

A participação dos povos indígenas e tribais

Oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai (IN FUNAI 01/2012)

EDUARDO FORTUNATO BIM

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza política da autorização do Congresso Nacional: o julgamento Raposa Serra do Sol e o posicionamento da Advocacia-Geral da União na oitiva dos povos indígenas. 3. Âmbito de aplicação da Convenção OIT 169: conceito de povos tribais e indígenas. 4. A questão da oitiva (coleta de opinião) dos povos indígenas (Convenção OIT 169 e CF, art. 231, § 3º): natureza de consulta e não de consentimento prévio. 5. Diferença entre a oitiva das comunidades indígenas e tribais e as audiências públicas. 6. Oitiva somente quando empreendimento (de exploração de recursos) estiver em terras indígenas ou tribais: insuficiência do impacto direto. 7. Necessidade de oitiva para implementar a obra, não para autorizá-la, ainda que condicionalmente. 8. A representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal e a boa-fé. 9. A necessidade de procedimentos prévios para a consulta e a razoabilidade do prazo. 10. A possibilidade de delegação da oitiva das comunidades indígenas pelo Congresso. 11. A participação da Fundação Nacional do Índio (Funai) no processo de licenciamento ambiental (IN FUNAI 01/2012) e a oitiva dos povos indígenas nesse processo. 12. Conclusão.

Eduardo Fortunato
Bim é doutorando
em Direito do Estado
pela USP, mestre em
Direito pela Unimep,
professor da Facamp e
Procurador Federal.

1. Introdução

A democracia não exclui ninguém do diálogo, ainda mais a que se funda na cidadania e no pluralismo, como é a brasileira (CF, art. 1º, II e V). Os povos indígenas e tribais também têm o direito de participar das

decisões estatais, contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da gestão da coisa pública. Suas oitivas não se baseiam na auscultação da população genericamente considerada, que visa à participação de todos, apenas na dos índios e na dos povos tribais.¹

Estudar o espaço da oitiva dos povos indígenas e tribais, conforme normativamente previsto, bem como sua relação com as audiências públicas e o licenciamento ambiental, é fundamental para a compreensão da inclusão desses povos na dinâmica democrática.

2. Natureza política da autorização do Congresso Nacional, o julgamento Raposa Serra do Sol e o posicionamento da Advocacia-Geral da União na oitiva dos povos indígenas

A oitiva das comunidades indígenas também tem como objetivo subsidiar a atuação estatal, mas em seu aspecto político, pois o destinatário das informações trazidas pelos indígenas é o Congresso Nacional, que deve deliberar, politicamente (CF, art. 49, XVI), sobre a realização da obra ou empreendimento nas terras indígenas. Segundo o STF, esse ato se traduz em “legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva” (BRASIL, 2007a), devendo ser concretizado por decreto legislativo, uma vez que se veda a interferência do Executivo nessa decisão (BRASIL, 2005).

Caracterizando-se como uma questão política (*political question*)², sua margem decisória é ampla. Outros efeitos dessa natureza política são a quantidade de informações que o Congresso Nacional considerará suficiente para decidir, o meio pelo qual elas serão apresentadas, e a ausência de motivação. Em que pese a boa-fé na oitiva pressupor a apresentação às comunidades indígenas de uma concepção básica do projeto do empreendimento ou obra, a autorização do Congresso independe de qualquer documento, laudo ou estudo.

¹ Não se confundindo, entretanto, com a audiência pública, a oitiva das comunidades indígenas e tribais têm diversos pontos de aplicação comum, uma vez que ambos são instrumentos participativos, embora a oitiva restrinja-se somente aos povos indígenas e aos tribais, o que não ocorre com as audiências e consultas públicas. Por isso, exceto pelas especificidades a seguir, o regime da oitiva é igual ao da audiência ou consulta públicas.

² Ao contrário do juiz, que deve motivar a sua decisão (livre convencimento motivado), o Congresso não precisa motivar (basta expedir o decreto legislativo), embora também tenha liberdade para analisar, produzir, aguardar e/ou solicitar os documentos que entender necessário para decidir, podendo aguardar, ao contrário do que já decidiu o TRF da 1ª Região, o EIA/RIMA: “[...] 5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos” (TRF da 1ª Região, 6ª T., v.u., AI 2001.01.00.030607-5/PA, rel. Des. Fed. Alexandre Machado Vasconcelos (conv.), j. em 17/09/2001, DJU 25/10/2001, p. 424). Cf., no mesmo sentido: TRF da 1ª Região, 6ª T., v.u., REO 1999.01.00.109279-2/RR, rel. Des. Fed. Moacir Ferreira Ramos (conv.), j. em 24/11/2006, DJU 29/1/2007, p. 09.

A oitiva das comunidades indígenas ocupa lugar de destaque porque não apenas pode influenciar no projeto original da obra, uma vez que os subsídios colhidos na oitiva devem ser utilizados na avaliação de impacto ambiental, mas também gerar o deslocamento das comunidades de seu local de origem. *A deliberação acerca da remoção dos grupos indígenas pode ser efetuada no mesmo ato que autoriza a obra*, caso o projeto da obra seja explícito sobre o deslocamento.³

Acrescente-se, por fim, que a Advocacia-Geral da União (AGU) regulou a exegese de algumas questões indígenas na Portaria AGU 303/12, de 16 de julho de 2012 (BRASIL, 2012), que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo STF na Petição 3.388/RR.⁴ Essa portaria fixa a interpretação das salvaguardas às terras indígenas e deve ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, em outras palavras, vincula todos os órgãos e membros da AGU, e dispõe sobre algumas questões que se

³ Não se faz necessário ato específico, porque, uma vez autorizada a obra que exija a remoção das comunidades indígenas pelo Congresso Nacional, presume-se que a obra reflete o interesse da soberania do país e a autorização de remoção (CF, art. 231, § 5º), o que seria mera consequência lógica e inexorável. O juízo aqui é político e independe de regulamentação legal, uma vez que se constitui em conceito jurídico indeterminado. Ainda que a oitiva das comunidades indígenas tenha como fim subsidiar a decisão política do Congresso Nacional, de maneira alguma isso significa que os índios estão desamparados nas fases posteriores do empreendimento, caso ele tenha sido autorizado pelo Congresso. No processo de licenciamento ambiental, os índios contam com o respaldo da Funai e são consultados diversas vezes durante o processo no qual a Funai acompanha o licenciamento ambiental, como se verá.

⁴ Essa portaria previa a sua entrada em vigor na data de sua publicação (art. 6º), que foi prorrogada pela Portaria AGU 308/12 para 24/9/2012 e, por fim, para o “dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal”, com a redação dada pela Portaria AGU 415/12 (DOU 18/9/2012). A publicação deste acórdão ocorreu em 4/2/2014, motivo pelo qual a partir de 5/2/2014 a Portaria AGU 303/12 está em pleno vigor.

relacionam com a oitiva dos povos indígenas. Em seu artigo 1º, v, ela preceituou:

“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;” (Brasil, 2012).

Ocorre que a única inovação nesse ponto da Portaria AGU 303/12 foi torná-la obrigatória para os órgãos da Advocacia-Geral da União, uma vez que essa salvaguarda já existia no voto do Min. Menezes Direito na Petição 3.388/RR.⁵ Foi o próprio Supremo que trouxe tais salvaguardas para a decisão do colegiado, determinando, ainda, que a sua execução ocorresse imediatamente. Enquanto o STF não alterar o seu entendimento, a Portaria AGU 303/12 é legal e constitucionalmente hígida, devendo ser observada pelos membros e órgãos da AGU.

De qualquer forma, é importante frisar que o direito de ser ouvido (oitiva) não é absoluto,

⁵ Nesse julgamento, conhecido como o da Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que o voto do relator agrega “aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão” (BRASIL, 2010). Condicionantes que foram mantidas no julgamento dos embargos declaratórios, constando da ementa: “[...] 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material” (BRASIL, 2014).

tendo o STF decidido que o usufruto dos índios “não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional⁶” (BRASIL, 2010), lição com tanto mais razão aplicável aos povos tribais, que não têm usufruto de nada.

3. Âmbito de aplicação da Convenção OIT 169: conceito de povos tribais e indígenas

A Convenção OIT 169 diz que ela se aplica aos povos indígenas e tribais (*Indigenous and Tribal Peoples* ou *Peuples Indigènes et Tribaux*). Embora o escopo do presente texto esteja mais voltado aos povos indígenas, faz-se oportuno discorrer sobre o que se entende como povos tribais, ainda que esses não estejam abrangidos pela cláusula do artigo 231, § 3º da Constituição Federal.

A Convenção OIT 169 (1989) substituiu a Convenção OIT 107 (1957). Esta, concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, era expressa em se dizer aplicável às populações tribais e semitribais. No atual diploma normativo, o termo *semitribal* foi eliminado, restando apenas povos tribais.

