

# **Da OIT-169 a uma governança consequente**

[<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-da-oit-169-a-uma-governanca-consequente/> - 10/OUT/2019]

**Frederico Bussinger**

*“No meio do caminho tinha uma pedra;  
tinha uma pedra no meio do caminho...”*

[Carlos Drummond de Andrade]

*“Decifra-me ou te devoro!”*

[[Esfinge](#)]

Sem conseguir licenciar o empreendimento, desde 2011, o Consórcio Transnorte Energia decidiu devolver a concessão da linha de transmissão Manaus-Boa Vista. Entretanto, tendo as tensões em Roraima, decorrentes da crise imigratória venezuelana, como pano de fundo o governo resolveu declará-la de “interesse nacional” para agilizar seu licenciamento. Os aproveitamentos hidro-energéticos do Tapajós e, mesmo, sua hidrovia não seguiram o mesmo caminho: o processo foi interrompido, e assim segue, apesar de que outras hidrelétricas na região vêm de ser retomadas.

25 anos após a inauguração da Hidrelétrica de Tucuruí, com eclusa concluída há 9, onde foram investidos R\$ 1,66 bilhão, ainda não se pode navegar no Rio Tocantins o ano todo: pende o derrocamento do Pedral do Lourenço; cuja possibilidade de execução segue sendo discutida, de novo sob audiência pública.

A Ferrogrão (EF-170), umas das espinhas dorsais da logística denominada “Saída-Norte”, ligando Mato Grosso ao Pará, entrou na carteira de concessões do PPI logo na sua primeira reunião, em 2016. Luta, todavia, pela licença ambiental, em processo que se arrasta por vários anos.

No final de 2017, na véspera de uma delas, foi publicada “Recomendação” do Ministério Público Federal – MPF para “anulação” das Audiências Públicas da Ferrogrão que estavam em curso: ela dava prazo para adoção de providências, fazia advertências, brandia ameaças de responsabilização por “*improbidade administrativa*”, e deixava no ar a possibilidade de um processo judicial específico e/ou uso do Inquérito Civil Público nº 1.23.008.000678/2017-19; ainda hoje em andamento.

Posteriormente o MPF, por meio de outra ACP (1003317-65.2017.4.01.3900), solicitou suspensão do processo de audiência, obtendo liminar em 24/OUT/2018. A ANTT pediu sua suspensão (Processo nº 1034488-66.2018.4.01.0000), deferida em 18/DEZ/2018. Daí, logo em seguida (15/JAN/2019) foi publicado o Relatório Final da Audiência Pública nº 14/2017; com base no qual os estudos foram revisados pela EPL e entregues à ANTT em 15/ABR deste ano. Complementarmente, a ANTT vem de realizar as audiências presenciais de Itaituba e Novo Progresso, impedidas de serem realizadas em 2017. O processo, pois, avançou; mas a licença prévia segue sendo aguardada.

De comum a esses empreendimentos está a [Convenção nº 169](#), da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Ela foi aprovada em 27/JUN/1989; ratificada até hoje por apenas 23 dos 187 países-membros da OIT: 5 europeus (Dinamarca, Noruega, Holanda, Espanha e Luxemburgo) e a maioria (15) latino-americanos. Dois registros importantes: i) ratificações feitas na íntegra, dado inexistir previsão de cumprimento parcial da Convenção; ii) “*Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la*”, prevê seu art. 39; mas apenas de 10 em 10 anos “*contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ...*”; entendido que “*a denúncia só surtirá efeito um ano após o registro*”. No caso brasileiro, a próxima janela de um ano, SMJ, abre-se em 5/SET/2021.

A OIT deu um passo adiante: em NOV/2018, na 334ª Sessão da entidade, foi aprovado o “*Plano Estratégico de Engajamento*”. E na sessão subsequente, em março deste ano, a implementação do plano: o Brasil foi o único país, dentre 48, que votou contra, por temor de que ele possa “*ser instrumento para a radicalização da Convenção e constrangimento dos países*”.

