



Riscos relativos à regulamentação geral do direito à Consulta e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado

Instituto Socioambiental (ISA)

novembro de 2023

Em 11 de agosto de 2023, o Governo Federal instituiu o Programa de Aceleração do Crescimento - “Novo PAC”, por meio do Decreto nº 11.632, o qual apresentou, para além de investimentos públicos da ordem de R\$ 1,7 trilhão¹, conjunto de medidas institucionais² tidas como necessárias à promoção da eficiência e da capacidade de indução do crescimento econômico pelo Estado brasileiro.

Dentre esse conjunto de medidas institucionais, o “Aperfeiçoamento do marco regulatório do licenciamento ambiental” prevê “**(b) regulamentação da Convenção No. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da consulta livre, prévia e informada aos Povos Indígenas, Territórios Quilombolas ou comunidades tradicionais**”.

A necessidade de regulamentar o direito à Consulta e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado (“DCCLPI”) para sua perfeita aplicação é controversa. Regulamentações realizadas em outros países, como na Colômbia, Bolívia, México e no Equador, trouxeram prejuízos aos sujeitos de direito da convenção e redundaram em questionamentos judiciais³.

¹ Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/novopac>

² “Conjunto articulado de atos normativos, de gestão e de planejamento que contribuem de forma decisiva para a expansão sustentada de investimentos públicos e privados no Brasil”. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/novopac/medidas-institucionais>

³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos El derecho a la consulta previa, libre e informada : una mirada crítica desde los pueblos indígenas / Instituto Interamericano de derechos humanos. San José, C.R. : IIDH, 2016, disponível em: <http://untref.edu.ar/sitios/ciea/wp-content/uploads/sites/6/2015/05/El-derecho-a-la-consulta-una-mirada-cr%C3%ADtica-desde-los-PI.pdf>



Diante da indicação expressa da intenção da regulamentação da Convenção nº 169 da OIT por parte do governo federal⁴, e com base em experiências e aprendizados a partir de outros casos de regulamentação desse direito e de reflexões sobre o tema⁵, apresentamos a seguir riscos identificados pelo Instituto Socioambiental (ISA) que devem ser observados para se evitar retrocessos na regulamentação em relação aos diversos parâmetros internacionais e se evitar quaisquer violações aos direitos socioambientais.

Dentre os possíveis retrocessos ao direito de consulta que o processo de regulamentação pode trazer, este documento ressalta os relacionados com (i) os sujeitos de direito da consulta e interlocutores competentes; (ii) o escopo de decisões que devem ser objeto da consulta; (iii) as formas e procedimentos da consulta e (iv) o poder vinculante do processo de consulta.

I. RISCO DE RESTRINGIR SUJEITOS DO DIREITO E DE DISTORCER OS INTERLOCUTORES COMPETENTES PARA CONDUZIR O PROCESSO DE CONSULTA

Dentre os possíveis retrocessos no processo de regulamentação aponta-se eventuais definições com relação aos sujeitos a serem consultados e aos interlocutores competentes e responsáveis por conduzir o processo de consulta.

Embora o texto do Novo PAC seja explícito no reconhecimento que a C169 trata de comunidades tradicionais, durante a tramitação desta regulamentação há risco de haver pressão para omissão das comunidades tradicionais enquanto titulares do direito

⁴ Convém ressaltar que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho é composta por 44 artigos, dos quais os artigos 6º e 7º garantem aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais o direito à participação efetiva quando da tomada de decisões pelo Poder Público passíveis de lhes afetar diretamente. Nos termos do art. 6º, os Estados signatários reconhecem aos povos indígenas e comunidades tradicionais o direito de serem consultadas “cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”. Previsão que é complementada pelo art. 7º, que estabelece o direito de consulta das comunidades diante de quaisquer “planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”.

