

Date: 28 de abril de 2023

To: Nathalya Desterro
Cyrus R. Vance Center for International Justice

From: Giovani Tomasoni, Alexandre Jabra, Fernanda Bueloni

Re: **A Consulta Prévia, Livre e Informada no Brasil**

Prezada Nathalya,

Segue abaixo Memorando contendo nossa avaliação e comentários sobre a consulta prévia, livre e informada e sua aplicabilidade no Brasil, diante do contexto legislativo atual.

I. INTRODUÇÃO

A consulta livre, prévia e informada passou a ser aplicável no Brasil somente após a ratificação e promulgação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho em 2002, pelo Decreto Legislativo nº 143/2002. A referida Convenção foi recepcionada e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto Federal nº 5.051/2004, consolidado pelo Decreto Federal nº 10.088/2019.

No entanto, muito embora seja um conceito internalizado pelo país, vale ressaltar que o tema ainda carece de regulamentações em diversos aspectos, de modo que, embora exista previsão legal de aplicação, suas formas e limites ainda não foram estabelecidos.

Em outras palavras, a aplicação específica de certos dispositivos da Convenção, como o denominado "consentimento" prévio, livre e informado, ainda não possui orientações claras e determinantes.

Por esse motivo, o tema é de grande insegurança jurídica no país, uma vez que os órgãos aplicadores e fiscalizadores demonstram orientações distintas quanto a aplicação dos conceitos da Convenção. IBAMA e Ministério Público

Federal, por exemplo, possuem orientações distintas tanto com relação aos povos sujeitos à consulta, quanto com relação aos limites da participação popular no âmbito dos procedimentos.

Atualmente, sobretudo diante da transição de orientação político-administrativa pela qual o Governo Federal deverá passar nos próximos quatro anos, a tendência é que o assunto ganhe luz e os conceitos previstos pela Convenção nº 169 da OIT sejam mais debatidos, o que poderá ensejar na edição de regulamentos que disponham de forma mais detalhada sobre o tema. A criação do Ministério dos Povos Indígenas, com agenda voltada especificamente para direitos e garantias dos indígenas, certamente terá a consulta livre, prévia e informada como uma das suas principais bandeiras, reforçando a ideia de que haverá iniciativas voltadas a garantir uma participação popular adequada no licenciamento e quicá operação de empreendimentos que possam vir a gerar impactos sociais e ambientais.

I.1. Frentes em que a ideia de consulta prévia, livre e informada é abordada no Brasil

A consulta prévia, livre e informada está prevista em frentes/ramos específicos no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de mais comumente associada às consultas realizadas aos povos indígenas e tribais na existência de medidas administrativas e/ou legislativas que possam impactá-los, como no âmbito do licenciamento ambiental (conceito advindo da Convenção nº 169 da OIT), o ordenamento brasileiro também estipula a necessidade de consultas no bojo do acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado (Lei da Biodiversidade), assim como no âmbito de atividades empresariais e direitos humanos (Decreto Federal sobre Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos).

Cada frente possuirá formas de consultas distintas. Ao falar em acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, por exemplo, é exigido verdadeiro "consentimento" e não simplesmente uma consulta, como ocorrerá nas demais frentes de medidas administrativas e legislativas e nas atividades empresariais e direitos humanos, que possam afetá-los.

Os principais pontos e regras existentes em cada frente serão detalhados adiante, com os dispositivos legislativos existentes sobre cada espécie de consulta.

II. LEGISLAÇÃO

No momento político e legislativo atual, o Brasil possui dispositivos normativos tanto editados no âmbito internacional, como local, que tratam do regramento sobre a consulta prévia, livre e informada.

II.1 Legislação Internacional:

No âmbito da legislação internacional, o Brasil possui apenas alguns dispositivos específicos sobre a consulta prévia, livre e informada além da Convenção nº 169 da OIT. Além da referida Convenção, o outro dispositivo pertinente ao assunto ratificado e promulgado pelo Brasil é o Protocolo de Nagoya, que dispõe em seu Artigo 6.1 que:

6.1. No exercício dos direitos soberanos sobre recursos naturais, e sujeito à legislação ou requisitos reguladores nacionais de acesso e repartição de benefícios, o acesso a recursos genéticos para sua utilização está sujeito ao **consentimento prévio informado** da Parte provedora desses recursos que seja país de origem desses recursos ou uma Parte que tenha adquirido os recursos genéticos em conformidade com a Convenção, a menos que diferentemente determinado por aquela Parte. (Grifos acrescidos)

O Protocolo de Nagoya foi aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 136/2020 e atualmente está em vigor junto da Lei de Biodiversidade (2015).