OIT-169 é a designação normalmente utilizada. Mas seria mais próprio mencionar-se o [Decreto nº 5.051/04](#) e [Decreto Legislativo nº 143/02](#) que a introduziram no ordenamento jurídico brasileiro. Desde então nunca foi pacificada a discussão entre auto-aplicabilidade e necessidade de regulamentação: tentativas houve, como do “*Grupo de Trabalho Interministerial*”, criado pela [Portaria Interministerial nº 35](#), de 27/JAN/2012 e com representantes de 22 órgãos federais - prazo prorrogado. Novas tentativas ocorreram em 2013/14. O que mais próximo de uma regulamentação federal existe, SMJ, e ainda assim contestada, é a [Portaria nº 303/AGU](#), de 16/JUL/2012. A nível estadual há, p.ex, o [TAC](#) firmado entre o MPE/PA e o IDEFLOR-Bio; mesmo assim não convalidado pela [AGU](#). Ou seja, apesar de sua importância, continua como instrumento com execução controversa.

## Do que trata a OIT-169?

A análise daquela “*Recomendação*” do MPF (nº 12/2017) é um bom roteiro, tanto para exegese da OIT-169 como para familiarização com a interpretação que foi sendo cristalizada: suas premissas, análises, conclusões e enquadramentos, que se entrelaçam milimetricamente, como naqueles quebra-cabeças (“puzzles”) de milhares de peças, podem ser reconhecidos, quase como um “*template*”, em relatórios, discursos, trabalhos acadêmicos de norte ao sul do País. Também em processo similares que, agora, estão sistematizados no “[Manual de Jurisprudência dos Direitos Indígenas](#)”, [publicado](#) pelo MPF em fevereiro passado.

Texto esmerado, em português correto e compreensível, a “*Recomendação*” é assinada por 3 Procuradores do MPF em Itaituba-PA. Tem construção lógica bem articulada; e transita entre uma tese acadêmica e um didático documento doutrinário. Para (bem) além do seu objetivo específico, todavia, e ao longo de suas 10 páginas de considerandos, recomendações e advertências vai-se tomando conhecimento da existência quase de um outro governo, autônomo, dentro do território que conhecemos como Brasil. Quiçá um outro estado a par da República Federativa do Brasil – RFB? A saber:

Em posição superior ao arcabouço legal e normativo, praticamente mimetizando a [Constituição Federal](#), está posta a OIT-169 (que, segundo a “*Recomendação*”, “*possui status normativo supralegal*”). Na peça ela é ainda coadjuvada pela “[Convenção Americana de Direitos Humanos](#) – CADH” e a “[Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas](#)”, recepcionada pelo [Decreto nº 678](#), de 6/NOV/1992.

A par do Poder Executivo da RFB estão colocados os representantes dos “povos interessados” (ou “comunidades e povos tradicionais”, em outro trecho) e de “comunidades que, a partir de suas próprias percepções, sinalizem a ocorrência de impacto”. Essa prerrogativa é potencializada pelo “poder de decisão” e “direito de escolher suas próprias prioridades” atribuídos a todos e a cada um deles!

O art. 2º, 2a é explícito quanto à existência de tais prerrogativas “em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população”; mas a impressão que se tem pela “Recomendação” é que são cidadãos especiais. Como decorrência, quase que independentemente e/ou em paralelo ao processo de licenciamento ambiental a que todos os cidadãos, órgãos e empresas brasileiras estão submetidos, desenvolvido paulatinamente a partir da [Lei nº 6.938/1981](#), está definida a “Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado – CCLPI”: elemento central de tais processos e a ser conduzida “respeitando regras, protocolos e procedimentos apropriados, a serem definidos pela própria comunidade consultada”, conforme destaca manual da [DPLF/RCA](#) (pg. 36ss).

