material/Acordao_STF_-_Pet_3388_-_Raposa_Serra_do_Sol.pdf



© ANTONIO CRUZ/AGENCIA BRASIL

Índios chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF) para acompanhar o julgamento da constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, 2013

A decisão foi de singular importância para o esclarecimento dos preceitos da Constituição Federal de 1988 em relação aos direitos territoriais dos povos indígenas, especialmente seu artigo 231, de modo a confirmar a demarcação e a homologação da referida terra indígena. No entanto, a decisão também relativizou o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais disponíveis em seus territórios. Estabeleceu um conjunto de “salvaguardas” ou “condicionantes” da decisão que não se compatibiliza com o direito constitucional ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre seus territórios, nem com o direito supralegal à CCPLI.¹¹

¹¹ YAMADA, E. e VILLARES, L. “Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio”, revista *Direito GV*, V.6, p.145, 2010.

Com a publicação do acórdão, seguiu-se a dúvida se as salvaguardas estipuladas teriam efeitos vinculantes para todos os casos de direitos indígenas (ou seja, eficácia *erga omnes*) ou se estariam restritas às partes do caso concreto julgado (eficácia *inter partes*). O Ministério Público Federal e organizações indígenas apresentaram embargos de declaração¹² argumentando que algumas das salvaguardas violavam direitos previstos na Constituição e na Convenção 169/OIT (especialmente, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e o direito à consulta prévia).

Em 2013, o STF decidiu sobre os embargos de declaração, considerando que as condicionantes previstas são vinculantes apenas quanto às partes envolvidas no processo.¹³ Sendo assim, de acordo com o STF, os juízes e tribunais podem decidir de maneira diversa em outros casos. Não obstante, jurisprudência posterior afirmou que o caso Raposa Serra do Sol analisou o regime constitucional da demarcação de terras indígenas e, portando, definiu diretrizes constitucionais para aquele assunto.¹⁴ Essa incongruência segue em debate e ainda não foi tratada com relação ao direitos de consulta e ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre suas terras.

No que diz respeito à consulta, no caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser excepcionado quando estiverem em jogo outros bens constitucionais relevantes, como a defesa nacional. Significa que a corte constitucional brasileira compreendeu que operações militares não gerariam a obrigação de

consulta aos povos afetados da região. Porém, ainda de acordo com o STF, o mesmo entendimento não poderia ser estendido a outros projetos como, por exemplo a construção de uma estrada, mesmo que estrategicamente importante. A decisão da Suprema Corte brasileira dispôs que os resultados da consulta “devem ser honesta e seriamente considerados”, afirmando ainda que tal recomendação não significava que a decisão final do Poder Público dependeria de aquiescência dos indígenas.

Ainda sobre as condicionantes para o caso Raposa Serra do Sol, o STF afirmou que: o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos poderia ser relativizado diante de “relevante interesse público”; que ele não abrange os recursos hídricos e os potenciais energéticos, nem pesquisa e lavra de riquezas minerais; admitiu ainda a possibilidade de instalação de bases, unidades e postos militares, sem consulta aos povos indígenas envolvidos; bem como a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, também independente de consulta aos povos indígenas; e, finalmente, que o usufruto exclusivo dos índios sobre seus territórios não impediria a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, inclusive sem qualquer processo de consulta. No entanto, não fica claro se o entendimento do STF no que tange à CCLPI, dentro das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, constitui diretriz geral aplicável a outros casos ou não.

De toda forma, mesmo para o caso Raposa Serra do Sol, apesar de reconhecer o caráter obrigatório da consulta prévia no país, o precedente desconsidera o *corpus iuris* internacional aplicável, sobretudo ao excetuar as operações militares da obrigação de consultar e ao não prever os casos em que é exigida a obrigação adicional do consentimento prévio, como será explanado durante o texto.

¹² Recurso processual que tem como finalidade solucionar obscuridade, omissão ou contradição de decisão judicial (Código de Processo Civil, artigo 535).

¹³ Decisão disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/122>

¹⁴ RMS 29542/DF - STF (TI Porquinhos), Voto do Relator: para. 6. Na assentada de 19.3.2009, este Supremo Tribunal concluiu o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR). Pela “superlativa importância histórico-cultural da causa”, examinou-se o regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil e fixaram-se as balizas a serem observadas naquele processo demarcatório. Erigiram-se, naquela oportunidade, salvaguardas institucionais intrinsecamente relacionadas e complementares que assegurariam a validade daquela demarcação e serviriam de norte para as futuras.

Uso da suspensão de liminar e antecipação de tutela contra o direito à consulta

12

Em que pesem as decisões judiciais que reconhecem a exigibilidade do direito à CCPLI, em casos envolvendo impactos por empreendimentos ou projetos de governo, o instrumento processual da *Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela* (doravante SLAT) vem sendo utilizado para suspender decisões que ordenam a realização de consultas a povos indígenas afetados por empreendimentos. Nesses casos, geralmente ordena-se em primeira instância a suspensão das autorizações ambientais de tais projetos até que se cumpra o requisito da consulta prévia, livre e informada. Contudo tais decisões costumam ser suspensas por meio de pronunciamentos de tribunais superiores, que acolhem os argumentos do governo no sentido de classificar os empreendimentos como estratégicos para a ordem econômica do país.



© MARIO VIELM/FUNAI

Representantes indígenas fazem protesto durante coletiva da presidente do Ibama, Marilene Ramos, sobre a Licença de Operação (LO) concedida pelo órgão, para o enchimento do reservatório da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, 2015

A SLAT permite ao presidente de um tribunal suspender a execução de sentenças e liminares assinadas por juízes de instância inferior para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”¹⁵ (Lei nº 8.437/92, artigo 4º). As decisões em SLAT permanecem vigentes até o trânsito em julgado de decisão no processo principal, sem a necessária coerência ou justificativa de se evitar grave lesão social. Na prática, em casos envolvendo grandes empreendimentos, a Suspensão de liminar permite que projetos mal planejados se convertam em fatos consumados, sem a possibilidade de consulta, o que configura uma verdadeira negação de acesso à justiça das comunidades afetadas.

¹⁵ “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (BRASIL. Lei Federal nº 8.437 de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília: 30 jun. 1992).

Atualmente, existem ao menos três projetos de usinas hidrelétricas na Amazônia brasileira que caminham nesse sentido graças à suspensão, via SLAT, das decisões que ordenaram a realização de consultas prévias: Belo Monte¹⁶, Teles Pires¹⁷ e São Manoel¹⁸. Recentemente, a sentença do caso do Linhão Manaus-Boa Vista também foi suspensa por SLAT. As das suspensões de liminar nesses casos consideram que a consulta prévia lesaria a ordem e a economia públicas por, supostamente, atrapalhar o planejamento energético nacional¹⁹.

Destaque-se que a SLAT é um instrumento processual de uso exclusivo de pessoa jurídica de direito público, fato que gera desequilíbrio entre as partes envolvidas na controvérsia judicial. Estudo recente demonstrou que, no universo das ações judiciais referentes às hidrelétricas previstas para a bacia do rio Tapajós, *“as liminares [contrárias ao Estado] demoraram em média 160,3 dias para serem decididas, enquanto as decisões em Suspensão de Liminar [favoráveis] apenas 3,9 dias”*²⁰. Estes e outros aspectos foram apresentados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência *“Situação do direito ao acesso à justiça e a suspensão de decisões judiciais (ação de suspensão de segurança) no Brasil”*, em 28 de março de 2014²¹.

¹⁶ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/157>

¹⁷ Disponível em: http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Suspensao_Liminar.pdf/view

¹⁸ Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B5j1BfJM-6nwPNDVEUnVVOE5BaDA/view?usp=sharing>

¹⁹ OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia. “Suspensão de Liminar e usinas hidrelétricas: a flexibilização do licenciamento ambiental por via judicial” In MILLIKAN, Brent; ALARCON, Daniela; TORRES, Mauricio. Oekadi: Hidrelétricas, conflitos socioambientais e resistência na bacia do Tapajós. Brasília, International Rivers. No prelo.

²⁰ Idem., p. 3.

²¹ Vídeo da audiência está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PSRkh1ZFwsw>



© RAFAEL SUZUKI

13

Guerreiros Parakanã se juntam aos Xikrin, Juruna e Arara que ocupam o sítio Pimental, 50 km distante do local de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em protesto que demanda cumprimento de condicionantes indígenas do empreendimento, 2012



© TODD SOUTHWGATE

Usina Hidrelétrica de Belo Monte em construção, 2016



© TODD SOUTHWGATE

Usina Hidrelétrica de Belo Monte em operação, 2016

Tentativa de regulamentação do direito à consulta para medidas administrativas

14

Em 2010, por meio da Central Única dos Trabalhadores (CUT), organizações indígenas e quilombolas²² denunciaram o Estado brasileiro à Organização Internacional do Trabalho (OIT) por descumprimento sistemático da obrigação de consultar. Em meio às pressões da sociedade civil e à inclusão do Brasil na lista preliminar da OIT, o governo brasileiro tomou a iniciativa de constituir, em 27 de janeiro de 2012, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com o objetivo de elaborar proposta de regulamentação administrativa do direito à consulta prévia.²³ Isso porque um dos argumentos do governo para o não cumprimento adequado do direito à consulta era a falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT. Em resposta a este argumento, representantes indígenas, quilombolas, de comunidades tradicionais, juristas e representantes do Ministério Público Federal já haviam se posicionado pela aplicabilidade imediata da CCPLI, independentemente de regulamentação, visto que a Convenção 169/OIT trata de direitos fundamentais autoaplicáveis.

²² Segundo o Decreto 4887/2003, que regulamenta artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, são consideradas comunidades quilombolas “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

²³ Portaria que constituiu o Grupo está disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/115>



Seminário de Preparação para o processo de Regulamentação da Convenção 169 da OIT no Brasil, 2012

© MARCO VIELLA/FUNAI

Em 16 de julho de 2012, a Advocacia Geral da União (AGU) – órgão que tem a incumbência de defender juridicamente a administração pública federal e a defesa dos direitos coletivos indígenas – editou a Portaria nº. 303/AGU.²⁴ Essa Portaria incorporou todas as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol como orientação geral para a AGU atuar restritivamente em outros casos referentes à demarcação de territórios indígenas. Embora a Portaria não tenha *status* de lei, ela reflete posicionamento institucional da AGU e acaba por restringir diversos direitos indígenas à medida em que limita a linha de defesa pelos Advogados da União nos casos judiciais e extrajudiciais.

²⁴ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/416>

Com a publicação da Portaria, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) anunciou a saída do movimento indígena do processo de diálogo sobre uma possível regulamentação do direito à consulta, alegando a inexistência de boa-fé por parte do Governo que, com tal atitude, se contradizia na defesa dos direitos territoriais indígenas.²⁵ Nesse contexto, APIB exigiu a revogação da Portaria nº. 303 como condição indispensável para retomar a participação nos trabalhos do GTI. Apesar de suspensa, até outubro de 2016, essa Portaria não havia sido revogada ameaçando restringir direitos territoriais mediante interpretação contrária à jurisprudência do STF sobre os alcances do caso da Raposa Serra do Sol.

Entre 2013 e 2014, o debate sobre a regulamentação do direito à consulta seguiu sem a participação dos representantes indígenas. Em dezembro de 2014, foi consolidada uma proposta de regulamentação administrativa que se limitava a dispor parâmetros para as comunidades quilombolas. Não se sabe ao certo se ela será publicada ou arquivada. Segundo informações do governo²⁶, a proposta seguiu para avaliação dos Ministros da Secretaria Geral da Presidência da República, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Ministério da Cultura.

A proposta, todavia, vem sendo bastante criticada pelos sujeitos interessados, tanto em termos de processo²⁷ (insuficiente participação e mudança de escopo, sem aviso prévio, das reuniões que eram meramente informativas) quanto de conteúdo (limitação das garantias previstas nos documentos internacionais).

As críticas à *forma* da regulamentação evidenciam que os desafios para implementar o direito à consulta vão além do seu descumprimento. Em muitos casos, são realizadas pretensas consultas, que não observam os padrões internacionais normatizados e resultam em processos que não garantem aos povos interessados autonomia e poder de decisão.

Mais do que uma mera regulamentação de direito ou uniformização de procedimentos de consulta entre os órgãos federais e povos interessados, em detrimento das especificidades destes, é necessário que haja um entendimento por parte do Estado brasileiro sobre o espírito e o alcance prático de uma consulta realizada de boa-fé, conforme estabelece a Convenção nº 169/OIT.

²⁵ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/166>

²⁶ Obtidas através do Serviço de Informação ao Cidadão.

²⁷ “Los Estados también tienen la obligación general de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta. El cumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la definición del marco legislativo e institucional de la consulta previa, es una de las medidas especiales requeridas para promover la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan directamente” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 67).

Desafios para a implementação do direito à consulta e consentimento

16

Percebe-se que, frequentemente, o direito à consulta é encarado pelo governo como mera formalidade. Raras são as decisões administrativas reconsideradas em consequência de processos de consulta ou de objeção por parte dos povos afetados. Quanto às medidas legislativas, o quadro é ainda mais grave, pois o Congresso Nacional hesita em admitir a existência e a obrigatoriedade da CCPLI. Também é inexistente o debate sobre as consequências jurídicas da ausência de consulta pelo Legislativo para efeitos da legalidade do próprio processo legislativo, como se verá mais adiante.



© LUIS DONISETE BENZI GRUPOIN/FEPE

Kayapó durante manifestação pelo respeito aos direitos indígenas, 2013

Os desafios para a implementação do direito à CCPLI de povos indígenas e comunidades tradicionais incluem desde a dificuldade do Estado em reconhecê-los como sujeitos deste direito, passam pela definição dos alcances de cada consulta e se deparam com o não entendimento do que seriam oportunidades legítimas para a efetiva participação indígena e de outros sujeitos nos processos de tomadas de decisão administrativa e legislativa. Ao longo deste documento, serão descritas e analisadas as dimensões do direito à consulta (objeto, sujeitos, oportunidade e efeitos) à luz dos principais desafios de sua implementação no Brasil.

Sujeitos

Os direitos e garantias previstos na Convenção 169/OIT são aplicáveis a povos indígenas e tribais. A categoria “indígena” remete à descendência dos povos que habitavam o país à época da colonização e que mantêm vivas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1.1.b da Convenção 169/OIT). É uma categoria de uso consolidado e sua abrangência não suscita controvérsias, ao menos quanto às realidades socio culturais a que se refere.

A categoria “povos tribais”, diferentemente, não se refere a uma única experiência social e histórica. São considerados “tribais” os povos que satisfaçam duas condições previstas na Convenção 169/OIT: (I) possuam “condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”; e (II) tenham consciência de sua identidade tribal. Estes critérios consagram o “direito à autoidentificação” (“autoatribuição”, “autorreconhecimento” ou “autodefinição”).²⁸

²⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos endossou a aplicação dos critérios da categoria de grupos tribais ao julgar o caso *Saramaka vs. Suriname* (2007) e reconhecer a aplicação desta categoria ao povo Saramaka que se identifica como *maroon*. CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C Nº 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/418>



© Luis DONSETE BENZI/GRUPOV/LIFE

Acampamento Terra Livre em Brasília, 2013

Discutiu-se durante anos no Brasil a aplicabilidade da categoria “povos tribais” às comunidades quilombolas. Segundo o Decreto nº. 4.887/2003, que regulamenta artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, são consideradas comunidades quilombolas os grupos “étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”. O artigo 2º, parágrafo 1º do mesmo texto normativo, reafirma o direito à autodefinição da própria comunidade.

O governo brasileiro relutou em respeitar o direito à autodefinição e somente passou a reconhecer oficialmente as comunidades quilombolas enquanto povos tribais a partir de 2008, quando as incluiu pela primeira vez nos relatórios anuais enviados à Comissão de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (CEACR).²⁹

²⁹ Observação individual ao Brasil disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/124>

Não obstante, em 2004, o direito à autoidentificação das comunidades quilombolas foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº. 3.236³⁰, interposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas, perante o Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em face do Decreto nº. 4.887, questionando, dentre outros pontos, o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas. O então Ministro Relator Cezar Peluso votou pela procedência da ação. A Ministra Rosa Weber abriu voto divergente³¹, nos seguintes termos:

*Nesse contexto, a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrária, tampouco desfundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo (p. 33)*³².

O julgamento ainda não foi finalizado, mantendo a insegurança jurídica do Decreto que disciplina os procedimentos de reconhecimento e demarcação de terras quilombolas por mais de dez anos. Superada no plano normativo e político a controvérsia quanto às comunidades quilombolas³³ serem titulares da CCLPI, a discussão atual no país gira em torno principalmente da aplicabilidade do direito à consulta prévia aos “povos e comunidades tradicionais”.

A categoria jurídica e antropológica “povos e comunidades tradicionais” abrange diversas realidades socioculturais reconhecidas institucionalmente no Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), criado pelo Decreto nº. 6.040. Tal decreto instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e reconhece, como tais as comunidades ribeirinhas, quebradeiras de coco babaçu, comunidades de fundo de pasto, ciganos, populações extrativistas, dentre outros. Nota-se a coincidência de critérios normativos entre o supracitado decreto e a Convenção 169/OIT na identificação de povos e comunidades tradicionais e de povos tribais, respectivamente. Ambos os diplomas se referem a grupos culturalmente diferenciados que se reconhecem enquanto tais e que mantêm instituições sociais, políticas e culturais diferentes da sociedade hegemônica. O quadro abaixo permite comparar os critérios:

³⁰ Petição inicial da ADIN disponível em: <http://conectas.org/arquivos/editor/files/ADI3239.pdf>

³¹ A maioria dos ministros sinalizou que acompanhará o voto da Min. Rosa Weber.

³² Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>

³³ No plano político porque foram convocadas pelo próprio governo federal para discutir a proposta de regulamentação da CCPLI em 2012.

Quadro 2. Comparação dos critérios de autoidentificação.

Povos tribais

(Convenção 169 da OIT, art. 1, 1.a, 2)

São grupos “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.

A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Povos e comunidades tradicionais

(Decreto nº 6.040/2007, art. 1, II)

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Pode-se afirmar que, para a legislação brasileira, os povos e comunidades tradicionais são povos tribais. Primeiro, por força do direito à autoidentificação, como a própria Ministra Rosa Weber esclareceu: “*nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal*” (p. 38). Segundo, pela coincidência de critérios entre o Decreto nº 6.064 e o Art. 2º da Convenção 169/OIT.

Corroborando esse entendimento, encontramos pelo menos dois casos de reconhecimento dos povos e comunidades tradicionais como sujeitos do direito à consulta por parte do Estado brasileiro em seus atos administrativos:

(I) O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), espécie de acordo administrativo celebrado entre o Ministério Público Estadual e o Ideflor-bio (órgão do Estado do Pará encarregado da gestão das unidades de conservação estaduais) para a consulta a comunidades agroextrativistas referente ao “Redimensionamento, Requalificação e Recategorização” do Parque Estadual Chapucuru, na ilha do Marajó. A consulta foi finalizada nos dias 11 e 12 de setembro de 2015³⁴;

(II) No âmbito do governo federal, o compromisso firmado entre o Ministério Público Federal e o ICMBio (órgão responsável pela gestão das unidades de conservação federais) para consultar as comunidades da Reserva Extrativista Tapajós-Arapiuns, no Estado do Pará, quanto a um projeto de comercialização de créditos de carbono florestal³⁵.

A jurisprudência brasileira também tem avançado na direção de reconhecer as comunidades tradicionais como sujeitos do direito à CCPLI. Como antecipamos no Quadro 1, a Justiça Federal reconheceu a necessidade de consultar os pescadores artesanais (comunidade tradicional) para a elaboração do Plano de Manejo do Parque Nacional de Superagui, Estado do Paraná. Igualmente, obrigou o Estado do Amazonas a consultar as 19 comunidades ribeirinhas afetadas pelo projeto do Polo Naval e esclareceu que as normas da Convenção 169/OIT são aplicáveis às comunidades tradicionais em vista do alcance da expressão “*povos tribais*”. Os réus recorreram, mas o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a decisão, afirmando que: “*a ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima*”³⁶.

³⁴ Informações disponíveis em: http://www.agenciapara.com.br/noticia.asp?id_ver=116919

³⁵ Informações disponíveis em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/mpf-pede-e-icmbio-aceita-fazer-consulta-previa-para-projeto-de-carbono-na-resex-tapajos-arapiuns>

³⁶ Acórdão disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/545>



© HELENA PALMQUIST/MPF-PA

Representantes do Povo Munduruku em ato de protesto na frente do Palácio do Planalto, 2013

As decisões referentes à Usina Hidrelétrica do Tapajós também asseguram o direito à consulta das comunidades tradicionais afetadas pelo projeto. O Estudo de Impacto Ambiental aponta que a obra irá afetar de maneira grave o povo Munduruku e dezenas de comunidades tradicionais, como Montanha e Mangabal, São Luis e Pimental. O mesmo estudo, no entanto, adota a heteroidentificação e não reconhece São Luis e Pimental como comunidades tradicionais³⁷. Por isso, as decisões judiciais reconheceram o direito de estas comunidades tradicionais terem processos específicos de consulta. Importante destacar que as comunidades de Montanha e Mangabal tiveram a ocupação tradicional do território reconhecida pelo governo federal por meio da criação de um projeto agroextrativista (PAE).

As próprias comunidades de Montanha e Mangabal entendem que devem ser reconhecidas como sujeitos coletivos dos direitos estabelecidos na Convenção 169/OIT e, em exercício de sua autonomia, elaboraram e publicaram seu “Protocolo de Consulta”, no qual reivindicam sua condição e estabelecem os procedimentos que o governo deve respeitar para desenvolver processos de consulta com eles:

³⁷ “Porém, não se pode afirmar que são populações tradicionais nos termos da Lei Nº 111.284 (Lei de Gestão de Florestas Públicas)... ou como define o Decreto Nº 6.040, Art. 3º, Inciso 1, Povos e Comunidades Tradicionais...” (EIA, Vol. 7, pág. 120).

*Nós não somos invisíveis e não abrimos mão do nosso lugar. No passado, os grileiros diziam que ninguém vivia em Montanha e Mangabal, mas lutamos e conseguimos que nosso direito à terra fosse reconhecido. Agora, é o governo quem diz que não existimos e planeja construir barragens no rio Tapajós sem nem nos consultar. Mas sabemos que a lei garante nosso direito à consulta prévia e exigimos que ele seja cumprido. Aqui, neste beiradão, nós nascemos e nos criamos. Pegamos malária, enfrentamos as cachoeiras, cortamos seringa, caçamos gato, pescamos, fizemos nossas roças. Foi assim nossa vida. À beira do Tapajós, enterramos nossos pais e nossos filhos.*³⁸

A mencionada UHE de São Luiz do Tapajós teve seu licenciamento negado pelo órgão ambiental Federal em agosto de 2016 devido à insuficiência técnica dos estudos de impacto ambiental apresentados. Adicionalmente, a Funai manifestou-se pela inconstitucionalidade do projeto. Mesmo assim, o governo federal, interessado no leilão do empreendimento, continua ignorando o direito à consulta das comunidades tradicionais e não adotou qualquer medida para dar início ao processo de diálogo. De fato, ao anunciar o arquivamento do processo de licenciamento ambiental, representantes do estado brasileiro afirmaram ter sido realizada consulta livre, prévia e informada com o povo Munduruku³⁹, fato duramente rechaçado pelos indígenas. No final de 2014, em reunião com lideranças de Montanha e Mangabal, funcionários da então Secretaria Geral da Presidência da República admitiram que o governo não consultaria as comunidades tradicionais afetadas:

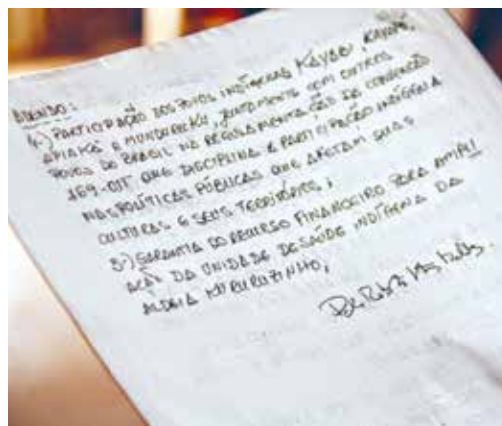
³⁸ Íntegra do Protocolo está disponível em: <http://www.consulta-previa.org/#!/documento/321>

³⁹ Relatório do Governo Brasileiro apresentado durante a 33ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em resposta ao Relatório da Relatora Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas sobre sua visita ao Brasil.

[...] a consulta atende às comunidades indígenas, o que a gente tá discutindo é um processo de informação lá com Mangabal [comunidade tradicional], mas que não seria consulta. O entendimento do governo federal, hoje, [...] quem é ouvido na 169 são os indígenas e quilombolas, que isso já tem referência. Comunidades tradicionais ainda não chegou a esse acordo dentro do governo⁴⁰.

O governo brasileiro resiste em reconhecer os povos e comunidades tradicionais enquanto sujeitos da Convenção 169/OIT e nunca os incluiu nos relatórios de acompanhamento enviados à OIT. Sem segurança jurídica sobre seus direitos, povos e comunidades tradicionais acabam tendo que judicializar caso a caso a obrigação do governo de consultá-los adequadamente antes de tomar decisões que afetam seus direitos coletivos. O governo realiza um cálculo político e econômico em que a consulta aos povos e comunidades tradicionais é vista como obstáculo aos seus projetos. Essa postura viola o direito à autoidentificação e vai de encontro aos precedentes citados acima.

No tocante à proposta de regulamentação da consulta pelo governo federal, tudo indicava que estes grupos seriam incluídos. O documento "Agenda e Metodologia de Trabalho" do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) previa "o diálogo permanente e qualificado com a sociedade civil, povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais"⁴¹.



Atendo de acordo assinado com Governo Federal que garante a participação indígena na regulamentação da Convenção 169 da OIT, 2014

A Portaria Interministerial nº. 9, que prorrogou o prazo de funcionamento do GTI, reforçou a necessidade de inserir os povos e comunidades tradicionais no diálogo.⁴² Todavia, apesar da divergência entre setores do governo com uma posição mais garantista e setores mais reticentes,⁴³ prevaleceu a posição restritiva e os povos e comunidades tradicionais foram excluídos da proposta final de regulamentação.

Conclui-se que, apesar de o governo ser ambíguo quanto ao reconhecimento oficial das comunidades tradicionais como sujeitos do direito à CCPLI, a jurisprudência desenvolvida no âmbito federal identifica pacificamente povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como sujeitos do mencionado direito.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nYbR6ej-V0ao>

⁴¹ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/165>

⁴² Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/116>

⁴³ A conclusão parte da leitura das atas e memórias das reuniões do GTI, obtidas via o Sistema de Acesso de Informação ao Cidadão.

Objeto

22

O artigo 6º da Convenção 169/OIT prevê que devem ser consultadas todas as medidas administrativas⁴⁴ e legislativas⁴⁵ que afetem diretamente povos indígenas e tribais. Trata-se de oportunidade para o diálogo intercultural influenciar a decisão de governo. Assim, não caberiam hipóteses de exclusão do direito à consulta sobre medidas que afetam os povos interessados, suas terras e seus direitos; nem de restrição por interesse público ou diminuição do escopo da consulta para mera negociação de mitigações e compensações.

Ao julgar os casos *Saramaka vs. Suriname* (2007) e *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012), a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez uso da técnica de interpretação evolutiva para ampliar o alcance do artigo 21 da CADH (direito de propriedade) ao direito de propriedade comunal de povos indígenas e tribais, e a sua exclusividade no uso e gozo de seu território e de seus recursos naturais. A regra, portanto, é a exclusividade.

⁴⁴ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 oct. 2004, párr. 142 (tradução não oficial).

⁴⁵ Medidas administrativas são atos com efeitos concretos e específicos, como a construção de usinas hidrelétricas, projetos de mineração, construção de postos de saúde ou escolas, mas também de abrangência geral, como decretos ministeriais, portarias, ou instruções normativas, que pretendem detalhar ou regulamentar direitos, ou políticas públicas para povos indígenas e tribais. Medidas legislativas são atos gerais e abstratos, como a edição de leis (municipais, estaduais ou federais), decretos legislativos e emendas constitucionais. Não obstante, existem medidas legislativas de efeitos concretos e específicos, a exemplo do decreto legislativo que autoriza a implantação de uma hidrelétrica em terra indígena, conforme será discutido.



Usina Hidrelétrica de Belo Monte construída sem consulta aos povos afetados, 2016

© Todd Southgate

Nesse sentido, o Sistema Interamericano entende que, excepcionalmente, qualquer limitação ou restrição ao direito à propriedade comunal e ao usufruto exclusivo indígena deve atender simultaneamente a cinco requisitos: a) estar prevista em lei; b) ser necessária; c) ter um fim legítimo; d) ser proporcional à lesão causada ao direito restringido; e) não ameaçar a subsistência física ou cultural do povo.⁴⁶ A fim de assegurar que a medida prevista não ameace a subsistência do grupo afetado, o Estado deve cumprir três garantias adicionais: realização de consulta prévia, livre e informada; repartição de benefícios, e estudo de impactos conduzidos por entidades independentes e tecnicamente capazes.⁴⁷

Assim, violam a Convenção 169/OIT e o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos as interpretações que restrinjam o alcance da consulta ou estabeleçam exceção às hipóteses de incidência. A “urgência” ou o “interesse público” que supostamente subjazem a uma medida não autorizam o governo a deixar de consultá-la, mesmo porque estas exceções não estão previstas nas normas internacionais.

⁴⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit., p. 29.

⁴⁷ Idem, p. 41.

No caso do Brasil, entende-se que a Portaria nº. 303 da AGU (assim como a decisão do STF nos embargos de declaração do Caso Raposa Serra do Sol) é incompatível com os tratados internacionais que integram o ordenamento jurídico nacional, pois desobriga o governo de consultar as comunidades afetadas acerca de empreendimentos, atividades e presença militar em terras indígenas:

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. (grifo nosso)

A supracitada Portaria também afronta disposição específica da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, assinada pelo Brasil: “Artigo 30.2 - Os Estados *realizarão consultas eficazes* com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, *antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares*”.

Outro caso de violação do direito à consulta por equívoco de entendimento restritivo quanto ao objeto é verificado na minuta da regulamentação da consulta prévia elaborada pelo GTI do governo federal. O artigo 7º, inciso IV do texto prevê que serão consultados os “Projetos de Infraestrutura **no** território quilombola”⁴⁸, pois desconsidera que projetos não localizados nos territórios possam impactar diretamente os sujeitos interessados. Aliás, a minuta de regulamentação restringe ainda mais a hipótese de aplicação do direito à CCPLI ao considerar território quilombola apenas as terras “identificadas, delimitadas ou tituladas por órgão competente”⁴⁹. Ou seja, com a minuta, o governo sinaliza o entendimento de que comunidades quilombolas que vivam em territórios não reconhecidos pelo Estado (ainda que os ocupem tradicionalmente) não teriam direito à consulta.

Outra restrição relacionada à interpretação do que vem a ser objeto de consulta prévia é a escolha conveniente e unilateral, por parte do governo, das decisões a serem consultadas. Dessa forma, o governo se dispõe a realizar processos de consulta sobre a definição de medidas de mitigação e compensação de impactos derivados de empreendimentos, mas nega-se a consultar a própria viabilidade, ou não, do empreendimento. Para ilustrar esta situação, recorreremos ao caso do projeto da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós, já discutida em outras passagens deste documento.

⁴⁸ Artigo 7º. Serão objetos de consulta prévia: IV- Projetos de Infraestrutura no território quilombola relacionados à geração e transmissão de energia, transportes, portos e aeroportos, projetos de assentamento de reforma agrária e demais intervenções físicas, abarcando aproveitamentos, extração e uso de recursos naturais, com potencial de produzir consequências diretas sobre os territórios quilombolas.

⁴⁹ Artigo 5º, II - Território Quilombola: áreas ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, identificadas, delimitadas ou tituladas por órgão competente.



Recepção dos representantes do MPF para a Assembleia Geral do Povo Munduruku, 2014

O governo federal se manifestou publicamente inflexível para discutir a viabilidade das usinas planejadas para a bacia do rio Tapajós. Em entrevista à BBC sobre assunto, o ex-ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, Gilberto Carvalho, afirmou “*não abriremos mão de construir Tapajós. A consulta não é deliberativa. Ela deve ser feita para atender demandas, diminuir impactos, mas não é impeditiva*” (grifos nossos).⁵⁰ No mesmo sentido, o então Ministro de Minas e Energia, Eduardo Braga, afirmou: “*Estamos trabalhando muito para que o diálogo e a construção de uma política de compensações ambientais e compensações sociais possam acontecer com os Mundurucus (sic)*”⁵¹.

É possível identificar que o governo concebe a consulta prévia limitada a um espaço de negociação de medidas de mitigação e compensação de impactos negativos de uma decisão já tomada, negligenciando assim o escopo do direito à CCPLI. Por isso deixa claro, em diversos momentos, que a decisão de construir o empreendimento está tomada. Ocorre que, consoante a Convenção 169/OIT, o objeto da consulta prévia é o próprio projeto, não os seus reflexos ou

as medidas de mitigação e compensação que dele devem decorrer por lei.

Compreendendo que a efetiva implementação do direito à CCPLI requer o poder de influência prévia sobre as medidas previstas pelo governo, o povo Munduruku desenvolveu e apresentou ao governo federal um Protocolo de Consulta, nos termos da Convenção 169/OIT. Nesse protocolo, foi reiterado o escopo da consulta, destacando que: “*o governo deve ouvir e responder a nossa proposta, mesmo que ela for diferente da proposta do governo. E lembramos: não aceitamos que o governo use direitos que já temos – e que ele não cumpre – para nos chantagear*”.⁵²

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que é obrigação primária dos Estados assegurar “*que todo projeto de infraestrutura ou exploração de recursos naturais [...] seja tramitado e decidido com participação e em consulta com os povos interessados*”.⁵³ Portanto, a consulta não pode ser limitada a um “*trâmite de quantificação de danos*” (grifos nossos).⁵⁴

Destaca-se a necessidade de interpretar o artigo 6º da Convenção 169/OIT em conjunto com o artigo 7.1 que prevê o direito dos povos interessados de “*escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual*”, assim como de “*participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente*”. O artigo 15 da Convenção 169/OIT reforça a obrigação de consultar “*antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos*”.

⁵² Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/326>

⁵³ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 5.

⁵⁴ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 34, 28 jun, 2007, párr. 248.