II.2 Legislação Nacional:

Inicialmente, é preciso ressaltar que antes mesmo da ratificação da Convenção nº 169 da OIT, a legislação nacional já previa a participação popular nos processos de tomada de decisão referentes tanto ao processo legislativo, quanto ao licenciamento ambiental, por meio das audiências públicas.

As audiências públicas são espaços constituídos para a discussão de temas com a sociedade civil e são instrumentos criados justamente para a manifestação popular. A Constituição Federal (art. 58, § 2º, II) e a Resolução CONAMA

09/87 dispõem especificamente desse tipo de instrumento para participação da sociedade civil, incluindo povos indígenas e tribais, no processo decisório de medidas administrativas que possam interferir em seus modos de vida.

No âmbito dos processos legislativos, a audiência pública com entidades da sociedade civil poderá ser realizada pelas Comissões permanentes e temporárias das respectivas Casas do Congresso Nacional, ou seja, as Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A previsão de realização das audiências está disposta nos Regimentos Internos das respectivas Casas, aprovados pela Resolução nº 17/1989, da Câmara dos Deputados, e Resolução nº 93/1970, do Senado Federal.

Com efeito, cada Casa possui a previsão de um procedimento interno específico, mas semelhantes entre si, para a realização das audiências que visam promover a participação da sociedade civil no processo legislativo.

Neste sentido, as audiências públicas realizadas poderão ser solicitadas por parlamentares das Casas, bem como pela própria entidade civil que deseje contribuir para o projeto de inovação legislativa. A audiência, neste aspecto, poderá ser realizada de forma a possibilitar que a entidade civil instrua tecnicamente a matéria legislativa em trâmite nas Comissões, assim como permita a exposição de assuntos de interesse público relevantes relacionados ao projeto em tramitação.

Assim que aprovada a reunião de audiência pública, as Comissões convidarão as autoridades, pessoas interessadas e especialistas ligados à entidade da sociedade civil participante, oportunidade em que poderão realizar exposição sobre o tema debatido. Ressalta-se que será permitida a participação tanto de defensores como de opositores do projeto legislativo, sempre de forma que haja a possibilidade de oitiva das diversas correntes de opinião.

Ao término das audiências, as Comissões deverão lavrar ata, com os pronunciamentos escritos dos participantes e documentos que os acompanharem, de modo a possibilitar o registro e posterior consulta às contribuições apresentadas.

Já no bojo do licenciamento ambiental, a audiência visa promover esclarecimentos sobre o projeto a ser licenciado, com a apresentação do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) produzido pelo empreendedor. As regras e

procedimentos para as audiências públicas no licenciamento ambiental estão previstas pelas Resoluções CONAMA nº 01/86 e nº 09/87, bem como Instrução Normativa nº 184/2008 do IBAMA (arts. 22 e 23).

Uma vez apresentado o RIMA nos autos do processo de licenciamento, o órgão ambiental licenciador deverá comunicar a imprensa local da abertura do prazo para solicitação da audiência pública, a qual poderá ser requerida pela sociedade civil, Ministério Público ou pelo próprio órgão licenciador quando a julgar necessária. As audiências deverão sempre ocorrer em local acessível aos interessados, incluindo as comunidades indígenas e tribais quando impactadas, e, em razão da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência sobre o mesmo projeto.

Nas audiências, é aberto um espaço de diálogo entre empreendedor, órgão licenciador e sociedade civil com a finalidade de debater o futuro empreendimento, seus impactos ambientais e possíveis reflexos sociais nas comunidades. Somente em posse das informações colhidas ao longo das audiências - incluindo a percepção social sobre o empreendimento - é que o órgão licenciador passa a analisar os estudos técnicos ambientais para, somente então, atestar ou não a sua viabilidade.

Assim, as audiências públicas, previstas pelo CONAMA antes da ratificação da Convenção nº 169 da OIT e ainda vigentes no ordenamento brasileiro, já indicavam regras específicas de modo a possibilitar a participação das comunidades afetadas em determinados empreendimentos.