O conceito de semitribal vem dado na própria Convenção OIT 107, abrangendo, para fins da Convenção, “os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional” (art. 1º, 2) (OIT, 1957).

Isso significa que existem povos tribais e não tão tribais (semitribais), uma vez que ainda não perderam todas as características de tribal, embora estejam a caminho de perdê-las.

A questão ganha relevância porque existe corrente que almeja equiparar *automaticamente* povos tribais às comunidades tradicionais (v.g., seringueiros, ribeirinhos, caiçaras, babaçueiros, quilombolas), entendimento que se reputa equivocado.⁷ Equiparar povos tribais como aqueles

⁶ Aspecto mantido no julgamento dos embargos de declaração (BRASIL, 2014).

⁷ Se essa associação automática for procedente, o Decreto 4.887/03 – que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT – deveria, só por esse motivo, ser julgado inconstitucional na ADI 3.239, uma vez que se desconhece a consulta prévia às comunidades quilombolas nacionais antes da edição desse ato, o que feriria o artigo 6º, I.a, da Convenção OIT 169. A consulta deve ser efetuada “independentemente de que tal efeito seja positivo ou negativo, aspecto este que deve ser, precisamente, o objeto da consulta” (RUBIO, 2009, p. 140).

As primeiras consultas às comunidades quilombolas ocorreram entre 15 e 17 de abril de 2008, para a edição de IN do Inbra que disciplinaria os procedimentos de titulação de terras de quilombo, em substituição a IN Inbra 20/2005 (atual IN Inbra 49/2008). A Advocacia-Geral da União, através de despacho do Advogado-Geral da União, reconheceu que essa era a primeira consulta do Governo Federal às comunidades quilombolas: “Destaco, por fim, importante avanço na efetivação das diretrizes da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, consistente na realização da primeira consulta do Governo Federal às comunidades quilombolas, em face da proposta de alteração de ato normativo que

descendentes das tribos africanas que vivam como tal é razoável (caso de algumas comunidades quilombolas), mas não a identificação com todas as comunidades tradicionais.

Tal equiparação automática não tem razão de ser, uma vez que a Convenção OIT 169 não se aplica somente aos povos indígenas e tribais, excluindo os semitribais, mas também porque ela se aplica aos (i) povos tribais em países independentes, (ii) cujas condições sociais culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e (iii) que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.⁸

Ademais, apenas para argumentar, pegando parte do conceito de comunidade tradicional do Decreto 6.040/07,⁹ não se poderia considerar como povo tribal, pela dificuldade de enquadrá-lo como comunidade tradicional, aquele que não usa “territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, I) (BRASIL, 2007b).

O conceito semitribal deveria ser aplicado aos povos indígenas também, uma vez que índio que vive como não índio, sem usar a terra, locando-a e vivendo de rendas, ou trabalhando nela como qualquer agricultor, não deve receber a proteção da Convenção OIT 169 em termos de prévia consulta. Caminhonetes, aviões, armas

disciplina a efetivação de seus direitos. Trata-se de momento histórico a ser exaltado” (BRASIL, 2008b).

⁸ A Convenção OIT 107, em seu artigo 1º, era aplicável aos (i) membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, (ii) cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingindo pelos outros setores da comunidade nacional e (iii) que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial (OIT, 1957).

⁹ Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

de fogo (v.g., fuzis etc.), TVs, computadores, internet etc. podem ser indícios de que não se trata mais de comunidade indígena pura, ainda que em áreas demarcadas, afastando a necessidade da proteção especial conferida pela Convenção OIT 169 pela equiparação ao povo semitribal da revogada Convenção OIT 107.

Em suma, a caracterização automática da comunidade tradicional como povo tribal, para fins da aplicação da Convenção OIT 169, deve ser vista caso a caso e com cautela, mormente considerando que não basta ser povo tribal, mas é preciso cumprir outros requisitos, o que torna diversas comunidades tradicionais muito mais semitribais do que propriamente tribais.

4. A questão da oitiva (coleta de opinião) dos povos indígenas (Convenção OIT 169 e CF, art. 231, § 3º): natureza de consulta e não de consentimento prévio

Como se disse, a democracia não exclui ninguém do diálogo, ainda mais a que se funda na cidadania e no pluralismo, como é a brasileira (CF, art. 1º, II e V).¹⁰ Como cidadãos que são, os índios e os tribais participam das decisões estatais, mas o fazem de forma e em casos especiais, mediante oitiva, que nada mais é do que uma consulta específica. A consulta ou oitiva dos povos indígenas e tribais é *coleta de opinião*, processo “aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado

¹⁰ Os povos indígenas também têm o direito de participar das decisões estatais, contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da gestão da coisa pública. Exemplar, nesse sentido, a Constituição do Equador (2008), que expressamente reconhece que os diversos povos indígenas, afroequatorianos etc. formam parte do Estado equatoriano, uno e indivisível (art. 56).

exerce o direito de manifestar a sua opção” (MOREIRA NETO, 2001, p. 213). Frise-se, no estágio normativo atual da matéria, que a oitiva das comunidades indígenas e tribais é consulta e não consentimento ou consentimento prévio informado.

A previsão de que os índios e os povos tribais sejam consultados (separadamente do resto da população) sobre assuntos que os afetem está prevista na Convenção OIT 169 (arts. 6º, 1, a, 14 e 15, 2¹¹), aprovada pelo Decreto Legislativo 143/02 e promulgada pelo Decreto 5.051/04, a partir do qual se tornou aplicável ao ordenamento jurídico nacional, segundo entendimento do STF (BRASIL, 2001).

O procedimento de consulta previsto no artigo 15, 2 da Convenção deixa claro que a finalidade da oitiva é “determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras” (BRASIL, 2004).

A consulta/oitiva não se destina a obstar o empreendimento em suas terras,¹² apenas a saber qual a extensão dos eventuais prejuízos que os índios poderiam sofrer, auxiliando o procedimento de tomada de decisões estatais.

A Corte Constitucional colombiana, em decisão na qual reconheceu a aplicabilidade da Convenção OIT 169 (*Sentencia C175/09*), foi categórica ao reconhecer que “decisões anteriores deste Tribunal têm previsto que o dever de consulta prévia aos povos indígenas e tribais não constitui um poder de veto contra a implementação de medidas legislativas por parte do Estado”¹³ (COLOMBIA, 2009). O Supremo Tribunal Federal também

¹¹ “2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade de recursos minerais e de subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos existentes na terra, os governos, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras, *deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar esses povos*, para definir se e até que ponto seus interesses seriam prejudicados” (OIT, 1989).

¹² O conceito de terras indígenas deve respeitar o marco temporal utilizado pela Constituição: “A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 2010).

¹³ E citou um precedente em nota de rodapé: “Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: ‘Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la

entendeu que não haveria poder de veto ou consentimento na oitiva dos povos indígenas. Ao rechaçar a tese, o Min. Barroso, no caso Raposa Serra do Sol (EDcl na Pet 3.388/RR), teceu as seguintes considerações, citando inclusive o que já havia sido decidido:

“[...] conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas “não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade” (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado” (BRASIL, 2010).

Mesmo quando o artigo 6º, 2 da Convenção OIT 169 preceitua que a consulta nele prevista visa a chegar a um acordo ou obter o consentimento (“objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”), esse pode não existir (ou mesmo não ser possível), o que não significa que há efeito obstativo pela ausência de acordo ou consentimento. Ainda que a tentativa de acordo ou consentimento seja a finalidade da consulta, eventualmente ele pode não ser alcançado, o que está longe de significar que não se trataria de uma consulta, mas de consentimento, como ocorre com o plebiscito ou o referendo, quando estes são vinculantes. Como a própria OIT já consignou:

“59. O Comitê lembra que, na discussão sobre a adoção do artigo 6 da Convenção sobre Consulta Prévia, um representante do Secretário Geral indicou que, ao elaborar o texto, o Escritório não quis sugerir que as consultas referidas deveriam resultar na obtenção de um acordo ou no consentimento sobre o que se consulta, mas ao contrário, expressar um objetivo para as consultas” (RUBIO, 2009, p. 131).

O Estado deve buscar o acordo com os povos afetados, mas isso está longe de significar que ele pode mesmo ser possível. A síndrome NIMBY, o não desejo de um perigo de integração, dentre outros motivos, podem inviabilizar qualquer acordo. Nos casos de acordo ou consentimento impossível, o Estado não precisa realizar a consulta por ausência de objeto. O fato de a consulta não ser um meio de se obter um sim ou um não dos povos afetados, sendo um importante meio de diálogo, não impõe consulta nesses casos, mas obriga ao Estado levar em conta a opinião

autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento” (COLOMBIA, 2009).

dos povos indígenas e tribais em sua decisão. Se o acordo ou consentimento é impossível, o Estado já deve saber o porquê. Caso não saiba, a consulta se impõe para que saiba e use esse conhecimento em seu processo decisório.