A hipótese de voto, que chegou a ser aventada, foi descartada pela própria OIT em [manual](#) publicado posteriormente: a “Convenção não confere aos povos indígenas e tribais o direito de voto”. Mas a existência de ritos e cronogramas específicos, sem garantia do poder público poder sequer apresentar o projeto, segue como interpretação dominante. Ademais, ainda que não explícito na Convenção, a interpretação adotada pelos procuradores do art. 6º, 1ª é de que a CCLPI é necessária não apenas na “primeira decisão”; mas “em cada ato administrativo que autoriza o prosseguimento da política pública”; (expressão grifada e negritada na “Recomendação”!).

Completando o arcabouço institucional paralelo, no lugar (ou sobre) dos órgãos de fiscalização, regulação e controles da RFB está posta a “Relatoria Especial da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas”.

No mais das vezes o texto da “Recomendação” é claro, explícito, preciso e fundamentado. Mas, aqui e acolá, inclui termos subjetivos e conceitos amplos a demandar interpretações (e reinterpretações) futuras e/ou caso a caso. São “ganchos” sempre disponíveis para serem utilizados a qualquer momento. P.ex.: i) a caracterização dos interlocutores (“povos interessados” ou “comunidades e povos tradicionais” – abrangendo-se “indígenas, beiradeiros, ribeirinhos e agroextrativistas”); ii) a motivação da consulta (“na medida em que afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma” – incluindo-se, para tornar a definição ainda mais imprecisa, terras “que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência”); e iii) forma de consulta (“procedimentos apropriados” e “válida manifestação de vontade”).

Até os contornos geográficos não são objetivamente definidos; nem sequer têm critérios objetivos para defini-los: “A Portaria Interministerial nº 60/2015... presume interferência de empreendimentos em terra indígena a uma distância de 10km, presunção que, em hipótese nenhuma, exclui a realização de estudos para definir áreas afetadas e que estejam a uma distância maior”.

Esses entendimentos, todavia, não estão pacificados. O TCU, com base nos mesmos diplomas, tem interpretação distinta para aplicação das normas internacionais. P.ex; o [Acórdão nº 2.723/2017-Plenário](#) do TCU, conclui que “as comunidades indígenas não têm soberania sobre o seu território, e sim prerrogativa de uso. Quem tem de decidir o que é possível ser feito em terras indígenas é o Congresso Nacional” (itens nº 137-139, e 222-223).

## Um *imbróglio* sem beneficiados?

A dimensão e implicações institucionais e constitucionais desse *imbróglio* pode ensejar longos debates de juristas, magistrados e políticos. Mas ele tem, também, questões e implicações práticas e imediatas. Duas, como exemplo:

- a) Uma ferrovia normalmente tem centenas de quilômetros (933 km, no caso da [Ferrogrão](#)). E ela só faz sentido se for implantada em sua totalidade (ou por trechos que lhe garantam uma mínima funcionalidade). Ao longo do seu trajeto é possível haver inúmeros “*povos interessados*” (19, neste caso, segundo o MPF). O que fazer se alguns “*decidem*” em favor da implantação da ferrovia e outros não? Como encaminhar?
- b) Suponha-se que uma “*primeira decisão*” teve a concordância de todos os “*povos interessados*”. Suponha-se, também, que a ferrovia foi posteriormente concedida: há, pois, um concessionário que tem tanto o direito como o dever de implantar o projeto/empreendimento outorgado. E, segundo o entendimento dominante, suponha-se que os “*povos interessados*” não concordem com um determinado ato administrativo para “*prosseguimento da política pública*” (a ser efetivada através da implantação do projeto/empreendimento). O que fazer? Como proceder? De quem é a responsabilidade por eventuais prejuízos decorrentes?

