

Data de recebimento: 29/10/2023

Data de aceite: 22/11/2023

.....

# A CONCRETIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA E A CONVENÇÃO OIT 169 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

.....

*THE IMPLEMENTATION OF THE PRIOR, FREE  
AND INFORMED CONSULTATION AND THE ILO 169  
CONVENTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Felipe Pires M. de Brito<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Consulta Prévia, Livre e Informada na Convenção OIT nº. 169. 2. A ausência de regulamentação da Convenção OIT nº. 169 no Brasil. 3. A aplicação da Consulta Prévia, Livre e Informada na jurisprudência brasileira. 4. Parâmetros objetivos para a Consulta Prévia, Livre e Informada no sistema jurídico brasileiro. 5 Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

1 - Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Pós-Graduado em Direito e Meio Ambiente Sustentável pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-Graduado em Estado e Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-Graduado em Direito Mineralário pelo CEDIN. LLM em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-RJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Apoio Jurídico Especializado da PFE ICMBio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2071-0611>. E-mail: felipepiresmb@gmail.com.

**RESUMO:** A ausência de regulamentação da Convenção OIT n.º. 169 no Brasil – em parâmetros mais objetivos e específicos do que o estipulado no campo internacional – causa insegurança jurídica na proteção dos direitos indígenas. Isso ocorre porque o documento internalizado no direito brasileiro por meio do Decreto n.º. 5.051/2004, revogado pelo Decreto n.º. 10.088/2019, apenas reproduziu o texto da referida Convenção, sem adaptar suas propostas ao contexto nacional. Diante desse cenário, o presente trabalho busca avaliar a aplicação dos conceitos de Consulta Prévia, Livre e Informada (CPLI), a partir de uma pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial. Para tanto, apresenta-se exemplos brasileiros práticos, mas também de outros países, especialmente os latino-americanos, no intuito de verificar a viabilidade do estabelecimento de critérios que comprovem o cumprimento da Consulta Prévia, Livre e Informada, como determinado pela legislação. Discute-se, nessas medidas, temas, como a forma de consulta; a legitimidade dos representantes; as diferenças entre consulta e consentimento; o caráter vinculante; e as linguagens mais adequadas para a realização desses procedimentos em consonância com a Convenção OIT n.º. 169. Além disso, busca-se ainda contribuir para o avanço do tema na doutrina brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos indígenas. Convenção OIT n.º. 169. Consulta Prévia, Livre e Informada. Consulta e consentimento. Protocolos comunitários.

**ABSTRACT:** *Abstract. The lack of regulation of ILO Convention 169 in Brazil through more objective and specific parameters than stipulated in the international field causes legal uncertainty in the protection of indigenous rights. This is because the document was internalized in domestic law through Decree no. 5.051/2004, revoked by Decree no. 10.088/2019 and only reproduced what was established in the international field and, therefore, without the necessary adaptations to the Brazilian context. Given this scenario, the present work seeks to evaluate the application of the concepts of prior, free and informed consultation present in ILO Convention 169 with bibliographical, normative and jurisprudential research. For this purpose, practical Brazilian examples are presented, but also in other countries, especially Latin American ones, in order to verify the feasibility of establishing criteria so that it is possible to prove compliance with the prior, free and informed consultation as determined by legislation. In these measures, topics such as the form of consultation, the legitimacy of the consultation representatives, the differences between consultation and consent, the binding nature and the most appropriate languages to be carried out in accordance with ILO Convention 169 are discussed. intends to contribute to the advancement of the theme in Brazilian doctrine.*

**KEYWORDS:** *Indigenous rights; Convention 169; Free, prior and informed consent; Consultation and Consent; Community Protocols.*

## INTRODUÇÃO

Os direitos indígenas estão em constante evolução, marcadamente em países como o Brasil, em que a população indígena “chegou a 1.693.535 pessoas, o que representa 0,83% do total de habitantes com significativo papel na proteção ambiental no território brasileiro”. Desses, “Conforme o IBGE, pouco mais da metade (51,2%) da população indígena está concentrada na Amazônia Legal” (FUNAI, 2023).

Dada a importância das populações originárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 estabelece que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, *caput* - CRFB/88) (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 22).

