

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR
Dr. AROLDO CEDRAZ, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)**

URGENTE

Ref.:
TC 037.044/2020-6
REPRESENTAÇÃO

As instituições da sociedade civil que formam a **REDE XINGU+**, articulação entre organizações de povos indígenas, associações de comunidades tradicionais e instituições da sociedade civil, por meio do **INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA), da ASSOCIAÇÃO IAKIÔ, da ASSOCIAÇÃO TERRA INDÍGENA DO XINGU (ATIX), do INSTITUTO RAONI e do INSTITUTO KABU**, vêm, nos autos desta **REPRESENTAÇÃO com pedido de adoção de MEDIDA CAUTELAR**, expor e requerer o quanto segue.

Em 19 de outubro de 2020, o Ministério Público Federal, em conjunto com as instituições da sociedade civil requerentes, o Instituto Socioambiental, a Associação Iakiô, a Atix, o Instituto Raoni e o Instituto Kabu, apresentou Representação neste TCU, diante das irregularidades verificadas no processo de concessão da EF-170 (Ferrogrão), que violam direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais quanto ao cumprimento do direito de **Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) durante a Fase de Planejamento deste projeto de investimento**, cuja realização obrigatória está prevista na Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais.

A respeito desta Representação, em 05 de novembro de 2020, a SeinfraPortoFerrovia formulou Proposta de Encaminhamento (Instrução 5), com a proposição de: a) conhecer da Representação, por satisfazer os requisitos de admissibilidade; b) indeferir a medida cautelar, por suposta ausência do periculum in mora; e, para a continuidade da análise da Representação, ouvir: c) a ANTT; e d) a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). À ANTT foi solicitado:

- c.1) informar a **previsão para realização da consulta aos povos indígenas a que se refere o art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo Decreto 10.088/2019;***
- c.2) **especificar os povos indígenas diretamente afetados pela referida ferrovia a serem consultados, particularmente através de suas instituições representativas, nos termos do art. 6º, 1, 'a', da C-169/OIT;***

c.3) detalhar os procedimentos a serem observados no processo de consulta, que possibilitem aos povos interessados participar livremente, inclusive considerando as eventuais restrições sanitárias decorrentes da atual pandemia de Covid-19, nos termos do art. 6º, I, 'b', da C169/OIT;

c.4) apresentar outros documentos que entender pertinentes para o saneamento dos autos.

Em 23 de novembro de 2020, a ANTT encaminhou *Esclarecimentos* (Peça 33) em que negou as denúncias de irregularidades apresentadas pela Representação, requerendo que esta seja julgada improcedente e indeferida a medida cautelar requerida pelo MPF e associações. A Agência apresentou como conclusões:

1) A consulta aos povos indígenas a que se refere o art. 6º da OIT 169 está sendo realizada ao longo do processo de licenciamento ambiental realizado pelo Ibama, com a elaboração do Componente Indígena do Estudo de Impacto Ambiental/CI-EIA pela Funai, em observância aos procedimentos previstos na Portaria Interministerial MMA/MJ/MC/MS nº 60/2015 e IN/Funai nº 2/2015;

2) Está sendo assegurada a consulta dos povos indígenas diretamente afetados pelo empreendimento no bojo do processo de licenciamento em curso e ouvidos outros povos indígenas indiretamente afetados;

*3) Em conformidade ao **Termo de Referência Específico da Ferrogrão**, apesar de a área de presunção de impactos derivados da EF-170 abarcar somente as **Reservas Praia do Índio e Praia do Mangue**, para atender ao Protocolo de Consulta do Povo Munduruku, estão sendo consultadas no bojo do CI-EIA todas as comunidades indígenas do Povo Munduruku - direta ou indiretamente afetadas, de terras demarcadas ou não, também estão sendo ouvidas pela SPPI fora do processo de licitação outras comunidades indígenas indiretamente afetadas.*

2

De sua parte, em 4 de dezembro de 2020, a Funai protocolou o Ofício nº 2518/2020/PRES/FUNAI (Peça 39), por meio do qual encaminha a este Tribunal documentação referente ao processo de licenciamento ambiental da EF-170, sem, no entanto, manifestar-se sobre a CCLPI no processo de outorga.

