

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO AOS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Ana Paula Pina Gaio¹

Ana Carolina Brolo de Almeida²

1. INTRODUÇÃO

Os modos próprios de criar, fazer e viver dos diferentes grupos étnicos formadores da identidade cultural brasileira constituem patrimônio cultural brasileiro, nos moldes do que dispõe os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, sendo obrigação do Estado brasileiro a defesa e valorização deste patrimônio, assim como a valorização da diversidade étnica e regional.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme dispõe o artigo 129, III, da Constituição Federal, é zelar e intervir para que esse patrimônio cultural seja mantido e promovido, em especial por meio da proteção, garantia e efetivação dos direitos humanos dessas coletividades.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, e aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143/2002, é o principal marco legal internacional no tocante aos direitos dos povos e comunidades tradicionais. Este importante Tratado Internacional, que elenca especiais direitos a diferentes grupos sociais, define em seu artigo 1º que é a autoidentificação o critério pelo qual se deverá analisar a aplicabilidade deste instrumento aos grupos tradicionais.

No âmbito internacional, ainda, outros comandos normativos vêm conferindo maior solidez e clareza aos direitos das comunidades tradicionais. Nesse contexto, destaca-se a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural que, em seu art.1º, acentua a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade e, em seu art. 4º e preconiza a sua defesa como um imperativo ético.

Para além disso, a Convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994, determina em seu art. 8º, alínea j), que sobre os Estados recai o dever de respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades com vidas tradicionais. Junto a essas obrigações é prevista a necessidade de incentivar a ampla aplicação da legislação nacional afeta à matéria, com a aprovação e a participação dos detentores do conhecimento, inovações e práticas tradicionais, e de “encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização” deles.

Feitas tais considerações preliminares, passar-se-á a expor alguns dos desafios que o Ministério Público deve se atentar ao buscar a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada.

2. O SUJEITO DE DIREITO DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT: OS POVOS INDÍGENAS, COMUNIDADES QUILOMBOLAS E POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Como pode ser observado, o presente trabalho trata de grupos bastante específicos que compõem a realidade brasileira e aos quais são conferidos especiais direitos. Nesse sentido é importante delinear o sujeito coletivo

¹. Promotora de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestre em Direito pela PUC/PR.

². Assessora de Promotoria de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestranda em Direito na UF/PR.

da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho para Povos Indígenas e Tribais e esse é um dos desafios a ser enfrentados ao se buscar a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada.

A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 1º, afirma que por povos indígenas e tribais, entende-se os *“povos que possuem condições sociais, culturais e econômicas que os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e que estão regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”*.

Como o Tratado Internacional em tela é denominado Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, surgiram certas celeumas ao se tentar definir com exatidão os sujeitos que se enquadrariam, desde o contexto brasileiro, na descrição do artigo suprarreferido. No que se refere à categoria “indígena”, não há dúvidas em relação a quem se refere:

A categoria “indígena” remete à descendência dos povos que habitavam o país à época da colonização e que mantêm vivas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1.1.b da Convenção 169/OIT). É uma categoria de uso consolidado e sua abrangência não suscita controvérsias, ao menos quanto às realidades socioculturais a que se refere. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 17)

Todavia, em relação ao conceito de povos tribais, não há que se falar de uma experiência social e histórica única, ou seja, incluem-se nessa categoria aquelas coletividades que satisfaçam as duas condições previstas no artigo 1º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, quais sejam: “(I) possuam “condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”; e “(II) tenham consciência de sua identidade tribal”(Idem). E são esses os critérios que caracterizam o “direito à autoidentificação (autoatribuição, autorreconhecimento ou autodefinição)” (Ibidem).

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT, instituída pelo Decreto 6.040/2007, a seu turno, conceitua, os povos e comunidades tradicionais como sendo:

grupos 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.