⁵⁰ Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141108_entrevista_gilberto_jf_fd

⁵¹ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/ministro-diz-que-hidreletrica-do-rio-tapajos-devera-entrar-em-pacote-fer-lancado-em-agosto-16415983#ixzz3mneiWbfU>



Manifestação contra a PEC 215 no Congresso Nacional, 2015

Objeto da consulta: Medida legislativa

A Convenção 169/OIT prevê que medidas legislativas que afetem povos indígenas e tribais devem ser submetidas a consulta. A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas destaca a necessidade de se realizar a CCPLI antes da adoção de medidas legislativas.⁵⁵ Considera-se que uma medida legislativa afeta diretamente esses grupos quando pode alterar direitos coletivos, tanto para ampliá-los quanto para restringi-los.

A Corte Constitucional Colombiana, órgão judicial que desenvolveu no continente⁵⁶ vasta e garantidora jurisprudência sobre o tema, esclarece que ocorre uma afetação direta sempre que a medida *"altere o status [jurídico] de uma pessoa ou comunidade, seja porque lhe impõe restrições ou gravames ou, ao contrário, lhe confere benefícios"*⁵⁷, assim como *"quando a matéria do proje-*

*to [de medida legislativa] está relacionada com aspectos que têm uma vinculação intrínseca com a definição da identidade étnica de tais grupos"*⁵⁸, como por exemplo o direito de decidir as prioridades de seu processo de desenvolvimento, de manter sua cultura e a relação especial e coletiva com seu território, dentre outros.

A despeito de sua obrigação, o Estado brasileiro nunca implementou consulta sobre medidas legislativas que afetam direitos de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. De fato, não apresenta qualquer mecanismo de discussão sobre o tema, nem disposição para tal, confundindo frequentemente o direito à consulta previsto na Convenção 169/OIT com o direito de participação cidadã ou representação política.⁵⁹

Um dos inúmeros exemplos dessa omissão é a Lei nº. 13.123/2015 (Marco da Biodiversidade) que regulamenta o acesso e exploração econômica de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e à agrobiodiversidade. De iniciativa do Governo Federal, o projeto foi tramitado e aprovado no Congresso Nacional sem qualquer consulta aos povos interessados, além de desconsiderar nota técnica da Procuradoria Geral da República.⁶⁰

Apesar de afetar diretamente direitos coletivos de povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais de todo o Brasil, não houve consulta por parte do Poder Executivo, antes de enviar o projeto ao Poder Legislativo, nem por parte do Congresso Nacional, acerca dos dispositivos incorporados ao texto no processo legislativo. Como em geral ocorre, ficou evidente o desequilíbrio de participação e poder de influência entre as empresas dos setores

⁵⁵ Artigo 19. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.actualidadetnica.com/legislacion/noticias-legislacion/consulta-previa/9162-sentencias-sobre-consulta-previa-relacionadas-por-corte-constitucional.html>.

⁵⁷ C-030 de 2008 (Caso Ley General Forestal, Lei nº 1.021/2006). Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/441>.

⁵⁸ C-175 de 2009 (Caso Estatuto de Desarrollo Rural, Lei nº 1.152/2007). Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/10>.

⁵⁹ O "Parecer Legislativo Aplicação regimental do art. 6º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT" elaborado pela consultoria legislativa da Câmara dos Deputados é exemplo da confusão persistente entre a consulta e as formas tradicionais de participação. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/637>.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/575>.

de cosméticos, fármacos, limpeza, química e do agrogócio interessadas na regulamentação (usuárias do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado) por um lado, e os povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais (provedores do conhecimento tradicional sobre o patrimônio genético) por outro.

O resultado do processo de tramitação legislativa, sem a CCLPI, foi um texto normativo desfavorável aos detentores dos conhecimentos tradicionais: prevê repartição de benefícios em hipóteses restritas e sem garantia aos sujeitos interessados no controle sobre seu próprio conhecimento tradicional.⁶¹ As manifestações⁶² sobre a falta de participação e consulta dos sujeitos interessados na elaboração da lei não impediram que esta fosse aprovada e encaminhada para sanção presidencial.

A nova Lei nº. 13.123/2015 foi publicada em 20 de maio de 2015 sem nenhum veto mas, como resultado da mobilização dos povos indígenas e tradicionais, apontando como esta lei pode violar seus direitos, houve o reconhecimento público por parte das autoridades no comando do governo à época sobre a necessidade de garantir a participação dos detentores dos conhecimentos tradicionais ao menos na fase de regulamentação da norma⁶³.

O Governo Federal apresentou uma agenda específica para garantir a participação dos povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais e demais setores interessados no tema (inclusive os setores industriais que tiveram ampla participação na elaboração da nova lei, conforme foi reconhecido pelo governo e pelas próprias indústrias). Vale destacar que a referida agenda de trabalho previa expressamente a apresentação, pelo Governo Federal, de minutas e pro-

postas escritas dos futuros Decretos regulamentares da nova Lei, assim como a realização de seis oficinas regionais, uma oficina nacional, além de uma audiência pública nacional. Não obstante, nenhuma minuta de Decreto ou qualquer outra proposta foi apresentada, impedindo por completo a participação e a consulta na construção de dita regulamentação durante a fase consultiva.

Todas as oficinas regionais foram realizadas sem que antes tivesse sido apresentada qualquer proposta concreta de regulamentação, o que limitou tanto a informação quanto a necessária participação e consulta dos detentores de conhecimentos tradicionais. Tais fatos, aliás, foram registrados em cartas públicas redigidas por indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em cada uma das seis oficinas regionais.

É importante destacar que a tentativa de realizar um processo de consulta sobre a regulamentação da referida lei não sana a ausência de consulta prévia durante o processo legislativo, mas significa o reconhecimento, pelo menos por parte do executivo, da existência da obrigação de consulta sobre a matéria, ao mesmo tempo em que evidencia a insistência na interpretação errada de que o direito à CCPLI pode ser exercido mesmo depois de adotadas decisões capazes de afetar os povos interessados.⁶⁴

Apesar de ser o mais recente caso de ausência de consulta prévia relacionada à medida legislativa, a tramitação da Lei nº. 13.123/2015 está longe de se tratar de um episódio isolado. Identificamos como particularmente preocupante a grande quantidade de medidas legislativas que atualmente tramitam pelo Congresso Nacional e que, apesar de tratarem especificamente sobre direitos coletivos de povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais, não preveem nenhum procedimento de consulta durante o processo legislativo. Organizações representativas dos referidos povos vêm solicitando a CCPLI em praticamente a totalidade das iniciativas legislativas em trâmite que os afetam, sem nenhum retorno ou atenção.

⁶¹ MOREIRA, Eliane. *A Consulta Prévia e a Nova Lei Brasileira sobre Acesso e Uso ao Patrimônio Genético da Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais*. Centro de Informação da Consulta Prévia. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/columna/22>.

⁶² Um conjunto de 155 organizações da sociedade civil e dos movimentos sociais solicitou à Presidência da República o veto total do projeto, por considerar ilegítimo seu conteúdo e procedimento.

⁶³ Mais informações sobre o processo de consulta relativo à regulamentação da Lei de Acesso ao Patrimônio Genético estão disponíveis em: <http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/regulamentacao-da-lei-de-acesso-ao-patrimonio-genetico-entre-incognitas-e-criticas>.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/o-que-e-o-que-e-sozinha-nao-para-em-pe-mas-a-companhada-pode-ser-um-tiro-no-pe>.

Quadro 3. Principais medidas legislativas em tramitação sem consulta prévia, apesar de afetarem diretamente povos indígenas e tribais

Projeto de Emenda Constitucional para assegurar aos índios participação nos resultados do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas – PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 76 DE 2011: altera os artigos 176 e 231 da Constituição Federal, para assegurar aos índios participação nos resultados do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas.

No mesmo sentido, em novembro de 2015, a Presidência da República também elaborou uma minuta de Medida Provisória para regulamentar o artigo 176, parágrafo 1º, estabelecendo pagamento de royalties no caso de exploração mineral e hidrelétrica em Terra Indígena e cujo teor não passou por consulta.

Projeto de Lei sobre mineração em terras indígenas – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº. 1.610/1996: regulamenta o artigo 176, parágrafo 1º, estabelecendo as condições para a exploração mineral e hidrelétrica em terra indígena. Não obstante os efeitos negativos da mineração, o projeto não prevê o direito de veto dos povos afetados face a propostas de exploração de minérios em seus territórios.

Projeto de Emenda Constitucional sobre procedimentos de reconhecimento e demarcação de terras indígenas, unidades de conservação e territórios quilombolas – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 215/2000: transfere do Poder Executivo para o Legislativo a competência de demarcar terras indígenas, criar unidades de conservação e reconhecer territórios quilombolas, bem como permitir a autorização de grandes empreendimentos dentro dessas áreas protegidas, tais como hidrelétricas, mineração, agropecuária extensiva, rodovias, hidrovias, portos e ferrovias.

PROJETOS APENSADOS – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 161/2007: altera o inciso III do art. 225 e o §4º do art. 231 da Constituição Federal, e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Estabelece que a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, a demarcação de terras indígenas e o reconhecimento das áreas remanescentes das comunidades dos quilombos, deverão ser feitos por lei, não por decreto, como ocorre atualmente.

Projeto de Lei sobre reconhecimento e demarcação de territórios quilombolas – PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº. 44/2007: prevê a suspensão das regulamentações administrativas vigentes sobre o procedimento de titulação de territórios quilombolas para paralisar os processos de demarcação em andamento.

Projeto de Lei sobre regras de autoidentificação quilombola – PROJETO DE LEI Nº. 3.654/2008: altera as regras relativas ao reconhecimento do direito à autoidentificação quilombola e regularização fundiária.

Projeto de Emenda Constitucional que altera regras de demarcação de terras indígenas – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 71/2011: altera o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Prevê o pagamento de indenizações aos proprietários rurais de “boa fé” que tenham títulos de propriedades incidentes sobre terras indígenas. Atualmente, como os povos indígenas possuem direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, os títulos são nulos e apenas as benfeitorias são indenizadas. Segundo a proposta aprovada recentemente pelo Senado, o pagamento das indenizações será feito em dinheiro ou em Títulos de Dívida Agrária, a critério do proprietário. Existe o temor de que a alteração paralise novas demarcações, em razão do alto valor das indenizações.

Projeto de Lei sobre uso de recursos naturais dentro de terras indígenas – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº. 227/2012: define o que são bens de “relevante interesse público da União” em casos de demarcação de terras indígenas, alterando o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição. Caso seja aprovada, essa modificação no direito de usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre suas terras permitirá a exclusão de cidades, fazendas, hidrelétricas e outros empreendimentos de grande impacto das áreas das Terras Indígenas (TIs), desfigurando seu território.

Projeto de Lei sobre mineração com disposições específicas sobre mineração em terras indígenas, territórios quilombolas e unidades de conservação – PROJETO DE LEI Nº. 5.807/2013 (NOVO CÓDIGO DE MINERAÇÃO): embora tenha caráter geral, dispõe sobre a exploração mineral em terras indígenas, terras quilombolas e unidades de conservação. A minuta que está tramitando não prevê a necessidade de consulta prévia antes de se autorizar projetos de mineração.

Projeto de Lei sobre reconhecimento e demarcação de terras indígenas – PROJETO DE LEI Nº. 1.216/2015: revoga o Decreto nº1.775/1996 - que regulamenta o artigo 231 da Constituição Federal e estabelece procedimento administrativo para demarcação de terras indígenas –propõe nova regulamentação de acordo com o que dispõe a Portaria nº 303 da AGU, restringindo de sobremaneira direitos territoriais indígenas. Fixa o marco temporal de 5 de outubro de 1998 (data da promulgação da Constituição Federal) como referência para definir a ocupação tradicional dos povos indígenas. Não teriam direito ao território os povos indígenas que, por razão de expulsão ou esbulho, não ocupassem suas terras à época do marco temporal.

No quadro da página anterior, reunimos as principais propostas legislativas em tramitação que afetam os sujeitos interessados, seus direitos territoriais e seu desenvolvimento sustentável, sem que conste qualquer procedimento de consulta no processo legislativo.

A maior parte dos projetos de lei e de emendas constitucionais supracitados representa a mais grave ofensiva legislativa aos direitos de povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e responde ao crescente interesse público e privado em torno nos recursos naturais disponíveis nos seus territórios (construção de hidrelétricas, hidrovias, projetos de mineração, expansão da fronteira agropecuária etc.), sem considerar os direitos e os modos de vida destes grupos diferenciados. Mesmo nos casos dos projetos que buscam regulamentar normas constitucionais, observa-se que o objetivo é tão somente garantir uma regulação favorável à exploração dos recursos naturais, sem qualquer preocupação em resguardar os direitos dos povos afetados, contrariando assim o espírito dos direitos assegurados na Convenção 169/OIT e reafirmado em várias instâncias internacionais de direitos humanos, como a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entre as mencionadas iniciativas legislativas, vale a pena destacar o Projeto de Lei nº. 1.610/96, que autoriza mineração em terras indígenas e a proposta de Emenda Constitucional PEC nº. 215/2000.

O PL nº. 1.610/1996 representa grave ameaça aos direitos territoriais dos povos indígenas, principalmente na região amazônica. Segundo levantamento realizado pelo Instituto Socioambiental em 2013, existem 4.220 processos de requerimento mineral incidente em 152 Terras Indígenas na Amazônia Legal. Os processos de requerimento mineral superam 90% do território total de 32 Terras Indígenas e

mais de 50% em outras 74 terras indígenas.⁶⁵ A definição das regras para a exploração mineral em terras indígenas é um assunto que indiscutivelmente deve ser consultado com todos os povos indígenas do Brasil, observando-se as especificidades dos povos afetados. Não obstante, o Congresso Nacional se nega a implementar um processo de CCPLI para discutir o tema com aqueles diretamente afetados.

O relator do projeto de lei de mineração em terras indígenas, Deputado Édio Lopes (PMDB-RR), manifestou, em julho de 2015, que a consulta prévia sobre essa matéria já teria sido realizada com os povos indígenas de todo o país no contexto de debate e consulta sobre o Projeto de Lei nº. 2.057/1991, que inclui disposições sobre mineração em terras indígenas. Segundo o Deputado, o debate realizado pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI) sobre o Projeto de Lei que trata do novo “Estatuto das Sociedades Indígenas do Brasil” (PL nº .2.057/1991) esgotou a consulta necessária sobre o tema.⁶⁶

Transportar posicionamentos e opiniões dos povos indígenas de um projeto de lei para outro, como se fossem situações equivalentes, constitui inegável intenção de enganar aqueles que de boa fé participaram dos processos de consulta convocados sobre o PL nº. 2.057/1991. E este último é de uma iniciativa que pretende atualizar e harmonizar a legislação indigenista vigente no Brasil com o marco constitucional de 1988. Apesar da notória necessidade de sua aprovação, há mais de 20 anos que o referido PL permanece parado no Congresso Nacional.⁶⁷

Outra iniciativa de significativo impacto nos direitos indígenas e de populações tradicionais que atual-

⁶⁵ Íntegra do estudo disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/mineracao2013_v6.pdf

⁶⁶ Íntegra da entrevista disponível em: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/relator-de-mineracao-em-terra-indigena-vai-reapresentar-parecer-e-diz-que-consulta-ja-foi-feita>.

⁶⁷ A tramitação legislativa do PL nº 2057/1991 está disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>.

mente tramita no Congresso Nacional, à margem de qualquer processo de consulta, é o Projeto de Emenda Constitucional nº. 215 (PEC 215). Como vem sendo denunciado pelo movimento indígena nacional e organizações da sociedade civil, trata-se de uma reforma constitucional que pode significar a paralisação total dos processos de demarcação destes territórios no país, a revisão da titulação de territórios já reconhecidos e a remoção forçada de comunidades de territórios tradicionais para dar lugar a obras de infraestrutura, ou projetos de exploração de recursos naturais por parte de terceiros.

No início de 2015, foi desarquivada a PEC nº. 215/2000 e para analisá-la constituiu-se uma comissão especial, com 60% das cadeiras ocupadas por deputados da chamada “bancada ruralista”. Tal bancada é composta por representantes da agricultura extensiva, que são abertamente contrários aos direitos territoriais dos grupos etnicamente diferenciados e defendem o fim dos regimes de posse e propriedade coletiva. No final de outubro de 2015, a comissão especial aprovou o parecer dessa PEC.⁶⁸ A previsão contida na proposta de transferência de competência ao Poder Legislativo irá prejudicar:

“[...] processos de demarcação de 228 terras [indígenas] ainda sem homologação, os quais devem ser paralisados. Essas terras representam uma área de 7.807.539 hectares com uma população de 107.203 indígenas. Devem ser afetadas ainda 144 terras cujos processos de demarcação estão judicializados, que totalizam uma área de 25.645.453 hectares, com uma população de 149.381 pessoas.”⁶⁹

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/comissao-da-camara-aprova-parecer-da-pec-215-com-novas-alteracoes>>.

⁶⁹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Impactos da PEC 215/2000 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente. Brasília: ISA, set. 2015, p. 10. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/isa_relatoriopec215-set2015.pdf>.

“[...] o reconhecimento de 1.611 territórios [quilombolas] que se encontram em andamento nas diferentes regiões do país, impactando uma área de 2.552.784 hectares e uma população de pelo menos 37.056 famílias.”⁷⁰

O Poder Legislativo não dá nenhum sinal de que vai levar a proposta à consulta, apesar de ela afetar direta e negativamente direitos de povos indígenas e comunidades quilombolas.