Enfim, não teríamos produzido um paradoxo? Ou seja: ferrovia é reconhecidamente um modo de transporte de alta eficiência energética, baixa emissão (gases de efeito estufa e particulados), seguro, amigável ao entorno, etc. etc. Mundo afora têm-se notícia de projetos cada vez mais ambiciosos. Seria o caso de se perguntar; p.ex: como os USA, sem se pautar pela OIT-169, transitaram do velho oeste para negociações e convivências mais harmoniosas com seus índios? Que participação têm nesse tipo de decisão os esquimós no Canadá, ou os aborígenes australianos e taiwaneses... países com grande participação ferroviária na matriz de transportes e na linha de frente da sustentabilidade. Aliás, mais amplamente: como os outros 165 países que não ratificaram a OIT-169 planejam, decidem e gerenciam a implantação de infraestruturas de energia e transporte?

Já no Brasil, com a governança que pouco a pouco foi sendo desenvolvida, difícil vislumbrar-se caminhos que viabilizem a implantação de novos trechos ferroviários: procedimentos de outorga (concessão, permissão, autorização), mecanismos de financiamento, processos de desapropriação, etc., cada qual explica um pouco do porquê dessa dificuldade. Mas a OIT-169, o [Decreto nº 5.051/04](#), particularmente com as interpretações que foram se consolidando, possivelmente seja a principal impedância no caminho das infraestruturas brasileiras; particularmente projetos “*greenfield*”. Uma impedância que até condiciona as demais. Sem que tenha regramentos mais objetivamente definidos, até o trabalho de procuradores e juízes fica dificultado.

Será que os negociadores brasileiros, nas conferências internacionais, tinham consciência de que os acordos que aprovaram poderiam nos levar a processos decisórios tão complexos, imprevisíveis e de frágil segurança jurídica? Será que os parlamentares tinham tal consciência ao aprovar a incorporação dos diplomas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro? Será que presidentes e ministros que ocuparam cargos nas últimas décadas tinham consciência de que o resultado de seus atos seria o *imbróglio* que hoje temos?

O irônico, ou trágico, é que essa governança, engripada, tem se mostrado tremendamente eficaz para interditar até boas iniciativas dos poderes executivos da RFB; nos seus 3 níveis. O mesmo não se pode dizer, p.ex., em relação à implantação de pistas de pouso em reservas; tampouco no tocante a estradas, atracadouros, e garimpos clandestinos; p.ex. Teriam os “*povos interessados*” se manifestado sobre suas implantações? Elas foram

“escolhidas” por meio de uma CCLPI? São essas as “prioridades” resultado de seus “poderes de decisão”?

A Ferrogrão é apenas um exemplo: outros projetos ferroviários podem estar na fila de espera para seguir a mesma *via crucis*. Projetos hidroviários, rodoviários e portuários (para ficar só no campo da infraestrutura logística) de igual forma, vez que suas governanças são similares.

O Norte e o Centro-Oeste brasileiros, carentes de infraestrutura, centralizam as dificuldades. Queimadas, ONU e o Sínodo do Vaticano mantêm a Amazônia no centro do noticiário internacional. Momento delicado, pois, para discussão desse imbróglio que, como se observa, não tem beneficiados. Mas até por isso mesmo necessário e inadiável!

Será que esse é, mesmo, o único caminho? Será que não haveria outro arranjo, outra governança capaz de, simultaneamente, atender os respeitáveis valores, cultura e prioridades dos “*povos interessados*”, sem obstaculizar a implantação de ferrovias e projetos infraestruturais em geral? Não seria possível uma governança que compatibilize adequadamente o ambiental, o econômico e o social? Uma governança sustentável? Uma governança mais consequente?

A OIT já esclareceu que o objetivo da OIT-169 não é vetar as iniciativas. Donde se deduz, não é gerar impasses. Resta, pois, à sociedade e aos poderes públicos brasileiros, antes de eventualmente cogitarem denunciar a Convenção, retomarem o processo para regulamentação do [Decreto nº 5.051/04](#); aliás como também clama o TCU no Acórdão. Desde logo procurando reduzir a subjetividade de sua aplicação; mas tendo como fim último a implementação de uma tal governança.

Parodiando a esfinge: decifra-me, ou te imobilizo; Brasil!

**10/OUT/2019**