Nota-se, todavia, que, a audiência pública não pode ser confundida com o procedimento específico para realização da consulta às comunidades indígenas e tribais afetadas. A audiência pública é uma forma de garantir a participação das sociedade civil e comunidades afetadas, mas não se confunde com a consulta da Convenção nº 169.

Não obstante, o Brasil possui um conjunto diverso de normas que trata do que se convencionou chamar de consulta prévia, livre e informada, ideia originalmente positivada pela Convenção nº 169 da OIT e ratificada pelo Brasil.

Neste momento, vale esclarecer uma vez mais, que a figura da consulta prévia, livre e informada prevista na Convenção nº 169 ainda não possui regulamentação específica, de modo que a aplicabilidade de certos dispositivos sobre a oitiva é interpretada de forma distinta e muitas vezes divergentes pelos entes públicos.

Com efeito, além de ter ratificado a Convenção nº 169 da OIT, a qual dispõe em seu Artigo 6º sobre a necessária consulta aos povos interessados quando previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, o Brasil possui em seu ordenamento jurídico a Lei Federal nº 13.123/2015, conhecida como Lei da Biodiversidade, assim como o Decreto Federal nº 9.751/2018, que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos.

a) A Convenção nº 169 da OIT, sua aplicabilidade no Brasil e dispositivos conexos

No que tange à oitiva que deve ser realizada às comunidades indígenas e tribais, a Convenção é a principal norma existente no Brasil sobre os procedimentos e regras a serem observadas.

Ressalta-se que o STF já pacificou o entendimento de que, no Brasil, as comunidades remanescentes quilombolas devem ser equiparadas a povos tribais, para fins de aplicação da Convenção nº 169 da OIT (ADI nº 3.239).

Sob a ótica da legislação interna do Brasil, a Convenção internalizada deve ser aplicável, em teoria, a todos os sujeitos que possam, por medidas administrativas e legislativas, impactar as comunidades indígenas ou tribais interessadas, especialmente diante da ausência de normas específicas dispondo sobre os limites da aplicação das regras da Convenção no ordenamento brasileiro. Em outras palavras, a princípio, todos deveriam, de alguma forma, observar aos preceitos da Convenção, especialmente no que diz respeito à consulta livre, prévia e informada, seja governo, sociedades empresárias, associações etc., que realizem atividades que se enquadrem em ações que possam vir a afetar diretamente as comunidades indígenas e tribais, nos termos do art. 6º da Convenção..

O ordenamento brasileiro ainda prevê alguns dispositivos conexos, que também são utilizados para orientações quanto à oitiva prevista pela Convenção nº 169 da OIT. É o caso da Portaria Interministerial nº 60/2015, que estabelece os procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do IBAMA (agência ambiental nacional), sobretudo determinando a forma de atuação de órgãos representativos, como a antiga Fundação Nacional do Índio (FUNAI), atualmente denominada Fundação Nacional dos Povos Indígenas, Fundação Cultural Palmares e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) no processo de licenciamento ambiental federal.

Dessa forma, na prática, a aplicabilidade das consultas prévia, livre e informada, tem se dado apenas quando identificadas intervenções que atendam aos requisitos dispostos na Portaria Interministerial nº 60/2015, a saber: intervenções diretas em áreas reconhecidamente ocupadas por indígenas e quilombolas que atendam aos limites de distância estabelecidos pelo Anexo I da mencionada Portaria.

É preciso, portanto, que: (i) exista previsão de impactos diretos naquelas comunidades; (ii) as comunidades ocupem territórios reconhecidos pelo Poder Público; e (iii) esses territórios estejam localizados dentro do raio geográfico determinado pela legislação, com relação à distância do empreendimento.

ANEXO I

Tipologia	Distância (KM)	
	Amazônia Legal	Demais Regiões
Empreendimentos lineares (exceto rodovias):		
Ferrovias	10 km	5 km
Dutos	5 km	3 km
Linhas de transmissão	8 km	5 km
Rodovias	40 km	10 km
Empreendimentos pontuais (portos, mineração e termoelétricas):	10 km	8 km
Aproveitamentos hidrelétricos (UHEs e PCHs):	40 km* ou reservatório acrescido de 20 km à jusante	15 km* ou reservatório acrescido de 20 km à jusante

*medidos a partir do eixo(s) do(s) barramento(s) e respectivo corpo central do(s) reservatório(s)

Figura 1. Distâncias determinadas pelo Anexo I da Portaria Interministerial nº 60/2015.