De forma mais específica, o Brasil também passou a ser signatário da Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT n.º. 169 sobre povos indígenas e tribais, internalizada no direito pátrio por meio do Decreto Federal n.º. 5.051/2004. Nesse documento, um dos pontos mais relevantes é o estabelecimento da Consulta Prévia, Livre e Informada (CPLI) aos grupos afetados por medidas administrativas ou legislativas.

Ocorre, contudo, que a estipulação da necessidade de Consulta Prévia, Livre e Informada não foi regulamentada de forma mais detalhada no Brasil, o que produz no campo do direito ambiental uma série de controvérsias jurídicas que acabam requerendo solução do Poder Judiciário. Entre as principais questões, discute-se, por exemplo, quem deve ser consultado (legitimidade); como e em quais momentos deve ser consultado (*modus operandi*); e qual a vinculação do procedimento (consulta vs. consentimento).

Diante desse contexto, o presente trabalho busca analisar os termos da Consulta Prévia, Livre e informada no Brasil, a partir de exemplos de normatizações e jurisprudências de países latino-americanos, e indicar caminhos para o estabelecimento de critérios mais objetivos – a serem instituídos por meio de lei específica elaborada pelo Congresso Nacional e debatidos com toda a sociedade, especialmente com os grupos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Nesse âmbito, pretende-se contribuir para que, por um lado, os direitos indígenas sejam cada vez mais respeitados e, por outro, seja constituído um cenário de maior segurança jurídica acerca do assunto.

### 1 CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NA CONVENÇÃO OIT N.º. 169

A Convenção OIT n.º. 169 estabeleceu uma mudança de paradigma em relação ao diploma anterior, a Convenção n.º. OIT n.º. 107, na medida em que passou a valorizar os povos indígenas e as comunidade tribais por suas próprias características – usos, costumes, tradições e autodeterminação (RIBEIRO, 2017, p. 07).

Antes, a norma era pautada pela ideia de integracionismo, o que significa dizer que as políticas voltadas para tais grupos deveriam ser fundamentadas na integração com a sociedade em geral (ANTUNES, 2019, p. 33-37; SILVA, 2017, p. 124). Nessa linha de transformações, a Convenção OIT n.º. 169 substituiu o termo semitribal presente na Convenção OIT n.º. 107 – “aqueles que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na co-

munidade nacional” (Art. 1º. 2. Convenção OIT nº. 107) – por comunidades indígenas ou tribais (Art. 1º. “a” e “b”. Convenção OIT nº. 169).

Nesse quadro de reconhecimento de autodeterminação dos povos, a Convenção OIT nº. 169 estabelece a necessidade de Consulta Prévia, Livre e Informada a esses grupos, quando medidas legislativas ou administrativas possam afetá-los diretamente (HEEMANN, 2018, p. 14). Para tais casos, a Convenção OIT nº. 169 estabelece (OIT, 1989):

Artigo 6º. Convenção OIT 169. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Como se depreende do trecho acima, a Convenção OIT nº. 169 dispõe sobre os seguintes critérios para as consultas prévias, livres e informadas: (i) a consulta deve ser realizada através dos meios apropriados; (ii) a participação dos povos interessados deve ser livre; (iii) deve existir boa-fé entre as partes. Em outro ponto, a esse documento determina ainda (OIT, 1989):

Art. 15. 1. Convenção OIT 169. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se 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. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Ocorre que tais estipulações são abertas e imprecisas e, desse modo, não respondem de maneira concreta se determinadas situações complexas estão ou não em consonância com os ditames da Convenção OIT nº. 169, no que diz respeito à Consulta Prévia, Livre e Informada. Cabe, dessa forma, aos Estados-partes, signatários do documento, estipularem quem deve ser consultado, como deve ser consultado, em quais momentos se deve consultar e se a consulta é ou não vinculante, posto que todos esses pontos são passíveis de questionamentos (ANTUNES, 2019, p. 100).

No que se refere aos sujeitos passivos da consulta, ou seja, quem deve ser consultado, com base nos art. 6º e 15º da Convenção OIT nº. 169, estão incluídos os povos indígenas e tribais,

mas não há uma definição mais detida desses grupos. No Brasil, considera-se, por exemplo, como grupos tribais as comunidades quilombolas, que são “grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição (ALBUQUERQUE, 2013, p. 57-58), com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (Art. 2º, caput, § 1º, § 2º, § 3º do Decreto Federal n. 4.887/2003); e as comunidades tradicionais, ou seja, aqueles que são

culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam 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 (Política, Povos e Comunidades Tradicionais - Decreto Federal n.º. 6.040/2007).