Embora os regimentos internos das casas do Poder Legislativo prevejam instrumentos de participação direta da sociedade civil – como as audiências públicas, reuniões espontâneas e comissões mistas –, estes não se confundem com a CCPLI, muito menos elidem a obrigatoriedade desta. Vem daí a importância do Congresso Nacional dispor sobre o tema em seu regimento conjunto – e/ou no regimento interno de cada uma das Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), reafirmando a CCPLI como etapa imprescindível do processo legislativo.

É preciso esclarecer, todavia, que esta inclusão não é indispensável à efetivação da CCPLI, seja porque a Convenção 169/OIT possua aplicabilidade imediata ou porque os regimentos internos de ambas as Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) preveem mecanismos para auferir a compatibilidade dos projetos de leis e emendas constitucionais com o ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui os tratados internacionais de direitos ratificados pelo País.

Referimo-nos especialmente às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (doravante, CCJs) da Câmara de Deputados e do Senado, que possuem o dever de analisar a compatibilidade do projeto de lei com a Constituição brasileira e, no caso de emenda constitucional, de verificar se a proposta não ofende as “cláusulas pétreas”⁷¹, trechos do texto constitucional que

⁷⁰ Idem, p. 21.

⁷¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

não podem ser alterados/restringidos/suprimidos. O exercício deste “controle político preventivo de constitucionalidade”⁷² está inserido em uma atribuição mais ampla das CCJs de verificar a conformidade do projeto de medida legislativa com todo o ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos da constitucionalidade, legalidade, juridicidade e regimentalidade.⁷³

Considerando que este exame de admissibilidade deve ocorrer antes que o projeto seja enviado ao plenário da respectiva Casa⁷⁴ e deliberado, também cabe às CCJs apreciar a conformidade da proposta de medida legislativa com a Convenção 169/OIT⁷⁵ e, por conseguinte, verificar se foi ou não realizada a CCPLI.

⁷² Diz-se que o controle é “político” por ser realizado pelas casas do Poder Legislativo (em oposição ao controle judicial, realizado nas instâncias do Poder Judiciário) e “preventivo” porque deve ser feito antes da aprovação da medida legislativa (em oposição ao controle repressivo, empreendido após a promulgação da medida legislativa).

⁷³ Regimento Interno da Câmara dos Deputados (artigo 32, IV, dispõe sobre as atribuições da CCJ de analisar os: “a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões”); Regimento Interno do Senado (“Art. 101. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário”).

⁷⁴ Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas: III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;” e “Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer”); Regimento Interno do Senado (“Art. 356. A proposta [de emenda constitucional] será despachada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que terá prazo de até trinta dias, contado da data do despacho da Presidência, para emitir parecer”).

⁷⁵ A conformidade do projeto de medida legislativa com a Convenção nº 169/OIT é analisada sob o aspecto da “legalidade”, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* supralegal segundo a jurisprudência do STF. Porém, especificamente no que tange ao direito à CCPLI, entendemos ser uma análise de “constitucionalidade”, pois o consideramos um direito fundamental com *status* constitucional, conforme será discutido no subitem “Acesso à justiça e CCPLI”.

Dito de outra forma, entendemos ser obrigação da CCJ explicitar no parecer do exame de admissibilidade se o direito à CCPLI foi ou não observado, já que em seguida a proposta será enviada ao plenário para deliberação. A não observância da CCPLI implica em um juízo negativo de admissibilidade por violação da Convenção 169/OIT e a proposta deverá ser considerada prejudicada⁷⁶, o que impede seu encaminhamento ao plenário.

Destacamos também a obrigatoriedade, em casos de iniciativas legislativas oriundas do Poder Executivo, de que o texto base da medida legislativa seja elaborado de maneira conjunta com os povos interessados. Cabe ainda uma nota sobre a proposta brasileira de regulamentação da CCPLI no que tange às medidas legislativas. A controversa proposta de regulamentação foi debatida somente no âmbito do Poder Executivo (sem participação do Legislativo) e, se aprovada, não irá dispor sobre o procedimento de consulta.

CCPLI e oitiva constitucional

No Brasil, além das leis federais ou reformas constitucionais que devem ser submetidas a consultas junto aos povos indígenas, quilombolas e tradicionais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a obrigação de o Congresso Nacional autorizar, mediante a edição de um Decreto Legislativo, o aproveitamento da exploração de recursos minerais e do potencial hidrelétrico dos rios em terras indígenas, ouvindo as comunidades afetadas.⁷⁷ Trata-se da oitiva constitucional,

⁷⁶ Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 163. Consideram-se prejudicados: II – a discussão ou a votação de qualquer projeto semelhante a outro considerado inconstitucional de acordo com o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania”; artigo 164, §4º A proposição dada como prejudicada será definitivamente arquivada pelo Presidente da Câmara.); Regimento Interno do Senado (“Artigo 300, XVIII - não será submetida a votos emenda declarada inconstitucional ou injurídica pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, salvo se, não sendo unânime o parecer, o requererem líderes que representem, no mínimo, a maioria da composição do Senado”).

⁷⁷ O artigo 231 da CF dispõe no seu §3 o que: “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 assegurado participação nos resultados da lavra, na forma da lei” (grifos nossos).

figura jurídica totalmente inédita no continente, que outorga ao Poder Legislativo um papel fundamental na interlocução do Estado com os povos indígenas no que se refere à exploração de recursos naturais especificamente das terras indígenas.

Entendemos que a oitiva constitucional é uma espécie do gênero consulta a medidas legislativas. Embora a oitiva seja um instituto mais antigo que a CCPLI – pois foi criada pela Constituição Federal no ano de 1988 –, a Convenção 169/OIT pode ser utilizada como vetor interpretativo da norma constitucional. Aliás, um dos efeitos da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é justamente servir de viés interpretativo para ampliar o conteúdo e o alcance das normas constitucionais relativas a direitos e garantias fundamentais, conforme estabelecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a oitiva constitucional deve ser compreendida como um tipo de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas em relação a uma medida legislativa bastante específica: Decreto Legislativo editado pelo Congresso Nacional (Constituição Federal, artigo 49, XVI) para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de minérios em terras indígenas.

Sendo a oitiva constitucional uma hipótese de consulta à medida legislativa, ela não se confunde com a CCPLI do empreendimento em si, hipótese de consulta sobre

medida administrativa. Portanto, quando forem previstos empreendimentos hidrelétricos ou minerários em Terras Indígenas, duas consultas devem ser realizadas: uma conduzida pelo Congresso Nacional antes da emissão do Decreto Legislativo autorizador (oitiva); outra conduzida pelo órgão público interessado no empreendimento e responsável pela autorização.

Apesar do exposto, há jurisprudência que indica que o artigo da Constituição que prevê a possibilidade de exploração hidrelétrica ou minerária em terra indígena possui eficácia limitada, ou seja, demanda regulamentação legal para que tenha aplicabilidade.⁷⁸

O artigo 176, parágrafo 1º, prevê que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos em Terra Indígena deverão observar condições específicas estabelecidas por lei [complementar].⁷⁹ Considerando que até o momento o dispositivo não foi regulamentado e inexistem estas “condições específicas”, atualmente estes empreendimentos são considerados inconstitucionais (Ver Projeto de Lei Complementar nº. 1.610/1996 no Quadro nº 3).⁸⁰

Embora empreendimentos hidrelétricos estejam planejados e em execução em rios localizados em territórios indígenas, como os casos do complexo de hi-

⁷⁸ Decisão da Justiça Federal do Amapá anulando mineração em Terra Indígena por ausência de regulamentação do art. 176, §1º da Constituição Federal. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B5j1BfJM6nwPb3M5UGkzTetzWG8/view?usp=sharing>.

⁷⁹ Sem consultar os indígenas, governo federal prepara regulamentação alternativa ao artigo 176, §1º. Ver “Governo prepara MP que cria compensação financeira para explorar Terras Indígenas”. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-prepara-mp-que-cria-compensacao-financiera-para-explorar-terras-indigenas,10000003615>.

⁸⁰ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.



Acampamento Terra Livre, 2013

drelétricas na bacia do Tapajós e a Usina Hidrelétrica de Belo Monte no rio Xingu, a oitiva nunca foi respeitada. São poucas as decisões judiciais que discutem especificamente a oitiva constitucional. A principal decisão foi o Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁸¹, que reconheceu a omissão da oitiva/consulta que deveria anteceder o Decreto Legislativo nº. 788/2005, que autorizou o aproveitamento hidrelétrico do rio Xingu pela Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Apesar da mencionada hidrelétrica desviar o rio Xingu entre duas terras indígenas (Paquiçamba e Arara da Volta Grande), o Congresso Nacional autorizou o aproveitamento do rio sem ouvir os povos diretamente afetados, tal e como disposto na Constituição Federal de 1988.

A decisão que ordenava a realização da oitiva/CCPLI ainda não foi implementada devido a uma Suspensão de Liminar (Ver Quadro nº. 1) desse mesmo ano. Após 11 anos de tramitação, com a Usina já em operação, o processo ainda aguarda julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

No caso do complexo de hidrelétricas planejadas para a bacia do Tapajós, o Governo Federal sequer solicitou autorização ao Congresso Nacional para o aproveitamento do potencial hidrelétrico da bacia, embora a principal Usina do Complexo, a Usina de São Luiz do Tapajós, alague 7% do território Sawré Muybu, Terra Indígena do povo Munduruku, cujo processo de reconhecimento oficial chegou a ser paralisado no governo federal por incompatibilidade com o projeto da usina.

No quadro ao lado, comparamos e delimitamos os três instrumentos participativos que devem ser observados quando forem previstos projetos de exploração minerária ou hidrelétrica em Terra Indígena como a Audiência Pública Ambiental, a Oitiva Constitucional e a CCPLI⁸²:

Quadro 4. Audiência Pública Ambiental, Oitiva Constitucional

	Audiência Pública Ambiental	
Legislação	Constituição Federal, artigo 225, §1º, IV; Lei nº 9784/99; Resoluções CONAMA 001/86 e 009/1987.	
Sujeitos	Sociedade civil de modo geral. Em se tratando de empreendimentos previstos para Terras Indígenas, é recomendável que sejam feitas também audiências exclusivas e culturalmente apropriadas aos povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais.	
Condutor	Órgão de meio ambiente responsável pelo licenciamento ambiental (Resolução CONAMA 001/1986, art. 3º).	
Hipóteses	Toda atividade modificadora do meio ambiente (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º c/c art. 11, §2º).	
Critério de incidência	Sempre que o órgão licenciador julgar necessário e quando for solicitado por entidade civil ou pelo Ministério Público (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º).	
Momento	Após o recebimento do RIMA pelo Órgão licenciador (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º, §1º).	
Metodologia	Será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes (Resolução CONAMA 01/1986, art. 3º).	
Finalidade	Expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA 01/1986, art. 1º).	

⁸¹ Acórdão disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/119>.

⁸² Quadro adaptado a partir de PONTES Jr., Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. *Audiência Pública, Oitiva Constitucional e Consulta Prévia: limites e aproximações*. DUPRAT, Deborah. Convenção 169 e Estados nacionais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2015.

e CCPLI acerca de empreendimentos ou exploração de recursos naturais.

Oitiva Constitucional (Consulta ao Decreto Legislativo que autoriza um empreendimento)		CCPLI Consulta ao empreendimento (*)
Constituição Federal, artigo 231, §3º c/c Convenção nº 169/OIT, artigos 6 e 15.		Convenção 169/OIT, artigos 6 e 15 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.
Povos indígenas		Todos os sujeitos da Convenção 169/OIT (povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais).
Congresso Nacional		Órgão ou ente público responsável pela medida proposta e com poder de decisão. (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1).
Decreto Legislativo que poderá autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas.		Medidas administrativas (projetos de empreendimentos) suscetíveis de afetar diretamente determinado grupo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).
Necessidade de edição de Decreto Legislativo para autorizar empreendimentos localizados em Terra Indígena (Constituição Federal, art. 231, §3º).		Afetação direta a determinado grupo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).
Antes de o Congresso Nacional editar o Decreto Legislativo autorizador do empreendimento, obra ou atividade de exploração de recursos que afetam terras indígenas.		Antes da autorização da medida e desde as primeiras etapas de planejamento da obra.
O Congresso Nacional deverá compor comissão mista para ir ao território indígena realizar a oitiva (Constituição Federal, art. 58, § 2º e TRF1, AC 2006.39.03.000711-8, UHE Belo Monte) e respeitar regras e protocolos indígenas para o diálogo.		Será definido um Plano de Consulta respeitando regras, protocolos e procedimentos apropriados, a serem definidos pela própria comunidade consultada (Convenção 169/OIT, art. 6º, 1, a).
Chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca do Decreto Legislativo (Convenção 169/OIT, art. 6º, 2), subsidiando a tomada de decisão pelo Congresso Nacional.		Chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (Convenção 169/OIT, art. 6º, 2).

(*) O direito CCPLI se aplica também com relação a medidas legislativas sobre outras matérias. Nesses casos, o condutor da consulta é a instância legislativa proponente da medida e a consulta deve ocorrer antes do envio do projeto para aprovação. O objetivo é incorporar os pontos de vistas dos povos indígenas e outros sujeitos, chegar a um acordo sobre a proposta de lei e conseguir o consentimento nos casos cabíveis. O regimento interno das casas legislativas (Senado e Câmara dos Deputados) pode detalhar procedimentos.

Oportunidade

Como a própria expressão CCPLI sugere, a consulta deve ser prévia à adoção da medida. O artigo 6º da Convenção 169/OIT determina que é preciso consultar cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas que afetem povos indígenas, quilombolas, povos e comunidades tradicionais. O artigo 15 acrescenta a necessidade de se “estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados [...] antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”. Para ter algum grau de influência ou vinculação, a consulta precisa ocorrer necessariamente antes de a decisão ser tomada. Podem surgir, no entanto, alguns elementos complicadores. No caso de medidas administrativas complexas que envolvam múltiplas decisões e autorizações, surge a pergunta sobre o momento exato da consulta.

A jurisprudência do Sistema Interamericano ajuda a responder à questão. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) esclareceu que, para ser prévia, a consulta deve ser feita na fase de planejamento do projeto, plano ou medida correspondente, com suficiente antecedência ao começo das atividades de execução.⁸³ A CIDH enfatiza que é preciso consultar desde as primeiras etapas de planejamento da proposta, permitindo que os povos participem verdadeiramente e possam



© Todd Southgate

Cacique Giliarde Juruna, da Terra Indígena Paquiçamba, mostra área de impacto da hidrelétrica de Belo Monte para Victoria Tauli-Corpuz, relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre direitos dos povos indígenas, 2016

influenciar a adoção das decisões.⁸⁴ Ao decidir o caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras, a Corte constatou que o Estado demandado possui uma Lei Geral de Mineração que exige um processo de consulta prévia somente a partir da etapa de extração, excluindo tal garantia nas etapas de prospecção. A Corte ordenou a Honduras modificar a referida lei, nos termos da obrigação de harmonizar o ordenamento jurídico interno à Convenção Americana, disposta no artigo 2 deste instrumento internacional.⁸⁵

No Brasil, observamos que as consultas são postergadas ao máximo, e até repassadas para momentos posteriores à execução das decisões que deveriam ser consultadas. Entre vários exemplos, a consulta proposta pelo governo federal aos Mundurucu, discutida anteriormente, ocorreria após diversas manifestações do governo, revelando que a decisão de construir as usinas hidrelétricas que impactam diretamente seus territórios já estava tomada no planejamento do setor elétrico.

⁸⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op. cit., p. 50.

⁸⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 304 del 8 de octubre de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf

⁸³ CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.LN/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

Durante a execução dos projetos, e especificamente no decorrer do processo de autorização ambiental do mesmo, o direito à CCLPI tampouco é adequada e oportunamente respeitado. A obrigatoriedade de realização de consulta é relativamente reconhecida pelo governo no processo de licenciamento ambiental, mas sua realização está prevista para acontecer somente após a tomada de decisões estratégicas na viabilização de projetos, como a aprovação da primeira licença ambiental. É o caso, por exemplo, do “Projeto Volta Grande – Mineração de Ouro” da empresa canadense Belo Sun Mining Corporation, vinculada ao banco Forbes & Manhattan Inc.

