

# Paulo de Bessa: O Ministério dos Povos Indígenas e o CLPI

10/01/2023

Este artigo, em sequência a [artigo anteriormente publicado neste portal \[1\]](#), objetiva fazer uma análise preliminar do impacto da criação do Ministério dos Povos Indígenas na aplicação do consentimento (consulta) livre, prévio e informado (CLPI), previsto em vários documentos internacionais e no Direito brasileiro. O tema é pouco estudado e a sua aplicação, muitas vezes é deficitária, limitando-se a mero apêndice dos processos de licenciamento ambiental, sob a forma de estudo de componente indígena (ECI). A Medida Provisória 1.154/2023 (MP) fez uma ampla reformulação da administração pública federal, com a instituição de dois ministérios muito relevantes no que se refere à implementação do CLPI, a saber: 1) o Ministério da Igualdade Racial (MIR) e o Ministério dos Povos Indígenas (MPI).



O Brasil é parte da Convenção 169 da Organização Internacional do

Trabalho (Convenção 169) que tutela os povos indígenas e tribais [2] cujo artigo 6º [3] trata do tema. A Convenção 169 tem como destinatários os Estados-Partes, definindo direitos individuais e/ou coletivos que devem ser respeitados e, sobretudo, implementados, segundo diretrizes hermenêuticas nela previstas (artigos 1º (3) e 34 e 35).

A consulta é o instrumento jurídico apto a dar voz às comunidades potencial ou efetivamente impactadas por projetos, empreendimentos e /ou atividades a serem implantados em seus territórios tradicionais. Ela é um conjunto de procedimentos conduzido pelo Estado, conforme os usos e práticas tradicionais dos povos indígenas e comunidades tradicionais, por meio de suas instituições representativas, não havendo uma forma prescrita para a sua realização, pois deve respeitar o modo próprio de *cada* povo indígena *ou* comunidade tradicional.

O licenciamento ambiental é uma medida administrativa [4] que potencialmente afeta às comunidades localizadas no entorno do projeto, atividade ou empreendimento sob licenciamento. É importante ressaltar que a consulta prevista na Convenção 169 *não* se confunde com as audiências públicas previstas nos processos de licenciamento ambiental, pois é um direito especial que não limita o exercício de outros direitos pelos povos indígenas e/ou tribais [5]. Assim, ao se tratar de projetos, empreendimentos ou programas que incidam sobre terras indígenas que estejam submetidos ao processo de licenciamento ambiental deverão ser realizadas a 1) CLPI e a 2) audiência pública própria do licenciamento ambiental. Uma não substitui a outra.

A aplicação do CLPI é feita de forma precária, em geral quando os projetos já se encontram em fase adiantada de planejamento, em especial já estando submetidos ao licenciamento ambiental. Tais procedimentos começam a ser repelidos pelo Judiciário, como se pode ver no RE 13.795/PA, relator o ministro Alexandre de Moraes [6]: "*[d]estaquesse, também, que o dever de se ouvir previamente as comunidades indígenas afetadas não é, segundo a finalidade essencial da Constituição Federal, uma escuta meramente simbólica. Muito pelo contrário, essa oitiva deve ser efetiva e eficiente, de modo a possibilitar que os anseios e as necessidades dessa parte da população sejam atendidos com prioridade*". Concluindo o raciocínio, o ministro Alexandre de Moraes acrescenta não caber interpretação literal e restritiva dos artigos constitucionais [7], pois "*admitir-se-ia o absurdo de considerar constitucional a realização de empreendimento que, por não estar incluído em terras propriamente indígenas, venha a torná-las inóspitas, direta ou*

*indiretamente, ou prejudicar drasticamente a cultura e a qualidade de vida das populações indígenas que habitam na região".*

Assim, parece claro que a decisão do STF, limpidamente, reconhece que a CLPI é *um processo substantivo* que deve ser efetivado de forma a propiciar a *participação efetiva* dos indígenas, ainda na fase de planejamento dos empreendimentos que, de alguma forma, venham a repercutir nas terras indígenas, *mesmo que não* venham a ser *implantados diretamente* nas terras indígenas. Veja-se que anterior decisão proferida pelo STJ [8] admitia a realização de estudos preliminares de projetos com repercussão sobre terras indígenas, sem a participação dos povos interessados. Segundo a Corte, *"o que não se mostra possível é dar início à execução do empreendimento sem que as comunidades envolvidas se manifestem e componham o processo participativo de tomada de decisão"*.

A definição do que se deve entender por *estudos preliminares* é essencial para delimitar o campo de aplicação da Convenção. É evidente que a existência do Ministério dos Povos Indígenas impõe a participação de tal órgão nos "estudos preliminares" de projetos, empreendimentos e/ou programas que, de alguma forma, possam repercutir sobre terras indígenas [9]. Essa participação, naturalmente, deverá ser feita em conjunto com o povo indígena interessado. É evidente que, quanto mais cedo for o envolvimento dos povos indígenas no projeto, menor a possibilidade de problemas jurídicos, sociais e políticos para a sua implementação. A medida é necessária para que exista segurança jurídica em relação às propostas a serem examinadas e as suas implementações.