Apesar disso, a própria ideia de autorreconhecimento pode tornar mais complexa a situação de definição de quem deve ser consultado, mesmo que se aponte aqui a concordância de que tanto as comunidades quilombolas como as comunidades tradicionais devem ser abarcadas pela Convenção OIT n.º. 169 (BIM, 2014, p. 207).

Os outros questionamentos acima apresentados (como deve ser consultado; em que momento se deve consultar; e se a consulta é ou não vinculante) são tratados genericamente para determinar que a consulta seja prévia, livre, informada, com a participação efetiva dos interessados e a boa-fé entre as partes. Por se tratar de um diploma internacional, a abordagem mais ampla serve ao objetivo de abarcar o maior número possível de países com distintas realidades e, por outro lado, permitir que cada um deles possa adaptar as determinações às suas realidades locais. No entanto, nem todos os Estados-signatários, após internalizarem a Convenção OIT n.º. 169, elaboraram normas específicas para parametrizar a CPLI, como é o caso do Brasil. Permanecer na generalidade favorece um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica sobre o tema (MENDONÇA, 2019, p. 69-75).

Em resumo, apesar de a OIT n.º. 169 determinar a Consulta Prévia, Livre e Informada, é preciso que o direito interno dos países faça as complementações necessárias para viabilizar a concretização dessa determinação internacional, o que implica definir detalhes sobre o *modus operandi* da consulta. Nesse sentido, nos tópicos subsequentes, busca-se apresentar as aplicações práticas, normativas e jurisprudenciais no Brasil e no mundo, especialmente na América Latina, para contribuir com uma futura (e necessária) aprovação de lei específica sobre o tema pelo Congresso Nacional.

## 2 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO OIT N.º. 169 NO BRASIL

Apesar de recomendável para solucionar conflitos e dubiedade interpretativas, o Brasil não regulamentou a Convenção OIT n.º. 169, apenas internalizou o documento no direito brasileiro por meio do Decreto Federal n.º. 5.051/2004, que reproduz *ipsis litteris* o compromisso assinado internacionalmente pelo país (ALBUQUERQUE, Sofia, 2013, p. 54). Após mais de uma década, o referido diploma foi substituído pelo Decreto Federal n.º. 10.088/2019, que “consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil”.

No direito comparado, a situação é diferente, especialmente no que diz respeito aos países latino-americanos. Na América Latina, existem outros exemplos sobre a regulamentação da Consulta Prévia, Livre e Informada entre leis e propostas legislativas, tais como a Recomendación n.º. 27/2016 (MÉXICO, 2016); Decreto Supremo n.º. 66/2013 (CHILE, 2013); Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. n.º. 38.344/2005 (VENEZUELA, 2005); Proyecto de Ley n.º. 134/2018 (COLÔMBIA, 2018); Proyecto de Ley 5450/2018 (GUATEMALA, 2018) e Proyecto de Ley n.º. 793-D/2020 (ARGENTINA, 2020).

De forma mais específica, a República do Peru, por meio do artigo 8º da Ley n.º. 29.785/2011 definiu alguns pontos norteadores para a CPLI (ANTUNES, 2019. p. 127-138), conforme se depreende do trecho a seguir (PERU, 2011):

*Artículo 8. Ley n.º. 29.785/2011. Perú. Etapas del proceso de consulta. Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. 2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. 3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa. 4. Información sobre la medida legislativa o administrativa. 5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. 6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.*

Noutro exemplo, o Panamá, ao estabelecer as finalidades da consulta, elencou o seguinte na Ley 37/2016 (PANAMÁ, 2016):

*Artículo 2. Ley 37/2016. Panamá. Es obligatorio que la consulta a que se refiere esta Ley sea realizada directamente por entidades estatales antes de la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente los derechos colectivos, la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas. Se incluyen también en esta consulta los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, comarcal y regional que afecten directamente estos derechos.*

Com efeito, considera-se que os exemplos supracitados das legislações aplicadas em alguns países latino-americanos, desde que adaptados ao direito indígena no contexto brasileiro e com as devidas atualizações, podem ser utilizados pelo Congresso Nacional brasileiro para regulamentar, por meio de lei específica, a Consulta Prévia, Livre e informada em território nacional.