Dessa forma, no processo de licenciamento ambiental, as consultas prévia, livre e informadas somente são realizadas quando atendidos os requisitos acima elencados. Esse é o atual entendimento do IBAMA e que tem prevalecido no poder judiciário.

De todo modo, em vista da ausência de regulamentações, é comum que os órgãos disponham de maneiras distintas sobre a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT e das consultas prévia, livre e informadas. O Ministério Público Federal, como se verá mais adiante, discorda desse posicionamento do IBAMA e, frequentemente, questiona no judiciário a ausência das mencionadas oitivas.

Ainda, o IBAMA e a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do Despacho , já concluíram que as comunidades tradicionais em sentido amplo, diferentemente do que acontece para os quilombolas, não são equiparadas às comunidades indígenas e tribais mencionadas pela Convenção da OIT nº 169.

O Despacho, portanto, traz diferenciações sobre os conceitos de "comunidades tradicionais", previstas pelo Decreto Federal nº 6.040/2007, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, e "povos indígenas e tribais", dispostas pela Convenção nº 169.

Em outras palavras, as comunidades tradicionais tratadas pelo Decreto Federal nº 6.040/2007 não se enquadrariam e não seriam reconhecidas como comunidades indígenas ou tribais para fins de aplicação da Convenção nº 169.

Assim, em vista do Despacho do IBAMA e AGU, as comunidades tradicionais não reconhecidas como comunidades indígenas ou tribais não teriam os mesmos direitos previstos pela Convenção nº 169, de modo que, no entendimento daqueles órgãos, não deveriam ser contempladas com o direito a consulta prévia, livre e informada.

Por outro lado, o Ministério Público Federal possui entendimento divergente, conforme publicou em seu documento intitulado "Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais". Mencionado documento sustenta que, além da realização das consultas prévias, livres e informadas serem obrigatórias também a comunidades tradicionais em sentido amplo, seria necessário o consentimento das comunidades afetadas para execução do empreendimento. A simples consulta, em certos casos, não teria o condão para cancelar os empreendimentos realizados, sendo necessário o consentimento, ou concordância das comunidades com as medidas que serão adotadas¹.

Ressalta-se, contudo, que se trata de documento orientador, sem natureza vinculante para os membros do MPF. É possível, portanto, que diferentes Procuradores entendam a matéria de forma distinta. Na prática, o documento é amplamente utilizado pelos Procuradores nas suas manifestações e na condução de procedimentos administrativos.

¹ DUPRAT, Deborah. A Convenção nº 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Convenção nº 169 da OIT e os Estados Nacionais*/ Organizadora: Deborah Duprat - Brasília: ESPMI, 2015, p.68

Desse modo, nota-se ainda grande incerteza quanto à aplicabilidade da oitiva prevista pela Convenção nº 169, sobretudo diante da ausência de regulamentações da Convenção, fato que gera incertezas e entendimentos distintos por parte dos diferentes órgãos fiscalizadores e aplicadores dos seus conceitos.

b) Do veto por parte das comunidades interessadas

Não obstante a legislação brasileira não ser expressa quanto a um possível direito de veto por parte das comunidades interessadas, sobretudo no caso da ausência de consentimento, vale dizer que, o ordenamento jurídico brasileiro, a rigor, não autorizaria o veto de comunidades interessadas impactadas em relação às atividades administrativas ou legislativas executadas.

Há medidas de controle, mas que não se confundem com um veto irrestrito e discricionário das comunidades interessadas.

A possibilidade de veto sob qualquer circunstância, isto é, um veto puramente discricionário, além de não possuir respaldo na legislação, conflitaria com dispositivos da Constituição Federal Brasileira, além de conceder às comunidades interessadas poderes que são exclusivos das autoridades competentes para autorização ou rejeição de projetos e empreendimentos.

A doutrina especializada também se orienta desta forma:

Cabe, no ponto, indagar se o resultado da consulta, tal qual estabelecida pela Convenção OIT-169, tem caráter deliberativo, isto é, se as opiniões das comunidades afetadas têm eficácia vinculatória para os órgãos administrativos licenciadores.

Não tem. O que existe é o dever da Administração Pública considerar o que foi debatido nas reuniões e audiências públicas, o que está longe de se traduzir em vinculação².

² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 991.

O direito ao veto, portanto, deve ser entendido de forma evidentemente limitada. Sob a ótica dos empreendimentos passíveis de afetação de comunidades interessadas, o veto irrestrito feriria o princípio da livre iniciativa insculpido no art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

Se determinado empreendedor é autorizado e obtém todas as licenças e aprovações técnicas, observada a proteção ao meio ambiente e aos direitos das comunidades afetadas, não haveria razões para impedir a execução da atividade.

Do mesmo modo, o direito a veto irrestrito permitiria que as comunidades interessadas pudessem a passar a definir os critérios e regras das atividades administrativas e legislativas a serem implementadas, esvaziando as prerrogativas do órgão/autoridade competente para tanto, além de minar o interesse do setor privado no desenvolvimento de projetos.

Nada obstante, se verificadas irregularidades ou ações não autorizadas pelo órgão verificador competente, como a ausência de comunicação de comunidades interessadas e potencialmente impactadas pelo empreendimento, medidas de controle poderão ser impostas, de modo a impedir a execução e concretização das atividades pretendidas.

c) A Lei de Biodiversidade e o consentimento prévio, livre e informado

Além da Convenção nº 169 da OIT, a legislação brasileira também determina a consulta prévia, livre e informada na Lei de Biodiversidade (Lei Federal nº 13.123/2015). Diferentemente do que acontece com o licenciamento ambiental, a Lei de Biodiversidade trouxe a necessidade do *consentimento* e não de apenas consulta às comunidades interessadas.

Assim, mencionada Lei não só trouxe definições sobre o consentimento livre, prévio e informado, como também dispôs sobre a obrigatoriedade de sua observância para acesso ao conhecimento tradicional associado. O art. 9º da referida norma estabeleceu que:

Art. 9º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.

Assim, o acesso ao conhecimento tradicional associado está condicionado à comprovação de consentimento prévio informado, por meio de assinatura de termo, registro audiovisual, parecer do órgão representativo ou adesão na forma prevista em protocolo comunitário, todos a critério da população indígena, comunidade tradicional ou do agricultor tradicional originalmente detentor do conhecimento tradicional identificável.

Outro ponto relevante de destaque é que todas as comunidades tidas como tradicionais, e portanto definidas e listadas nos Decretos Federais nº 6040/2007 e 8750/2016, devem ser incluídas no caso do consentimento acerca do acesso ao conhecimento tradicional associado.

d) A consulta prevista pelo Decreto Federal sobre Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos

O Decreto Federal nº 9.751/2018 dispõe em seu art. 6º, VII, que as sociedades empresárias devem promover a consulta livre, prévia e informada das comunidades impactadas pela atividade empresarial realizada. O referido dispositivo dispõe que:

Art. 6º É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e, principalmente:
[...]
VII - promover a consulta livre, prévia e informada das comunidades impactadas pela atividade empresarial;

Vale dizer, os empresários possuem responsabilidade social pelos riscos e impactos adversos que podem causar aos direitos humanos das comunidades locais, razão pela qual seria necessário a consulta prévia e também livre e informada dos possíveis grupos a serem afetados pelas ações executadas.

Importa ressaltar que mencionada legislação não faz qualquer distinção sobre quais comunidades devem ser ouvidas nesse processo, de modo que a extensão dos possíveis interessados, nesse caso, nos parece mais ampla. Dessa forma, caberia aos empresários incluir seus trabalhadores, clientes e toda a comunidade potencialmente afetada em suas consultas, independentemente de sua tradicionalidade ou modo de vida.

II.3. Normas específicas sobre proteção indígena no Brasil

Com efeito, além das normas acima mencionadas, o ordenamento jurídico brasileiro ainda dispõe de normativos específicos relacionados à proteção das comunidades indígenas.

Antes mesmo da ratificação e promulgação da Convenção nº 169 da OIT, o Brasil já dispunha sobre o tema no Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6.001/1973), o qual traz dispositivos sobre a proteção das comunidades e preservação dos direitos indígenas.

A própria Constituição Federal do Brasil (1988) possui artigos específicos sobre a proteção das comunidades indígenas. O art. 231 do texto constitucional, por exemplo, instituiu que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (Grifos acrescentados)

Desse modo, inclusive em sede constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro possui regras específicas relacionadas à proteção e preservação dos direitos das comunidades indígenas. Destaque para proteção e respeito aos costumes e tradições, o uso da terra que utilizam para sustento, assim como a oitiva das comunidades afetadas pelos empreendimentos executados.