Vale considerar que o reconhecimento desses sujeitos coletivos e a definição de direitos específicos conferidos a tais coletividades está presente também em outros comandos normativos, como é o caso da Lei n.º 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, o qual possui como um de seus objetivos, a proteção dos direitos das populações tradicionais, mediante a tutela dos recursos naturais necessários à subsistência dessas.

O artigo 5º, X, do conjunto normativo supramencionado prevê que o SNUC será regido por diretrizes que “garantam às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”.

O Decreto n.º 8.750/2016 instituiu o Conselho Nacional de Povos Indígenas e Povos e Comunidades Tradicionais, outrora denominado Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais³, o qual é representado pelas comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros,

³ A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais foi inicialmente criada por Decreto Federal de 27 de dezembro de 2004 e apenas no ano de 2016 foi modificada pelo Decreto n.º 8.750/2016, quando se tornou Conselho Nacional. Ressalta-se, também, a existência desses espaços de controle social no âmbito dos estados, como é o caso do Estado do Paraná, que possui o Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, instituído pela Lei n.º 17.425/2012.

veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos, além de outros segmentos que também se autoidentifiquem como tais.

Além de ser essencial que se reconheça como sujeito da Convenção 169 da OIT não apenas os povos indígenas, mas também os povos e comunidades tradicionais, nos quais se incluem, de forma não taxativa, os segmentos acima mencionados, deve-se também observar que o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam a referida Convenção é a autoidentificação desses povos, ou seja, a consciência de sua identidade tradicional.

A partir da adoção pelo próprio Tratado Internacional tão somente do critério fundamental da autoidentificação dos povos e comunidades tradicionais, qualquer exigência de reconhecimento dessa identidade por órgãos externos à comunidade, como estudos antropológicos ou outorgas de certidões públicas, como condicionante para a aplicação dos direitos por ele consagrados será indevida⁴.

Assim, o reconhecimento do direito à consulta livre, prévia e informada depende somente do critério fundamental determinado no artigo 1º da Convenção 169 da OIT,⁵ que é o da autoidentificação pelos povos indígenas ou tribais; entretanto, não é incomum que o empreendedor e/ou órgãos públicos exijam, de forma equivocada, a comprovação da regularização do território respectivo.

Por fim, sob o enfoque do sujeito dos direitos estipulados na Convenção referida, compete à comunidade indígena, tribal ou tradicional decidir pela necessidade de realização consulta prévia, livre e informada, não sendo lícito à Administração Pública impor, unilateralmente, quando essa é necessária ou não e, muito menos, excluí-la sob o argumento de que foram propostas medidas mitigadoras ou compensatórias dos impactos que esses povos sofrerão com o empreendimento ou com a adoção de certas medidas administrativas e legislativas (GARZÓN, et. al. 2016. p. 23).

3. DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Enfrentado o primeiro desafio para a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada, qual seja, a identificação dos sujeitos aos quais se aplicam esse direito, passa-se agora a descrever as principais características da mencionada consulta.

O artigo 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho dispõe que:

Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 6º, determina o dever de consultar aos povos tradicionais em caso de medidas legislativas e administrativas que os afetem diretamente, mediante meios apropriados e com boa fé, demandando uma série de atividades realizadas durante um procedimento formal, a fim de “*se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*”. Vejamos:

Artigo 6º. 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

⁴ Cabe ressaltar que a outorga, por exemplo, da certidão de autorreconhecimento quilombola pela Fundação Cultural Palmares tem o viés meramente declaratório e nunca constitutivo de determinada identidade tradicional. A certidão, assim, pode ser um meio de facilitação de acesso a determinadas políticas públicas, mas nunca sua condição.

⁵ “2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. (art. 1º da Convenção 169 da OIT)

- 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.

O referido Tratado Internacional menciona algumas situações nas quais os Estados deverão garantir o direito de consulta às coletividades tradicionais, tais como, como quando tiver interesse na prospecção e exploração de recursos existentes em seus territórios (art. 15), quando houver a ameaça e possibilidade, excepcional, de remoção desses espaços (art. 16), possibilidade de edição de decretos ou leis relativos aos direitos de alienação de suas terras (art. 17), em relação a toda política oficial que afete aos povos indígenas e comunidades tradicionais (OIT. 2013, p. 13).