Além de tomar essas legislações como parâmetro, o Congresso Nacional também pode utilizar regramentos já estabelecidos pelos Estados, como o Maranhão – disposto por meio da Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão n.º. 76/2019 (MARANHÃO, 2019); e o Paraná – pela Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná n.º. 07/2020 (PARANÁ, 2020). No primeiro caso, estabelece-se:

*Art. 2º. Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão n.º. 76/2019. § 2º Antes de iniciar a Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI, o responsável legal pelo empreendimento deverá acordar previamente com o representante do povo/comunidade tradicional a metodologia para a realização do procedimento. § 3º. A Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI ocorrerá antes da abertura do processo para solicitação da Licença Ambiental, devendo-se apresentar o Relatório correspondente acompanhado das respectivas evidências, além dos demais documentos e*

estudos ambientais previamente exigidos. § 4º. Caso o empreendedor identifique na fase da Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI a existência de protocolos de consultas já constituídos pelo povo/comunidade tradicional, estes devem ser reconhecidos durante a consulta. § 5º. Deverá constar no Relatório da Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI, no mínimo: a) a metodologia definida em comum acordo com a comunidade; b) as formas de divulgação; c) o número de eventos (reuniões/encontros/audiências), bem como locais/dias/horários dos eventos; d) número de participantes em cada evento (representantes do empreendedor, da comunidade, dos órgãos intervenientes ligados às comunidades e demais interessados); e) as propostas preliminares do empreendedor e da comunidade e, se possível (no caso de consenso), a proposta final assinada por ambas as partes, acompanhadas das respectivas evidências (fotografias, listas de presença, atas dos eventos e demais documentos comprobatórios).

Na regulamentação do Estado do Paraná, por sua vez, verifica-se (PARANÁ, 2020):

Art. 2º. Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná nº. 07/2020. § 3º. Na existência de protocolos de consultas livre, prévia e informada já constituídos pelo povo/comunidade tradicional, estes devem ser respeitados e cumpridos durante a consulta. § 4º. O Processo de Consulta Livre, Prévia e Informada – CLPI deverá ser acompanhado pelo Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR). (...). § 7º. A Consulta Livre, Prévia e Informada não constitui, nem se confunde com Audiência Pública. Também não substitui e nem se confunde com a anuência/manifestação do órgão representativo conforme definidos na Portaria Federal Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015. § 8º. Devem ser respeitadas todas as fases do processo de consulta prévia, de boa-fé, em cumprimento ao protocolo e/ou metodologia de maneira adequada às circunstâncias e que permita a livre participação dos interessados, com o objetivo de se chegar a um acordo e buscar o entendimento acerca das medidas propostas. § 9º. Deve ser assegurado uma ampla participação das comunidades tradicionais, com efetiva participação de seus membros, seus representantes e convidados, preferencialmente no espaço físico onde vivem, antes das tomadas de decisões, utilizando metodologia adequada às peculiaridades culturais e organizacionais de cada povo e permitindo não apenas o acesso à informação, mas sobretudo a emissão de opiniões, sugestões e manifestação de oposição às medidas pretendidas. Devem ser disponibilizadas previamente, todas as informações necessárias para uma manifestação qualificada das comunidades e em formato compatível com seu idioma e tradições.

É possível extrair da leitura combinada dos dois dispositivos acima apresentados que a Consulta Prévia, Livre e Informada deve ocorrer de forma prévia, com a apresentação de um Relatório que proponha uma metodologia em comum acordo com a comunidade e em respeito aos Protocolos preexistentes – caso existam – de comunidades indígenas, tradicionais e quilombolas. A título de exemplo, pode-se citar alguns desses documentos: Protocolo de Consulta Krenak; Protocolo de Consulta Enseada da Baleia; e Protocolo de Consulta Território Quilombola Bom Remédio. (GIFFONI, 2020, p. 101-175; SILVA, 2020, p. 119-135).