⁵ JOCA, Priscylla; GARZÓN, Biviany R.; SILVA, Liana A. L.; OLIVEIRA, Rodrigo M.; GRUPIONI, Luis D. B. Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: um olhar sobre o Brasil, Belize, Canadá, Colômbia. RCA: São Paulo, 2021. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Protocolos-RCA-cap-a-e-miolo-final-2.pdf>



à Consulta, em decorrência de entendimentos equivocados que estão presentes em pareceres oficiais do governo (Ex: OJN-56 da PFE do IBAMA), podendo resultar em uma **negação da titularidade do direito à Consulta Prévia a comunidades tradicionais.**

Outro primeiro ponto de atenção é com relação a definição de critérios potencialmente restritivos para identificar a abrangência da afetação de decisões públicas que devem ser consultadas, o que pode resultar no **não reconhecimento de determinados grupos enquanto afetados** e, portanto, sujeitos do direito à Consulta.

Neste âmbito, um retrocesso seria, por exemplo, a replicação de um critério de distância de empreendimentos, como o Anexo I da Portaria Interministerial nº 60/2015 para determinar quem são os sujeitos da Consulta, ou estabelecer que os sujeitos são apenas os localizados na Área Diretamente Afetada de empreendimentos, como estabelecido na Portaria SEMA n. 76 de 22/05/2019 do Estado do Maranhão e Instrução Normativa (IN) nº. 07, de 05 de novembro de 2020 do Instituto Água e Terra do Estado do Paraná.

O terceiro ponto de atenção é o risco de que a regulamentação **desconheça a diversidade de formas de instituições representativas** existentes entre os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, resultando em uma violação na esfera de autonomia dos grupos consultados e em uma baixa representatividade dos sujeitos coletivos que deveriam ser consultados.

Neste âmbito, um retrocesso seria, por exemplo, o da exigência de que comunidades quilombolas estejam certificadas pela Fundação Cultural Palmares ou de que comunidades tradicionais estejam necessariamente em áreas protegidas estaduais ou federais e reconhecidas por órgãos estaduais de meio ambiente ou o ICMBio.

O quarto ponto de atenção é com relação a omissões sobre a necessidade de representatividade dos grupos que devem ser consultados, de forma a **permitir que consultas a lideranças individuais sejam legitimadas.**



Já em relação à definição de responsáveis pela realização da consulta, o quinto ponto de observação é sobre a possibilidade de que se atribua a **competência pela promoção e realização das Consultas a entes do Poder Público que não são os responsáveis diretos pela decisão administrativa ou legislativa** suscetível de afetar os povos e comunidades e, portanto, não têm competência nem responsabilidade para conduzir o processo de consulta junto com os povos interessados.

O efeito disso seria uma ineficiência da eventual norma ao afastar a Consulta dos tomadores de decisão, a exemplo do que ocorre com a Instrução Normativa nº 111/2022 que atribuiu ao INCRA a competência para realizar consultas nos processos de licenciamento ambiental.

Ao mesmo tempo, é importante notar que nos casos de conflito de interesses, quando o tomador de decisão administrativa apresentar interesse direto no resultado da Consulta - como, por exemplo, no caso do Poder Público ser o próprio empreendedor - a previsão da participação de outros órgãos públicos diretamente vinculados à defesa de direitos dos sujeitos coletivos, a exemplo da FUNAI para os povos indígenas e da Fundação Cultural Palmares para quilombolas, do Ministério Público, entre outros, assegura a integridade do processo de consulta.

Por fim, o sexto ponto de atenção se refere à tentativa de **atribuição de competência pela promoção e realização das Consultas aos responsáveis legais privados de empreendimentos e projetos econômicos**.

Os artigos 6º e 7º da C-169/OIT impõem de forma expressa a **obrigação dos governos pela realização das Consultas**. Assim, atribuir a responsabilidade de realização das consultas a entidades privadas viola princípios que fundamentam o direito à Consulta, como já afirmado em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Portaria SEMA/MA nº 76/2019 e Instrução Normativa nº 07/2020 do Instituto Água e Terra do Estado do Paraná são exemplos de normas que atribuíram aos entes



privados a obrigação de realização de consulta, em expressa violação à Convenção 169 da OIT.

Isto não quer dizer que empreendedores privados, interessados no processo de consulta, não devam pagar taxas para cobrir os custos financeiros do mesmo, evitando onerar o orçamento público com processos de interesse estritamente privado.