Prevista para ser instalada na Volta Grande do Xingu– região de maior incidência de impactos diretos da Usina Hidrelétrica de Belo Monte -, o projeto irá impactar os povos indígenas Juruna (*Yudjá*) e Arara das Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande, respectivamente. Também irá afetar famílias ribeirinhas e povos indígenas de variadas etnias que vivem na Volta Grande em territórios não reconhecidos pelo Estado.⁸⁶

O Projeto implica risco de contaminação dos corpos de água subterrâneos e superficiais, incluindo o rio Xingu, por arsênio, componente químico que causa graves problemas de saúde. A extração do ouro a partir de toneladas de terra e rocha libera o arsênio. A cada 1 grama de ouro extraído são liberados 7 quilos de arsênio.⁸⁷ O arsênio será contido em duas pilhas de rejeito de 75 e 85 metros de altura cada uma, localizadas a 1.200 metros do rio Xingu.⁸⁸

O risco de contaminação é intensificado pelo fato de o empreendimento estar previsto para a Volta Grande em trecho do rio Xingu que terá a vazão reduzida

em até 80% com a entrada em operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Inclusive, o licenciamento da UHE Belo Monte prevê o monitoramento da Volta Grande durante os seis anos seguintes à operação em razão da magnitude dos impactos, fato desconsiderado pela Belo Sun.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Ministério Público Federal (MPF) recomendaram o não licenciamento do Projeto Volta Grande sem a realização de consulta, e enquanto não transcorrerem os seis anos de monitoramento dos impactos da UHE Belo Monte⁸⁹. O órgão licenciador, Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Estado do Pará (SEMA)⁹⁰, ignorou os pedidos e concedeu Licença Prévia sem nenhuma consulta a indígenas ou ribeirinhos, e sem exigir a avaliação de impactos sobre os povos indígenas (chamado “Estudo do Componente Indígena”), o que foi incluído como condicionante da Licença de Instalação⁹¹. Em outras palavras, para conseguir a autorização de construção do empreendimento, a mineradora canadense teria que realizar estudo de impacto sobre os povos indígenas.⁹² Estes, por sua vez, decidiram não permitir a entrada dos técnicos da empresa em seus territórios antes de realizada a

⁸⁹ Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/mpf-investiga-projeto-de-mineracao-de-ouro-na-volta-grande-do-xingu-ao-lado-de-belo-monte>

⁹⁰ MPF apresentou ação judicial questionando a atribuição da SEMA para conduzir o licenciamento, pois segundo a legislação brasileira a atribuição cabe ao órgão licenciador federal (Ibama). Ação judicial disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/mpf-pede-que-o-licenciamento-da-belo-sun-seja-transferido-para-o-ibama>

⁹¹ MPF propôs ação judicial pedindo a nulidade de Licença Prévia em razão da ausência de Estudo do Componente Indígena. A Justiça Federal de Altamira proferiu sentença julgando procedente a denúncia do MPF. A sentença foi suspensa provisoriamente até o julgamento final da ação. Ação judicial disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/indios-juruna-da-volta-grande-do-xingu-querem-consulta-previa-sobre-projeto-belo-sun> Disponível em: http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Sentenca_Belo_Sun_suspensao_licenciamento_anulacao_licenca_previa.pdf/at_download/file

⁹² Licença Prévia nº 1312/2014. Projeto Volta Grande. Item 26: “Desenvolver, de acordo com o Termo de Referência da FUNAI, o Estudo de Componente Indígena para as TIs de Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu. Após a conclusão do mesmo, encaminhar a esta SEMA cópia do presente estudo protocolado na referida fundação”.

⁸⁶ Para maiores informações, acessar “Projeto Volta Grande – Mineração de ouro”. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/item/11>

⁸⁷ Ver o RIMA do projeto de Belo Sun na íntegra em: http://www.sema.pa.gov.br/download/2BSML001-1-EA-RIM-0002_RIMA_REVISADO.pdf

⁸⁸ Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/indios-yudja-pedem-consulta-sobre-mineracao-canadense-belo-sun-que-quer-extrair-ouro-no-xingu>

consulta sobre a própria viabilidade do projeto de mineração, ou seja, sobre a licença prévia da obra.

O órgão licenciador estadual autorizou o empreendimento e decidiu sobre sua viabilidade sem consultar os povos indígenas afetados, declarando que a consulta será realizada antes da próxima fase do licenciamento ambiental, que consiste na discussão sobre o processo de instalação da mineradora, e não mais sobre sua viabilidade. Isso faz com que a própria consulta torne-se inócua quanto à garantia do direito territorial dos povos indígenas e comunidades tradicionais duplamente impactados pela Usina de Belo Monte e pela mineradora Belo Sun. Sem a oportunidade de influenciar qualquer das duas decisões, essa prática provoca impactos irreversíveis para os povos afetados e seus territórios.

Tal fato levou à decisão judicial em 2013 determinando a suspensão do licenciamento ambiental da mineradora, que já entrava na fase de emissão de licença prévia pelo órgão ambiental estadual, mas em seguida foi revertida em favor da empresa canadense. Em 2016, ainda sem a realização de consultas, o governo do Estado do Pará decidiu por adiar a autorização de funcionamento da mineração.

O caso do Projeto Belo Sun na Volta Grande é revelador da negligência dos governos em diversas instâncias (municípios, estados e união) que postergam a consulta ao máximo, ao ponto de tentar torná-la ineficaz. Também mostra que a indisposição dos governos em efetivarem o direito de consulta no seu momento adequado (anterior à tomada de decisão) gera um contexto de desconfiança e insatisfação que impossibilitam diálogos, acordos e consensos. Sobre esse caso a Relatora Especial da ONU sobre os direitos dos povos indígenas recomendou ao Estado brasileiro: *"Considerando as alegações de etnocídio no caso Belo Monte trazidas pelo Ministério Público, extrema cautela deveria ser exercida com relação à mineradora Belo Sun e o projeto de hidrelétrica Tapajós. Esses projetos não deveriam ser considerados se existe potencial para impactos semelhantes ou se os povos indí-*

*genas afetados não manifestaram seu consentimento livre prévio e informado após os estudos participativos de impactos social, ambiental e de direitos humanos e as consultas de boa-fé"*⁹³

Sobre a oportunidade adequada para realizar processos de consulta prévia, no âmbito do licenciamento ambiental, recentemente foi emitido precedente judicial expressivo a respeito no Supremo Tribunal de Justiça. No Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº. 1745/PA, o Ministro Felix Fischer afirmou que nenhuma licença ambiental pode ser concedida antes de realizada a consulta livre, prévia e informada:

*"para se dar fiel cumprimento aos dispositivos da Convenção, o Governo Federal deverá promover a participação de todas as comunidades, sejam elas indígenas ou tribais, a teor do art. 1º do texto convencional, que podem ser afetadas com a implantação do empreendimento, não podendo ser concedida a licença ambiental antes das suas oitavas"*⁹⁴.

É indispensável que durante o licenciamento ambiental, em especial antes da emissão de cada licença ambiental, seja realizada a consulta livre, prévia e informada de forma a garantir a participação efetiva de povos e comunidades afetadas. Participação esta que deve ser direta, transversal e permanente ao processo de licenciamento ambiental e que precisa ser renovada a cada nova decisão.

⁹³ A/HRC/33/42/Add.1, para.99(b)

⁹⁴ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº. 1745/PA

Modo

A Convenção 169/OIT deve ser compreendida a partir de seu contexto internacional de reconhecimento formal da necessidade dos Estados superarem ideários assimilacionistas e de colonização de povos culturalmente diferenciados. O direito à consulta e consentimento pressupõe que as autoridades estatais sejam capazes de conversar, ouvir e considerar a presença, os planos de vida e os direitos de populações culturalmente diferenciadas.

Esse direito não se confunde nem exclui o direito de participação cidadã, resguardado por outros instrumentos e procedimentos de participação da sociedade civil, como audiências públicas e conselhos paritários. Tais espaços costumam ser ambientes hostis à participação de povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais, pois com frequência não respeitam as especificidades culturais de cada sujeito coletivo (como a necessidade de tradução, formas particulares de representação e deliberação, dentre outros aspectos). A consulta prévia, diferentemente disso, se propõe a garantir o diálogo intercultural.

Dessa maneira, o direito à CCPLI não deve ser transformado em instrumento para referendar decisões governamentais, nem em um espaço burocrático que inviabilize a participação efetiva dos sujeitos interessados. Discutir o *modo* como deve ocorrer a consulta é tão importante quanto discutir seus sujeitos, objetos e oportunidade. No próximo item, abordaremos três dimensões que ajudam a responder à pergunta sobre como consultar, tratando especificamente de seu caráter “culturalmente apropriado”, “de boa fé” e “livre”.



Assembleia Geral do Povo Munduruku, Aldeia Restinga, 2013

© HELENA PALANQUIER/MPP-PA

Caráter culturalmente apropriado

A Convenção 169/OIT prevê que as consultas devem ser realizadas “*mediante procedimentos apropriados*” e por meio das “*instituições representativas*” dos sujeitos interessados (artigo 6º). A Corte IDH fixou o entendimento de que os governos precisam garantir o caráter “culturalmente apropriado” das consultas, em conformidade “*com os costumes e tradições*” dos sujeitos interessados, particularmente quanto aos seus métodos tradicionais de decisão⁹⁵, cabendo aos próprios sujeitos decidirem sobre sua forma de representação, e não ao Estado.⁹⁶

No já citado caso brasileiro de tentativa de regulamentação da consulta, verificamos que o artigo 8º da minuta regulamentadora propõe que as consultas serão dirigidas às instâncias colegiadas, às instituições representativas ou diretamente às comunidades quilombolas, de acordo com a análise da Comissão de Consulta Prévia (composta exclusivamente por membros da Administração Pública) e pautando-se

⁹⁵ Corte IDH. *Saramaka vs. Suriname*, op. cit., p. 42-43

⁹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia Serie C Nº 185 del 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), p. 2-3. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf

“pelos critérios de razoabilidade e economicidade”⁹⁷. Segundo o documento, caberia ao governo decidir qual seria a forma de representação dos sujeitos interessados e o que orientaria essa decisão seria apenas a conveniência da administração pública, sem consideração às especificidades sociais e culturais que a Convenção resguarda. Por isso, caso seja aprovada, tal regulamentação negaria um processo de consulta culturalmente adequado.

Em contraponto à iniciativa governamental de produzir uma regulamentação geral, alguns sujeitos coletivos vêm construindo seus Protocolos próprios de Consulta Prévia. São documentos nos quais os povos “regulamentam” a consulta de maneira específica, de acordo com seus usos, costumes e tradições. Nesses protocolos, povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais expõem ao governo como estão organizados politicamente, como se fazem representar, quem fala em nome deles, como esperam que as informações sejam repassadas e como tomam decisões autônomas levando em consideração a coletividade.

Os Wajãpi do Amapá foram o primeiro povo indígena do País a elaborar um protocolo próprio de consulta: *Wajãpi kô oôsâtamy wayvu oposikoa romô ma'ë – Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi*⁹⁸, que, publicado em 2014, serviu de inspiração para a elaboração de dois outros protocolos de consulta, na região do Tapajós: o dos Munduruku⁹⁹ e da comunidade tradicional Montanha e Mangabal¹⁰⁰ e do Protocolo de Consulta do Xingu, aprovado em outubro de 2016.

⁹⁷ Minuta da regulamentação do direito à consulta prévia no Brasil. Artigo 8. As consultas serão dirigidas, de acordo com a análise da Comissão de Consulta Prévia, às instâncias colegiadas, às instituições representativas ou diretamente às comunidades quilombolas. Parágrafo Único. A decisão sobre a quem se dirigirá a consulta deverá considerar a natureza do objeto e as condições operacionais para a realização da consulta, devendo orientar-se, em especial, pelos critérios de razoabilidade e economicidade.

⁹⁸ Disponível em: http://www.rca.org.br/wp-content/uploads/2016/01/2014_protocolo_consulta_consentimento_wajãpi.pdf

⁹⁹ Disponível em: http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.326.pdf

¹⁰⁰ Disponível em: http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.321.pdf



Lideranças wajãpi em oficina de discussão e construção de seu protocolo próprio de consulta, 2014

© BRUNO CAVORINO/LEFE

Há notícias de que outros povos estão em processo de elaboração de seus próprios protocolos.

Os protocolos próprios de consulta constituem um marco de regras mínimas de interlocução entre o povo, ou comunidade interessada, e o Estado. A partir dos protocolos próprios, é possível construir o plano de consulta de cada processo. O plano de consulta constitui o primeiro acordo necessário entre as partes sobre as regras da cada consulta definidas conjuntamente entre o Estado e a comunidade consultada. No Plano de Consulta precisam ser acordados os interlocutores do processo, o local, a metodologia, o tempo e os recursos necessários para sua realização.

Vale a pena destacar que a própria jurisprudência brasileira também tem reconhecido a necessidade de definir as regras do processo de consulta entre as partes antes de dar início à sua execução. Em decisão da quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ainda sobre a ausência de consulta no caso de Belo Monte, a Desembargadora Selene Almeida menciona a necessidade de realizar uma “pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc”¹⁰¹.

¹⁰¹ Voto Desembargadora Selene Almeida na EDAC 0000709-8.4.01.3903/PA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, quinta turma TRF1, e-DJF1. de 27/08/2012p. 316

De boa fé

A Convenção 169/OIT também dispõe que as consultas devem ser efetuadas de boa fé (artigo 6º, 2). A boa-fé é entendida como a confiança entre as partes, transparência, honestidade e respeito mútuo. O descumprimento deste requisito é recorrente nas poucas tentativas de consultas apresentadas no Brasil. Para demonstrar essa afirmação, abordaremos alguns aspectos de dois casos relevantes já mencionados ao longo do documento: a proposta de regulamentação geral do direito à consulta e a tentativa de iniciar o processo de consulta ao povo indígena Munduruku referente ao projeto da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós.

Já alertamos que a proposta de regulamentação do direito à consulta feita pelo governo federal foi criticada não somente por seu conteúdo, mas também por seu processo de elaboração, pois não garantiu a participação efetiva dos sujeitos interessados. O governo surpreendeu o movimento indígena ao publicar a Portaria nº. 303 da AGU, conforme já discutido. Ademais, tornou simples reuniões e atividades informativas em reuniões consultivas do processo de regulamentação. Rompeu, sem justificativa, o que havia sido pactuado previamente com representantes quilombolas e indígenas.¹⁰²

O documento “Metodologia e Agenda do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a regulamentação dos mecanismos de consulta previstos na Convenção 169/OIT”¹⁰³ estabelecia como principal método de trabalho do GTI “o diálogo permanente e qualificado com a sociedade civil, povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais”. O mesmo documento dividia o processo consultivo da regulamentação (chamada de consulta da consulta) em três etapas, com metodologias diferenciadas para cada uma delas: informativa (para “difundir informações

sobre a consulta”), consultiva (para “construir consensos acerca do tema da regulamentação da consulta, de forma a produzir, no final do processo, instrumento de consulta que reflita os posicionamentos dos participantes do processo”) e devolutiva (para a “apresentação, concertação e devolução de todo o processo, principalmente da proposta de regulamentação dos mecanismos de consulta prévia”). Também definia o número de encontros previstos e os períodos (meses) em que deveriam ocorrer.¹⁰⁴

No entanto, esse planejamento não foi cumprido e, embora a pactuação prevísse 32 reuniões (sendo 27 informativas e 5 consultivas), foram realizadas apenas 11. Considerando as dimensões do país, a quantidade de povos indígenas e comunidades quilombolas (os povos e comunidades tradicionais foram excluídos destas etapas), e as dificuldades de acesso, é fácil deduzir que o número de reuniões realizadas não garantiu a representatividade de diversidade necessária ao processo, além de não ter atendido ao pactuado. Em suma, o processo de regulamentação da consulta prévia não observou o elemento da boa fé por parte do governo em diversas oportunidades, o que culminou em uma proposta de regulamentação restritiva.

Outro caso que ilustra a má fé do governo federal é o processo de consulta proposto ao povo Munduruku em razão do projeto da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós. Importante esclarecer que até o momento a consulta ao povo Munduruku não foi sequer iniciada. Por isso, quando mencionamos “consulta aos Munduruku” nos referimos às iniciativas mal sucedidas do governo em dar início ao processo, que por sua vez marcam a relação de falta da “confiança mútua” que deveria existir entre o governo e os Munduruku para a implementação de processo de consulta.

¹⁰² Quando o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) iniciou suas atividades, existia a promessa de construção de um processo participativo.

¹⁰³ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/165>

¹⁰⁴ “Povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais participam da regulamentação do mecanismo de consulta prévia da Convenção 169 da OIT”, 17 mai. 2012. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2012/05/17-05-2012-povos-indigenas-quilombolas-e-comunidades-tradicionais-participam-da-regulamentacao-do-mecanismo-de-consulta-previa-da-convencao-169-da-oit

Obrigado judicialmente a realizar a consulta por decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁵, reafirmada em sentença da Justiça Federal em primeira instância¹⁰⁶, o governo tornou público em diversos momentos que a decisão de construir a hidrelétrica já está tomada, gerando insatisfação nos Munduruku, que questionam a utilidade de uma consulta sob estas condições.

A reunião realizada entre os Munduruku e o governo (mais especificamente, funcionários da Secretaria Geral da Presidência da República), em 2 de setembro de 2014, na aldeia Praia do Mangue, município de Itaituba, Estado do Pará, tinha como objetivo a pactuação de um plano de consulta e a fixação das regras que iriam pautar o processo de diálogo entre o governo federal e o povo Munduruku. Os prazos que o governo queria impor eram demasiadamente curtos. As lideranças indígenas afirmaram que seria inviável uma consulta com prazo tão rígido, sobretudo considerando que o povo Munduruku tem população de aproximadamente 13 mil pessoas, distribuídas ao longo de toda a bacia do rio Tapajós, em mais de 120 aldeias. Explicaram que as decisões são tomadas coletivamente com participação de todas as aldeias e solicitaram ao governo mais tempo para participarem de capacitação sobre a Convenção 169/OIT antes do início do processo de consulta. Os representantes do governo assentiram e se comprometeram a aguardar manifestação dos representantes indígenas para agendar nova reunião. De maneira surpreendente, alguns dias depois dessa reunião, o governo publicou a Portaria MME nº 485, de 11 de setembro de 2014¹⁰⁷, agendando o leilão da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós para 15 de dezembro de 2014, contrariando a própria decisão judicial que exigia consulta prévia. Os Munduruku divulga-

ram carta à sociedade brasileira¹⁰⁸ onde acusaram o governo de má fé e de violar a Convenção 169/OIT.¹⁰⁹

O governo revogou a Portaria e justificou que a revogação “foi motivada pela necessidade de adequações aos estudos associados ao tema do componente indígena”.¹¹⁰ Todavia, o governo continuou dando declarações de que pretendia levar o empreendimento a leilão nos meses seguintes¹¹¹ e, no final de 2015, assegurou que o empreendimento iria a leilão no segundo semestre de 2016.¹¹² sem que a consulta sequer tivesse iniciado.

