

DIFICULDADES E RESISTÊNCIAS no processo de implementação do direito à consulta livre, prévia e informada no Brasil



DIFICULDADES E RESISTÊNCIAS
no processo de implementação
do direito à consulta livre,
prévia e informada no Brasil

Documento preparado para a audiência solicitada pela Rede de Cooperação Amazônica – RCA com a Sra. Victoria Tauli-Corpuz, relatora especial sobre direito dos povos indígenas da ONU, durante sua missão ao Brasil, em março de 2016.

Membros da RCA presentes na audiência: Davi Kopenawa Yanomami, Jawaruwa Wajãpi, Maurício Tomé Rocha, Reinaldo Yekuana, Yakagi Kuikuro Mehinaku, Cristina Velasquez, Patrícia Zuppi e Luís Donisete Benzi Grupioni

© RCA, 2016

Texto

Biviany Rojas Garzón, Erika Yamada, Rodrigo Oliveira, Daniel Cerqueira e Luís Donisete Benzi Grupioni

Design

Tipográfico Comunicação | Renata Alves de Souza

Apoio

Rainforest Foundation Noruega

RCA – Rede de Cooperação Amazônica
Rua Professor Monjardino, 19 – Vila Sonia
05625-160 – São Paulo – SP – Brazil
rede.rca@gmail.com
www.rca.org.br

O direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado, no marco da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da jurisprudência nacional e internacional (Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sistema ONU) enfrenta sérios desafios para seu pleno reconhecimento e efetivação no Brasil.

O governo da República Federativa do Brasil não cumpre suas obrigações no que concerne à consulta e obtenção do consentimento dos povos indígenas e tribais. Um conjunto recente de medidas administrativas e legislativas inconscultas evidenciam grave descumprimento deste direito e consequente violações ao direito à autonomia, à organização social e aos direitos territoriais dos povos indígenas e tribais.

Elencamos alguns casos de decisões, projetos e programas governamentais, leis, iniciativas legislativas e jurisprudência nacional que evidenciam as limitações na compreensão do direito à consulta nas três esferas de poder (executivo, legislativo e judiciário) no Brasil.

Urge que sejam feitas recomendações ao Estado brasileiro, a fim de garantir o pleno reconhecimento deste direito e orientações para de fato avançar na sua adequada implementação.

O Poder Executivo

DECISÕES NÃO CONSULTADAS

No âmbito do Poder Executivo, evidencia-se a incongruência entre o reconhecimento formal do direito à consulta livre, prévia e informada e sua garantia efetiva. Órgãos da administração, responsáveis por decisões que impactam significativamente povos, terras e direitos, concebem a consulta como um direito, mas conduzem-na como mera formalidade burocrática, um acessório prescindível em processos de decisões já tomadas. Além disso, há disputas quanto ao entendimento do alcance desse direito aos povos e comunidades tradicionais, bem como do alcance dos casos de exigência também de consentimento para além da consulta livre, prévia e informada. São vários os processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de grande porte e com significativo impacto sobre os sujeitos interessados que se planejam e executam sem a observância deste direito.

A Usina Hidrelétrica de Belo Monte se tornou mundialmente conhecida em razão da magnitude de seus impactos socioambientais. Em fase final de construção no rio Xingu (PA), o empreendimento afeta 8 povos indígenas e inúmeras comunidades tradicionais de ribeirinhos e de pescadores. Apesar disso, foram realizadas apenas reuniões informativas e audiências públicas, sem qualquer caráter consultivo. Aos povos e comunidades tradicionais, não foi garantida qualquer possibilidade de participação institucional na tomada de decisão: tanto no âmbito legislativo, onde foi emitida autorização inconsulta para o aproveitamento do potencial hidrelétrico do rio Xingu, como no âmbito administrativo, onde autorizações setoriais e ambientais foram emitidas sem nenhuma consulta às populações impactadas.

Na mesma região do rio Xingu, desta vez na competência de autoridades estaduais, outro caso de decisão administrativa inconsulta sobrepõe impactos acumulativos e sinérgicos de atividades econômicas e obras de infraestrutura sobre um mesmo território. Trata-se do “Projeto Volta Grande – Mineração de Ouro” da empresa canadense Belo Sun Mining Corporation, vinculada ao banco Forbes & Manhattan Inc. Prevista para ser instalada na Volta Grande do Xingu –região de maior incidência de impactos diretos da Usina Hidrelétrica de Belo Monte . O empreendimento de mineração conta com uma licença prévia do órgão licenciador do governo do Estado do Pará mesmo sem ter observado o direito à consulta dessas populações.