Nesse contexto e ainda que sem força normativa,¹⁴ diferentemente da Convenção OIT 169, deve ser analisada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo artigo 32, 2 fala em consentimento livre e informado, que deve ser prévio à aprovação de qualquer projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos. Dispõe o artigo 32, 2:

“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” (DECLARAÇÃO, 2008).

Entretanto, além de a declaração não ter caráter normativo, diferentemente da Convenção OIT 169 e de nossa Constituição, a leitura do artigo 32, 2 deve ser interpretada com base em princípios democráticos.

A democracia é o governo da maioria, a qual não pode esmagar as minorias (vedação de ditaduras da maioria), assim como estas não podem anular decisões de interesse geral (ditadura das minorias). O que o Estado deve fazer é trabalhar para obter o consentimento dos povos indígenas – não necessariamente conseguiu-lo –, antes de tomar a decisão definitiva. Não pode uma mi-

noría obstar decisões da maioria, tanto que, se o consentimento fosse obrigatório, não haveria necessidade de tomar medidas apropriadas para a reparação justa e equitativa das consequências nocivas que as decisões estatais pudessem ter sobre as comunidades indígenas (art. 32, 3). O suposto acordo, baseado no hipotético consenso que a norma exigiria, já seria suficiente.

Nenhum segmento da população pode vetar políticas que a todos afetem. Os povos indígenas e tribais, fazendo parte do povo brasileiro, não podem prejudicar o interesse geral com um suposto direito de veto.

A ausência de consentimento é condizente com a democracia porque uma minoria não pode decidir pelo bem de todos. Esse foi o argumento usado pelo Equador quando, nos debates da Assembleia Constituinte de 2007, tentaram incluir na Constituição a obrigatoriedade do consentimento, ao invés da consulta, como prevista na Convenção OIT 169.¹⁵ Biviany Rojas Garzón constata ser impossível falar abstratamente de poder de veto ou de obrigação de consentimento nas consultas da Convenção OIT 169, ainda mais em “se tratando de sociedades plurais nas quais nenhum grupo deve ter o poder de impor sobre os demais” (GARZÓN, 2009, p. 293). Raciocínio também efetuado pela Senadora Marina Silva, ex-Ministra do Meio Ambiente, ao dizer que o veto desvirtuaria o sentido da Convenção OIT 169, devendo ser rechaçado “porque o poder de veto já ia pressupor que um grupo se sobrepõe ao conjunto da sociedade” (SILVA, 2009, p. 363).

O filósofo Julián Marías (2003, p. 3), em seu *Tratado sobre a Convivência*, mostrou-se preocupado com a substituição da imposição

¹⁴ A ausência de vinculatividade, de força normativa da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) é pacificamente reconhecida pela doutrina nacional (Cf. SILVEIRA, 2009, p. 47 e estrangeira Cf. KNICLEY, 2012, p. 92).

¹⁵ Disse o Presidente da República equatoriana, àquela altura, que a criação do consentimento não seria possível porque “implicava em que uma minoria de 2% da população equatoriana decidia sobre recursos que pertencem a todos os equatorianos” (MELO, 2009, p. 180).

das vigências majoritárias, que oprimiam as minorias discrepantes, “por outra, que de certo modo a inverte: *são os discrepantes que procuram impor-se*”. Classifica tal tendência como

“estranho fenômeno iniciado ultimamente: a opressão das maiorias pelas minorias. [...] Produziu-se uma glorificação de interesses, atitudes, propósitos de grupos muito reduzidos, por vezes minúsculos, dos quais se fala todo o tempo, que estão presentes diante de todos os olhos e os ouvidos, que ocupam uma desmedida parte do horizonte público. Deveria ser feita uma apuração do que realmente significam, e de sua comparação com o volume efetivo das maiorias quase silenciosas. Os direitos das minorias a expressar-se e fazer valer seus pontos de vista me parecem essenciais; [...] O que me parece indesejável é que elas exerçam opressão, porque toda opressão me repugna. E se os mais numerosos ficam obscurecidos por muito poucos, isso significa ademais uma usurpação, uma desfiguração do real, em suma uma falsificação” (MARÍAS, 2003, p. 226-227).

A própria Convenção OIT 169 autoriza a remoção dos índios ou povos tribais, somente reconhecendo o direito de eles voltarem a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento (art. 16,3). Harmonizando interesses para que não haja ditadura da minoria, esse diploma normativo deixa claro que a remoção dos índios ou tribais é possível, embora indesejável sem o seu consentimento.

Nossa Constituição também efetuou o mesmo balanceamento, ao preceituar que somente haverá remoção dos índios (não há previsão para os povos tribais) de suas terras em hipóteses restritas, o que inclui o interesse nacional, havendo deliberação do Congresso Nacional, garantindo-se o retorno imediato logo que cesse o risco, quando este for a causa da remoção (art. 231, § 5º). O conceito de interesse nacional não precisa ser detalhado em lei, porque é conceito jurídico indeterminado. Só haveria necessidade de lei se a Constituição o exigisse, como fez no § 3º do artigo 37, o que, além de não ter ocorrido no caso, se torna desnecessário em face de conceito jurídico indeterminado.

A única previsão normativa que fala em consentimento prévio informado reside na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), aprovada pelo Decreto Legislativo 2/94 (BRASIL, 1994) e promulgada pelo Decreto 2.519/1998. Ao citar o consentimento prévio informado (*Prior Informed Consent* – PIC), ela o faz como *requisito de acesso aos recursos genéticos* (art. 15, 5), não como requisito para construção de empreendimentos em seu território ou mesmo consentimento com eventuais impactos que eles causem. O Estado brasileiro reconheceu que tal consentimento deveria ser dado, preliminarmente, pelas comunidades indígenas ou locais, quando em jogo o acesso ao patrimônio genético (MP 2.186-16/01,

art. 8º, § 1º), embora ele tenha guardado para si a autorização final através do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) ou instituição por ele credenciada (MP 2.186-16/01, art. 8º, *caput*, c/c art. 4º da Resolução CGEN 5/03). Despropositado querer usar a previsão da CDB para interpretar a oitiva das comunidades indígenas, ou mesmo tribais, quando de empreendimentos ou autorizações de qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.

Mesmo a Constituição da Bolívia, aprovada em referendo constitucional em janeiro de 2009, que, sem dúvida, é uma das cartas constitucionais que mais prevê direitos aos indígenas, não exige o consentimento, apenas a consulta, ainda que obrigatória. Ela prevê como direitos dos povos indígenas serem consultados mediante procedimentos apropriados, particularmente através de suas instituições, toda vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los. Nesse contexto, respeitar-se-á e se garantirá o direito à consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado em relação à exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam (art. 30, II, 15).

Essa opção constitucional boliviana foi mais do que consciente, foi eloquente porque o Tribunal Constitucional boliviano declarou inconstitucional frase do artigo 115 da Lei de Hidrocarbonetos (Lei 3.058/05), que previa o consentimento dos povos consultados.¹⁶ O

¹⁶Na redação original constava: “ARTÍCULO 115º (Consulta). En concordancia con los Artículos 6º y 15º del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas.” A Sentença Constitucional 0045/2006, de

argumento do Tribunal, segundo Marin Abadí Gutierrez López (2009, p. 194), foi o de que, “apesar da consulta por mandato da Convenção OIT 169 ser obrigatória, essa consulta não implica em outorgar autoridade à consulta, e, portanto, o consentimento dos povos indígenas impede ou vai contra a vontade geral do Estado e do resto da população.”

4.1. A diferença entre a consulta prévia do artigo 6º, 1, a), e a do artigo 15, 2, da Convenção OIT 169

Existe discussão na doutrina sobre o âmbito de aplicabilidade da consulta prévia aos povos indígenas e tribais porque a prevista no artigo 6º parece mais abrangente do que a prevista no artigo 15 da Convenção OIT 169 (1989), tornando esta última desnecessária.

Isabela Figueroa doutrina que as previsões específicas na Convenção OIT 169 servem para reforçar a necessidade de oitiva em determinados casos específicos, mas esses dispositivos devem ser vistos em harmonia com o artigo 6º.¹⁷ Por isso, a autora critica o entendimento de que não há dever de consultar se o empreendimento não estiver em terras indígenas. Para ela, quando coexistirem os requisitos dos artigos 1º e 6º da Convenção, “a obrigação de consultar está configurada. A C169 não indica que os projetos a ser consultados são aqueles que estão no interior de terras demarcadas” (FIGUEROA, 2009, p. 41).