Como dito anteriormente, o povo Munduruku ocupa tradicionalmente diferentes regiões da bacia hidrográfica do rio Tapajós. Estão concentrados principalmente no alto Tapajós, nas Terras Indígenas Sai Cinza, Munduruku e Kayabi e no médio Tapajós – região onde está prevista a construção da Usina - em território denominado pelos indígenas de *Daje Kapap Eypi*. Essa

¹⁰⁸ Disponível em: <http://www.xinguvivo.org.br/2014/09/14/leilao-da-usina-de-sao-luiz-do-tapajos-o-governo-mentiu-para-os-munduruku/>

¹⁰⁹ “Nós Munduruku estamos indignados com o governo. Nos dias 2 e 3 de setembro, guerreiros e guerreiras Munduruku, e outras populações ameaçadas pelo projeto de construção de usinas no rio Tapajós, tiveram uma reunião com o governo federal, representado por pessoas da Advocacia Geral da União, Ministério do Planejamento, Secretaria Geral da Presidência da República, FUNAI, Ministério da Justiça e Ministério de Minas e Energia. A reunião foi convocada pelo governo para discutir a Consulta Prévia, Livre, Informada e Consentida prevista na Convenção 169 da OIT, depois que a Justiça Federal obrigou o governo a cumprir a Convenção. Os Munduruku explicaram ao governo que estavam preparando uma formação sobre a Convenção 169, porque o assunto é muito complexo, e que só depois disso vão decidir quando e como será feita a consulta. Este é o direito que temos, garantido pela Convenção 169, e o governo se comprometeu de fazer o diálogo com nós de acordo com OIT e respeitar a nossa decisão no processo de diálogo. Na sexta feira dia 12 de setembro, ficamos sabendo que o governo publicou no Diário Oficial da União que fará o leilão da usina de São Luiz do Tapajós no dia 15 de dezembro deste ano. Ficamos muito bravos com o fato de a presidente Dilma, o Gilberto Carvalho, o Paulo Maldos, o Nilton Tubino, o Tiago Garcia, representantes de ministérios e outras autoridades dizer que iam respeitar o direito do povo Munduruku, e depois parece que este compromisso não vale nada. Agindo assim o governo não está cumprindo suas palavras, não está agindo com boa fé e não está respeitando a Organização Internacional do Trabalho”.

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.epe.gov.br/leiloes/Paginas/Leil%C3%A3o%20UHE%20S%C3%A3o%20Luiz%20do%20Tapaj%C3%B3s%20-%20CANCELADO/MMErevogaportaria.aspx>

¹¹¹ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/rationamento-deveria-ter-acontecido-diz-presidente-do-ibama>.

¹¹² Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,hidreletrica-do-tapajos-vai-a-leilao-no-2o-semester-de-2016,1815305>

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/154>

¹⁰⁶ Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/541>

¹⁰⁷ Disponível em: http://www.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%B5es%202014/Port_485_Diretrizes_Leilao_SaoLuiz_Tapajos_x2x.pdf

região está em fase de reconhecimento, um processo administrativo que já se estende por treze anos. Em setembro de 2013, foi concluído Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID)¹¹³ da Terra Indígena Sawré Muybu (nome utilizado pela Funai para se referir ao território *Dake Kapap Eypi*) que reconhece a ocupação tradicional munduruku de área equivalente a 178.173 hectares.

Em 2014, a sociedade de economia mista controlada pelo governo brasileiro Centrais Elétricas do Brasil S.A. (Eletrobrás) apresentou o Estudo do Componente Indígena (documento do estudo de impacto ambiental que prevê os impactos do empreendimento sobre os povos indígenas). Esse estudo conclui que a Terra Indígena Sawré Muybu será parcialmente alagada pelo reservatório da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós, provocando a remoção compulsória das três aldeias existentes na TI¹¹⁴.

A conclusão de que a terra indígena poderia interferir na construção da barragem fez com que o governo paralisasse a demarcação. O passo seguinte do processo seria a publicação do Relatório pela FUNAI no Diário Oficial da União.¹¹⁵ No entanto, a publicação do RCID significaria o reconhecimento governamental de que o projeto da Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós irá alagar a TI Sawré Muybu e remover compulsoriamente três aldeias do povo Munduruku, condutas vedadas pela Constituição Federal de 1988.

Enquanto não regulamentado o dispositivo constitucional que regulamenta as condições específicas para a exploração de potencial energético e mineral em terras indígenas, essa exploração é inconstitucional. Vale notar que, embora as obras da Usina não estejam previstas para o interior do perímetro da Terra Indígena Sawré Muybu, o reservatório é parte integrante do empreendimento para efeitos de localização.

¹¹³ Disponível em: <http://apublica.org/2014/12/relatorio-funai-de-termina-que-terra-e-dos-munduruku/>

¹¹⁴ Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B5j1BfJM-6nwPMjM0UmNwSkxKZFE/view?usp=sharing>

¹¹⁵ Segundo o Decreto nº 1.775/1996 que trata do processo administrativo de demarcação, a publicação do RCID representa a constituição formal da terra indígena.

Diante deste quadro, o governo paralisou o processo de demarcação, entendendo que a ausência de reconhecimento formal da Terra Indígena impediria a incidência dos óbices constitucionais. O Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da terra indígena ficou disponível para avaliação da presidência da FUNAI por três anos, sendo o órgão indigenista pressionado pelo governo para que não publicasse o documento, como admitiu a então presidente da FUNAI, a advogada Maria Augusta Assirati, em conversa com representantes Munduruku:

“O processo está hoje comigo, está na minha mesa, lá, pronto para ser deliberado. Mas quando a gente conseguiu concluir o relatório, existia um conjunto de questões que estavam sendo decididas na região que fizeram com que a gente precisasse discutir o relatório não só no âmbito da Funai e vocês, povo Munduruku, mas outros órgãos do governo passaram a também discutir essa proposta de relatório, discutir a situação fundiária da região. Por quê? Porque vocês sabem que ali tem uma proposta de se realizar um empreendimento hidrelétrico, né, uma hidrelétrica ali naquela região, que vai contar com uma barragem pra geração de energia e essa barragem tá muito próxima da terra de vocês. E quando a gente concluiu o relatório surgiram dúvidas se essa área da barragem, se esse lago que essa barragem da hidrelétrica vai formar, vai ter uma interferência na terra indígena de vocês. Na área de vocês, na vida de vocês, né?”¹¹⁶

Neste contexto, o Ministério Público Federal ajuizou ação judicial requerendo que o governo fosse obrigado a prosseguir com a demarcação. A ação foi sentenciada favoravelmente¹¹⁷ e, após seis dias de seu descumprimento, a Justiça Federal de Itaituba intimou a

¹¹⁶ Disponível em: <https://vimeo.com/111974175>.

¹¹⁷ Sentença disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/sentenca.%20sawremaybu.pdf>

presidência da FUNAI por descumprimento de decisão judicial.¹¹⁸ O órgão indigenista apresentou Suspensão de Liminar argumentando que estava priorizando a demarcação de terras indígenas nas regiões sul e sudeste e que a sentença iria de encontro a este planejamento causando “grave lesão à ordem administrativa”.¹¹⁹ O presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região acatou o argumento e suspendeu a sentença em 24 de agosto de 2014¹²⁰, frustrando a expectativa do povo Munduruku, que vive grande incerteza em relação ao seu futuro, ainda que a Constituição Federal ordene a proteção das terras tradicionalmente ocupadas, independentemente da etapa do processo administrativo de demarcação em que se encontre.

Apenas em abril de 2016, em meio ao processo de impeachment da Presidente da República, Dilma Rousseff, deu-se a publicação no Diário Oficial da União do relatório de identificação da Terra Indígena Sawré Muybu. Esse processo mostra que no Brasil se inverte a lógica do licenciamento ambiental, impondo às comunidades locais a condição de obstáculos a empreendimentos. O governo agiu de má fé ao chamar o povo Munduruku para iniciar um processo de consulta e agendar o leilão da Usina e, ao mesmo tempo, negar-se a finalizar a demarcação da Terra Indígena Sawré Muybu¹²¹.

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/justica-multa-funai-por-nao-cumprir-ordem-para-seguir-demarcacao-de-terra-indigena-munduruku>

¹¹⁹ O argumento apresentado judicialmente não condiz com a realidade, considerando que os dois últimos RCIIDs publicados pela Funai dizem respeito a Terras Indígenas localizadas justamente na Amazônia: Terra Indígena Cobra Grande (disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3447-funai-publica-os-estudos-da-terra-indigena-cobra-grande-pa>) e Terra Indígena Kayuana-Tunayana. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3482-funai-publica-estudo-da-terra-indigena-kaxuyana-tunayana>

¹²⁰ Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B5j1BfJM-6nwPMGQ4R29SZXNoVUU/view?usp=sharing>

¹²¹ O presidente da Funai, em reunião com os Munduruku, atribuiu a não publicação à óbice apresentado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que mantém uma unidade de conservação nas proximidades do território reivindicado. A informação foi desmentida pela presidência do ICMBio. A postura também evidencia má fé no diálogo com os indígenas. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/icmbio-confirma-ao-mpf-que-nao-se-manifestou-sobre-sawre-muybu>

Caráter livre

A Convenção 169/OIT e a jurisprudência internacional também exigem que a consulta aos povos indígenas e tribais ocorra de maneira livre de qualquer pressão. Isso significa que os sujeitos interessados não podem ser coagidos para decidirem em determinado sentido, quer seja pelo poder do Estado, pelo uso da força, por pressão de empresas ou pelo oferecimento de vantagens pessoais. A decisão de um povo indígena ou tribal deve ser tomada de maneira livre, consciente e como resultado de um processo de discussão interna, de acordo com suas formas de organização, seus usos, costumes e tradições. Na sequência, discutiremos dois exemplos de práticas do governo brasileiro que frustram o caráter livre da consulta prévia.

O primeiro se refere à militarização da tentativa de consultar o povo Munduruku com relação ao projeto da UHE São Luiz do Tapajós. A postergação da obrigação de consultar e as demonstrações de má fé do governo brasileiro, discutidas no subitem anterior, prejudicaram a relação com o povo Munduruku. Em 21 junho de 2013, biólogos contratados pelo empreendedor coletavam amostras para a confecção do Estudo de Impacto Ambiental quando foram retidos pelos índios.¹²² Os Munduruku afirmam terem encontrado materiais de pesquisa em seu território e condicionaram a liberação dos pesquisadores à realização de consulta. Dois dias depois, o governo se comprometeu a suspender os estudos e a iniciar o processo de diálogo¹²³ e os pesquisadores foram liberados.

Porém, o governo federal lançou a “Operação Tapajós”, enviando centenas de agentes da Força Nacional de Segurança para a região, com o objetivo de garantir a continuidade dos estudos ambien-

¹²² Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=HHXyvvYbw_k

¹²³ RODRIGUES, Alex. “Mundurukus libertam biólogos após governo anunciar suspensão de estudos sobre Rio Tapajós”. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-24/mundurukus-libertam-biologos-apos-governo-anunciar-suspensao-de-estudos-sobre-rio-tapajos>

tais sem os necessários diálogos prévios com os Munduruku. Poucos meses antes, a “Operação Eldorado”, organizada pelo IBAMA e Polícia Federal, havia culminado na morte de um Munduruku, em outra demonstração ostensiva de presença militar naquelas terras indígenas.

Importante mencionar que a Operação Tapajós respaldou-se na alteração das atribuições da Força Nacional de Segurança Pública, conforme Decreto nº. 7.957/2013, assinado pela presidente da República. Por tal medida, foi criada a “*Companhia de Operações Ambientais da Força Nacional de Segurança Pública*” que tem como uma de suas atribuições “*prestar auxílio à realização de levantamentos e laudos técnicos sobre impactos ambientais negativos*”.

Em resposta a esse modo inadequado de agir por parte do governo federal, o povo Munduruku registrou em seu Protocolo de Consulta que não aceitará não-índios¹²⁴ armados nas reuniões (Polícia Militar, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Exército, Força Nacional de Segurança Pública, Agência Brasileira de Inteligência ou qualquer outra força de segurança pública ou privada)”.

Outro exemplo de descumprimento do requisito vinculado ao caráter livre da consulta é a forma como o governo impôs a instrução normativa que regulamenta o procedimento administrativo para titulação de terras quilombolas no âmbito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), em substituição à normativa anterior, IN nº. 20/2005¹²⁵. A suposta consulta foi convocada como sendo um seminário sobre demarcação de territórios quilombolas.¹²⁶ Naquela ocasião, o governo ressaltava constantemente a urgência para se publicar um novo ato normativo. Assim, em-

placou a necessidade de aprovar nessa mesma reunião a iniciativa apresentada. Questionado, atribuiu a urgência à iminência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.239 (discutido no primeiro item deste documento) e à tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº. 44, que ameaçavam o Decreto nº. 4.887/2003.

Contudo, a urgência imposta pelo governo não se justificou. A nova instrução normativa foi publicada apenas em 1º de outubro de 2008, cinco meses após o evento (Instrução Normativa INCRA nº. 49 de 29 de setembro de 2008) sendo que na etapa que deveria ter sido informativa e consultiva, a maior parte dos participantes conheceu a proposta apenas no dia da consulta. De acordo com os participantes, não houve qualquer assistência por parte do governo para a compreensão do conteúdo, apresentado em linguagem predominantemente jurídica e técnica.¹²⁷

Destaque-se que os quilombolas se posicionaram pela manutenção da instrução normativa anterior, mas o governo mostrou-se irredutível. Os quilombolas, então, sugeriram alterações ao conteúdo da proposta, com o intuito de manter conceitos e direitos conquistados na normativa vigente.

O governo rejeitou as principais propostas sob a alegação de “*razões de ordens técnicas*”.¹²⁸ É possível então afirmar que o processo não reuniu as condições mínimas de uma consulta prévia, livre e informada. Além disso, o regime de urgência imposto impediu a participação efetiva e a possível discussão sobre o procedimento adequado de consulta com as comunidades indígenas de todo o Brasil, diretamente afetadas com a alteração das regras sobre reconhecimento de territórios quilombolas.

¹²⁴ Termo na língua Munduruku que se refere aos não indígenas.

¹²⁵ Reuniões que aconteceram entre os dias 15 a 17 de abril de 2008.

¹²⁶ Para maiores informações, ler ANDRADE, Lúcia. O direito à consulta livre, prévia e informada: os limites da “consulta aos quilombolas”. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/146>

¹²⁷ Idem, p.6-7

¹²⁸ Idem, p.8

Efeitos

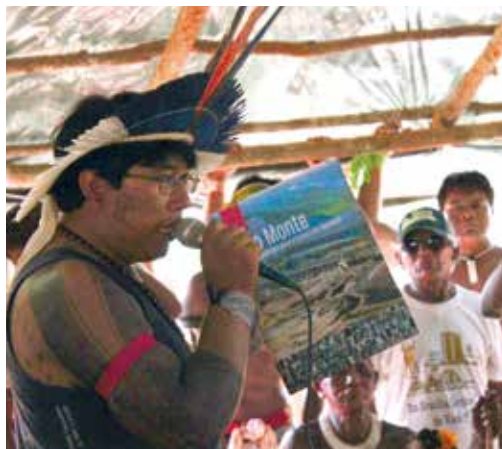
44

Outro elemento chave do direito à CCLPI diz respeito aos seus efeitos jurídicos, que definem a implementação ou não do direito à consulta e consentimento. Ao olhar os efeitos produzidos num processo de consulta e a incidência deste sobre a decisão governamental, legislativa ou administrativa, é possível fazer uma avaliação da efetiva implementação (ou não) do direito à CCLPI. A preocupação do Estado com os efeitos produzidos pela consulta deveria nortear as medidas necessárias para se evitar a transformação desse direito em “check list” ou consultas meramente pró-forma.

Possíveis resultados e efeitos jurídicos de um processo de consulta

Além de proporcionar um espaço de diálogo intercultural - que reconheça e valorize os povos tradicionais e seus modos de vida -, o processo de consulta pode levar a diversos resultados, como por exemplo:

- um posicionamento convergente das partes (governo e povos indígenas ou tribais) com relação ao projeto ou medida em consulta;
- um posicionamento convergente entre as partes com relação ao projeto ou medida em consulta, mas divergente com relação a forma de sua execução e ao plano de medidas para minimizar ou compensar impactos;



Yabaiwa Juruna entrega Dossiê sobre as condicionantes de Belo Monte a João Pedro Gonçalves da Costa (presidente da Funai), 2015

© LAYCA LEITVISA

- um posicionamento divergente entre as partes com relação ao projeto ou medida em consulta, sem a existência de qualquer acordo;
- Um consenso sobre a necessidade de maiores informações para um posicionamento informado dos povos consultados e consequentes ajustes no próprio processo de consulta que, portanto, não se conclui; e
- a manifestação do não consentimento dos povos e comunidades em participarem do processo de consulta em si, em virtude da inobservância de quaisquer um dos requisitos da consulta (prévia, livre, informada, de boa-fé) ou do reconhecimento do(s) sujeito(s) e do objeto.

Diante destes possíveis resultados, listados de forma não exaustiva, os governos devem decidir acerca das medidas consultadas e das providências a serem adotadas em cada caso, considerando os resultados do processo de consulta. O artigo 6.1 da Convenção 169/OIT define que a consulta deve ser realizada “com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

Neste ponto, é preciso diferenciar o consentimento enquanto objetivo e o consentimento enquanto requisito jurídico para a adoção da medida. A Convenção 169/OIT estabelece que toda a consulta deve ter a finalidade de chegar a um acordo. Na medida em que se chega a um acordo, este passa a vincular as partes. O texto convencional não esclarece, todavia, qual posição deverá prevalecer no caso de não se lograr um acordo.