A presente peça da *Representação* visa evidenciar elementos que demonstram que os *Esclarecimentos* prestados, tanto pela ANTT quanto pela Funai **não respondem às irregularidades acerca do descumprimento da obrigação de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) aos povos indígenas sobre o projeto da EF-170 na fase de planejamento do ciclo de investimento em infraestrutura**, reiterando-se: i) a obrigação e importância de CCLPI na fase de planejamento do projeto de investimento em infraestrutura; ii) a obrigação de CCLPI sobre a Ferrogrão referente à fase de planejamento do empreendimento não se confunde com a CCLPI na fase do licenciamento ambiental; e iii) a atuação de má-fé do Governo Federal no processo de CCLPI da Ferrogrão.

1. A obrigação e importância de CCLPI na fase de planejamento do projeto de investimento em infraestrutura

A *Representação* encaminhada a este TCU pelo Ministério Público Federal e as associações indígenas e organizações membras da Rede Xingu+ versa sobre o desrespeito do compromisso firmado pela ANTT do cumprimento do direito de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) de povos indígenas sobre o projeto da Ferrogrão ainda durante a fase de planejamento do projeto, durante as etapas iniciais do ciclo de investimento, anteriores ao início do processo de outorga da implantação e operação da referida ferrovia.

Retomam-se nesta seção elementos acerca da obrigatoriedade de CCLPI na fase de planejamento de projetos de investimento em infraestrutura e da centralidade de se aplicar este mecanismo específico de participação de povos indígenas desde as etapas iniciais do ciclo de investimentos em infraestrutura.

1.1 Jurisprudência nacional e internacional sobre a obrigação de CCLPI cada vez que sejam previstas medidas administrativas e legislativas que afetem direitos dos povos indígenas.

O Direito de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) é princípio basilar das relações contemporâneas entre povos indígenas com o Estado, garantido pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (C-169/OIT), de 27 de junho de 1989, e pela Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) 23, aprovada em 2007 com voto favorável do Brasil em Assembleia Geral das Nações Unidas.

Nos termos do art. 6º, da C-169/OIT, os Estados signatários reconhecem às comunidades indígenas o direito de serem consultadas “*cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*”. Previsão complementada pelo art. 7º do mesmo estatuto, que estabelece o direito de consulta das comunidades diante de quaisquer “*planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente*”. Ressalte-se que em ambas as previsões normativas, o direito de consulta configura-se exclusivamente mediante a verificação de afetação direta aos direitos de povos e comunidades tradicionais.

No âmbito internacional, existe o entendimento consolidado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, no sentido de garantir às comunidades interessadas o direito de CCLPI **sempre que projetos e decisões governamentais ameacem afetá-las diretamente**. É o que se vê, por exemplo, no voto concorrente conjunto dos juízes Huberto Antônio Sierra Porto e Eduardo Ferrer MacGregor Poisot no caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname (2015):

“[...] Nesse entendimento, no contexto de grandes projetos ou planos de desenvolvimento, investimento, prospecção, exploração e extração, a Corte criou

uma sólida linha jurisprudencial sobre a obrigação de consulta aos povos indígenas e tribais, na medida em que os ditos projetos afetem seus territórios ou seus modos de vida.”

Como se vê, o entendimento da CIDH aponta para a CCLPI também como um **instrumento de participação dos povos indígenas no planejamento de grandes planos ou projetos de desenvolvimento, de modo que seja possível sua intervenção ainda nas fases decisórias iniciais do projeto**. Tal entendimento, afasta, por exemplo, a resposta da ANTT de que o direito de CCPLI aos povos indígenas estaria garantido pela realização da Consulta apenas no âmbito do licenciamento ambiental: “*A consulta aos povos indígenas a que se refere o art. 6º da OIT 169 está sendo realizada ao longo do processo de licenciamento ambiental realizado pelo Ibama (...)*”. Conforme já antecipado na Representação:

“O fato de a EF-170 ter avançado no ciclo do projeto para a etapa de licenciamento e se encaminhar para a etapa de concessão não destituiu o poder público da obrigação de Consulta na fase anterior de planejamento do empreendimento, com o intuito de se discutir a sua viabilidade”.