Adotar esse posicionamento tem importantes desdobramentos práticos. Significa que deve

02 de junho de 2006, declarou inconstitucional o artigo 115 da Lei 3.058 na frase “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”.

¹⁷“Mas ainda que os artigos 15 e 22 classifiquem tipos específicos de consulta, não devem ser interpretados restritivamente, de forma a limitar as situações que devem dar lugar a consulta, mas sim ser lidos conjuntamente com os artigos 6 e 7 da C169” (FIGUEROA, 2009, p. 34).

haver consulta aos povos indígenas ou tribais, ainda que a atividade ou empreendimento não esteja dentro das áreas ocupadas por eles, uma vez que se poderia estar diante do caso previsto no artigo 6º, 1, a).

A tese é sedutora, mas esbarra em óbice intransponível, qual seja, inutiliza a consulta prevista no artigo 15, 2, segundo o qual a consulta prévia é necessária quando a obra ou atividade ocorre dentro da área indígena.

A consulta do artigo 6º, 1, a), por outro lado, nada dispõe sobre obra ou atividade, preceituando que deverá haver consulta aos povos interessados “sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º, 1, a)).

Enquanto no artigo 15, 2 se exige que exista obra ou atividade em área indígena (dentro das terras), o artigo 6º, 1, a), pressupõe medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetação direta aos povos indígenas ou tribais como aptas a deflagrar a necessidade de consulta.

A interpretação que se propõe é a sistemática, harmonizando ambos os dispositivos sem tornar algum deles desnecessário, por ser fagocitado pelo outro.

Não teria sentido prever uma consulta para os casos nos quais a atividade ou empreendimento fosse dentro das terras indígenas ou tribais (art. 15, 2) e prever outra mais ampla que fosse obrigatória com critérios bem mais rigorosos (art. 6º, 1, a)). Bastaria prever apenas que qualquer medida legislativa ou administrativa suscetível de afetar os povos diretamente ensejaria a consulta; o posicionamento geográfico da atividade ou empreendimento pouco importaria, o que tornaria desnecessária a previsão do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169.

Entretanto, como são dispositivos normativos diferentes, o intérprete deve conjugá-los, estabelecendo os limites de cada um, mas extraindo a utilidade conjunta de todos, uma vez que, se na lei não há palavras inúteis, com tanto mais razão, incisos inteiros.

A interpretação que conjuga ambos os dispositivos e evita a sobreposição autofágica é aquela que reserva a consulta do artigo 6º, 1, a) às medidas legislativas ou administrativas de caráter nacional que afetem os povos indígenas ou tribais, reservando-se a consulta do artigo 15, 2 aos empreendimentos e atividades que estão em área desses povos.

A intenção da Convenção é garantir a consulta aos povos indígenas e aos tribais, mas em casos diferentes. Existe previsão específica (art. 15, 2) porque a geral (art. 6º, 1, a)) tem área de atuação diferenciada, focalizando alterações legislativas ou administrativas com impacto em todos os povos, na alteração de política pública que tenha alcance nacional. Quando a medida for pontual, não impactando a política pública como um todo, como é o caso de obras e atividades, seguem-se as regras especiais, no caso a do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169.

O artigo 6º não é soldado ou cláusula de reserva, utilizável quando as demais previsões de consulta não forem aplicáveis. As cláusulas de reserva vêm no final da regulação, com redação enfatizando a sua subsidiariedade. O artigo 6º está bem no começo da Convenção OIT 169, não existindo nada a indicar ainda o seu caráter subsidiário. Ele exige a participação, via consulta, nos casos nos quais o Estado queira modificar ou criar políticas públicas que requeiram atos legislativos ou administrativos. Se a alteração for pontual, não abrangendo a todos os povos indígenas ou tribais, entra em ação cláusula de consulta especial, como a do artigo 15, 2 (obra ou empreendimento dentro do território).

Essa leitura parecer ter sido encampada pela recente Constituição do Equador (2008), aperfeiçoamento notório do que dispunha a anterior (EQUADOR, 1998).¹⁸ Com precisão, a atual Constituição equatoriana – depois de expressamente reconhecer que os diversos povos indígenas, afroequatorianos etc. formam parte do Estado equatoriano, uno e indivisível (art. 56) – é categórica em prever a consulta obrigatória e oportuna, sobre planos de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis “que se encontrem em suas terras e que possam afetá-los ambiental ou culturalmente” (art. 57, 7).¹⁹ Aparentemente, seguindo o

artigo 6, 1, a), da Convenção 169 da OIT, previu também que os índios têm o direito de “ser consultados antes da adoção de uma medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos” (art. 57, 17).

A Magna Carta equatoriana anterior (1998) somente previu a consulta para atividades dentro das terras indígenas, o que foi repetido pela atual, mas com a incorporação de que medidas legislativas que afetem os indígenas também geram o dever de o Estado realizar a consulta. De certa maneira, nossa Constituição encampou a mesma ideia, mas sem prever a consulta para medidas gerais.

Ainda que não incluam os povos tribais, essas previsões corroboram que a consulta do artigo 6, 1, a) é substancialmente distinta da do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169, cuja tradição já se encontra constitucionalizada.

O motivo do artigo 6, 1, a) da Convenção OIT 169 citar medidas legislativas ou administrativas não é para restringir o seu alcance a qualquer atividade estatal, por menor que seja. O objetivo ainda é realizar a consulta diante daquelas medidas gerais, que vão impactar os povos indígenas ou tribais nacionalmente. Citam-se as medidas administrativas também porque, além de poderem ter impacto nacional em alguns Estados, elas podem chegar a substituir a lei, o que poderia esvaziar a previsão da Convenção.

A consulta do artigo 6º da Convenção é para a edição de regras gerais, normalmente nacionais, dentro da esfera política do Estado em

¹⁸ A Constituição do Equador de 1998 dispunha: “Art. 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.”

¹⁹ “Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...]”

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (EQUADOR, 1998).

questão. Se o Estado for federal, vários entes federativos poderão editar normas locais que afetem diretamente os povos indígenas ou tribais, caso em que eles também deverão ser ouvidos.

Outra leitura sistemática possível, que corrobora a primeira, é a de que a própria Convenção OIT 169 interpretou o seu espírito em relação à prévia consulta. Ao estabelecer que a consulta de medidas que atingissem diretamente os povos indígenas e tribais fosse efetuada somente no caso de obras ou atividades que estivessem dentro de terras indígenas, ela nada mais fez do que concretizar o que ela entende por “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º, 1, a)).

A afetação dos povos indígenas e tribais pela medida legislativa ou administrativa tem que ser direta, visível, caso contrário qualquer legislação, por mais geral que seja, deverá passar pelo crivo dos povos indígenas e tribais, desbordando do sentido da norma da Convenção. Certamente se inclui, no âmbito mínimo do dispositivo da Convenção, a regulação das populações indígenas como competência privativa da União (CF, art. 22, XIV), mas também abarca situações igualmente claras em termos de impacto direto sobre os povos indígenas, como a regulamentação do artigo 176, § 1º da Constituição, quando a lei estabelecerá as condições específicas no caso de a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

A Corte Constitucional colombiana, em decisão recente (*Sentencia C-175/09*), asseverou que somente em relação às medidas legislativas que podem impactar diretamente os povos indígenas e/ou tribais se faz necessária a oitiva.²⁰

No caso de medidas com âmbito nacional ou local que gerem consultas baseadas no artigo 6º, faz-se necessário estabelecer mecanismos de como consultar os povos afetados diretamente. A realidade fragmentada das lideranças e a praticabilidade impõem a consulta às lideranças nacionais ou locais, quando forem realizada medidas administrativas ou legislativas nacionais e locais, respectivamente. Essa consulta pode ser realizada via órgãos representativos, nacionais e/ou locais, desses povos.

Com o passar do tempo, à medida que as consultas forem sendo realizadas, o sistema tende a se aperfeiçoar de maneira dupla: do Estado para as lideranças dos povos indígenas e tribais, e vice-versa. Nas primei-

²⁰ *Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses* (COLOMBIA, 2009).

ras consultas, tanto o Estado quanto os povos estarão se aperfeiçoando para melhor colher a opinião das lideranças. Deve-se ter consciência de que o desenvolvimento desse instrumento participativo é um processo contínuo, que pode demorar um pouco até se alcançar a consulta ideal – se é que ela existe –, tendo em vista as peculiaridades que norteiam esse tipo de consulta.