Dessa forma, considerando que tal direito deve sempre permear a atuação do Ministério Público junto às coletividades tradicionais, este, ao se deparar com a necessidade da realização de consulta prévia, livre e informada, deve demandar do empreendedor, do órgão licenciador, do órgão da administração pública responsável pelo empreendimento ou da Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, informações sobre as ações por eles empreendidas no sentido da concretização e não violação desse direito.

Do mesmo modo, cabe ao Ministério Público avaliar se essas ações foram adequadas e suficientes para garantir que a consulta aos povos e comunidades ocorreu anteriormente à tomada da decisão, de forma franca e livre de pressão por parte do poder público, por meio de procedimentos previamente pactuados com o grupo potencialmente afetado e mediante a disponibilização prévia de materiais, documentos e informações sobre a matéria.

4. OUTROS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Além da correta definição dos sujeitos de direito da consulta prévia, livre e informada e da observância aos critérios de aplicação desse direito, conforme acima exposto, faz-se necessário também estar atento a outros eventuais empecilhos para a adequada efetivação da Consulta Prévia, conforme será exposto abaixo.

O direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelo Brasil, bem como pelo fato de ser previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 1992 e na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, insere-se no rol dos direitos humanos fundamentais. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 8)

Ainda que referidos diplomas internacionais tenham sido recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro com aplicabilidade imediata e status de direitos humanos, na forma prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal,⁶ diversos são os desafios para a implementação deste direito, normalmente violado no Brasil pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas que também encontra obstáculos no sistema de justiça.

Segundo publicação denominada Direito à Consulta de Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais:

Até dezembro de 2015, dos mais de 3 mil empreendimentos com processos de licenciamento

⁶ Art. 5º - (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

ambiental que incluíam a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Fundação Palmares, nenhum havia realizado, junto aos povos tradicionais afetados, consultas adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 7)

Esse dado é relevante pois, muitas vezes, o órgão público, e até mesmo o membro do Ministério Público delega a consulta prévia, livre e informada aos órgãos públicos responsáveis pela elaboração de políticas públicas para os povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, como é o caso da FUNAI e da Fundação Cultural Palmares, como se esses órgãos pudessem se substituir aos sujeitos pertencentes àquela comunidade no exercício desse direito humano fundamental, através apenas de uma manifestação formal de concordância com o empreendimento e/ou medidas administrativas e legislativas que impactam a comunidade.

Assim, como já explicitado no item 2 dessa tese, os sujeitos da Convenção 169 da OIT são os integrantes das comunidades indígenas ou tribais, e sendo a consulta prévia, livre e informada um direito humano fundamental possui caráter personalíssimo, cujo exercício não pode ser delegado a terceiros, ainda que a órgãos responsáveis pela elaboração de políticas públicas e defesas dos direitos dessas mesmas comunidades.

4.1 O conceito de território tradicionalmente ocupado

Outro desafio que o Ministério Público deve se atentar é o necessário respeito ao conceito de território tradicionalmente ocupado. Todos os conflitos que envolvam povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais demandam, para uma solução que efetivamente atenda aos direitos desses povos, um olhar diferenciado da disciplina do Código Civil sobre os conceitos de posse e de propriedade, já que a noção de território e territorialidade nesses casos é particular às realidades por eles vivenciadas.

Nesse sentido, cumpre salientar o conceito territorialização trazido pelo geógrafo Claude RAFFESTIN (1981):

É no processo de apropriação, de territorialização, que as relações de identidade e pertencimento ao lugar são desenvolvidas, quando os sujeitos vão além da necessidade da apropriação de um espaço, quando desenvolvem ali valores ligados aos seus sentimentos e à sua identidade cultural simbólica, recriando seu espaço de vida, ao qual se identificam e se sentem pertencer.