Sendo oportuno mencionar novamente o Acórdão do Tribunal de Contas do Estado do Pará sobre a obrigatoriedade de realização de procedimentos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado antes da emissão da Licença Prévia da Ferrovia Paraense:

*1 - A consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção no 169 da OIT, deve ser realizada durante a fase de planejamento e, conseqüentemente, antes de qualquer medida relacionada à licitação, haja vista que os povos e comunidades tradicionais devem fazer parte de um processo de negociação apto a conduzir a uma decisão conjunta sobre a viabilidade do empreendimento (...) Considera que em razão de o projeto estar em fase inicial, o momento é oportuno para o chamamento de todos os agentes, sujeitos e partícipes do planejamento; e que a consulta prévia não inibe a realização de audiências públicas no momento da implementação e execução do projeto.
Tribunal de Contas do Estado do Pará. Acórdão nº 58.861. 09 de maio de 2019 (Processo nº 2017/52868-1)*

Da mesma forma, a realização de audiências públicas genéricas não é suficiente para garantir o direito de CCLPI. Trata-se de mecanismo de participação social de natureza totalmente diferente. Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Pará também esclarece as diferenças entre os procedimentos de consulta e as audiências públicas previstas na legislação administrativa, para efeitos de se evitar equívocos indevidos que provoquem conflitos desnecessários ao longo dos processos de licenciamento e de concessão do empreendimento. Manifestou o TCE do Pará:

No que diz respeito à audiência pública exigida no art. 39 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), cumpre esclarecer que este instrumento de participação da sociedade civil não se confunde com a consulta prévia, livre e informada da Convenção 169 de OIT, mormente por ser destinada a informar sobre o procedimento licitatório e oportunizar a todos os interessados a manifestação, inclusive com sugestões acerca da conveniência da licitação. A consulta prévia, diferentemente, busca garantir o diálogo intercultural, adotando procedimentos que permitam aos povos e comunidades tradicionais diretamente afetados influenciar efetivamente na tomada de decisão dos órgãos estatais.
Tribunal de Contas do Estado do Pará. Acórdão nº 58.861. 09 de maio de 2019 (Processo nº 2017/52868-1)

Não subsiste, portanto, o argumento apresentado pela ANTT de que as audiências públicas sobre o projeto da EF-170 supririam o espaço de participação a que os povos indígenas têm direito, qual seja, a Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado previsto na legislação para garantir a participação efetiva de povos indígenas nas decisões administrativas e legislativas que lhes afetam. Tampouco se igualam a participação prevista de povos indígenas na fase de planejamento do investimento em infraestrutura e a escuta genérica a povos não reconhecidos no âmbito do licenciamento ambiental do empreendimento, como defende-se a ANTT em seus *Esclarecimentos*: estão sendo “**ouvidos** outros povos indígenas indiretamente afetados” e “**também estão sendo ouvidas** pela SPPI fora do processo de licitação outras comunidades indígenas indiretamente afetadas”.

Por último, cabe reiterar que no caso específico do processo de outorga da EF-170 devem ser consultados os povos indígenas das 16 terras indígenas localizadas na área de influência da Ferrovia, considerando os princípios do direito de consulta estabelecidos na Convenção 169 da OIT e demais normas que o ratificam, assim como os protocolos de consulta existentes entre os povos afetados.

1.2 Importância da CCLPI nas etapas iniciais do Ciclo de Investimentos em Infraestrutura

O *Guia Prático de Análise Custo-Benefício de Projetos de Investimento*,¹ lançado pela Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura do Ministério da Economia (SDI/ME) e em etapa de Consulta Pública, apresenta diretrizes e orientações metodológicas para a adoção sistemática de metodologia para a avaliação socioeconômica de projetos no ciclo de investimentos em infraestrutura, a chamada Análise Custo-Benefício (ACB).