Belo Monte e Belo Sun não são casos isolados. A história parece se repetir em todos os grandes empreendimentos de infraestrutura planejados pelo governo federal no âmbito do plano governamental de “Aceleração do Crescimento”, conhecido pela sigla do PAC. Abertura e implementação de novas estradas e ferrovias, principalmente na região norte do país, são licenciadas e construídas sem nenhum tipo de consulta mesmo nos casos em que o projeto é implementado no interior da terra indígena, como é o caso da construção da Linha de Transmissão Manaus-Boavista na Terra Indígena Waimiri-Atroari.

Outro caso é o da Usina Hidrelétrica de São Luiz do Tapajós, cujo licenciamento ambiental caminha sem observar a obrigação de consultar os povos indígenas e comunidades tradicionais afetadas. Em pronunciamentos públicos, o governo deixa claro que não está disposto a negociar a implementação ou não do projeto, tido como um fato consumado, e expõe sua percepção de que o escopo da consulta prévia se resume à discussão de medidas de compensação e mitigação. Outra violação verificada é a negação do direito à consulta das comunidades tradicionais

afetadas, como São Luiz, Pimental e Montanha e Mangabal, sob o pretexto de que não há consenso no governo quanto à aplicabilidade da Convenção nº 169 a estes sujeitos coletivos . O governo federal não sinalizou, até então, se irá respeitar os Protocolos. Ao caso de São Luiz do Tapajós, somam-se outros exemplos de usinas em construção na mesma bacia hidrográfica sem qualquer consulta aos Muduruku, Apiaka e Kayabi .

Apesar de auto aplicável, o direito à consulta, por sua condição de direito fundamental cuja origem está consagrada em tratado internacional de direitos humanos, não tem sido aplicado no Brasil. São reiterados os entendimentos equivocados por parte do Estado que acionam a justificativa da ausência de regulamentação para negar a aplicação do direito à consulta em casos específicos.

Regulamentação

PROCESSO INCONCLUSO E EQUIVOCADO

Em 2012, após pressão da sociedade civil e sob o argumento de que era preciso uniformizar o entendimento das instituições federais, foi iniciada uma tentativa, frustrada, de regulamentação da consulta pelo governo brasileiro. No entanto, no mesmo ano, a Advocacia Geral da União (AGU) editou a Portaria nº 303 cujo conteúdo afronta o direito à consulta ao permitir diversas atividades em territórios indígenas independentemente de consulta aos afetados .

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) anunciou a saída do movimento indígena do processo de discussão da regulamentação e exigiu a revogação da Portaria nº.303 como mínima manifestação de boa fé por parte do governo federal para retomar a participação nos diálogos sobre a regulamentação dos mecanismos de consulta.

A tentativa de regulamentação demonstrou a dificuldade de uma posição coesa do governo para agir de boa-fé com os sujeitos interessados e se insere num contexto de investida contra o marco institucional dos direitos dos grupos afetados por grandes obras de infraestrutura.

A regulamentação do direito à consulta deveria garantir um processo de consulta exemplar, o que não ocorreu. A reivindicação dos representantes indígenas não foi atendida e os povos e comunidades tradicionais foram deliberadamente excluídos do diálogo, pois o governo compreende que estes grupos não se enquadram na categoria “tribais” utilizada pela Convenção nº.169.

Não obstante, esta definição foi utilizada pelo próprio governo como parâmetro para a definição de povos tradicionais quando da adoção da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, assim como entendimento unânime da jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Sem a participação do movimento indígena, o governo buscou avançar no processo de regulamentação, elaborando uma proposta específica para a consulta às comunidades quilombolas. Porém, os representantes quilombolas denunciam que as reuniões e seminários promovidos pelo governo tiveram caráter meramente informativo sem dar-lhes tempo hábil de manifestarem-se num verdadeiro processo de consulta.

O conteúdo da proposta de regulamentação da consulta às comunidades quilombolas retrocede em diversos parâmetros internacionais ao fixar prazos rígidos para a finalização do processo de consulta; ao conferir total discricionariedade da administração quanto ao cumprimento ou não dos acordos estabelecidos; e ao exigir que a comunidade quilombola esteja certificada pela Fundação Cultural Palmares, dentre outros pontos.