Ademais, outro destaque presentes nessas normativas estaduais é a indicação de uma metodologia adequada para melhor informar aos grupos interessados. No caso paranaense, por exemplo, pontua-se que a consulta deve ser acompanhada pelo Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR), não podendo ser confundida com a Audiência Pública nem com a anuência/manifestação do órgão representativo,

conforme definido na Portaria Federal Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015. Depreende-se, nesse cenário, que o Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR) deve acompanhar a Consulta Prévia, Livre e Informada, mas não pode ser o ambiente em que essa será realizada, mediante interpretação do próprio vocábulo escolhido: “acompanhar”

Esse tema também tem sido debatido no ICMBio, na medida em que, em alguns casos, há sobreposição entre Unidades de Conservação Federais e áreas indígenas, quilombolas e/ou de comunidades tradicionais. Por esse motivo, foi criado um Grupo de Trabalho (GT), na Autarquia, com especialistas do tema que possam desenvolver uma regulamentação interna sobre a matéria da Consulta Prévia, Livre e Informada.

Diante do exposto no presente tópico, considera-se que o Congresso Nacional deve uniformizar a questão da Consulta Prévia, Livre e Informada e estabelecer critérios de aplicação mais específicos em todo o território nacional. Para tanto, torna-se imprescindível abarcar as experiências internacionais, especialmente as de países latinos, como Peru e Guatemala, que possuem lei própria sobre o assunto; além de avaliar a adequação dos termos previamente estabelecidos em alguns Estados, como o Maranhão e o Paraná, sem perder, no entanto, outras possibilidades de fazer avançar a questão.

### 3 A APLICAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NA JURISPRUDÊNCIA

As questões controvertidas sobre Consulta Prévia, Livre e Informada passaram a ser julgadas tanto no Poder Judiciário no Brasil, marcadamente em Tribunais Regionais Federais - TRFs e nos Tribunais Superiores, como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDHs e por outros tribunais da América Latina.

Dentre a variedade de decisões sobre o tema, destaca-se o caso do Povo Saramaka vs. Suriname (Sentença de 28.11.2007), importante precedente judicial, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que, “quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka”, o Estado precisa ter a “[...] obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições” (OLIVEIRA, 2012, p. 51). Compreende-se, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o grau de intervenção deve embasar a necessidade de consulta ao grupo afetado (ANTUNES, 2019, p. 118-119).

A Corte Constitucional Colombiana também é uma relevante fonte de pesquisa para compreender o real alcance da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme previsto na Convenção OIT nº. 169 (RODRÍGUEZ, 2014, p. 149-163). No âmbito de delimitação, a Corte Colombiana compreende que a participação deve ser realizada em três níveis de distintas intensidades: “(i) participação simples frente a medidas que suponham um interesse indireto e só acidental para a comunidade; “(ii) a consulta prévia frente a medidas que as afetem diretamente”; e “(iii) o consentimento prévio, livre e informado em relação com aquelas que supõem uma afetação especialmente intensa, segundo foi definido pela jurisprudência constitucional” (ANTUNES, 2019, p. 118-119) (*Sentencia T-376/12*) (COLÔMBIA, 2012).

Em outro julgado, a Corte Colombiana elenca o seguinte (COLÔMBIA, 2019):

(i) “la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida”; (ii) “es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) “debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida”; (iv) “en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”; (v) “cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social” (Sentencia T-021/2019).

No Brasil, a temática da Consulta Prévia, Livre e Informada tem sido discutida nos Tribunais Regionais Federais - TRFs e nos Tribunais Superiores. O reconhecimento da referida Consulta pode, por exemplo, ser admitida para suspender procedimentos de licenciamento ambiental ou mesmo contratos, como se observa da decisão transcrita a seguir (TRF-4, 2021):

De fato, o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997). A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver [...]. Provimento ao agravo de instrumento, para se determinar a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas-BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

Noutra oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1 - decidiu (TRF-1, 2016):

Nesse quesito a Convenção 169 da OIT é bem clara, ao mencionar que essa consulta aos índios deve ser feita “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa” (art. 15, parágrafo 2º). [...] pois bem. A ausência de consulta prévia, nos moldes referidos acima, às populações tradicionais, restou evidenciada no transcorrer do inquérito civil realizado pelo MPF. Assim não merece reparos a decisão recorrida, pois não logrou êxito o agravante em desconstituir os relevantes fundamentos adotados da r. decisão agravada, baseado em robustos documentos, razão pela qual aparentemente necessária a análise detalhada de eventuais provas ou realização de perícia técnica, a fim de verificar a real localização da exploração e sua distância das áreas indígenas ou a ocorrência ou não de sobreposição da área de exploração com as áreas legalmente protegidas, bem como o real impacto ambiental na região.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se manifestou da seguinte forma (STF, 2021):

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

Diante dos julgados supracitados, percebe-se que, em maior ou menor grau, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Tribunais latino-americanos (ex. Corte Constitucional Colombiana) e os Tribunais Regionais brasileiros buscam delimitar o alcance da Consulta Prévia, Livre e Informada.