A criação ou reorganização de órgãos ou entidades que tenham relação direta com esses povos pode ensejar a consulta prévia caso as mudanças sejam suscetíveis de afetá-los diretamente. Não basta o simples deslocamento instrumental das atribuições do órgão; tem de haver alterações que realmente causem *impactos substanciais*, sob pena de a organização do Estado ficar na dependência da consulta, o que extrapola o alcance da Convenção OIT 169.²¹

5. Diferença entre a oitiva das comunidades indígenas e tribais e as audiências públicas

Nada impede que os índios participem das audiências públicas, mas essas dificilmente ocorrerão em suas terras, uma vez que a audiência deve acontecer em espaço acessível a todos. A terra indígena não seria um local adequado para audiências públicas, porque sua natureza e função impõem a restrição de acesso a todos os interessados. Então, a regra é que a participação da comunidade indígena na audiência pública não elimina a necessidade de sua oitiva, porque essa é motivada em hipótese mais restrita (existência de futuros empreendimentos em terras indígenas), como se verá no próximo item. O mesmo não ocorre aos povos tribais, uma vez que a restrição de acesso não existe para eles.

A diferença entre oitiva das comunidades indígenas ou tribais e audiências públicas é evidente. Nestas, a língua utilizada é o português e pode participar qualquer cidadão, inclusive os índios ou membros das tribos e suas lideranças. Não existe dever do Estado de traduzir a linguagem da audiência pública para qualquer minoria, como analfabetos, surdos, cegos ou índios. Mesmo os documentos sobre os quais girarão os debates na audiência pública (*v.g.*, Rima) não precisam ser colocados em áudio, braille, em alguma língua utilizada por alguma comunidade quilombola ou indígena.

Tal distinção não impede, excepcionalmente, o reconhecimento de que na audiência pública possa ter havido a oitiva indígena devido, por

²¹ Os impactos substanciais, de qualquer maneira, devem ser harmonizados com a derrogação da oitiva nos casos descritos pelo Supremo Tribunal Federal (Petição 3.388/RR) e pela Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2012).

exemplo, à participação das lideranças indígenas. Nesse caso, teria havido o direito de participação, embora não pela forma ideal.

6. Oitiva somente quando o empreendimento (de exploração de recursos) estiver em terras indígenas ou tribais: insuficiência do impacto direto

Tanto pela Convenção OIT 169 (art. 15, 2) quanto pela Constituição (art. 231, § 3º), a consulta é necessária quando *o empreendimento estiver em terras indígenas*, embora somente a Convenção imponha tal consulta quando se tratar de terras simplesmente tribais. Por essa razão, fala-se em “pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, *existentes nas terras*”, “programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes *nas suas terras*” (art. 15, 2) (OIT, 1989) ou mesmo “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais *em terras indígenas*” (art. 231, § 3º da CF/88).

Pela terminologia adotada na Convenção OIT 169 e pela nossa Constituição, vê-se que o critério foi geográfico, não sendo necessária a oitiva quando simplesmente houver impacto, ainda que direto. O STF assim já entendeu na SL 246/MT.²²

A Constituição colombiana também prevê que a participação dos representantes das comunidades indígenas somente ocorre quando há exploração de recursos naturais “em territórios indígenas” (art. 330, parágrafo único).

Agregue-se o fato de que a oitiva não se justifica diante de mero empreendimento em terras indígenas, mas disso cumulado com a exploração de recursos existentes nessas terras. O próprio artigo 49, XVI, além do artigo 231, § 5º da CF, corrobora isso ao dispor que cabe ao Congresso Nacional “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.” Sem (i) exploração de recursos (ii) em terras indígenas, não há que se falar em oitiva ou mesmo autorização do Congresso.

É importante salientar que não cabe exegese ampliativa para abarcar a necessidade de oitiva diante de qualquer impacto, ainda que direto, em terras indígenas. Como se viu, além de os próprios instrumentos de participação serem exceção na democracia semidireta, o que já justificaria uma exegese restritiva, a oitiva, por ser previsão mais específica

²² “Pelo que consta dos autos, tem-se que as pequenas centrais hidrelétricas não serão instaladas em área indígena, mas em suas adjacências, situação que, em análise perfunctória, se distanciará da necessidade de autorização do Congresso Nacional exigida pelo art. 231, § 3º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2008).

e excepcional (exceção dentro da exceção), deve sofrer leitura ainda mais restritiva. Ademais, o critério é físico (dentro da área indígena) e utilitarista (extração de recursos que existem em terras indígenas), o que corrobora que não é o impacto que está em jogo, mas a exploração de recursos nas terras indígenas.

Obviamente a desnecessidade de oitiva é para a decisão política do Congresso Nacional, prevista na Constituição no caso dos indígenas, ou para o Estado em geral no caso de povos tribais, uma vez que a Convenção OIT 169 não especifica o órgão. Quando em jogo o processo de licenciamento ambiental, a comunidade indígena pode ser ouvida ainda que o impacto seja indireto.

7. Necessidade de oitiva para implementar a obra, não para autorizá-la, ainda que condicionalmente

Na Constituição (art. 231, § 3º), também existe previsão de oitiva das comunidades indígenas afetadas quando do “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais” em suas terras, sendo necessária a autorização do Congresso Nacional.

A consulta precisa anteceder a implementação da obra, não se fazendo necessária quando da tomada da decisão. *A Constituição fala em aproveitamento e não em previsão de exploração, mera probabilidade de prospecção.* O objetivo desse dispositivo constitucional é consultar a comunidade indígena para lhe dar a possibilidade de conhecer o que teoricamente será feito (o que já torna necessária alguma decisão), o que pode incluir o que teoricamente seria feito de certa maneira, uma vez que a teoria não se opõe a projetos provisoriamente bem definidos. Sem alguma decisão, em termos de planejamento, a própria oitiva da comunidade seria prejudicada, dificultando, senão impossibilitando, “determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida” (art. 15, 2)(OIT, 1989).

Por outro lado, a Convenção OIT 169 usa os verbos empreender e autorizar, este podendo passar a impressão de que a oitiva é necessária antes mesmo de se pensar em decisões que afetem as comunidades indígenas. O que a Convenção proíbe é que haja a decisão política imutável antes da oitiva, não chegando a vedar, por exemplo, estudos técnicos (v.g., licenciamento ambiental). Se o Estado autoriza alguma obra que afete diretamente os índios enquanto tais, e não enquanto cidadãos, e é sujeita a mudanças, ao licenciamento ambiental etc., que podem influenciar na sua própria concepção, a decisão não é nula. *O que a Convenção proíbe é a tomada definitiva de decisão sem a oitiva.* Como se fazer uma oitiva

se não se tem certeza do que será feito!? O que seria exposto aos índios? Alguma decisão tem que haver. *O critério utilizado para aferir a validade da decisão deve ser a possibilidade de a oitiva surtir algum efeito na decisão estatal, que deve, pelo menos, assumir alguma forma mínima.*

Ressalte-se que não existe nenhuma vedação à decisão de que o empreendimento seja condicional, sujeito a aprovação, por exemplo, dos estudos antropológicos e ambientais que forem efetuados, quando houverá a efetiva autorização (jurídica) da implantação do projeto condicionalmente aprovado. Esse tipo de decisão em nada impacta a oitiva das comunidades indígenas, nem desprestigia o instituto da participação de um modo geral, sendo normalmente adotada para evitar a repetição de atos desnecessários. A consulta continua apta a influenciar a decisão estatal, porque o órgão prolator do ato pode a qualquer momento editar outro ato desautorizando a implantação do empreendimento, por motivos políticos ou técnicos, o que certamente inclui o resultado das oitivas, consultas e audiências públicas, bem como demais estudos necessários.

No Chile, o Ministério de Minas e Energia entende que a obrigação estabelecida no artigo 15.2 da Convenção é a de consultar previamente ao início das operações nos territórios indígenas (PINTO, 2009, p. 168).

8. A representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal e a boa-fé

A questão da representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal também é questão fundamental. Às vezes, a oitiva é feita somente por intermédio dos líderes das comunidades, tendo em vista a auto-organização deles e o respeito às suas lideranças.

Como a Convenção OIT 169 prevê a consulta aos povos indígenas mediante procedimentos apropriados e, *particularmente, por meio de suas instituições representativas* (artigo 6, 1, a)), a consulta das lideranças pode ser o meio adequado para a oitiva da comunidade, não se exigindo a oitiva de todos da comunidade afetada. Em relação aos povos indígenas, a própria Funai também reconhece o papel das lideranças. Ao regulamentar o seu papel na análise de licenciamentos ambientais que impactem os índios, ela tem como princípio considerar o respeito à sua “organização social, usos, costumes, tradições” e a “participação livre dos povos indígenas interessados [...] respeitando suas tradições e instituições representativas” (FUNAI, 2012).

A Constituição colombiana também prevê que a participação devida quando há exploração de recursos naturais em territórios indígenas deve ser realizada via representantes das comunidades indígenas (art. 330, parágrafo único).