Uma das proposições centrais do *Guia*, que surge no contexto de um esforço mais amplo de se instaurar um “*novo modelo de governança para investimentos públicos*”,

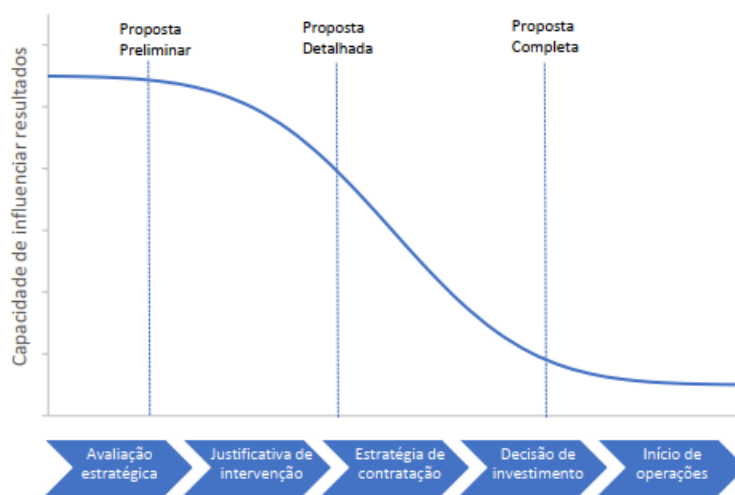
¹ Guia Prático de Análise Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura. SDI/ME. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guia-acb-infraestrutura_vcp_2.pdf (acesso em 05 de dezembro de 2020)
SHIS QI 01, conjunto 04, casa 24, Lago Sul - BRASÍLIA - DF - CEP 71605-040
Telefax: (61) 3365 5000 www.melillo.adv.br e-mail: meuadvogado@melillo.adv.br

refere-se à **necessidade de aprimoramento das formas de acompanhamento de propostas de investimento desde o início**, a começar pelos exercícios de planejamento integrado de longo-prazo.²

O *Guia* destaca que a **incidência nas etapas iniciais do ciclo de investimento é fundamental para a capacidade de influência sobre os resultados do projeto de investimento**³ (Figura 1). Ademais, identifica como etapa primordial para a concepção e avaliação da proposta de investimento a análise do contexto social, econômico e político-institucional no qual a proposta de investimento deverá ser inserida, como um exercício que “*visa verificar se o projeto é apropriado ao contexto em que se insere*”⁴.

FIGURA 1⁵

Figura 3.2: A importância da análise estratégica preliminar



Fonte: IPA, 2019

O diagnóstico de referência da proposição da Análise Custo-Benefício para avaliação socioeconômica dos projetos de investimento do *Guia Prático*, qual seja, de fragilidades nos processos decisórios relevantes ao ciclo de investimento em infraestrutura⁶ **reforça a importância e oportunidade da participação de povos**

² Ib. p. 3

³ Ib. p. 23

⁴ Ib. p. 19

⁵ Guia Prático de Análise Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura. SDI/ME. 2020. P. 23 Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guia-acb-infraestrutura_vcp_2.pdf (acesso em 05 de dezembro de 2020)

⁶ Descrevem-se “a fragmentação das decisões fragmentadas (Banco Mundial 2017; FMI 2018; TCU, 2015; TCU, 2019; TCU, 2020). O planejamento de longo prazo, quando existe, ocorre no âmbito do órgão setorial, sem integração com demais setores ou uniformidade de premissas. Não há coordenação central da carteira de investimentos no âmbito do governo. É comum a originação de projetos sem vinculação formal com exercícios de planejamento, e decisões de investimento são baseadas em critérios ad-hoc, sem um sólido respaldo técnico. Ademais, a estruturação de empreendimentos implantados como concessões e parcerias público privadas (PPP) segue uma lógica totalmente díspar das obras executadas diretamente pelo poder público. Observa-se também ampla heterogeneidade de metodologias, procedimentos de SHIS QI 01, conjunto 04, casa 24, Lago Sul - BRASÍLIA - DF - CEP 71605-040

Telefax: (61) 3365 5000 www.melillo.adv.br e-mail: meuadvogado@melillo.adv.br

indígenas nas etapas iniciais do ciclo de investimento, por meio do mecanismo de participação específico da **Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI)**.