#### 4 PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Expostas as premissas normativas, as jurisprudências e as bases teóricas acerca da Consulta Prévia, Livre e Informada no contexto brasileiro e no exterior, cabe, aqui, apresentar uma proposta com parâmetros mais objetivos que consiga, em tese, dirimir eventuais conflitos jurídicos a serem instados à apreciação do Poder Judiciário. Tais sugestões, aliás, também poderiam ser encampadas para a criação necessária de uma legislação federal que uniformize os critérios da CPLI em todo o território nacional, diante da lacuna legislativa sobre o assunto. Ademais, vale reiterar que a elaboração de lei específica pelo Congresso Nacional deve ser guiada com a participação direta de grupos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para que seus pleitos sejam contemplados, e não se colocar como uma imposição estatal desmedida e em desacordo com a CRFB/88 e a Convenção OIT n.º. 169 (BERNARDI; AHMED, 2018, p. 20).

Nessa perspectiva, a proposição de critérios de realização da Consulta Prévia, Livre e Informada está baseada nos seguintes pilares: (i) quais grupos são os sujeitos passivos; (ii) quem são os representantes legitimados; (iii) como e em quais momentos a consulta deve ser realizada; (iv) a vinculação (ou não) da CPLI (consulta vs. consentimento); e (v) avaliação da possibilidade de se empreender uma consulta específica. Assim, passa-se a análise de cada um desses pontos .

Os sujeitos passivos da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme os moldes da Convenção OIT n.º. 169, são definidos genericamente como comunidades indígenas e tribais. Adequados ao contexto nacional, a primeira categoria diz respeito, como já mencionado aqui, aos povos indígenas – que obtiveram destaque na CRFB/88, com capítulo próprio e direitos constitucional previamente definidos (art. 231, *caput*, § 1º ao 7º e art. 232, *caput* - CRFB/88). O conceito de comunidades tribais, por sua vez, pode incluir – no caso brasileiro – os quilombolas (Art. 2º, *caput*, § 1º, § 2º, § 3º do Decreto Federal n. 4.887/2003) e as comunidades tradicionais (Política, Povos e Comunidades Tradicionais - Decreto Federal n.º. 6.040/2007).

Outro ponto de debate é da representatividade dos grupos afetados sujeitos à consulta. Deve-se atentar que a metodologia precisa ser convencionada com os representantes indicados, mas, por vezes, algumas questões internas podem gerar, por exemplo, divergências sobre a legitimidade do representante escolhido. No intuito de afastar esse tipo de discussão, a legislação poderia prever meios adequados para essas indicações, seja por comunidades indígenas, quilombolas ou comunidades tradicionais. Frisa-se, nesse aspecto, o respeito ao pluralismo cultural. Há, por óbvio, dificuldades de metodologias diante da adequação de diferentes culturas, mas a nomeação da(s) liderança(s) no procedimento deve ser definida para garantir segurança jurídica à consulta.

O momento da Consulta Prévia, Livre e Informada, como aponta a nomenclatura, é prévio, ou seja, anterior às medidas legislativas e administrativas a serem desenvolvidas, por expressa previsão do art. 6º da Convenção OIT n.º. 169. É imprescindível, ainda, a boa-fé entre as partes. Nesse quadro, Paulo de Bessa Antunes afirma que “embora não se possa afirmar o conceito jurí-

dico de boa-fé, certamente é possível identificar-se um comportamento de má-fé” (ANTUNES, 2019, p. 158) e conclui que “o oferecimento de empregos para líderes comunitários, seus parentes, a apresentação de informações parciais, truncadas, inverídicas são comportamentos que indicam má-fé nas negociações” (ANTUNES, 2019, p. 18); portanto, “a forma apropriada é aquela que não agride a cultura do povo interessado” (ANTUNES, 2019, p. 18).

O *modus operandi* da CPLI deve ser também “informada”, o que significa que o uso de uma linguagem acessível, em idioma partilhado pelos grupos consultados, deve ser privilegiado. Além disso, quando existente, os protocolos previamente elaborados por eles devem ser respeitados (SILVA, 2020, p. 119-135), pois possuem força vinculante (MARÉS, 2019, p. 48).