II. RISCO DE RESTRINGIR O ESCOPO DE MEDIDAS E AÇÕES QUE DEVEM SER OBJETO DE CONSULTA

O segundo conjunto de possíveis retrocessos se refere a restrições relacionadas ao objeto das consultas.

Nesse eixo, o primeiro ponto de atenção seria a tentativa de **restringir o escopo de medidas e ações que devem ser objeto de Consulta**, resultando em uma limitação absoluta do direito à Consulta.

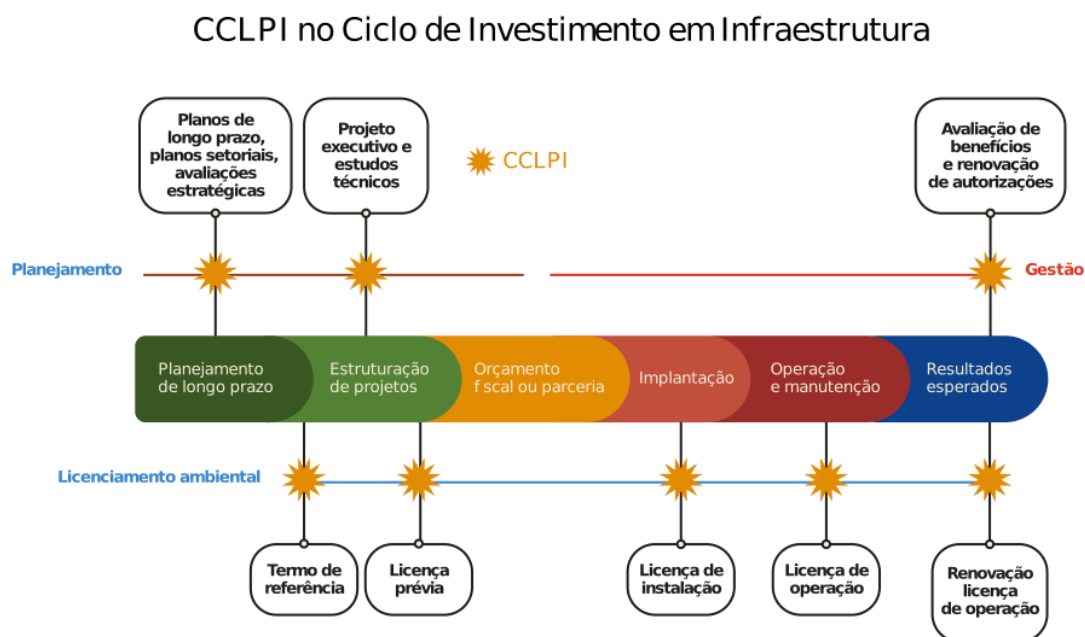
O retrocesso nesse caso seria, por exemplo, estabelecer regramentos para que a consulta aconteça apenas em caso de decisões administrativas relacionadas a empreendimentos de infraestrutura e mineração, excluindo medidas legislativas e políticas públicas.

O segundo ponto de observação se refere à possível definição de **um único procedimento de Consulta sobre objeto que é apreciado em múltiplas etapas de decisão**, incorrendo na restrição do direito de participação dos sujeitos afetados sobre temas de alta importância do processo decisório.

O retrocesso pode ocorrer, por exemplo, com uma definição de que a Consulta sobre empreendimentos de infraestrutura deve ocorrer uma única vez na fase de planejamento, negando-se a realização de Consultas sobre decisões relevantes durante a fase de licenciamento ambiental, de concessões, entre outras fases⁶.

⁶ Sobre as oportunidades de Consulta ao longo do ciclo de investimento em infraestrutura ver: GARZÓN, Biviany R.; NAKANE, Mariel, OLIVEIRA, Rodrigo M. Diretrizes para a verificação do

Grandes obras de infraestrutura implicam um conjunto de diferentes decisões administrativas capazes de afetar direitos de PIQCT que devem ser consultadas, a exemplo do fluxograma “CCLPI no Ciclo de Investimento em Infraestrutura”⁷:



Fonte: Elaboração própria com base no ciclo de investimento de SDI/ME (2021)

III. RISCOS DE PADRONIZAÇÕES E GENERALIZAÇÕES DE PROCEDIMENTOS DOS PROCESSOS DE CONSULTAS

O terceiro conjunto de possíveis retrocessos diz respeito a restrições e possíveis violações às formas e procedimentos para a realização das consultas.