Além de obrigação legal, a participação de povos indígenas e tradicionais por meio da CCLPI nas etapas de Planejamento de Longo Prazo e Estruturação de Projetos revela-se oportuna para que a priorização de projetos de infraestrutura e avaliação da viabilidade socioeconômica e ambiental dos projetos priorizados sejam decisões sancionadas pelos povos indígenas à luz dos contextos territoriais em que inserem-se os projetos de investimento, descartando-se aqueles com altos impactos socioambientais, que geram desgastes políticos e jurídicos que incorrem, por sua vez, em atrasos de cronograma e em custos não estimados que reduzem o benefício social líquido esperado do investimento, além de elevar riscos do projeto que afastam investidores.

Sobre a importância da Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) de povos indígenas nas etapas iniciais do ciclo de investimento, argumentou a *Representação* que:

*“Aferir a viabilidade de um empreendimento desse porte, através de estudos prévios para a concessão da ferrovia, sem considerar os aspectos humanos (povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais), históricos, arqueológicos, ambientais, dentre outros, pode levar o empreendimento a ser implantado à revelia desses aspectos (...) **pode-se chegar a conclusão sobre a inviabilidade do empreendimento, quando avaliada sua economicidade.***

*É exatamente por isso que a **Consulta Prévia Livre e Informada deve ser feita desde a fase de planejamento** do empreendimento, para que as comunidades indígenas e tradicionais possam **influenciar nas escolhas sobre o modelo de desenvolvimento adotado**, sendo que isso tem influência significativa, inclusive, na **análise de viabilidade, de economicidade**, do referido empreendimento. Para se atestar a viabilidade econômico-financeira da concessão, é preciso realizar uma estimativa de investimentos em compensações socioambientais”.*

Haja vista que o Grupo Temático de Infraestrutura do Centro de Altos Estudos em Controle e Administração Pública (Cecap) deste Tribunal de Contas da União também tem vertido esforços no aprofundamento do tema da análise de viabilidade de megaprojetos de infraestrutura,⁷ o tema suscitado pela *Representação* encaminhada exsurge relevante também para a agenda deste Tribunal no aprimoramento da governança para investimentos em infraestrutura no país.

elaboração de estudos de viabilidade (EVTEA) e formas de organização da preparação de projetos encontradas nos diversos subsetores da infraestrutura” (Guia Prático de Análise Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura, SDI/ME, 2020).

⁷ Webinar “Tomada de Decisão em Megaprojetos de Infraestrutura”. CECAP/TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-promove-evento-on-line-sobre-planejamento-e-gestao-de-megaprojetos-de-infraestrutura.htm>
SHIS QI 01, conjunto 04, casa 24, Lago Sul - BRASÍLIA - DF - CEP 71605-040
Telefax: (61) 3365 5000 www.melillo.adv.br e-mail: meuadvogado@melillo.adv.br

2. A obrigação de CCLPI sobre a Ferrogrão referente à fase de planejamento do empreendimento não se confunde com a CCLPI na fase do licenciamento ambiental.

Conforme argumentação presente na *Representação* encaminhada, identificam-se duas reivindicações distintas relacionadas ao direito de CCLPI por parte dos povos indígenas acerca do projeto da Ferrogrão: uma relativa à participação nas etapas da fase de planejamento do empreendimento e outra relativa às etapas da fase de licenciamento. Por ocorrerem em momentos diferentes do ciclo de investimento, cada CCLPI apresenta objetos e sujeitos diferentes, os quais devem ser identificados e atendidos de acordo com suas particularidades.

Por um lado, existe a reivindicação legítima dos povos indígenas e comunidades tradicionais de serem consultados sobre os efeitos causados pela instalação da Ferrogrão para o desenvolvimento regional e sobre suas implicações sobre seus territórios e modos de vida, à luz de seus próprios planos e prioridades de desenvolvimento, conforme garantido pelo artigo 7º da Convenção nº. 169 da OIT.