Aqui pode ser necessário recorrer à boa-fé do poder público e à responsabilidade que as comunidades indígenas ou tribais depositam em seus representantes, que eventualmente podem não ser honestos com os representados ou vice-versa, o que não invalida a oitiva. Respeitar as lideranças é obrigação do Estado, mas a relação delas com os representados é problema interno dos povos tribais e indígenas, não podendo o Estado ingerir na sua autodeterminação e organização.

A boa-fé na relação com as lideranças também impõe que essas traduzam adequadamente o que será feito (informação adequada) aos seus liderados. Não é apenas uma questão de usar a língua do povo envolvido, mas de facilitar a compreensão do que está sendo proposto de acordo com a cultura específica, que ninguém conhece melhor do que o líder. Em outras palavras, as lideranças também têm responsabilidades no processo de consulta.

9. A necessidade de procedimentos prévios para a consulta e a razoabilidade do prazo

As comunidades indígenas e tribais devem ter um prazo razoável para se manifestar sobre a consulta que lhes é dirigida. Não adianta despejar a informação e cobrar decisões em prazos apertados, desarrazoados. Deve-se, dentro do possível, respeitar os costumes dos povos a serem consultados, atribuindo-lhes tempo razoável para que decidam.

A boa condução do procedimento consultivo também envolve o estabelecimento prévio com as lideranças de como a consulta ocorrerá. Na verdade, é parte imanente da consulta.

Deve-se ter em vista que chegar a um acordo sobre qual a forma de realização da consulta não pode obstar o processo consultivo. A razoabilidade do prazo não pode implicar em veto

do processo consultivo sob o pretexto da falta de acordo sobre o procedimento ou mesmo de exiguidade dos prazos para decidir. Se a própria consulta não pode obstar a decisão estatal, com tanto mais razão, os procedimentos prévios.

O prazo dado pelo Estado não descaracteriza a consulta como livre porque a conjugação de esforços para a oitiva deve nortear ambas as partes, tanto o Estado quanto os povos consultados.

10. A possibilidade de delegação da oitiva das comunidades indígenas pelo Congresso

Tanto o Congresso Nacional pode efetuar a consulta diretamente às comunidades indígenas, quanto delegá-la a outros órgãos públicos, ainda que do Poder Executivo. Há obrigatoriedade de ativa, mas não dos órgãos que a promovem. Tal delegação é até recomendada pelo princípio da eficiência e praticabilidade administrativas, uma vez que os órgãos do Executivo – Funai, Ibama²³ e ICMBio, por exemplo – têm melhores condições de auscultar a comunidade indígena.

O ato que não pode ser delegado é o de decidir sobre a efetivação do empreendimento ou obra em terras indígenas, motivo pelo qual a Constituição prevê que é da competência *exclusiva* do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI). O restante do processo é questão *interna corporis*, havendo ampla margem para o Legislativo decidir como proceder.

A delegação da oitiva a ser feita pelos órgãos do Poder Executivo não se confunde com a oitiva efetuada pelo empreendedor privado,

²³ Pela Resolução CONAMA 237/97, é o Ibama que licencia empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional localizadas ou desenvolvidas em terras indígenas.

ainda que a obra seja efetuada pelo Executivo. Não existe privatização de uma função pública e nem ausência de imparcialidade na consulta. Se esse último raciocínio procedesse, a própria oitiva pelo Congresso Nacional seria suspeita no caso de obras federais, uma vez que ele é um órgão federal. A FUNAI, o Ibama e o ICMBio, por exemplo, são órgãos estatais (natureza de autarquias) com conhecimento, derivado de sua área de atuação, para proceder às oitivas.

A consulta deve ser feita aos indígenas, não a órgãos que os tutelam, como a FUNAI, devendo, em regra, haver consulta apenas aos representantes indicados pelos índios, às suas lideranças.

O TRF da 1ª Região já entendeu que essa delegação não apenas era válida, como era obrigatória, sendo a oitiva efetuada pela FUNAI:

“Extrai-se do Texto Magno a intelecção de que o *Constituinte* não conferiu ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir, por seus representantes, as comunidades afetadas. Não se trata, na espécie, de delegação de atribuições, até mesmo porque a consulta às comunidades tribais pode e *deve* ser realizada por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a qual possui quadro de pessoal com formação e especialização no trato com essa etnia, e que tem o papel institucional de exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas; bem como formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro (Lei 5.371/67 e Decreto 7.056/2009)” (BRASIL, 2011a).

11. A participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) no processo de licenciamento ambiental (IN FUNAI 01/2012) e a oitiva dos povos indígenas nesse processo

Com base na cidadania ampla de que gozam, os povos indígenas e tribais também têm o direito de participar do processo de licenciamento

ambiental, durante o qual podem ser realizadas audiências públicas.²⁴

Entretanto, a Funai regulamentou a participação indígena de forma necessária ao regular desenvolvimento do processo de licenciamento ambiental, prevendo consultas obrigatórias, além da atuação do órgão como auxiliar no licenciamento, quando a Funai entenda que os empreendimentos ou as atividades podem ser “causadoras de impactos ambientais e socio-culturais que afetem terras e povos indígenas” (FUNAI, 2012).

A Funai deve-se reportar e agir em colaboração com os órgãos licenciadores (Ibama ou OEMA) e ser responsável pelo componente indígena em todas as fases do processo de licenciamento ambiental (FUNAI, 2012).

11.1. Do fundamento normativo da IN FUNAI 01/2012: Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS n. 419/2011

A Instrução Normativa n. 1 (FUNAI, 2012) tem como principal base normativa a Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS 419/2011, doravante Portaria Interministerial n. 419 (FUNAI, 2011), embora também cite a Constituição e a Convenção OIT 169, que são muito mais vetores hermenêuticos do que propriamente a sua base normativa. Essa portaria interministerial, por sua vez, baseou-se no artigo 14²⁵ da Lei Federal 11.516/2007.

²⁴ Dessa forma, não existe a necessidade de o Estado disponibilizar transporte para indígenas participarem das audiências públicas, que certamente serão efetuadas fora de suas terras, nem mesmo traduzir todas as fases do estudo de impacto ambiental para a língua indígena, exceto na consulta da Convenção OIT 169.

²⁵ “Art. 14. Os órgãos públicos incumbidos da elaboração de parecer em processo visando à emissão de licença ambiental deverão fazê-lo em prazo a ser estabelecido em regulamento editado pela respectiva esfera de governo” (BRASIL, 2007c).

Como o licenciamento ambiental é estudo multidisciplinar e o Estado atua através de órgãos (administração direta) ou entidades (administração indireta) em um evidente processo de especialização, às vezes se faz necessário envolver vários órgãos ou entidades para analisar um licenciamento ambiental.

Para evitar que cada órgão ou entidade fizesse a sua própria e desvinculada regulamentação, os ministérios envolvidos optaram por elaborar uma portaria interministerial, a Portaria Interministerial 419/2011, que regulou a participação de alguns órgãos e entidades²⁶ envolvidos no licenciamento ambiental levado a cabo pelo Ibama (art. 1º).

No início do processo de licenciamento, o Ibama, na Ficha de Caracterização das Atividades – FCA, “deverá solicitar informações do empreendedor sobre possíveis interferências em terra indígena, em terra quilombola”, presumindo-se como tal “quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II” (Portaria Interministerial 419/2011, art. 3º).

Os órgãos e entidades potencialmente envolvidos (Funai, FCP, IPHAN, (BRASIL, 2011) e MS) no licenciamento ambiental deverão apresentar ao Ibama manifestação conclusiva em até 90 dias para EIA/RIMA e 30 dias nos demais casos, a contar da data do recebimento da solicitação (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º), considerando a Funai a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou empreendimento em terras indígenas, bem como a apreciação da adequação das propostas de

medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos.

Embora possa ser pedida excepcional prorrogação do prazo por mais 15 dias (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 3º), “a ausência de manifestação dos órgãos e entidades envolvidos, no prazo estabelecido, não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença” (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 4º).²⁷ Tal observação é fundamental para se evitar que o licenciamento seja boicotado por alguns dos órgãos ou entidades públicas auxiliares.

O licenciamento é de competência do Ibama, tendo os órgãos e entidades públicas papel meramente secundário, como meros intervenientes. Isso obviamente não implica em alienação dos interesses representados por esses órgãos e entidades públicas, apenas que a ausência de suas manifestações não obsta a marcha do licenciamento, embora sejam consideradas, ainda que extemporâneas, na fase em que se encontrar o processo de licenciamento (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 5º).

Para evitar exigências absurdas, aproveitando-se da intervenção no processo de licenciamento ambiental para resolver problemas anteriores ou posteriores desvinculados do empreendimento ou atividade a ser licenciada, a Portaria Interministerial 419/2011 foi categórica em exigir “relação direta” e “justificativa técnica” das condicionantes com os impactos

²⁶ Fundação Nacional do Índio (Funai), Fundação Cultural Palmares (FCP), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e do Ministério da Saúde (MS).