Atentando-se para a especificidade da relação que essas coletividades possuem com os espaços que tradicionalmente ocupam, a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 13, afirma que os Estados que a ratificarem devem “respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

Ainda, o referido artigo estabelece que a compreensão do termo “terra” utilizado deve “incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”.

E é considerando a particularidade do conceito de território, e não de propriedade ou posse, como presente no Código Civil, que a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 14, afirma o dever do poder público de “reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Ademais, dispõe também esse artigo “os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”.

Vale ressaltar que também o ordenamento jurídico pátrio conceitua essa particular forma de vivenciar espaços. É o caso do inciso II, do artigo 3º do Decreto 6.040/2007, o qual conceitua territórios tradicionais como sendo:

Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Nesse sentido, o referido Decreto estabelece como um dos objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais “garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”.

4.2 Consulta Prévia, Livre e Informada não se confunde com audiência pública

Antes de procurar diferenciar a consulta prévia, livre e informada das conhecidas audiências públicas, faz-se mister discorrer sobre o momento da aplicação desse direitos junto aos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais.

Nesse aspecto, o artigo 15 da Convenção 169 da OIT é expresso ao afirmar que a obrigação de consultar deve ocorrer “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos”. Assim, no que se refere a obras e empreendimentos,

É indispensável que durante o licenciamento ambiental, em especial antes da emissão de cada licença ambiental, seja realizada a consulta livre, prévia e informada de forma a garantir a participação efetiva de povos e comunidades afetadas. Participação esta que deve ser direta, transversal e permanente ao processo de licenciamento ambiental e que precisa ser renovada a cada nova decisão. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 37)

E é nesse diapasão que se diferencia a Consulta Prévia, Livre e Informada da audiência pública ambiental, instrumento participativo também importante e que deve ser observado quando da previsão de projetos de exploração mineral ou hidrelétrica em Terra Indígena e de comunidades tradicionais.

Todavia, no tocante a tais diferenças, ressalta-se que ao passo em que a audiência pública ambiental deve ocorrer no momento após o recebimento do RIMA pelo Órgão licenciador (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º, §1º), aquela se faz necessária desde as primeiras etapas de planejamento da obra, antes mesmo da submissão do EIA ao órgão licenciador, ou seja, antes de qualquer autorização da medida. Além disso, com relação às finalidades de ambos os instrumentos, a audiência pública tem o objetivo de “expor aos interessados o conteúdo do empreendimento em análise e de seu respectivo RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA 01/1986, art. 1º)”; já a CCPLI busca um acordo e consentimento sobre o que está sendo proposto. (Idem, p. 32)

5. APLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Conforme já explanado, o direito à consulta prévia, livre e informada é um direito humano fundamental e, ao menos, possui caráter de norma supralegal consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 466.343-1⁷, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das normas ordinárias.

Entretanto, ainda há celeuma doutrinária acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre

⁷ RE 466.343-01. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

direitos humanos, já que alguns entendem que, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004⁸, o Congresso elevou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica anteriormente a essa data à categoria de normas constitucionais, e outros, que a alteração não exclui a incidência do §2º do artigo 5º para que os tratados e convenções sejam tidos como materialmente constitucionais, apenas conferindo uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles serão formalmente constitucionais.⁹

Assim, consistindo o direito à consulta prévia, livre e informada em direito humano fundamental, apesar de um dos argumentos utilizados pelo poder público para o não cumprimento adequado desse direito ser a “falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT”, a ausência de sua regulamentação não é argumento lícito para a sua não observância¹⁰.

Não se olvida da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, de forma que o direito humano fundamental da consulta livre, prévia e informada deve ser assegurado sem que se imponha como condicionante uma questão meramente formal consistente na necessidade de sua regulamentação.

As normas de direitos fundamentais vinculam o poder público, que deve adotar todas as medidas necessárias à sua concretização, sendo que, ainda que se advogue pela regulamentação do direito humano em questão, não se deve comprometer a sua aplicação diante da ausência de uma regulamentação que se insere no âmbito de atribuição do próprio poder público e não foi realizada até então.