Por outro lado, de forma não excludente, existe a reivindicação, também legítima, de que povos indígenas localizados nas áreas de impacto do empreendimento além dos limites estabelecidos pela Portaria Interministerial 60/2015 sejam reconhecidos e consultados no processo de licenciamento ambiental da ferrovia.

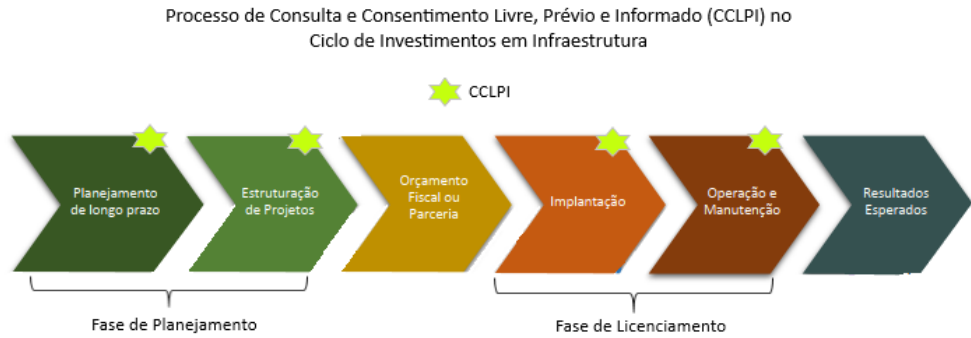
Ambas as reivindicações precisam ser atendidas oportunamente pelo Governo Federal, sendo indispensável o atendimento da reivindicação da CCLPI referente à fase de planejamento antes da aprovação do plano de outorga da Ferrogrão neste TCU, de forma a garantir o cumprimento da legislação indigenista e ambiental, que além de salvaguardar direitos dos povos indígenas, oferecem um contexto institucional de segurança jurídica mínima para futuros investidores.

2.1 Ciclo de investimento da Ferrogrão e CCLPI

Conforme enfatizado anteriormente, o direito de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e informado (CCLPI) deve ser respeitado ao longo de todo o ciclo de investimento em infraestrutura, desde a sua concepção, etapas iniciais de Planejamento de Longo Prazo e Estruturação de Projetos, até sua operacionalização, etapas de Implantação e Operação e Manutenção, em conformidade ao Direito fundamental à participação, pois consiste no mecanismo de participação específico de povos indígenas.

O direito à participação e ao controle social dos atos públicos é explicitado por todo o corpo da Constituição Federal e decorre diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático, sendo mecanismo fundante da estrutura do Estado Democrático de Direito. Sua efetivação, quando prevista no ordenamento jurídico, como é o caso da CCLPI, não pode ser dispensada sem prejuízo dos atos administrativos em questão.

FIGURA 2⁸



Em cada etapa do ciclo em que há decisões administrativas capazes de afetar direitos de povos indígenas e tradicionais, essas estão sujeitas à obrigação de CCLPI, conforme demonstrada na Tabela I, que descreve os objetos de CCLPI para o ciclo de investimento da Ferrogrão em particular. Vejamos:

⁸ Ciclo de Investimentos proposto pela Secretaria de Desenvolvimento de Investimentos do Ministério da Economia, em Guia Prático de Análise Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura. SDI/ME. 2020. P.
SHIS QI 01, conjunto 04, casa 24, Lago Sul - BRASÍLIA - DF - CEP 71605-040
Telefax: (61) 3365 5000 www.melillo.adv.br e-mail: meuadvogado@melillo.adv.br