²⁷ Tal dispositivo parece revogar o artigo 21, § 2º, da Instrução Normativa do Ibama 184/08, que impunha efeito obstativo ao não envio das manifestações conclusivas para a expedição da LI (“Art. 21. Aos órgãos envolvidos no licenciamento será solicitado posicionamento sobre o estudo ambiental em 60 dias e no que segue: [...] § 2º Os órgãos intervenientes deverão se manifestar em 30 dias após a entrega do estudo, a não manifestação será convertida em condicionante da licença prévia, neste caso a licença de instalação não será emitida até a definitiva manifestação dos órgãos federais intervenientes”) (IBAMA, 2008).

identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor (art. 6º, § 8º) (FUNAI, 2011).

Compreender a base normativa direta da IN FUNAI é fundamental para evitar leituras que distorcem o seu conteúdo ou seu papel auxiliar no licenciamento ambiental.

11.2. Da federalização do licenciamento, do caráter auxiliar da Funai no licenciamento ambiental e a questão do termo de referência específico

Caso a Funai entenda estar presente o interesse indígena no licenciamento, ela deve requerer “a transferência do procedimento de licenciamento instaurado nos órgãos licenciadores ambientais estaduais e municipais ao Ibama” (FUNAI, 2012).²⁸ Entretanto, não é o fato de um órgão federal estar envolvido que justifica por si só a atração do licenciamento ao Ibama,²⁹ mas o de o empreendimento ou atividade estar localizado em terras indígenas (LC 140/11, art. 7º, XIV, c)). Por isso, esse requerimento da Funai não deve ser entendido como alguma norma que autorize o deslocamento da competência para o órgão ambiental federal, havendo uma federalização a pedido, analogamente ao artigo 109, § 5º, da CF.

Como se viu ao estudar a Portaria Interministerial 419/2011, *a atribuição dos órgãos ou entidades é auxiliar*, não obstativa ou mesmo paralisante pela ausência de entrega das manifestações conclusivas ao Ibama.³⁰ Esse papel secundário também tem importância vital na análise da questão do termo de referência, mormente o termo de referência especial da Funai, que segundo a IN FUNAI 01/12 somente deverá ser emitido quando necessário, depois da consulta da Diretoria de Proteção Territorial e da Coordenação Geral de Índios Isolados e de Recente Contato (art. 9º).

Entretanto, no artigo 10, a Funai inseriu algumas exigências mínimas para constar do termo de referência, o que, para a Portaria Interministerial 419/11, seria de competência do Ibama (art. 2º, VIII). A Funai não poderia

²⁸ A Funai entende que haveria um deslocamento da competência inicialmente atribuída aos Estados e Municípios para licenciar pela existência do componente indígena, como se a Funai não pudesse dialogar com os órgãos estaduais ou municipais.

²⁹ Esse entendimento contraria a própria Instrução Normativa n. 1 (Funai, 2012) porque, no art. 4º, § 3º, ela diz ser dever da Funai reportar e agir em colaboração com os órgãos licenciadores (Ibama ou OEMA) em relação ao componente indígena nas fases do processo de licenciamento ambiental.

³⁰ Além das previsões constantes da Portaria Interministerial 419/2011, seu papel de interveniente é explicitado na própria Instrução Normativa n. 1 (Funai, 2012), que fala em instauração de procedimento interno para “acompanhamento de processo de licenciamento ambiental” (art. 7º, *caput*) e afirma que a participação da Funai no processo de licenciamento ambiental “tem caráter interveniente à ação dos órgãos licenciadores” (art. 7º, parágrafo único). O próprio artigo 8º (*caput*), ao traçar de quem seria a competência para abrir o processo administrativo na Funai, fala em “acompanhamento de licenciamento ambiental”.

impor ao Ibama o conteúdo do termo de referência (TR), sob pena de cometer uma ilegalidade por violação da Portaria Interministerial 419/11. A participação dos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental para a definição do conteúdo do termo de referência, de que trata o art. 4º, ocorrerá a partir dos termos de referência específicos anexos (Anexo III) à Portaria Interministerial 419/11 (art. 5º) e ainda mediante manifestação no prazo de 15 dias consecutivos (art. 5º, II).

Entretanto, a Funai poderia impor requisitos ao seu próprio termo (termo de referência específico) ou garantir que suas manifestações, ainda que caso a caso, tivessem como exigência mínima os requisitos do artigo 10, o que não vincularia o Ibama, que deverá emitir o juízo sobre a manifestação da Funai.

Ainda que a Instrução Normativa tenha se equivocado, falando na verdade do termo de referência específico – o que parece ser o caso, uma vez que o artigo 11 da IN FUNAI 01/12 fala apenas em termo de referência – seriam essas exigências legais, já que estabelecidas de antemão e sem a análise do caso concreto?

A Portaria Interministerial 419/2011 (FUNAI, 2011) diz que o termo de referência é o documento elaborado pelo Ibama que estabelece o conteúdo necessário dos estudos a serem apresentados no processo de licenciamento ambiental (art. 2º, VIII), sendo os termos de referência específicos os “documentos elaborados pelos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos no licenciamento ambiental que estabelecem o conteúdo necessário para análise dos impactos afetos a cada órgão ou entidade” (art. 2º, IX).

Parece ser dever da Funai elaborar o termo de referência específico para o componente indígena, o que não exige o Ibama de exigir informações ou estudos específicos referentes à interferência da atividade ou empreendimento em terra indígena (Portaria Interministerial 419/2011, art. 4º), os quais podem ser aperfeiçoados, englobando, a seu juízo, inclusive exigências efetuadas pela Funai, em suas manifestações ou mesmo em ato genérico. As exigências do termo de referência específico deverão constar com presunção relativa de aceitação pelo Ibama, porque, embora o papel dos órgãos e entidades seja auxiliar, eles não podem ser desprestigiados em sua função específica, atribuída pela Portaria Interministerial 419/11 (art. 2º, IX c/c art. 5º, *caput*), na elaboração do termo de referência.

Antes de se manifestar conclusivamente, a Funai tem a possibilidade de considerar insatisfatórios os estudos apresentados, podendo solicitar “complementações e/ou revisões” (FUNAI, 2012). Entretanto, tal disposição deve ser harmonizada com o § 1º do artigo 14 da LC 140/11, que atribui ao órgão licenciador a exigência de complementação dos estudos, de uma única vez, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos. Se a

Funai considerar o estudo insatisfatório, ela deve enviar sua opinião e requerimento para complementações e/ou revisões para o órgão licenciador, que, por seu turno, exigirá as complementações necessárias de uma só vez.

Como o juízo sobre o empreendimento é do órgão licenciador, cabe à Funai enviar o seu juízo sobre a questão mesmo com os estudos insatisfatórios, possibilitando aos órgãos licenciadores avaliar, em sua discricionariedade técnico-política, a necessidade de complementações indicadas pela Funai.

11.3. Os motivos que autorizam a Funai a intervir no licenciamento ambiental

A intervenção da Funai no processo de licenciamento ambiental não ocorre por ato puro e simples de vontade, mas mediante a constatação do cumprimento de requisitos do artigo 2º da IN FUNAI 01/2012, quais sejam, a presença de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadores de impactos ambientais e socioculturais sobre terras e povos indígenas, o que nem de longe significa que o licenciamento deve ser feito pela União, exceto se o empreendimento ou atividade estiver localizado em terras indígenas (LC 140/11, art. 7º, XIV, c)).

Dois são os critérios conjugados a esses para determinar se há potencial ou efetivo impacto ambiental e sociocultural: um geográfico e outro baseado na atividade, mas que também precisa ser conjugado com o geográfico, sob pena de ser tornar inútil. O critério geográfico reside no fato de o empreendimento ou atividade estar localizado em terras indígenas ou em seu entorno (art. 2º, I). O baseado na atividade consiste na utilização das atividades listadas pela Resolução Conama 237/97 (art. 2º, II). Note-se que as atividades devem estar listadas na Resolução Conama 237/97 e serem

desenvolvidas dentro das terras indígenas ou em seu entorno. A simples existência da atividade listada não poderia atrair por si só a competência da Funai para acompanhar o licenciamento.

De qualquer maneira, a IN FUNAI 01/2012 deve ser lida com os limites impostos pela Portaria Interministerial 419/11. Ela somente autoriza a intervenção da Funai quando houver interferência em terra indígena, presumindo-se a interferência “em terra indígena, quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II” (art. 3º, § 2º, I).³¹ Para alterar o limite estabelecido no Anexo II, é necessário “comum acordo entre o Ibama, o órgão envolvido e o empreendedor”, desde que devidamente justificada a excepcionalidade em “função das especificidades da atividade ou empreendimento e das peculiaridades locais” (Portaria Interministerial 419/11, art. 3º, § 3º).