Entendemos que, frente aos resultados de um processo de consulta, os governos podem, por exemplo:

- reconhecer e corrigir erros cometidos no processo;
- acordar ajustes e complementações para a realização de um processo mais adequado;
- no caso de consultas satisfatoriamente válidas e eficazes, estabelecer, quando necessário, mecanismos conjuntos de monitoramento de acordos e/ou revisão dos mesmos;
- decidir pela continuidade do projeto ou da medida, conforme manifestamente ciente e acordado entre as partes, especialmente no que diz respeito aos impactos sobre os povos e comunidades consultados;
- revisar o projeto ou a medida, antes de sua continuidade, considerando o posicionamento manifestado pelos povos e comunidades consultados; e
- suspender ou arquivar o projeto ou a medida em questão, considerando as manifestações dos povos e comunidades consultados, especialmente no que diz respeito aos graves impactos averiguados ou confirmados sobre o direito dos sujeitos envolvidos.

Essas possibilidades de desfechos dos processos de consulta ilustram a necessidade de que os posicionamentos dos povos consultados sejam efetivamente considerados pelo Estado antes da tomada de decisão. O direito à CCLPI impõe uma vinculação do resultado da consulta com a tomada de decisão que, em alguns casos, pode resultar em um efeito proibitivo para o Estado.

Consulta e consentimento

De acordo com padrões internacionais de direitos humanos aplicáveis ao país, há um espectro de diferentes graus de influência que a CCPLI deve exercer sobre a decisão governamental. Em 2003, a OIT publicou manual onde esclarece que a “*Convenção não confere aos povos indígenas e tribais o direito de veto*”¹²⁹, ou seja, a regra é de que a decisão da comunidade consultada não tem o poder de simplesmente negar a iniciativa do Estado, o que não significa que o conteúdo da consulta não seja vinculante, em termos de condicionar e influenciar a decisão.

Desde que realizado um processo de consulta livre, informado e de boa-fé, há casos em que é possível que os governos adotem suas medidas a despeito dos posicionamentos apresentados pelos povos e comunidades consultados. Caso isso aconteça, os governos devem tomar suas decisões de maneira fundamentada e abarcando ou respondendo a todas as preocupações e os questionamentos eventualmente levantados pelos sujeitos ao longo da consulta. Contudo, há que se reafirmar aqui que, se conduzida de maneira válida e correta, não é possível imaginar que os governos não alterem em nada seus posicionamentos para melhor atender às particularidades dessa parcela específica de sua população.

Por outro lado, quando a consulta é realizada como mero “*check list*”, sem observar seu devido escopo de respeito à diversidade cultural por meio da proteção da autonomia dos povos indígenas ou sem garantir qualquer grau de influência na tomada de decisão governamental verifica-se que o Estado termina por apenas legitimar ações ou condutas abusivas contra os direitos de povos indígenas e tribais.

No outro extremo do leque de possibilidades de efeitos legais do exercício do direito à consulta e consentimento está a hipótese de prevalência da posição dos povos ou comunidades consultadas sobre a proposta

¹²⁹ OIT. *Convênio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. Genebra: OIT, 2003, p. 16.

inicial do governo. Por isso é importante destacar que há uma tendência a se definir casos nos quais, sem o consentimento explícito dos povos afetados, a decisão estatal não poderia ser implementada.

De acordo com a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quando os impactos de uma determinada medida a ser adotada por parte dos Estados causarem danos irreparáveis e violações de direitos fundamentais, que não justifiquem a desproporcionalidade da ação estatal, além do direito à consulta, passa a ser exigível também o consentimento dos povos afetados. Em outras palavras, a decisão do povo deverá prevalecer e vincular a decisão governamental nos casos em que, além da consulta, se exige o consentimento dos povos indígenas.

No seu recente relatório titulado “Povos Indígenas, comunidades afrodescendentes e recursos naturais: proteção de direitos humanos no contexto de atividades de extração, exploração e desenvolvimento”, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprofundou a análise das situações que requerem o consentimento dos povos diretamente afetados. A Comissão ratificou a posição da Corte IDH no caso *Saramaka vs. Suriname*, no sentido de que os projetos de grande escala devem ser precedidos não só de um processo de consulta, mas do consentimento do povo indígena ou tribal afetado. A CIDH desenvolveu pautas de interpretação para definir um projeto como de “grande escala”, entre outras, com base na magnitude do projeto, volume e intensidade de afetação sobre o território e o impacto humano e social da atividade. No âmbito extrativista, a CIDH faz referência às atividades de extração de gás, minério e petróleo como exemplos de atividades de grande escala.¹³⁰

¹³⁰ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de dezembro de 2015, paras. 185 a 193. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

Nos termos da Convenção 169/OIT, é necessário obter o consentimento indígena ou tribal nos casos excepcionais de deslocamento compulsório de povos de suas terras.¹³¹ Por sua vez, o artigo 8 (j) da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 2519/98, prevê o respeito, preservação e manutenção dos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, e encoraja a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desses conhecimentos, inovações e práticas. Para tanto, em 2010, foi firmado o Protocolo de Nagoya sobre acesso e repartição de benefícios, que estabelece a necessidade de se obter o consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e comunidades tradicionais com relação ao acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos, bem como na definição de repartição de benefícios relacionados.¹³²

¹³¹ Artigo 16. 1. “Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam; 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados”.

¹³² Apesar de firmar o Protocolo de Nagoya em 2010, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o governo brasileiro não ratificou o instrumento até o presente momento.



Sessão solene do dia do índio no Senado Federal, 2015

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas estabelece cinco hipóteses de direito ao consentimento prévio, livre e informado: remoção dos povos indígenas (artigo 10)¹³³; privação de bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais (artigo 11, 2)¹³⁴; privação do território e dos recursos por meio de confisco, tomada, ocupação, utilização ou dano (artigo 28, 1)¹³⁵; depósito ou eliminação de materiais perigosos em territórios indígenas (artigo 29, 2)¹³⁶; e;

¹³³ Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

¹³⁴ Artigo 11. 2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

¹³⁵ Artigo 28. 1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

¹³⁶ Artigo 29. 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se eliminem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos (artigo 32, 2)¹³⁷.

A Corte IDH, ao julgar o Caso *Saramaka vs. Suriname* (2007), fixou uma *cláusula geral* de direito ao consentimento: sempre que forem previstos projetos suscetíveis de causar um “*impacto significativo no direito ao uso e gozo dos seus territórios ancestrais*”¹³⁸ é requerida a obrigação adicional de se obter o consentimento prévio, livre e informado¹³⁹. O antigo Relator Especial da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, James Anaya, observou que o direito ao consentimento se impõe para garantir uma relação de proporcionalidade entre a medida a ser consultada, a proteção de direitos fundamentais (vida, propriedade, identidade cultural) dos povos indígenas e sua autonomia.¹⁴⁰

A proposta de regulamentação da consulta prévia no Brasil figura, portanto, na contramão desta tendência. Primeiro, porque não internalizou as hi-

¹³⁷ Artigo 32. 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

¹³⁸ Corte IDH. *Saramaka vs. Suriname*, op. cit., p. 43.

¹³⁹ “[...] plan o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH. *Saramaka vs. Suriname*, op. cit., p. 44).

¹⁴⁰ “El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 jul. 2009, par. 47).

póteses de obrigatoriedade de consentimento.¹⁴¹ Segundo, porque tenta dar total discricionariedade à Administração Pública para acatar ou não o resultado da consulta:

Art. 23. A etapa de comunicação dos resultados consistirá na compilação dos resultados de todas as etapas, por meio da elaboração de relatório final pela comissão de consulta contendo:

I - identificação dos participantes; II - descrição dos posicionamentos dos sujeitos consultados; III - consensos ou pontos de convergências obtidos; IV - decisão; e V - encaminhamentos propostos.

§1º A comissão de consulta prévia deverá apresentar o Relatório Final aos representantes das comunidades consultadas e, na sequência, ao Comitê Gestor de Consultas Prévias e ao órgão responsável pela medida normativa ou administrativa objeto da consulta.

§2º Caberá ao órgão responsável pela medida normativa ou administrativa objeto da consulta avaliar a viabilidade técnica e econômica da incorporação das propostas contidas no Relatório Final ao projeto, objeto da consulta.

Tamanha discricionariedade ignora que, uma vez estabelecidos os acordos, eles se tornam vinculantes para as partes. No caso das divergências, como discutido acima, existem inúmeras possibilidades, mas todas pressupõem que o resultado da consulta influencie, em maior ou menor medida, a tomada de decisão governamental.

A proposição do governo esvazia, portanto, a consulta de muitas maneiras. Como visto no item “Objeto”, a consulta está diretamente relacionada ao direito à autodeterminação, que garante aos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais o maior controle possível sobre seus territórios e recursos naturais. Ela pressupõe um processo decisório que deverá influenciar, com menor ou maior intensidade, a adoção da medida por parte da Administração Pública e jamais poderá ser simplesmente descartada. Por isso, a proposta de regulamentação viola o *corpus juris* aplicável ao Brasil no que tange aos efeitos jurídicos da consulta.

¹⁴¹ Para uma discussão mais aprofundada acerca da regulamentação da consulta prévia na Colômbia, Peru, Bolívia e Chile, ler: BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés. *Contested lands, Contested Laws*. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/442> e *Regulating Prior Consultation in South America*. Disponível em: <http://dejusticiablog.com/2014/03/25/regulating-prior-consultation-in-south-america/>



© RAFAEL GOVARI/ISA

Manifestação dos xinguanos contra a PEC 215 em Canarana - MT, 2015

Apesar do reconhecimento formal, inclusive pelo Poder Judiciário, e do crescente debate na sociedade brasileira, o direito à CCPLI enfrenta vários problemas para sua implementação efetiva no Brasil, conforme reafirmado também pela Relatora Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victória Tauli-Corpus, após sua visita oficial ao país.¹⁴² Esses problemas decorrem, muitas vezes, de entendimentos e interpretações limitadas ou contraditórias sobre o conteúdo, o alcance e os requisitos de uma consulta prévia, livre e informada, que não se encaixam nos padrões normativos e jurisprudenciais definidos internacionalmente e especialmente pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Relatora Especial da ONU destacou sua preocupação com a interpretação do Estado brasileiro acerca dos casos em que o dever de consultar corresponde à exigência de se obter consentimento dos povos consultados.¹⁴³

¹⁴² Ver: <http://unsr.vtaulicorpus.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>

¹⁴³ A/HRC/33/42/Add.1, para.66

Reflexões finais

49

Por isso, povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais vêm denunciando o reiterado descumprimento do direito à CCPLI pelo Estado brasileiro, destacadamente com relação a empreendimentos e outras medidas de grandes impactos sobre suas terras, suas vidas e seus direitos. Além do plano administrativo, no âmbito legislativo as medidas são também frequentemente aprovadas sem qualquer participação dos sujeitos diretamente afetados. É nesse sentido que se pode afirmar que o reconhecimento formal do direito à consulta contrasta com o seu reiterado descumprimento por parte do Estado brasileiro, o que tem provocado crescente judicialização e denúncias internacionais.¹⁴⁴

¹⁴⁴ A ausência de consulta prévia aos povos indígenas Arara da Volta Grande do Xingu, Juruna, Juruna do km 17, Xikrin, Asurini, Kararáó, Parakanã, Araweté e Arara de Cachoeira Seca foi objeto da Medida Cautelar nº 382/2010 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que ordenou a suspensão das obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Após pressão do governo brasileiro, que ameaçou suspender o repasse anual destinado ao custeio e a retirar a nomeação do advogado Paulo Vannuchi, a CIDH reviu sua decisão. A íntegra da Medida Cautelar está disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/123>. Para uma discussão aprofundada a respeito dos efeitos da postura do governo brasileiro sobre o Sistema Interamericano, recomenda-se assistir o Seminário "The Belo Monte Case: Challenges and Opportunities for the Protection of Human Rights and the Environment in the Inter-American Human Rights System". Disponível em: <http://media.wcl.american.edu/Mediasite/Play/7e2dc4f20e0a468b9ac31c1c7dba2a4a1d>

O Poder Executivo: decisões não consultadas

50

No âmbito do Poder Executivo, evidencia-se a incongruência entre o reconhecimento formal do direito à CCPLI e sua garantia efetiva. Se por um lado foi reconhecido o cabimento da consulta por diversos órgãos da administração pública, por outro, há dificuldades em se conceber de forma integral o conteúdo e alcance do direito à CCLPI. Encarada como mera formalidade burocrática, a consulta muitas vezes aparece como um acessório prescindível em decisões já tomadas. Além disso, há disputas quanto ao entendimento do alcance desse direito aos povos e comunidades tradicionais (sujeitos), bem como do alcance dos casos de exigência também de consentimento (efeitos), para além dos aspectos que garantam de boa-fé uma consulta livre, prévia e informada (modo).

Ao longo do estudo abordamos o caso da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte como exemplar dos vários processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de grande porte sem a observância do direito à CCPLI. Belo Monte não é um caso isolado, muito pelo contrário, a história parece se repetir em todos os grandes empreendimentos de infraestrutura planejados pelo governo federal no âmbito do plano governamental. Abertura e implementação de novas estradas e ferrovias, principalmente na região norte do país, são licenciadas e construídas sem nenhum tipo de consulta às comunidades indígenas e tradicionais afetadas, mesmo nos casos em que o projeto é implementado no interior de terra indígena, como é o caso da construção da Linha de Transmissão Manaus-Boa-vista na Terra Indígena Waimiri-Atroari.



© EDISON BUENO/FUNAI

Audiência da Presidente da República, Dilma Rousseff, com representantes indígenas, 2015

Nesse sentido, após sua visita ao Brasil em 2016, a Relatora Especial da ONU sobre os direitos dos povos indígenas se manifestou: “(...) *consultas prévias não foram conduzidas com os povos indígenas afetados com relação a mega projetos como a mineração de ouro Belo Sun no Pará, e a linha de transmissão Manaus-Boa Vista em Roraima. Ela também está preocupada que, com relação às hidrelétricas de Belo Monte e São Luiz do Tapajós, meras audiências públicas foram consideradas como suficientes para atender à obrigação de consultar. De um modo geral, inexistente mecanismo adequado de consulta com os povos indígenas com relação a grandes projetos de desenvolvimento.*”¹⁴⁵

Ao caso de São Luiz do Tapajós, somam-se outros exemplos de usinas em construção na mesma bacia hidrográfica sem qualquer consulta aos Mundurucu, Apiaká e Kayabi, diretamente afetados pelas Usinas Hidrelétricas de São Manoel, Teles Pires, Sinop e Colíder. Apesar de o direito à CCLPI ser um direito fundamental e portanto autoaplicável, no Brasil ainda é alegada a ausência de regulamentação nacional como impedimento para seu reconhecimento e aplicação em casos específicos.

¹⁴⁵ A/HRC/33/42/Add.1, para. 63

Tentativa de Regulamentação da consulta administrativa: processo inconcluso e equivocado

Em 2012, após pressão da sociedade civil e sob o argumento de que era preciso uniformizar o entendimento das instituições federais, foi iniciada uma tentativa, frustrada, de regulamentação da consulta pelo governo federal. Conforme aprofundado no documento, a tentativa de regulamentação demonstrou a dificuldade de uma posição coesa do governo para agir de boa-fé com os sujeitos interessados. A regulamentação do direito à consulta deveria garantir um processo de consulta exemplar, o que não ocorreu.

Sem a participação do movimento indígena no processo de regulamentação, o governo buscou avançar elaborando uma proposta específica para a consulta às comunidades quilombolas. Porém, os representantes quilombolas denunciaram que as reuniões e seminários promovidos pelo governo tinham caráter meramente informativo, não havendo oportunidade, informação adequada e tempo hábil para a manifestação dos quilombolas num verdadeiro processo de consulta. O conteúdo dessa proposta de regulamentação da consulta às comunidades quilombolas, como demonstrado, retrocede em diversos parâmetros internacionais do direito à consulta.



Índios e quilombolas juntos na defesa de seus direitos, 2012

Caso o governo pretenda retomar a discussão, recomendamos a necessidade de recuperar a confiança do movimento indígena por meio de manifestações objetivas de defesa dos direitos indígenas, como a revogação da Portaria nº. 303/2012. Outra demonstração de boa fé seria oferecer garantias institucionais para o exercício deste direito a partir do respeito aos protocolos de consulta. Aliás, o governo deveria não só respeitar, mas estimular e apoiar a produção dos protocolos autônomos de consulta em todo o país, uma vez que esses são a definição explícita e pública de regras de representação, organização e acompanhamento de processos de tomada de decisões de cada povo, organização ou comunidade.

Poder Legislativo: sem participação, sem consulta

52

No que diz respeito às medidas legislativas, encontramos a mais grave situação de violação do direito à consulta. No Congresso Nacional, está em curso a maior ofensiva legislativa aos direitos indígenas, quilombolas e de povos e comunidades tradicionais desde o marco constitucional de 1988. Protagonizada pela bancada ruralista, a ofensiva busca limitar direitos territoriais e a autonomia dos grupos, abrindo territórios tradicionais à exploração econômica, sem respeitar os direitos territoriais destes povos e muito menos consultando seus planos de desenvolvimento econômico e social, como manda a Convenção 169/OIT.