Tabela I - Fases do Ciclo de Investimento da Ferrogrão e CCLPI						
Fases do Ciclo de Investimentos	Planejamento de longo prazo	Estruturação de Projetos	Orçamento Fiscal ou Parceria	Implantação		Operação e manutenção
				Licença Prévia	Licença de Instalação	
Atores responsáveis	Conselho PPI	Minifra	Minifra	IBAMA (órgão licenciador)	IBAMA (órgão licenciador)	IBAMA (órgão licenciador)
				FUNAI (órgão interveniente)	FUNAI (órgão interveniente)	FUNAI (órgão interveniente)
				IPHAN (órgão interveniente)	IPHAN (órgão interveniente)	IPHAN (órgão interveniente)
Decisões Administrativas e Legislativas	Resolução do PPI	ANTT	Plano de Outorga	EPL (empreendedor)	Concessionário	Concessionário
		Projeto Estruturado		Licença Prévia	Licença de Instalação	Licença de Operação
Mecanismos de Participação social e Controle	CCLPI (Convenção 169 OIT)	Audiências públicas (Resolução ANTT n° 5624/2017)	TCU	Audiência pública	CCLPI (Convenção 169 OIT)	CCLPI (Convenção 169 OIT)
		Consulta Pública		CCLPI (Convenção 169 OIT)		
		Coleta de subsídios				
Objeto da CCLPI	Priorizar os projetos de infraestrutura à luz de critérios de interesse público e transparentes.	Avaliar a viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental dos projetos de infraestrutura priorizados.		Avaliar o EIA-RIMA e o Estudo do Componente Indígena	Avaliar as medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos socioambientais e aprovar o Programa Básico Ambiental (PBA)	Avaliar o atendimento e efetividade das medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos. Definir as condições de operação do empreendimento.

Fonte: Elaboração Própria a partir de Ciclo de Investimentos (SD/IME)

Na etapa de Planejamento de Longo Prazo, a CCLPI assiste a priorização dos projetos de infraestrutura à luz de critérios de interesse público e transparentes, ao passo que na etapa de Estruturação de Projetos, a CCLPI assiste a avaliação da viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental dos projetos de infraestrutura priorizados. Ambas as etapas consistem na Fase de Planejamento do investimento para efeitos da CCLPI, pois ocorrem antes do ato de outorga do empreendimento por parte do poder concedente, quando há celebração de contrato que denota a confirmação da implantação e operação do projeto.

Na etapa de Orçamento Fiscal ou Parceria, nota-se que este Tribunal de Contas da União consiste em relevante mecanismo de controle da outorga do serviço público associado ao projeto investimento, atuando na fiscalização da seguridade dos princípios constitucionais e administrativos associados ao processo de outorga, como os princípios da legalidade, da legitimidade, da economicidade e da participação social, devendo atestar o cumprimento da CCLPI para a passagem da fase de planejamento à fase de licenciamento referentes à participação de povos indígenas no ciclo de investimentos.

Já na etapa de Implantação e Operação e Manutenção, a CCLPI se aproxima do processo de licenciamento ambiental do empreendimento, tendo por objeto da primeira etapa de Implantação a avaliação do EIA-RIMA e do Estudo do Componente Indígena, como objeto da segunda etapa de Implantação a avaliação das medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos socioambientais e aprovação do Programa Básico Ambiental (PBA), e como objeto da etapa de Operação e Manutenção a avaliação do atendimento e efetividade das medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos e definição das condições de operação do empreendimento. Essas etapas consistem na fase de licenciamento para efeitos da participação de povos indígenas no ciclo de investimento em infraestrutura por meio do mecanismo de CCLPI.

Vê-se, portanto, que em cada uma das fases de desenvolvimento de projetos de infraestrutura como a Ferrogrão há decisões administrativas que, mediante a possibilidade de impacto sobre os modos de vida dos povos indígenas, devem ser submetidas à sua Consulta e Consentimento. Em cada um desses momentos, o processo de CCLPI tem objetos e sujeitos distintos, não sendo possível, portanto, suprir o descumprimento da CCLPI em uma fase com a sua realização em outra. Assim, **não cabe à ANTT, órgão responsável pela CCLPI na fase de planejamento do empreendimento delegar seu dever aos órgãos ambientais responsáveis pelo licenciamento.**

2.2. Política de Participação da ANTT e compromisso firmado da CCLPI antes do encaminhamento do Plano de Outorga da Ferrogrão ao TCU