11.4. A consulta às comunidades indígenas: legalidade do reforço participativo?

A participação dos indígenas no licenciamento ocorre na condição de cidadãos que são, uma vez que fazem parte do povo brasileiro, mas não deve ocorrer como dever do Estado. Se o povo indígena ou tribal quiser participar do licenciamento, deve se manifestar nos foros

³¹ Ao preceituar que se devem respeitar os limites do seu Anexo II, a Portaria na verdade limita o impacto que geraria a interferência as distâncias previstas no anexo II, que variam conforme o tipo de empreendimento (v.g., rodovias, ferrovias, dutos, linhas de transmissão, aproveitamento hidrelétricos, portos) e o local (Amazônia legal/demais regiões). O propósito da norma é restringir a atuação dos órgãos e entidades auxiliares no licenciamento porque a limitação ocorre mesmo se presumindo que há impacto, ou seja, a norma presume o impacto mas o limita territorialmente.

competentes. Se encontrar alguma dificuldade no processo de participação, pode pedir ajuda à Funai. O que não pode ocorrer é a Funai, misturando a exegese de normas e da própria Convenção OIT 169, criar participações inexistentes em cada fase do licenciamento, gerando requisitos procedimentais não autorizados pela legislação ambiental.

Existem diversas previsões de participação indígena no processo de licenciamento ambiental via participação da Funai.

A Instrução Normativa n. 1 (FUNAI, 2012) previu pelo menos três oportunidades concretas de participação dos indígenas no processo, sendo a quarta um pouco mais fluida porque fala em participação efetiva (art. 10, IV), enquanto as demais falam em consulta prévia, livre e informada (art. 17) e em manifestação (arts. 24 e 29).

A primeira oportunidade ocorre quando se especifica o conteúdo do termo de referência. Ao dizer o que ele necessariamente deve solicitar, inclui-se a “participação efetiva das comunidades indígenas em todo o processo de levantamento de dados, reflexão e discussão dos impactos” (art. 10, IV).

Essa previsão é a mais complicada porque parece um coringa para viabilizar a participação indígena no processo. Ocorre que a participação deve ter hora e lugar definidos ocorrer. Tal como ficou estabelecido, fica a impressão de que, se o empreendedor ou mesmo a Funai derem um passo sem consultar os índios, haveria descumprimento do termo de referência.

É importante ressaltar que a participação obrigatória (que se traveste em dever de consultar) é medida que decorre da lei, ainda que seja da Convenção OIT 169. Sem estar prevista em tal instrumento normativo, ela sempre será facultativa e sujeita ao juízo discricionário da Administração, que pode regular a questão normativamente, desde que internamente. No

caso, a Funai pretendeu impor a consulta em todas as fases para órgãos externos a ela, via termo de referência.

Sua competência não pode chegar ao ponto de impor requisitos procedimentais ao órgão ambiental licenciador via termo de referência, com fases de consulta. A Convenção OIT 169 só fala em consulta prévia à medida legislativa ou administrativa, ainda que seja empreendimento em terras indígenas, não em consultas prévias a cada fase do processo de licenciamento ou mesmo na elaboração do termo de referência.

As próximas previsões de oitiva das comunidades indígenas são mais concretas e fáceis de operacionalizar, trazendo segurança jurídica e incluindo os indígenas no processo de licenciamento. Embora possam ser feitas as mesmas críticas da primeira previsão, agora a IN previu momentos certos e razoáveis para a participação indígena.

A segunda consulta está prevista após a análise e a elaboração de parecer técnico pelo órgão interno da Funai responsável (CGGAM/DPDS). Os estudos, bem como esse parecer, serão apresentados às comunidades indígenas afetadas, em consulta prévia, livre e informada (art. 17). Para a realização dessa consulta serão encaminhados às comunidades consultadas (1) o componente indígena em sua versão integral, (2) o Rima ou o RAS (relatório ambiental simplificado) e (3) um relatório em linguagem acessível ou com tradução para línguas indígenas, a ser elaborado pelo empreendedor (art. 17, parágrafo único).

Essa consulta prévia é para que a Funai possa se manifestar conclusivamente sobre a expedição de licença prévia (LP).

Quando a Funai tiver que se manifestar sobre a expedição da licença de instalação (LI) ou da licença de operação (LO), as comunidades indígenas devem ter a oportunidade de se manifestar novamente (arts. 24 e 29).

12. Conclusão

A oitiva dos povos indígenas e tribais traz os membros desses povos para o centro da democracia participativa, sofrendo as mesmas limitações dessa, não implicando necessidade de anuência ou mesmo a existência de poder de veto da atividade estatal objeto da consulta. A natureza da oitiva prevista na Convenção OIT 169, na Constituição Federal e em outras normas esparsas é de consulta, que visa trazer elementos para a melhor decisão estatal.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica; assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 fev. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.480-3. Medida liminar. Convenção 158/OIT. Relator: Celso de Mello. DJ, 04 set. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 maio 2001.

_____. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.352 MC-DF. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ, 02 dez. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 abr. 2005.

_____. Suspensão de Liminar n. 25. Relator: Ellen Gracie. DJ, 16 de mar. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 mar. 2007a.

_____. Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 fev. 2007b.

_____. Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007. Dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes; altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 02 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000, 10.410, de 11 de janeiro de 2002, 11.156, de 29 de julho de 2005, 11.357, de 19 de outubro de 2006, e 7.957, de 20 de dezembro de 1989; revoga dispositivos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, e da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 ago. 2007c.

_____. Suspensão de Liminar n. 246- MT. Relator: Gilmar Mendes. DJ, 06 jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 jun. 2008.

_____. Despacho do advogado geral da União n. 193 e 205. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 ago. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR. Relator: Carlos Britto. DJ, 19 mar. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional da 1ª região. Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8 / PA (AI 2006.01.00.012867-7/PA) . Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ, 14 nov. 2011. *Diário Oficial da União*, 25 nov. 2011a.

_____. Lei complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 dez. 2011b.

_____. Advocacia-Geral da União. Portaria AGU n. 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. *Advocacia Geral da União*, Brasília, 16 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena raposa serra do sol. Pet 3388 ED / RR – RORAIMA. DJ, 23 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 fev. 2014.

COLOMBIA. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”. Sentencia C-175/09. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. DJ, 18 mar. 2009. Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2009.

CONVENÇÃO sobre diversidade biológica e legislação correlata: dispositivos constitucionais pertinentes. Decreto-legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994. Decreto n. 4.703, de 21 de maio de 2003. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. (Coleção ambiental, v. 10).

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2008. Disponível em: < http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Asamblea Nacional Constituyente, 2008.

EQUADOR. Constitución Del Ecuador de 1998. Asamblea Nacional Constituyente, 1998.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Portaria interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/PortariaInterministerial-n-419-de-26-de-outubro-de-2011.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Instrução normativa n. 1/PRES, de 9 de janeiro de 2012. *Separata do Boletim de serviço da Funai*, Brasília, ano 25, n. 1, jan. 2012. Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Separata_01_10-01-12_\(IN-Lic_Ambiental\).pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Separata_01_10-01-12_(IN-Lic_Ambiental).pdf). Acesso em: 8 out. 2014.

GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In:_____. _____.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Instrução normativa n. 184, de 17 de julho de 2008. Disponível em: < <http://www.mprs.mp.br/ambiente/legislacao/id4979.htm>>. Acesso em 8 out. 2014.

KNICLEY, Jared E. *Debt, nature, and indigenous rights: twenty-five years of debt-for-nature evolution*. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, Harvard Law School Student Journals Office, v. 36, n. 1, p. 79-122, 2012.

LÓPES, Marin Abadí Gutierrez. Entre a lei e a jurisprudência: consulta ou consentimento: caso da Bolívia. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

MARÍAS, Julián. *Tratado sobre a convivência: concórdia sem acordo*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELO, Mario. As perversidades de uma regulamentação deficiente e autoritária do direito de consulta prévia: o caso do Equador. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 107 da OIT, concernente às populações indígenas e tribais. Genebra, 26 de junho de 1957. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3%20OIT%20n%20%2BA%20107\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3%20OIT%20n%20%2BA%20107).pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 07 de junho de 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3%20OIT%20n%20%2BA%20169.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

PINTO, Vladimir. Situação do direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado aos povos indígenas no Peru. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

RUBIO, Ramon Esteban Laborde. Colômbia: a implementação do direito à consulta prévia previsto na Convenção 169 da OIT. In: _____.

SILVA, Marina. O direito de consulta prévia sobre medidas legislativas que afetam os povos indígenas e quilombolas. In: _____.

SILVEIRA, Edson Damas. Direitos fundamentais indígenas, movimento socioambiental e a formação do estado na modernidade. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 25-56, jul./dez. 2009.