Nesse eixo, o primeiro ponto de atenção é com relação a tentativas de **descumprimento dos Protocolos Autônomos de Consulta existentes**, através de possíveis **padronizações ou generalizações de procedimentos a serem aplicados**

direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado no ciclo de investimento em infraestrutura. Brasília DF : ISA - Instituto Socioambiental, 2023. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/diretrizes-para-verificacao-do-direito-consulta-e-ao-consentimento-livre>

⁷ Ibidem



tanto na fase informativa quanto na fase deliberativa durante os processos de consulta.

O segundo ponto de atenção diz respeito a possíveis tentativas de se fixar prazos rígidos para a finalização do processo de consulta como um todo e/ou definição de **prazos incompatíveis com os tempos necessários para cada povo e comunidade tradicional**, tanto na fase informativa quanto na fase deliberativa.

Alerta-se que, tentativas nesse sentido podem resultar em assédio e pressão sobre as comunidades ou gerar descontinuidade de processos de Consulta que descumprirem os prazos estabelecidos.

Por fim, o terceiro ponto de atenção se refere a uma possível negligência com relação à necessidade de **tradução de informações e de apoio técnico** para a compreensão das informações acerca do objeto de consulta, o que resultaria em ausência de compreensão e entendimento e, portanto, em possíveis tomadas de decisão mal informadas por parte dos grupos consultados.

IV. RISCO DE OMISSÃO DA VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DA DECISÃO COM O PROCESSO DE CONSULTA REALIZADO

O quarto conjunto de possíveis retrocessos diz respeito à vinculação do processo de consulta à tomada de decisão.

O primeiro ponto de atenção nesse eixo se refere à possível omissão **com relação à vinculação dos resultados da Consulta à tomada de decisão**, conferindo, assim, ampla discricionariedade do governo quanto ao cumprimento ou não dos acordos estabelecidos.

Esse retrocesso tornaria a Consulta um procedimento de participação pró forma, sem capacidade de influenciar, de fato, a tomada de decisão. Importante ressaltar que a



decisão da autoridade pública deve ser motivada pelo processo de consulta, dialogando de forma transparente e fundamentada com os resultados desse processo⁸.

O segundo ponto de atenção é sobre a regulamentação ter uma possível omissão com relação à eficácia do processo de consulta realizado, possibilitando, dessa forma, que o Poder Público simplesmente **altere sua decisão sem considerar o processo de Consulta**, o que é um risco em contextos de mudança de governo.

BOX: AS REGULAMENTAÇÕES DA CONSULTA PRÉVIA NA BOLÍVIA, VENEZUELA, COLÔMBIA E EQUADOR

As experiências da Bolívia, Venezuela, Colômbia e Equador ensinam que a regulamentação do direito à Consulta Prévia implica na tomada de **decisões políticas** que definem o **alcance concreto deste direito para cada país**. Isso quer dizer que a regulamentação é determinada por escolhas políticas resultantes de arranjos em contexto de assimetria de poder político e econômico entre os povos e comunidades, os Estados e os demais interessados na regulamentação.

Dos casos existentes, ressalta-se o retrocesso quanto à **limitação do escopo de decisões** reconhecidas nas regulamentações. Nesse sentido, grande parte das regulamentações dos países mencionados restringem-se a decisões relacionadas à autorização da exploração dos recursos naturais por terceiros em territórios indígenas e tradicionais⁹.

⁸ Governo Federal, Ministério da Economia. Guia de Engajamento e Participação Social. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/guia-de-engajamento-e-participacao-social/guia-de-engajamento-e-participacao-social-v1.pdf>

⁹ Ver mais informações em: https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/