Com efeito, a ausência de regulamentação pode ser tida como uma omissão do poder público que prejudica o exercício de um direito fundamental e, assim, o seu exercício deve ser assegurado ainda que por outras formas procedimentais.

Registre-se que a regulamentação do direito à consulta prévia, livre e informada foi objeto de críticas realizadas pelos próprios povos e comunidades tradicionais, povos indígenas e comunidades quilombolas porque cada coletividade tradicional possui formas próprias de se organizar, de eleger ou não representantes, de dialogar com o poder público e, portanto, de tomar suas decisões.

Dessa forma, uma regulamentação estanque acerca do modo de exercício desse direito pode não atender às necessidades desses povos, justamente pela impossibilidade de se prever procedimento que abarque todos os

⁸Desse modo, seguindo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, com substrato nos valores da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos como princípio da República brasileira, assim como pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, chega-se a uma indispensável interação e integração existente entre o direito interno e o direito internacional que precisa ter uma conotação diferenciada quando tal integração diz respeito à matéria ligada a direitos humanos em razão do seu conteúdo, da proteção que visa garantir. É imprescindível, pois, que a Constituição trate de modo diferenciado a incorporação desses tratados internacionais, já que eles detêm um caráter especial, não se assemelhando com os tratados comuns.

É neste contexto de proteção e de anseio pela aplicabilidade concreta e efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos que adveio a EC 45/2004 para inserir ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 o § 3º, com o fim de dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Sendo assim, a interpretação que deve ser dada ao § 2º deve continuar sendo a mesma, não sofrendo interferência alguma devido ao novel parágrafo, ou seja, os tratados de direitos humanos continuam a ser incorporados pelo nosso ordenamento como normas constitucionais, ainda que materialmente.

A bem da verdade, por fim, o que se pretendeu conferir, consoante hermenêutica constitucional amparada na contemporaneidade da proteção aos direitos humanos, foi unicamente uma forma de formalizar tais tratados para enfrentá-los como emendas constitucionais, jamais se podendo cair no erro de vislumbrar aqueles tratados de direitos humanos que não passarem por esse novo procedimento de aprovação de emendas constitucionais como detendo status de lei ordinária, mas sim de norma constitucional. A emenda veio tão-somente para atribuir ao Congresso Nacional a discricionariedade de escolha dos tratados que devem ser formalmente constitucionais ou não. (DE OLIVEIRA. 2008)

⁹Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flavia Piovesan doutrina: “*Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.* (PIOVESAN, 2011. p.144)

¹⁰O Brasil, por meio de um Grupo de Trabalho Interministerial criado no ano de 2012, conduziu processo que buscou elaborar proposta de regulamentação do direito à consulta prévia, livre e informada, após denúncia à OIT efetuada pela Central única dos Trabalhadores (CUT), organizações indígenas e quilombolas em face do Estado brasileiro. Todavia, apesar de o processo ter sido duramente criticado por aquelas coletividades, do qual, inclusive, os povos indígenas se retiraram da discussão, o referido Grupo ofereceu, no ano de 2014, proposta de Decreto Federal, ao qual nunca foi dada publicidade.(GARZÓN, et. al. 2016. p. 14)

modos de agir e viver das mais variadas comunidades indígenas e tradicionais.

Em resposta a essa ausência de regulamentação, não obstante prescindível ao exercício desse direito humano fundamental, surge o instrumento chamado Protocolo de Consulta, o qual seria formulado pela própria comunidade a ser consultada e conduzido pelo órgão público responsável pela sua realização.

5.1 – Protocolo de Consulta Prévia, Livre e Informada

Diante, então, da aplicabilidade imediata do direito à consulta prévia, livre e informada, os chamados protocolos de consulta são importantes instrumentos para a adequada realização da consulta aos povos indígenas, quilombolas e povos e comunidades tradicionais. A construção de protocolos próprios de Consulta por tais coletividades é um “contraponto à iniciativa governamental de produzir uma regulamentação geral” (GARZÓN, et. al. 2016. p. 38) sobre esse direito.