O debate sobre a vinculação da consulta também está posto. Isso porque prescinde de uma diferenciação direta entre consulta e consentimento. Nesse aspecto, Eduardo Bim discorre que “a consulta/oitiva não se destina a obstar o empreendimento em suas terras, apenas a saber qual a extensão dos eventuais prejuízos que os povos indígenas poderiam sofrer, auxiliando o procedimento de tomada de decisões estatais” (BIM, 2014, p. 208-209), ou seja, trata-se da natureza da consulta, e não de consentimento. Nessa linha, o autor conclui que “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 dos povos indígenas e tribais em sua decisão” (BIM, 2014, p. 208-209).

Concorda-se, pois, que a legislação deve definir a necessidade de composição, mas, caso seja impossível, isso deve ser bem fundamentado para que a consulta não passe de mera formalidade burocrática. Além disso, o grau de intensidade dos impactos deve ser levado em consideração na Consulta Prévia, Livre e Informada, posto que quanto maior o impacto, mais detalhados precisam ser os mecanismos de informações, debates e escutas perante os grupos afetados.

Ademais, a Consulta Prévia, Livre e Informada deve ser realizada de forma específica, adequada ao caso concreto e com metodologia composta entre as partes, inclusive os(as) representantes dos grupos afetados (indígenas ou quilombolas ou comunidades tradicionais). Inexiste, desse modo, possibilidade de a consulta ser realizada, por exemplo, em Conselhos preestabelecidos, mesmo com a presença de representantes de tais grupos. A Convenção OIT n.º. 169 trata de um procedimento específico com métodos a serem construídos entre as partes que, de boa-fé, devem buscar um acordo possível entre os que afetam e os que são afetados.

## 5 CONCLUSÃO

A Consulta Prévia, Livre e Informada é um importante instrumento previsto na Convenção OIT n.º. 169, que visa à manifestação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais sobre empreendimentos que possam afetar os seus respectivos territórios. Para tanto, o documento estabelece os seguintes critérios para o procedimento em questão: (i) a consulta deve ser realizada através dos meios apropriados; (ii) a participação dos povos interessados deve ser livre; e (iii) há necessidade de boa-fé entre as partes.

Nessa linha, os ordenamentos jurídicos do Brasil e dos demais países da América Latina passaram a prever essas possibilidades a partir da ratificação e da internalização desse diploma internacional. No que se refere ao Brasil, o documento foi internalizado no direito pátrio por meio

do Decreto Federal nº. 5.051/2004, mas ainda carece de uma regulamentação mais específica que possa dirimir dúvidas sobre o ponto da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme ocorreu em outros países, como a *Ley nº. 29.785/2011* da República do Peru (PERU, 2011) e a *Ley nº. 37/2016* do Panamá (PANAMÁ, 2016).

Com a ausência de uma legislação específica sobre a Consulta Prévia, Livre e Informada que abranja todo território brasileiro, proliferam-se casos no Poder Judiciário relacionados à questão. Discute-se, por exemplo, quem deve ser consultado (legitimidade); como e em quais momentos deve ser consultado (*modus operandi*) e a vinculação do procedimento (consulta vs. consentimento).

Nesses termos, conclui-se que a Consulta Prévia, Livre e Informada da Convenção OIT nº. 169 (i) se trata de uma consulta, ou seja, é preciso o uso de mecanismos de escuta, para fazer ouvir os povos indígenas e as comunidades tradicionais e chegar a um consenso possível; (ii) os legitimados devem ser aqueles que possuam real poder de representatividade do grupo em questão; e (iii) o momento da consulta deve ser prévio. Esses parâmetros, aliás, podem (e devem) ser delineados por uma legislação específica a ser aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Sofia Frota. O Direito Indígena de Consulta prévia no Brasil: Um estudo do caso Belo Monte. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2013.

ARGENTINA, Proyecto de Ley nº. 793-D, 17 marzo de 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. O processo constituinte de 1987/88 e a leitura intercultural da Constituição. Revista OAB-RJ. Edição Especial sobre Povos Indígenas. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2018.

BERNARDI, Larissa; AHMED, Flávio. A proteção aos direitos indígenas e aos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica. Revista OAB-RJ. Edição Especial sobre Povos Indígenas. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2018.

BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais. Oitavas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da FUNAI (IN FUNAI 01/2012). Revista de Informação Legislativa. Ano 51. n. 204. out./dez. Brasília, 2014.

CERVANTES, Silvia Gabriela Ruiz. El derecho es el consentimiento, la consulta un procedimiento: reflexiones desde américa latina sobre el derecho a la consulta. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Costa Rica. v. 26 (1), I Semestre. Heredia, 2015.

CEVALLOS, José García. La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia

No.001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados) Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de Minería. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*. pp. 59-78. Año IV, n. 1, mayo de 2015.

COLÔMBIA, Proyecto de Ley nº. 134. 11 de *septiembre* de 2018.

CHILE, Decreto Supremo nº. 66, 15 de *noviembre* de 2013.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niterói, RJ, v. 1, n. 1, p. 51-72, 2014.

FAJARDO, Raquel. Derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta, consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. *Revista de Antropología Amazônica*. v. 1. n. 2. UFPA. Belém, 2009.

FUNAI, Dados do Censo 2022 revelam que o Brasil tem 1,7 milhão de indígenas. Disponível em <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/dados-do-censo-2022-revelam-que-o-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas>. Acesso em 25 out. 2023.

GUATEMALA, Proyecto de Ley 5450 de *diciembre* del 2018.

GIFFONI, Johny Fernandes. Protocolos comunitários-autônomos de consulta e consentimento quilombolas: Direito e Negacionismo. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2020.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: Do Integracionismo ao Interculturalismo. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 109, n. 1, p. 5-18, 2018.

MARANHÃO, Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão nº. 76 de 29 de maio 2019.

MARÉS, Carlos Frederico. A força vinculante do protocolo de consulta. In: MARÉS, Carlos Frederico; DA SILVA, Liana Amin Lima; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). *Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

MENDONÇA, Ygor de Siqueira Mendes. Consulta prévia no Estado do Pará: Um Estudo sob a Perspectiva Interdisciplinar da Participação. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável no Trópico Úmido) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2019.

MÉXICO, “Recomendación nº. 27, 11 de *julio* de 2016.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. As Inconvencionalidades do Marco Legal Da Biodiversidade

Frente ao Instituto Da Consulta Prévia, Livre e Informada: Um Processo e Colonialismo Biocultural. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2017.

MOLLEDA, Juan Carlos Ruiz. Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los Pretextos Jurídicos del Gobierno para Incumplirla. Derecho e sociedad. Asociación Civil. Facultad de derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. n. 42. Lima, 2014.

OIT, Convenção nº 169 da OIT, de 07 de junho de 1989.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Sensibilidade jurídica e embate colonial: análise do caso Saramaka vs. Suriname. Direito e Práxis, v. 04, n. 01, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

PARANÁ, Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná nº. 07 de 05 de novembro de 2020.

PERU, Ley nº. 29.785, 7 de *setiembre* de 2011.

VÍLCHEZ, Karen Maribel Rebaza; TUPIA, Diana Mileny Uchuypuma e NICOLÁS DE LA CRUZ, Jakelín Verónica. Una mirada crítica a la aplicación de la consulta previa en el Perú a propósito del 30º aniversario del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Lumen: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Femenina del Sagrado Corazón. v. 2. n. 15. Lima, 2019.

RIBEIRO, Thayana; LOSURDO, Federico. A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: Análise do caso da Hidrelétrica Belo Monte. Rev. Brasileira de Direito Internacional. Maranhão. v. 3. n. 2. p. 78-98. jul/dez 2017.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previa e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá: Ibañez, 2014.

SILVA, Liana Amin. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir. Tese (Doutora em Direito Socioambiental e Sustentabilidade) - Pontificia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2017.

SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Protocolo autônomo de consulta do povo indígena Krenak: uma releitura de(s)colonial e intercultural da constituição de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas. Manaus, 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. RE 1312132-RS. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 02 mar. 2021. Publicado em DJE nº 55, 22 mar. 2021.

TRF-1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo nº. 00084674120164010000. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Publicação: 10 jun. 2016.

TRF-4. Tribunal Regional da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº. 5003779-88.2021.4.04.0000/  
SC. Julgamento em 27 abr. 2021.

VENEZUELA, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. nº. 38.344, 27 de *diciembre*  
de 2005.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License