Eventual regulamentação do direito à consulta deveria reforçar a obrigatoriedade dos padrões estabelecidos internacionalmente e aplicáveis ao país, limitando-se a orientar os próprios órgãos da administração pública, disciplinando um procedimento interno e distribuindo atribuições, sem adentrar na esfera de autonomia dos grupos consultados.

Caso o governo pretenda retomar a discussão, recomendamos a necessidade de recuperar a confiança do movimento indígena por meio de manifestações objetivas de defesa dos direitos indígenas, como a revogação da Portaria nº. 303, e reconhecer os povos e comunidades tradicionais como sujeitos do direito à consulta. Outra demonstração de boa fé seria oferecer garantias institucionais para o exercício deste direito a partir do respeito aos protocolos de consulta. O governo deveria, ainda, não só respeitar, mas estimular e apoiar a produção dos protocolos autônomos de consulta em todo o país.

Poder Legislativo

SEM PARTICIPAÇÃO, SEM CONSULTA

No que diz respeito às medidas legislativas, encontramos a mais grave situação de violação do direito à consulta. No Congresso Nacional, está em curso a maior ofensiva legislativa aos direitos indígenas, quilombolas e de povos e comunidades tradicionais desde o marco constitucional de 1988 que reconheceu os direitos coletivos destes povos. Protagonizada pela bancada ruralista - uma frente parlamentar que atua em defesa dos interesses dos grandes proprietários rurais-, a ofensiva busca limitar direitos territoriais e a autonomia dos grupos, abrindo os territórios à exploração econômica, sem respeitar os direitos territoriais destes povos e muito menos consultando os planos de desenvolvimento econômico e social de seus territórios. Além disso, os atores envolvidos no processo legislativo ignoram sua obrigação de realizar a consulta sobre as medidas que afetam tais grupos. Nesse sentido, avançam em âmbito federal projetos de leis e de emendas à Constituição com impacto direto e significativo sobre direitos destes grupos, sem que qualquer mecanismo de participação e muito menos de consulta tenham sido observados. Citamos como exemplos mais graves:

- Projeto de Emenda Constitucional nº 76/2011: permite a exploração de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, com participação nos resultados;
- Projeto de Lei nº 1.610/1996: regulamenta a Mineração em Terras Indígenas;
- Projeto de Lei nº 44/2007: altera as regras sobre reconhecimento e demarcação de Territórios Quilombolas;

- Projeto de Lei nº 3.654/2008: retira o direito à auto-identificação das comunidades quilombolas;
- Projeto de Emenda Constitucional nº 71/2011: altera regras de demarcação de terras indígenas;
- Projeto de Lei Complementar nº 227/2012: dispõe sobre a mineração em terras indígenas, territórios quilombolas e unidades de conservação;
- Projeto de Lei nº 5.807/2013 (Novo Código de Mineração): permite a mineração em terras indígenas, territórios quilombolas e unidades de conservação;
- Projeto de Lei nº 1.216/2015: altera regras sobre reconhecimento e demarcação de terras indígenas.

Nenhum destes projetos garantiu ou indica que vá garantir qualquer consulta aos sujeitos interessados.

Há também a PEC 215 que, se aprovada, resultará na paralisação dos processos de demarcação destes territórios no país, a revisão da titulação de territórios já reconhecidos e a remoção forçada de comunidades de territórios tradicionais para dar lugar a obras de infraestrutura ou projetos de exploração de recursos naturais por parte de terceiros.

A PEC 215 é considerada a iniciativa legislativa mais prejudicial aos direitos dos povos indígenas e comunidades quilombolas, implicando em grave restrição a direitos coletivos. Apesar disso tem avançado no trâmite legislativo sem nenhuma iniciativa para realização de consulta prévia, livre e informada.