No Protocolo de Consulta, a exemplo do disposto no documento “Protocolo de Consulta Munduruku” (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. S/d), o povo indígena, comunidade quilombola, povo ou comunidade tradicional indicará alguns critérios a serem seguidos para que a consulta seja realizada de forma adequada, tais como: indicação de quem deve ou não ser consultado (alguma representação coletiva, como associação ou organização, lideranças, etc.), momento ou data para realização da consulta (indicação, por exemplo, de quais dias e horários da semana não são adequados, datas festivas, etc.), duração (mediante uma ou mais reuniões, necessidade de tempo para que o assunto seja debatido entre a própria comunidade), língua na qual serão realizadas as atividades de consulta, bem como quem definirá quem serão os tradutores, indicação das pessoas, organizações e técnicos que poderão participar como convidados das reuniões, bem como etapas da consulta (por exemplo, reunião para fazer acordo sobre o plano de consulta, reunião informativa, previsão de reuniões internas, reunião de negociação, etc.).

Nesse sentido, o Protocolo de Consulta pode esclarecer como determinada coletividade toma as suas decisões e indicar a forma pela qual quer ser consultada sobre questão, obra, empreendimento ou medida legislativa que a afete. Por exemplo, no caso do “Protocolo de Consulta Munduruku”, indicou-se que quando um projeto afetar os mundurukus, a decisão sobre ele é coletiva, ou seja, não se deve consultar apenas parte dessa coletividade, tampouco eventual associação que supostamente a representaria; considerando este fato, destaca-se trecho do referido Protocolo de Consulta:

Nenhuma associação Munduruku decide pelo povo Munduruki, nenhuma associação responde pelo nosso povo. As decisões do nosso povo são tomadas em assembleia geral, convocada por nossos caciques. São os nossos caciques, reunidos, que definem a data e o local da assembleia geral e convidam os Munduruku para participar dela. Nas assembleias, as nossas decisões são feitas depois de discussão: nós discutimos e chegamos a um consenso. Se for preciso, discutimos muito. Nós não fazemos votação. Se não houver consenso, é a maioria que decide. (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. p. 8)

Assim, o Protocolo de Consulta construído pela própria comunidade constituiria “um marco de regras mínimas de interlocução entre o povo, ou comunidade interessada, e o Estado”, após o qual se pode construir o chamado Plano de Consulta,

primeiro acordo necessário entre as partes sobre as regras da cada consulta definidas conjuntamente entre o Estado e a comunidade consultada. No Plano de Consulta precisam ser acordados os interlocutores do processo, o local, a metodologia, o tempo e os recursos necessários para sua realização. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 38)

Verifica-se, desta feita, que o Plano de Consulta seria o segundo passo após o estabelecimento do Protocolo de Consulta, o qual é elaborado pelos próprios sujeitos coletivos. Nesse sentido,

Os protocolos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma por comunidades ou povos são instrumentos que explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em

regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de *procedimentos apropriados às circunstâncias* e do respeito às instituições *representativas* de cada povo e/ou comunidade. Assim, apenas a manifestação autônoma de cada comunidade pode indicar quais são as autoridades legítimas que as representam bem como definir os procedimentos que consideram adequados para estabelecer um diálogo com os representantes do Estado. (Idem, p. 57)

Destaca-se, assim, que os Protocolos de Consulta, enquanto meio de realização do direito à consulta prévia, livre e informada a partir de critérios estabelecidos pelos próprios sujeitos desse direito, condiz uma interpretação dos direitos humanos defendida por David Sánchez Rubio (2011), o qual salienta a necessidade de incorporação consciente e expressa ao imaginário jurídico da pluriculturalidade do mundo, mediante proposta intercultural concreta, por meio do respeito e garantia das diferenças e do reconhecimento da igualdade desde a diversidade.