Outra questão complexa que deverá ser enfrentada pelo MPI é a relativa ao artigo 15 da Convenção 169 e suas relações com o artigo os §§ 2º e 3º do artigo 231 da Constituição Federal, em especial no que diz respeito à mineração. Como se sabe, o regime constitucional brasileiro separa a propriedade do solo da do subsolo, *não havendo o usufruto indígena exclusivo sobre o subsolo*. Em caso de mineração em terras indígenas, os direitos aplicáveis são os de superficiário. Entretanto, a Constituição estabelece *uma salvaguarda para os direitos indígenas* ao determinar a aprovação do Congresso Nacional para a utilização dos recursos hídricos e minerais, *ouvidos os povos indígenas*. Não resta dúvida que tal oitiva deve ser feita na forma estabelecida pela Convenção 169 e nos documentos internacionais tais com a 1) Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (DDPI) [10] e a 2) Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas [11] (DADPI).

É preciso consignar que há divergências entre as concepções dos Estados, dos povos indígenas e das entidades empresariais sobre a forma como o CLPI deve ser aplicado na prática. Observa-se que o artigo 19 da DDPI estabelece o dever de os Estados consultarem e cooperarem de boa-fé com os povos indígenas com a finalidade de obtenção do CLPI, *"antes de adotar medidas legislativas e administrativas que os afetem"*. Esta disposição tem sido considerada como uma "ambiguidade construtiva" [12] que pode ser útil na inexistência de consenso, conforme decidido pela Corte Caribenha de Justiça no caso *The Maya Leaders Alliance et al. v. the Attorney General of Belize* (2015) CCJ —15 (AJ).

Alguns Estados regularam o processo de CLPI que hoje é considerado um princípio geral de direito internacional. No Peru, a Lei nº 29.785/2011 regulamentou o processo de CLPI estabelecendo as etapas a serem observadas no diálogo intercultural. A decisão a ser tomada no caso concreto está definida no artigo 15 que a atribui ao Estado [13]. Na Bolívia há a Lei nº 222/2012 [14], assim como em outros países da América do Sul. Há uma característica importante na legislação em questão que é o caráter de obrigatoriedade dos resultados da consulta, tanto para o Estado, como para os Povos Indígenas, podendo a sua execução ser buscada perante o Judiciário.

Hoje não se discute mais a necessidade e obrigatoriedade da aplicação da CLPI às atividades extrativistas, muito embora tal consenso não se estenda à definição do próprio CLPI, conforme consta do Padrão de Desempenho 7 da *International Finance Corporation* [15]:

*"12. Não há nenhuma definição de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) aceita universalmente. Para os fins dos Padrões de Desempenho 1, 7 e 8, 'CLPI' tem o significado descrito neste parágrafo. O CLPI toma por base e amplia o processo de CIP descrito no Padrão de Desempenho 1 e será criado por meio de negociação em boa-fé entre o cliente e as Comunidades Afetadas de Povos Indígenas. O cliente documentará: 1) o processo mutuamente acordado entre o cliente e as Comunidades Afetadas de Povos Indígenas e 2) as evidências de acordo entre as partes como resultado das negociações. O CLPI não requer necessariamente unanimidade e pode ser obtido mesmo se indivíduos ou grupos dentro da comunidade discordarem explicitamente"*.

Os *Princípios do Equador* [PE — julho — 2020] [16], instituído pelas principais instituições financeiras internacionais [17], estabelecem distinções para Consentimento Livre, Prévio e Informado (FPIC) e consulta Informada, como se segue:



*"Consentimento Livre, Prévio e Informado (FPIC, na sigla em inglês) Não há uma definição universalmente aceita de FPIC. Com base em negociações de boa-fé entre o cliente e as comunidades indígenas afetadas, o FPIC se baseia no processo de Consulta Informada e Participação e o expande, garante uma participação significativa dos Povos Indígenas no processo de tomada de decisão e concentra-se na realização de acordos. O FPIC não requer unanimidade, não confere direitos de veto a indivíduos ou subgrupos, e não requer que o cliente concorde com questões sobre as quais não tem controle.*

*Consulta Informada e Participação é uma intensa troca de percepções e informações e um processo de consulta organizado e repetido que leva o cliente a incorporar, ao processo de tomada de decisão, os pontos de vista das Comunidades Afetadas sobre questões que as afetam diretamente (tais como medidas mitigatórias propostas, o compartilhamento de benefícios e oportunidades do empreendimento, e questões ligadas à implementação)".*

O *Green Climate Fund*, mecanismo associado ao Acordo de Paris [18], em sua política para os povos indígenas, ao tratar das consultas, define o conceito de *consulta significativa* assim descrito:

*"Consulta significativa" refere-se a um processo bidirecional que: a) começa no início do processo de planejamento do projeto para reunir visões iniciais sobre a proposta do projeto e informar o seu desenho; b) incentiva o feedback das partes interessadas, particularmente como uma forma de informar o desenho do projeto e engajamento das partes interessadas na identificação e mitigação de riscos e impactos ambientais e sociais; c) continua em uma base contínua, como riscos e os impactos surgem; d) se baseia na prévia divulgação e disseminação de informações relevantes, informações transparentes, objetivas, significativas e de fácil acesso em um prazo que permite consultas significativas com as partes interessadas em um formato culturalmente apropriado, no (s) idioma (s) local (is) relevante (s) e é compreensível para as partes interessadas; e) considera e responde ao feedback; f) apoia o engajamento ativo e inclusivo com as partes afetadas pelo projeto; g) está livre de manipulação externa, interferência, coerção, discriminação e intimidação; e h) seja documentado e divulgado".*

Apesar das divergências e discussões acima, fato é que o modelo que vem sendo adotado no Brasil é precário do ponto de vista jurídico e pouco eficiente no que se refere à tutela dos direitos dos povos indígenas. A Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), nos processos de licenciamento ambiental, apresenta o chamado Estudo de Componente Indígena que, com todo respeito, é um instrumento precário que, em minha opinião, não se presta para atender o disposto na Convenção 169 da OIT. A matéria é regida por normas jurídicas de baixa hierarquia, tais como a Portaria Interministerial nº 60/2015 e a Instrução Normativa nº 02/2015 (Funai) que sequer mencionam a Convenção 169. Aliás, diante dos termos da Convenção 169 é muito discutível que um processo de licenciamento ambiental possa prosseguir sem a realização plena da CLPI, como parece indicar a Portaria Interministerial nº 60/2015 [19]. Aqui não se trata de criar um "nível" para o licenciamento ambiental, mas pura e simplesmente, de tornar eficaz os direitos dos povos indígenas e tribais reconhecidos pelo Brasil e pela comunidade internacional.

É necessário, também, que os protocolos de consulta elaborados pelos indígenas sejam reconhecidos oficialmente como instrumento válido para as consultas.

Os temas são relevantes e devem ser enfrentados com a necessária urgência pelo MPI e pela Funai, de forma que se estabeleçam quadros normativos compatíveis com a matéria e, sobretudo, que sejam capazes de assegurar os direitos dos povos indígenas. O modelo a ser adotado deverá, necessariamente, levar em conta os acertos e erros que a experiência internacional aponta.

---

[1] A nova estrutura administrativa do Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-04/paulo-bessa-nova-estrutura-ministerio-meio-ambiente> acesso em 6/1/2023.

[2] **Artigo 1º.** Disponível em <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2023/08/198920ConvenC3A7C3A3o20sobre20Povos20IndC3ADgenas20e20Tribais20Conv>. acesso em 6/1/2023.

[3] Artigo 6º.

[4] Lei Complementar nº 140/2011. Artigo 2º.



[5] Artigo 8º.

[6] Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2022/re-1379751-belo-monte-consulta-previa-livre-e-informada.pdf>. acesso em 6/1/2023

[7] Artigos 231 e 232.

[8] AgRg na SLS 1.745 / PA. Relator: ministro Felix Fischer. Corte Especial. DJe 26/6/2013

[9] Decreto nº 11.355/2023. Artigo 1º... II.

[10] Artigos 10, 11, 19, 28, 29 e 32 (2). Disponível em < [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_1) > acesso aos 4/1/2023.

[11] *Artigo XXIII, XXVIII e XXIX*. Disponível em [https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2021/12/DecAmIND\\_POR.pdf](https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2021/12/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em 4/1/2023

[12] *Tenth anniversary of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: measures taken to implement the Declaration*. Disponível em < <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2023/01/Tenth-Anniversary-of-the-United-Nations-Declaration-on-the-Rights-of-Indigenous-Peoples-1.pdf> > acesso em 7/1/2023.

[13] Artículo 15. Disponível em < <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2023/01/LEY-DEL-DERECHO-A-LA-CONSULTA-PREVIA-A-LOS-PUEBLOS-INDIGENAS-U-ORIGINARIOS-RECONOCIDO-EN-EL-CONVENIO-169-DE-LA-ORGANIZACION-INTERNACIONAL-DEL-TRABAJO-OIT-5-1.pdf> > acesso em 7/1/2023

[14] Disponível em < <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90419/104219/F1680548618/BOL90419.pdf> > acesso em 7/1/2023

[15] Disponível em < [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e81de1f8-256f-4e4f-989c-68ded922e434/PS7\\_Portuguese\\_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jFcfzSI](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e81de1f8-256f-4e4f-989c-68ded922e434/PS7_Portuguese_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jFcfzSI) > acesso em 6/1/2023

[16] Disponível em < [https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2023/01/The-Equator-Principles\\_EP4\\_July2020.pdf](https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2023/01/The-Equator-Principles_EP4_July2020.pdf) > acesso em 6/1/2023

[17] 137 instituições financeiras em 38 países. Bancos brasileiros por ordem de adesão: Itaú Unibanco S.A, Caixa Econômica Federal, BTG Pactual, Banco Votorantim S.A., Banco do Brasil, Banco Bradesco, S.A.

[18] Disponível em < <https://www.greenclimate.fund/about> > acesso em 5/1/2023

[19] Artigo 5º

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jan-10/paulo-bessa-ministerio-povos-indigenas-clpi/>