Um exemplo recente de desconhecimento absoluto do direito de consulta foi a aprovação da Lei nº 13.123/2015 (Marco da Biodiversidade) que regulamenta o acesso e exploração econômica de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e à agrobiodiversidade. De iniciativa do governo federal, o projeto tramitou e foi aprovado no Congresso Nacional sem qualquer consulta aos povos interessados, não obstante afetar diretamente direitos coletivos de povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais de todo o Brasil. Não houve consulta nem por parte do Poder Executivo, antes de enviar o projeto ao Poder Legislativo, nem por parte do Congresso Nacional, acerca dos dispositivos incorporados ao texto no processo legislativo. O resultado do processo foi um texto desfavorável aos detentores dos conhecimentos tradicionais, que prevê a repartição de benefícios em hipóteses restritas e não garante aos sujeitos interessados o controle sobre seu próprio conhecimento tradicional. Neste exemplo, em se tratando de um projeto de autoria do Poder Executivo, este deveria garantir a consulta antes de enviá-lo ao Poder Legislativo, o que não eliminaria a obrigação deste na condução de um processo de consulta próprio. Não obstante, o governo federal somente realizou reuniões prévias com empresas farmacêuticas e demais atores privados interessados na regulamentação do assunto, todos, menos os povos indígenas e comunidades tradicionais detentoras do conhecimento tradicional, muitas vezes associado ao patrimônio genético, objeto da regulamentação.

Quanto aos projetos de iniciativa do próprio Poder Legislativo, embora os regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados prevejam instrumentos de participação direta da sociedade civil – como as audiências públicas, reuniões espontâneas e comissões mistas -, estes não se confundem com a consulta, muito menos retiram a obrigatoriedade desta. Por isso, pugnamos recomendar que o Congresso Nacional disponha sobre o tema em seu regimento interno, reafirmando o direito à consulta como etapa imprescindível do processo legislativo e de modo a evitar novas violações a esse direito por parte do Legislativo. É preciso esclarecer, todavia, que esta inclusão não é indispensável à efetivação do direito.

A Convenção nº. 169 possui aplicabilidade imediata e os regimentos internos, tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal preverem mecanismos para auferir a compatibilidade dos projetos de leis e emendas constitucionais com o ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui os tratados internacionais de direitos ratificados no país, a exemplo da Convenção nº. 169.

Poder Judiciário

SUSPENSÃO DE LIMINAR COMO INSTRUMENTO PARA CONSOLIDAR FATOS CONSUMADOS DE DECISÕES INCONSULTAS

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

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

Graças à Suspensão de Liminar, foi possível a continuidade dos seguintes empreendimentos sem qualquer consulta: Usinas Hidrelétricas de Belo Monte, Teles Pires e São Manoel, duplicação da Estrada de Ferro Carajás, Linhão Manaus-Boavista, dentre outros.

PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL

O direito à consulta prévia, livre e informada determina um novo tipo de relação, mais simétrica e respeitosa, entre os Estados e os povos interessados, que se sustenta no reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais destes povos. Está relacionado ao exercício pleno de outro direito fundamental que é o direito à livre determinação, ou seja, o poder de decidir livremente sobre seu presente e futuro na qualidade de sujeitos coletivos de direitos. Contudo, a capacidade do Estado para o diálogo intercultural entre povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas ainda está em construção no Brasil. Casos emblemáticos ilustram como violações sistemáticas desse direito ocorrem e revelam a prevalência de interesses políticos e privados em detrimento dos direitos humanos de grupos social e culturalmente diferenciados. É possível concluir que não se tratam de eventos isolados, mas de violações sistemáticas e representativas que precisam ser corrigidas para a adequada implementação do direito à consulta prévia, livre e informada no país. Nesse sentido, juntamente com as análises de violações, apontamos possibilidades de medidas cabíveis para a adequada implementação do direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado no país. As medidas exigem a cooperação por parte dos três poderes estatais.

Apesar dos compromissos assumidos internacionalmente, de forma voluntária, tanto junto a ONU quanto a outras agências internacionais, seja ao aprovar e promover a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, seja ao ratificar a Convenção 169 da OIT, o Estado brasileiro segue desrespeitando os povos indígenas e seus direitos. Contra

a forte ofensiva aos direitos dos povos indígenas verificada nos últimos anos, por setores contrários à manutenção dos territórios indígenas, o movimento indígena nacional tem feito denúncias e manifestações em defesa de seus direitos, de seus territórios, de seus modos de vida diferenciados. Nesse cenário adverso, em que um modelo de desenvolvimento predatório agride direitos constitucionais, impõe-se a aplicação do direito à participação e à consulta prévia em processos de tomada de decisão sobre medidas e projetos que afetam territórios, culturas e modos de vida indígena.