O Ministério Público, então, além de estar atento aos diversos desafios mencionados ao exigir do poder público a correta aplicação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, deve atentar-se à importância dos Protocolos de Consulta e intervir junto às coletividades tradicionais para estas proponham seus próprios Protocolos.

6 - CONCLUSÃO

Após quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, nos dizeres de DUPRAH (2012, p. 228), “não se põe mais em dúvida que o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem [ou deveria ter] esse marco como referência”.

Nesse sentido, a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada deve ser a garantia de efetivo diálogo entre os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e o Estado, sob pena de negar a estes a condição de sujeitos de direitos, os quais são especialmente previstos nos diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para tanto, requer-se especial atenção às peculiaridades desse direito a fim de que este não seja utilizado apenas como uma forma de legitimação para as tomadas de decisão pela administração pública.

É fundamental atentar-se à correta identificação dos sujeitos do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, quais sejam, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais e ao critério da autodefinição, à noção de territorialidade, em substituição aos requisitos configuradores da posse e propriedade privada, às características do direito à Consulta Prévia, livre e Informada e à natureza desse direito que, enquanto direito fundamental possui aplicabilidade imediata.

O direito à consulta prévia, livre e informada é direito humano fundamental incorporado na ordem jurídica brasileira, cuja aplicabilidade, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, é imediata e, portanto, vincula o poder público à sua observância e adoção das medidas suficientes para a máxima efetivação desse direito pelos grupos populacionais em questão.

Não é lícito ao poder público deixar de cumprir suas obrigações para a garantia de um direito humano fundamental sob o fundamento da necessidade de regulamentação desse direito, mormente quando a ausência dela lhe pode ser atribuída e, ademais, tratando-se de coletividades com diferentes modos de agir e viver e especificidades próprias, o regulamento não seria apto a prever todas as possibilidades e garantir a efetivação desse direito fundamental.

Nesse contexto da prescindibilidade da regulamentação mas da necessidade de efetividade do direito à consulta livre, prévia e informada, é que surgem os Protocolos de Consulta construídos pelos próprios sujeitos do direito possibilitando a incorporação do elemento intercultural e contribuindo para a realização do direito à livre determinação dos povos.

Assim, o papel do Ministério Público na efetivação desse importante direito, que possui conexão direta com o direito à vida, à identidade cultural e a outros direitos humanos essenciais (GARZÓN, et. al. 2016. p. 47), é imperioso. Sua intervenção deve ocorrer desde a cobrança junto ao órgão público licenciador ou autorizador da medida

para que o respectivo procedimento seja precedido da realização de adequada Consulta Prévia, Livre e Informada às comunidades tradicionais até o auxílio às comunidades afetadas no sentido de que se tornem capazes de dizer a forma pela qual desejam efetivar esse direito, apresentando a elas, assim, os Protocolos de Consulta, a serem construídos por elas, como importante e eficaz instrumento para efetivação daquele direito.

Na garantia da efetivação desse direito humano fundamental, para a qual se faz necessária a participação efetiva das comunidades tradicionais e a elaboração de um protocolo de consulta que atenda às suas necessidades e possibilite a construção de uma decisão conjunta acerca dos impactos causados pelos empreendimentos ou medidas a serem adotadas, imprescindível é a atuação do Ministério Público, seja mediante o acompanhamento de todo o procedimento de consulta, ou seja, através de ações que possam contribuir ao esclarecimento e à emancipação dessas comunidades.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE OLIVEIRA, D. P. **Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008.

GARZÓN, et. al. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Fundation, 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. et.al. **Protocolo de Consulta Munduruku**. Disponível em: <http://fase.org.br/wp-content/uploads/2016/01/munduruku-final-2.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales**. 2013. Disponível em: https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/files/manual_oit169.pdf. Acesso em: 5 de abril de 2017.

RAFESTIN, C. *Per uma geografia del potere*. Milão: Unicopli, 1981

RUBIO, D. S. **Encantos e Desencantos dos direitos humanos**. Barcelona: Icaria Editorial. 2011.