Vale dizer que em razão do seu caráter integracionista (resultado do contexto histórico em que foi criado), o Estatuto do Índio não foi integralmente recepcionado pela Constituição de 1988, de modo que, atualmente, sua interpretação deve se dar conforme preconizam os dispositivos da Constituição Federal³.

A criação de um Ministério dos Povos Indígenas pela atual gestão do Governo Federal deverá dar maior visibilidade aos pleitos dos povos originários e editar normas que deverão contemplar as consultas prévia, livre e informadas.

III. JURISPRUDÊNCIA

O Brasil ainda não possui entendimentos jurisprudenciais vinculantes quanto aos parâmetros para aplicação da consulta prévia, livre e informada. Há, contudo, julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunais Regionais Federais (TRF's) que abordam a temática tratada.

No entanto, ressalta-se novamente que, em razão da insegurança jurídica advinda da ausência de regulamentação das oitivas, o tema vem sendo cada vez mais judicializado e ainda não possui direcionamento majoritário por parte dos tribunais.

É de se dizer que até o momento, a jurisprudência vinha aplicando o entendimento mais alinhado com o que preconiza o IBAMA e AGU, por meio Despacho de Aprovação nº 00219/2022/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU e Despacho nº 00034/2017/PGF/AGU, no sentido de que a consulta prévia, livre e informada deveria atender aos limites determinados pela Portaria Interministerial nº 60/2015.

Contudo, nos últimos anos, temos notado que o Judiciário tem adotado posicionamento mais abrangente e protecionista com relação a aplicação das normas atualmente existentes, incluindo a necessidade de consulta aos povos indiretamente afetados e, eventualmente, fora dos limites determinados pela Portaria Interministerial.

³ SANTOS FILHO, Roberto Lemos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48.

Neste aspecto, de mais relevante, destaca-se o já mencionado entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao verificar as comunidades passíveis de proteção quanto aos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT, definiu que a Convenção também deve ser aplicada quando houver o interesse de comunidades quilombolas afetadas.

A ementa do julgado assim dispôs:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade. (...)

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa. (...)

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. 8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003. 9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos

Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.

(...)

A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3239, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em julgamento monocrático sobre o licenciamento ambiental de usina hidrelétrica, publicado em 02/09/2022, o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou o entendimento sobre a necessidade de oitiva das comunidades afetadas previamente à edição de norma pelo Congresso Nacional que autorizou a implementação do empreendimento.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA, o Ministro dispôs que a interpretação do dispositivo da Convenção deve abranger, além de terras indígenas sobrepostas aos empreendimentos, também aquelas direta, e inclusive, as indiretamente impactadas, em interpretação sistemática do art. 231, §3º, da Constituição Federal.

No voto proferido, o Ministro esclareceu que:

(...) não se sustenta o argumento do IBAMA, igualmente sustentado pela UNIÃO, de que o empreendimento não se localiza em terras indígenas, pois, conforme muito bem destacado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mostra-se inegável que, **embora empreendimento em si não esteja totalmente localizado em áreas indígenas, os seus impactos – os quais abrangem área muito superior à do próprio empreendimento – indiscutivelmente abrangeram terras indígenas.**

(...)

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

Do mesmo modo, em julgado monocrático publicado em 23/03/2021, a Ministra Cármen Lúcia, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.312.132/RS, também determinou sobre a necessidade de consulta prévia das comunidades indígenas afetadas, assim como a efetiva participação das comunidades no projeto de licenciamento

ambiental. No voto, a Ministra esclareceu que a instalação do pretendido terminal de grãos deveria observar o disposto pela Convenção nº 169 da OIT.

Assim, nas palavras da Ministra:

A necessidade de estudos de impacto ambiental e a consulta prévia e participação de povos indígenas na aprovação de projetos empresariais que poderão causar impactos ambientais em suas comunidades devem observar os procedimentos previstos na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que foi incorporada ao Direito Brasileiro e tem legitimidade nos postulados de proteção e garantia dos direitos dos índios previstos nos arts. 231 e 232 da Constituição da República.