Pelo exposto, solicitamos que a Relatora Especial da ONU recomende ao governo brasileiro:

1. Que o Estado não mais ignore o dever de se realizar consultas livres, prévias e informadas sobre medidas administrativas e legislativas que afetem povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais;
2. Que o governo federal se abstenha de utilizar subterfúgios judiciais, como no caso da suspensão de liminar e antecipação de tutela, para evitar a aplicação do direito à consulta como requisito iniludível do processo de tomada de decisão administrativa;
3. Que os processos de implementação do direito à consulta a povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais acerca de obras e projetos de desenvolvimento que os afetem diretamente sejam considerados em todas as etapas de tomada de decisão pública desde o planejamento, o licenciamento, a execução e o monitoramento das obras;
4. Que as comunidades tradicionais sejam reconhecidas como sujeitos do direito à consulta livre, prévia e informada;

5. Que o Estado considere a necessidade de primeiramente normatizar regras uniformizadoras de sua própria atuação e processos internos evidenciando seu compromisso com o dever de consultar povos indígenas e tribais antes da tomada de decisões que possam afetá-los;
6. Que as violações de direitos decorrentes da não-realização, do atraso ou de outros vícios relacionados à implementação de processos de consultas efetivamente livres, prévias e informadas sejam publicamente reconhecidas, reparadas e indenizadas.
7. Que sejam revogadas a Portaria nº. 303 e subsequentes da AGU, bem como retomados os processos de demarcação de terras indígenas, revertendo o quadro de quebra de confiança para a retomada do diálogo entre o Estado e os povos indígenas acerca da implementação do direito à consulta;
8. Que se defina com urgência o rito no processo legislativo para a realização de consultas ao Projeto de Lei nº. 1610 (mineração em terras indígenas); Proposta de Emenda Constitucional nº.215 (alterações nos processos de demarcação de terras indígenas, quilombolas e unidades de conservação) e demais projetos de leis que tramitam ou que venham a tramitar;
9. Que o Estado esclareça seu entendimento sobre consulta a partir da interpretação específica do julgamento do caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal e das orientações da Advocacia Geral da União;
10. Que qualquer eventual normativa reguladora do direito à consulta livre, prévia e informada passe, necessariamente, por um processo de consulta exemplarmente livre, prévio e informado, com base num Plano de Consulta pactuado com os povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais titulares deste direito;

11. Que a regulamentação dos processos de consulta não restrinja o exercício do direito, nem seja contrária aos princípios de pluralidade e autonomia dos povos;
12. Que a discussão sobre a regulamentação ou normatização seja dialogada e consultada e restrinja-se a orientar a administração, gerar melhores condições para a efetiva implementação do direito, e respeitar a autonomia dos grupos, inclusive quanto a seus protocolos de consulta quando for o caso;
13. Que sejam consideradas as expertises de órgãos técnicos como a Fundação Nacional do Índio e a Fundação Palmares, bem como a interlocução com representantes indígenas e quilombolas e os Conselho Nacional de Direitos Humanos e do recém criado Conselho Nacional de Política Indigenista, nos processos de implementação do direito à consulta, inclusive na discussão sobre eventual regulamentação;
14. Que o Estado assuma sua responsabilidade e seu dever em apoiar processos indígenas de entendimento, discussão e elaboração com autonomia de protocolos próprios de consulta conforme as formas de organização social dos povos indígenas e das comunidades tradicionais.

Brasília, 09 de março de 2016



ASSOCIAÇÃO DO MOVIMENTO DOS AGENTES AGROFLORESTAIS INDÍGENAS DO ACRE – AMAAIC



ASSOCIAÇÃO TERRA INDÍGENA XINGU – ATIX



ASSOCIAÇÃO WYTY-CATÊ DOS POVOS TIMBIRA DO MA E TO



CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA – CTI



CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA – CIR



COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DO ACRE – CPI/AC



CONSELHO DAS ALDEIAS WAJÁPI – APINA



FEDERAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DO RIO NEGRO – FOIRN



HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI – HAY



INSTITUTO DE PESQUISA E FORMAÇÃO INDÍGENA – IEPÉ



INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA



ORGANIZAÇÃO GERAL DOS MAYURUNA – OGM



ORGANIZAÇÃO DOS PROFESSORES INDÍGENAS DO ACRE – OPIAC