De acordo com a Relatora Especial da ONU sobre os direitos dos povos indígenas: “(...) nenhum procedimento de consulta foi estabelecido com relação a políticas ou medidas legislativas e administrativas que impactam diretamente os povos indígenas. Essa falta de consulta é extremamente problemática, considerando-se as contínuas tentativas no Congresso Nacional, onde os povos indígenas tem pouca ou nenhuma representação, de propostas para enfraquecer as proteções constitucionais e legislativas de seus direitos. Tais incluem propostas de emenda constitucional PEC215, que alteraria o processo técnico de reconhecimento de direitos territoriais para um processo político, e de legislação como o Novo Código de Mineração, e as mudanças nos procedimentos de licenciamentos para mega projetos, que prejudicam os direitos dos povos indígenas às terras, territórios e recursos e não incluem salvaguardas.”¹⁴⁶

Se aprovada, a PEC 215/2000 significará a paralisação dos processos de demarcação destes territórios no País, a revisão da titulação de territórios já reconhecidos e a remoção forçada de comunidades de territórios tradicionais para dar lugar a obras de infraestrutura ou projetos de exploração de recursos naturais por parte de terceiros. A PEC 215 é considerada a iniciativa legislativa mais perniciosa aos direitos dos povos indígenas e comunidades quilombolas, implicando em grave restrição a direitos coletivos. Apesar disso, tem avançado no trâmite legislativo sem nenhuma iniciativa para realização de consulta prévia, livre e informada.

Embora os regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados prevejam instrumentos de participação direta da sociedade civil – como as audiências públicas, reuniões espontâneas e comissões mistas –, estes não se confundem com a CCLPI, muito menos retiram a obrigatoriedade desta.

Reitera-se a importância de identificar mecanismos vigentes que façam com que seja acatada a obrigação de consulta no âmbito legislativo. Sugere-se que seja obrigação da CCJ explicitar no parecer do exame de admissibilidade se o direito à CCPLI foi ou não observado, já que em seguida a proposta será enviada ao plenário para deliberação.

Destaca-se também a obrigatoriedade, em casos de iniciativas legislativas oriundas do Poder Executivo, de que o texto base da medida legislativa seja elaborado de maneira conjunta com os povos interessados, de forma a superar a fase de consulta administrativa sobre a iniciativa por meio de processo de consulta prévia com todos os afetados.

É necessário que o Congresso Nacional disponha sobre o tema em seu regimento interno, reafirmando o direito à consulta como etapa imprescindível do processo legislativo e de modo a evitar novas violações a esse direito por parte do Legislativo. É preciso esclarecer, todavia, que a inclusão de tal previsão regimental não é indispensável para a imediata efetivação do direito. Isso porque a Convenção 169/OIT possui, como demonstrado, aplicabilidade imediata.

¹⁴⁶ A/HRC/33/42/Add.1, para.64

Poder Judiciário: suspensão de liminar como instrumento para consolidar decisões inconsultas

No Judiciário, os tribunais brasileiros têm reconhecido a aplicabilidade direta e imediata do direito à consulta, sobretudo quando associada a medidas administrativas que envolvem afetações de direitos coletivos. Um número crescente de decisões judiciais reafirma a necessidade de consulta pelos órgãos tomadores de decisões, ainda que sem o detalhamento ou as orientações basilares para tal implementação. Por outro lado, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol aponta sérios obstáculos de entendimento desse direito pela máxima corte constitucional do país. As interpretações não vinculantes, porém orientadoras, que advêm das condicionantes colocadas no caso citado fragilizam a obrigação do Estado de consultar e em algumas passagens contrariam a norma supralegal em vigor.

Outro obstáculo verificado na atuação do Poder Judiciário é a utilização generalizada do instrumento de Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela. O instrumento processual, de uso exclusivo do Poder Público, permite que presidentes de tribunais suspendam qualquer decisão de mérito quando incidirem os motivos políticos autorizadores (grave lesão à ordem, economia e administração públicas). Na prática, o instrumento tem permitido o seguimento de empreendimentos sem que tenha sido garantido o direito à consulta, transformando projetos mal planejados em fatos consumados.



Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal, 2013

Grças à Suspensão de Liminar, foi possível a continuidade de vários empreendimentos sem qualquer consulta: Usinas Hidrelétricas de Belo Monte, Teles Pires e São Manoel, a duplicação da Estrada de Ferro Carajás, e o Linhão Manaus-Boa-vista, dentre outros.

Recomendações em prol da efetivação do direito à consulta prévia no Brasil

54

Apesar dos compromissos assumidos internacionalmente ao aprovar e promover a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas e ao ratificar a Convenção 169/OIT, o Estado brasileiro segue desrespeitando os povos indígenas e seus direitos. Contra a forte ofensiva aos direitos dos povos indígenas verificada nos últimos anos por setores contrários à manutenção dos territórios indígenas, o movimento indígena nacional tem feito denúncias e manifestações em defesa de seus direitos, de seus territórios, de seus modos de vida diferenciados. Nesse cenário adverso, em que um modelo de desenvolvimento predatório agride direitos constitucionais, impõe-se mais do que nunca a aplicação do direito à participação e à consulta prévia em processos de tomada de decisão sobre medidas e projetos que afetam territórios, culturas e modos de vida de povos indígenas e comunidades tradicionais.

O direito à CCPLI determina um novo tipo de relação, mais simétrica e respeitosa, entre os Estados e os povos interessados, que se sustenta no reconhecimento dos direitos fundamentais destes povos. Contudo, a capacidade do Estado para o diálogo intercultural com povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas, ainda está em construção no Brasil.



© Luis Donisete Brazy Grunpon/LEF

Em Genebra, Relatora Especial da ONU sobre direito dos povos indígenas apresentou recomendações ao Brasil, 2016

Os casos tratados no estudo ilustram como violações desse direito ocorrem e revelam a prevalência de interesses políticos e privados em detrimento dos direitos humanos de grupos social e culturalmente diferenciados. É possível concluir que não se tratam de eventos isolados, mas de violações reiteradas que precisam ser corrigidas para a adequada implementação do direito à CCPLI no país. Nesse sentido, juntamente com as análises de violações, nos somamos às recomendações proferidas sobre o tema para o Brasil no âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU¹⁴⁷, da Relatoria Especial da ONU sobre direitos dos povos indígenas¹⁴⁸ e do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos¹⁴⁹.

Além disso, apontamos recomendações e possibilidades de medidas cabíveis para a adequada implementação do direito à CCPLI e que exigem a cooperação por parte dos três poderes estatais. A maior parte delas foi apresentada, em março de 2016, à Relatoria Especial da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, quando em sua missão ao Brasil, para que

¹⁴⁷ A/HRC/WG.6/13/BRA/2

¹⁴⁸ A/HRC/15/37/Add.1 e A/HRC/33/42/Add.1

¹⁴⁹ A/HRC/32/45/Add.1

fossem consideradas e recomendadas ao governo brasileiro¹⁵⁰:

- Que o Estado não mais ignore o dever de se realizar consultas prévias, livres e informadas sobre medidas administrativas e legislativas que afetem povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais;
- Que o governo federal se abstenha de utilizar subterfúgios judiciais, como no caso da suspensão de liminar e da antecipação de tutela, para evitar a aplicação do direito à consulta como requisito iniludível do processo de tomada de decisão administrativa;
- Que os processos de implementação do direito à consulta a povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais acerca de obras e projetos de desenvolvimento que os afetem diretamente sejam considerados em todas as etapas de tomada de decisão pública, desde o planejamento, o licenciamento, a execução e o monitoramento das obras;
- Que as comunidades tradicionais sejam reconhecidas como sujeitos do direito à consulta livre, prévia e informada;
- Que o Estado considere a necessidade de primeiramente normatizar regras uniformizadoras de sua própria atuação e processos internos, evidenciando seu compromisso com o dever de consultar povos indígenas e tribais, antes da tomada de decisões que possam afetá-los;
- Que as violações de direitos decorrentes da não-realização, do atraso ou de outros vícios relacionados à implementação de processos de consultas efetivamente livres, prévias e informadas sejam publicamente reconhecidas, reparadas e indenizadas;
- Que sejam revogadas a Portaria nº. 303 e subseqüentes da AGU, bem como retomados os processos de demarcação de terras indígenas, revertendo o quadro de quebra de confiança para a retomada do diálogo entre o Estado e os povos indígenas acerca da implementação do direito à consulta;
- Que se defina com urgência o rito no processo legislativo para a realização de consultas ao Projeto de Lei nº. 1610 (mineração em terras indígenas); na Proposta de Emenda Constitucional nº. 215 (alterações nos processos de demarcação de terras indígenas, quilombolas e unidades de conservação) e demais projetos de leis que tramitam ou que venham a tramitar;
- Que o Estado esclareça seu entendimento sobre consulta a partir da interpretação específica do julgamento do caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal e das orientações da Advocacia Geral da União;
- Que qualquer eventual normativa reguladora do direito à consulta prévia, livre e informada passe, necessariamente, por um processo de consulta exemplarmente prévio, livre e informado, com base num Plano de Consulta pactuado com os povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais titulares deste direito;
- Que a regulamentação dos processos de consulta não restrinja o exercício do direito, nem seja contrária aos princípios de pluralidade e autonomia dos povos;
- Que a discussão sobre a regulamentação ou normatização seja dialogada e consultada e restrinja-se a orientar a administração, gerar melhores condições para a efetiva implementação do direito, e respeitar a autonomia dos grupos, inclusive quanto a seus protocolos de consulta, quando for o caso;
- Que sejam consideradas as *expertises* de órgãos técnicos como a Fundação Nacional do Índio e a Fundação Palmares, bem como a interlocução com representantes indígenas e quilombolas e da Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, do Conselho Nacional de

¹⁵⁰ <http://www.rca.org.br/2016/03/o-governo-brasileiro-nao-cumpre-com-o-dever-de-consultar-os-povos-indigenas-denunciaram-organizacoes-indigenas-e-indigenistas-a-relatora-da-onu/>
Ver também: <http://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/08/iep%C3%A9-RCA-consulta-portugu%C3%AAs.pdf>

Direitos Humanos e do recém criado Conselho Nacional de Política Indigenista, nos processos de implementação do direito à consulta, inclusive na discussão sobre eventual regulamentação;

- Que o Estado assuma sua responsabilidade e seu dever em apoiar processos indígenas de entendimento, discussão e elaboração com autonomia de protocolos próprios de consulta, conforme as formas de organização social dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;
- Que todo processo de consulta seja precedido pela definição conjunta, entre Estado e povos interessados, de um plano de consulta que estabeleça as regras do processo, seus interlocutores legítimos, o tempo, metodologia, recursos e locais de execução, a partir dos protocolos próprios de consulta de cada povo ou comunidade.

© LUIS DONSETTE BENZI GRUPO N/IEFE



Mobilização nacional indígena, 2013

Finalmente, sobre o tema do direito à consulta objetivando alcançar o consentimento livre, prévio e informado, a Relatora Especial da ONU sobre os direitos dos povos indígenas recomendou ao Estado Brasileiro em setembro de 2016:

"b) Implementar o dever do Estado de consultar os povos indígenas com relação a projetos, políticas e medidas legislativas e administrativas que tenham um impacto sobre seus direitos. Tais consultas deveriam ser realizadas a fim de obter o consentimento livre, prévio e informado e de maneira a levar em conta as especificidades de cada povo indígena, como afirmado na Convenção 169 da OIT, na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no projeto de Declaração da Organização dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Povos Indígenas. No caso de projetos de desenvolvimento, as consultas devem ser informadas por estudos de impactos ambientais, sociais e de direitos humanos, de maneira independente e participatória.

c) Reconhecer e apoiar medidas proativas adotadas pelos povos indígenas para realizar seus direitos, inclusive seu direito de auto-determinação. Isso inclui observar e responder a protocolos de consulta e consentimento desenvolvidos pelos povos indígenas no contexto da obrigação do Estado em consultar."¹⁵¹

¹⁵¹ A/HRC/33/42/Add.1, para.98

Protocolos autônomos de consulta

Resta concluir que, embora amplamente garantido em dispositivos legais, o direito de povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas à consulta e consentimento é sistematicamente negado em práticas políticas, administrativas e até judiciais do Estado brasileiro, como discutido ao longo desta publicação.

Não obstante, também precisam ser reconhecidos os avanços promovidos por povos indígenas e comunidades tradicionais na proposição de instrumentos concretos para a efetivação deste direito, como os protocolos autônomos de consulta e a proposta de elaboração conjunta de planos de consulta por representantes do Estado brasileiro e dos povos interessados, antes do início de cada processo de consulta.

Os protocolos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma por comunidades ou povos são instrumentos que explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de *procedimentos apropriados às circunstâncias* e do respeito às *instituições representativas* de cada povo e/ou comunidade. Assim, apenas a manifestação autônoma de cada comunidade pode indicar quais são as autoridades legítimas que as representam bem como definir os procedimentos que consideram adequados para estabelecer um diálogo com os representantes do Estado.

Os protocolos de consulta elaborados até o momento no Brasil têm demonstrado como este instrumento também promove o fortalecimento de alianças internas entre os povos, a definição de arranjos políticos entre eles, e a reafirmação da própria legiti-



Índios do Xingu aprovam protocolo próprio de consulta, 2016

midade de todas as comunidades como sujeitos do direito de consulta.

São os casos dos protocolos Wajãpi e Mundurucu, que reforçam a aliança entre aldeias e chefes políticos tradicionais; do Protocolo do Xingu, aprovado junto ao Plano de Gestão do Território Indígena do Xingu, que representa o acordo de governança interna entre 16 povos que compartilham uma única terra indígena; e do protocolo das comunidades tradicionais de Montanha Mangabal, no rio Tapajós, que, mediante a definição e apresentação pública de seu próprio protocolo de consulta, demandam reconhecimento como sujeitos legítimos do direito de consulta, e da Convenção 169 da OIT como um todo.

Por fim, depois da reivindicação do exercício efetivo do direito à consulta, os protocolos são um passo à frente, representando o avanço mais tangível na efetivação deste direito, que interessa tanto aos povos e comunidades como ao próprio Estado. Os protocolos de consulta são uma orientação para o exercício do direito por aqueles que se sabem legítimos para fazê-lo. Ao governo cabe, não apenas observá-los e respondê-los, como também promover concretamente seu entendimento e sua elaboração autônoma por parte dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais de todo o Brasil.

Sobre os autores

58



Biviany Rojas Garzón é cientista política e advogada do Programa Xingu do Instituto Socioambiental (ISA), mestre em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília e especialista em direito ambiental. Trabalha na Amazônia com povos indígenas e outras comunidades da floresta desde 1998, sendo especialista no tema do direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado, licenciamento ambiental e participação pública em grandes obras. Atualmente coordena o projeto “Observatório Obras de Infra-estrutura do Corredor de Áreas Protegidas do Xingu”. Entre outras publicações, organizou o livro Oportunidades e desafios para a implementação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais no Brasil (2009) e o dossiê Belo Monte – Não há condições para a Licença de Operação (2015).



Erika Magami Yamada é doutora em Direito e Política Indígena pela Universidade do Arizona, perita da América Latina e Caribe no Mecanismo de Peritos sobre Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas e Relatora de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma Dhesca. Apoiou tecnicamente as visitas (2008 e 2016) dos Relatores Especiais da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas ao Brasil e a discussão com organizações indígenas, indigenistas e de direitos humanos sobre a ampliação da inserção da temática indígena no 3o Ciclo do mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU (2016). Trabalhou na FUNAI, sendo representante do órgão indigenista no Grupo Interministerial sobre Consulta Livre, Prévia e Informada. Desenvolve atividades de consultoria e pesquisas sobre temas de direitos humanos e processos internacionais, direitos dos povos indígenas e políticas públicas.



Rodrigo Magalhães de Oliveira é mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará, assessor jurídico do Ministério Público Federal em Santarém e colaborador do Centro de Información de la Consulta Previa. Desenvolve pesquisa nos campos da Antropologia Jurídica e Ecologia Política, especialmente sobre temas como pluralismo jurídico, direitos étnicos e raciais e conflitos socioambientais.

Casos emblemáticos, como o de Raposa Serra do Sol, ilustram a discussão, evidenciando que medidas administrativas e legislativas não submetidas à CCPLI implicam em violações do direito à autonomia e dos direitos territoriais dos povos indígenas e tribais, dentre outros direitos fundamentais, e tornam urgente o aprofundamento da discussão para a mudança concreta dessa realidade.

De igual forma, o livro destaca as iniciativas de povos indígenas e comunidades tradicionais para fazer avançar o exercício desse direito. Por meio de manifestações autônomas, como a elaboração e publicação de protocolos de consulta, os povos indígenas explicam ao Estado, e a terceiros interessados, princípios e noções relacionados à suas distintas formas de representatividade, e orientam sobre a forma e a oportunidade para a realização de consultas prévias, livres de pressão, devidamente informadas e culturalmente adequadas. Dessa forma, são apontados caminhos para que o diálogo do Estado brasileiro com os diferentes povos indígenas aconteça em um novo patamar, de reconhecimento e respeito.



Garantir a participação efetiva de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais em processos de tomadas de decisões do Estado que os afetam diretamente continua sendo um desafio no Brasil e no mundo. O direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado tem sido sistematicamente violado no Brasil. Há desconhecimento, interpretações equivocadas e falta de vontade política para efetivar esse direito. Este livro pretende contribuir para mudar essa situação.

APOIO



REALIZAÇÃO