Conquanto os julgados ainda sejam de natureza monocrática, demonstram o posicionamento recente adotado pelo Supremo Tribunal Federal para referendar a necessidade da oitiva da Convenção quando houver impactos às comunidades indígenas e indicam uma tendência de aplicação extensiva dos preceitos da Convenção e dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal para empreendimentos que não apenas as hidrelétricas previstas no art. 231 da CF.

Ademais, na esfera de competência dos tribunais locais, o TRF-1, por exemplo, também possui precedente bastante específico sobre a necessidade de consulta prévia, livre e informada das comunidades locais, sob pena de tornar o empreendimento e atividades desenvolvidos ilegais:

PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DO PÓLO NAVAL DE MANAUS/AM. COMUNIDADES RIBEIRINHAS. CONSULTA PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL. BRASIL. PAÍS SIGNATÁRIO. OBSERVÂNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. NECESSIDADE. 1. Não foram infirmados no presente recurso os fundamentos da decisão agravada, que deram azo à determinação de que tanto a União quanto o INCRA não realizassem nenhuma transferência de seus imóveis, a qualquer título, para o Estado do Amazonas, além da proibição de retirar ou remover as comunidades ribeirinhas de suas terras durante o curso da ação civil pública em trâmite no Juízo de origem. 2. Para a implantação do Pólo Naval no Estado do Amazonas, faz-se necessária a observância às normas supralegais - Convenção 169 da OIT, Convenção da Diversidade Biológica e Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, da qual o País é signatário -; constitucionais - artigos 215 e seu § 1º, 216, 231 e 232 -; e infraconstitucionais referentes à proteção dos direitos inerentes às populações tradicionais. **3. A ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima.** 4. Nas informações prestadas pelo Juízo de origem constata-se que a ação civil pública encontra-se concluída para decisão em razão do Estado do Amazonas ter pugnado, na fase de especificação de provas, pela produção de prova

pericial complexa, para fins de realização de exame, vistoria por parte de engenheiros ambientais e antropólogos, com o fito de serem fixados quais seriam os impactos a serem sofridos pelas comunidades ribeirinhas supostamente afetadas pela implantação do Pólo Naval e ainda, se haveria comunidade diretamente afetada pelo empreendimento. 5. Diante do quadro fático apresentado, afigura-se necessária a manutenção da decisão agravada. 6. Agravo de instrumento da União não provido.

(AG 0031507-23.2014.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 3172 de 12/06/2015)

Apesar da existência de julgados sobre o assunto, o tema, contudo, carece de pacificação e maior aprofundamento por parte dos tribunais. Diante da ausência de regulamentação dos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT, permanecem em dúvida questões como quais são as comunidades a que deve se aplicar a oitiva, como a oitiva deve ser realizada, bem como se a comunidade possui a possibilidade de veto.

IV. CONCLUSÃO

Em síntese, o Brasil, além de ter ratificado e promulgado a Convenção nº 169 da OIT, possui dispositivos internos que tratam de formas de consulta prévia, livre e informada das comunidades afetadas e/ou interessadas pelos empreendimentos potencialmente poluidores. Há, a rigor, frentes relativas à oitiva, sobretudo para participação popular em medidas administrativas e legislativas que possam afetar comunidades indígenas ou tribais e também atividades empresariais que possam impactar em direitos humanos, e uma frente relativa ao consentimento para o acesso e uso do conhecimento tradicional associado.

Não obstante o exposto, a Convenção nº 169 da OIT, em específico, ainda carece de regulamentações, fato que gera dúvidas e incertezas quanto aos procedimentos e regras para aplicação da oitiva às comunidades afetadas. Os tribunais, do mesmo modo, não pacificaram entendimentos vinculantes sobre o assunto e ainda caminham para consolidação da jurisprudência.

O cenário brasileiro atual, portanto, possui como parâmetro os entendimentos e orientações dos órgãos ambientais e Ministério Público Federal, apesar de conflitantes e também geradores de dúvida quanto à oitiva das comunidades, de modo que a judicialização sobre o tema avança paulatinamente.

Em razão da orientação político-administrativo da atual gestão do Governo Federal e a criação do Ministério dos Povos Indígenas, entretanto, a tendência esperada é que o tema maior visibilidade, com a edição de normas e medidas que visem garantir uma maior e mais ativa participação popular em projetos e empreendimentos capazes de afetar as populações locais.

Trench Rossi Watanabe