A participação da sociedade na formulação e execução de políticas públicas é elemento reconhecido pela ANTT e pelo Governo Federal como essencial para a eficiência, transparência e legitimidade das decisões tomadas pelo poder público. Esse reconhecimento encontra expressão e se materializa na Resolução ANTT nº 5.624, editada em 21 de dezembro de 2017, que dispõe sobre os meios do Processo de

Participação e Controle Social - PPCS, no âmbito da ANTT. Os objetivos do Processo de Participação e Controle Social no âmbito da ANTT são previstos pelos incisos do art. 6º da Resolução ANTT nº 5.624:

- I - fomentar ou provocar a efetiva participação das partes interessadas e da sociedade em geral;*
- II - recolher subsídios para o processo decisório da ANTT;*
- III - oferecer aos agentes econômicos, sociedade e usuários dos serviços e das infraestruturas de transportes terrestres administrados pela ANTT um ambiente propício ao encaminhamento de seus pleitos e sugestões relacionados à matéria objeto do processo;*
- IV - identificar, de forma ampla, todos os aspectos relevantes à matéria objeto do processo; e*
- V - dar publicidade à ação regulatória da ANTT.*

A resolução trata, ainda, das diversas modalidades de instrumentos para participação social, incluindo audiências e consultas públicas, dentre outros. Não se trata, contudo, de rol taxativo, haja vista que a própria norma determina, em seu art. 1º, Parágrafo único, que “o disposto nesta Resolução não exclui outras formas de participação e controle social, na forma da Lei.”

No caso específico dos povos indígenas, há uma forma de participação e controle social específica e adequada à construção de um diálogo intercultural, que é a CCLPI, inscrita no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Convenção 169 da OIT, e que, ao contrário do que afirma a ANTT, tem uma previsão explícita de quando deve ser acionada: “*cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*” e diante de quaisquer “*planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente*”. E para garantir a efetividade da participação de povos indígenas sobre as decisões administrativas que os afetam, é fundamental que o processo de CCLPI respeite as necessidades e procedimentos de cada povo, frequentemente registrados nos protocolos de consulta, como é o caso dos povos afetados pela Ferrogrão.

Ocorre que, em reiteradas ocasiões, o Governo Federal tem insistido que os processos de CCLPI de povos indígenas afetados pela Ferrogrão devem acontecer no contexto das audiências públicas previstas durante os processos de licenciamento ou de licitação da EF-170. Vale a pena destacar que **“audiências públicas” e “Consultas Livres, Prévias e Informadas” de povos indígenas e comunidades tradicionais são instituições jurídicas de natureza diferente e que não devem ser confundidas.** Dita diferenciação conceitual, entre os dois procedimentos de participação, como já apontado, tem sido amplamente discutida pela jurisprudência nacional e pela doutrina jurídica, as quais têm convergido na conclusão de que não cabe a equivalência entre os dois procedimentos.

Vale enfatizar, que no âmbito das audiências públicas da ANTT, os povos indígenas afetados pela Ferrogrão, demandando a realização da CCLPI, nos termos dos

protocolos de consulta de cada povo, como forma de viabilizar sua participação efetiva. Como já apontado na Representação do MPF, os povos indígenas receberam então da ANTT, a promessa de que o projeto não seria encaminhado ao TCU antes da realização da Consulta, o que de fato, nunca ocorreu.

3. Atuação de má-fé do Governo Federal sobre processo de CCPLI da Ferrogrão

Consiste em elemento estruturante do direito de CCLPI a atuação de boa-fé por parte dos envolvidos. Conforme dispõe o art. 6º, item 2, da Convenção 169 da OIT, “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.”

Sobre o princípio da Boa-fé e sua aplicação no procedimento de CCLPI, já se manifestou a CIDH, no julgamento do caso Saramaka vs. Suriname⁹, *in verbis*:

Primeiro, a Corte manifestou que ao garantir a participação efetiva dos integrantes do povo Saramaka nos projetos de desenvolvimento ou investimento dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente esta comunidade, segundo seus costumes e tradições (par. 129 supra). Este dever requer que o Estado aceite e ofereça informação e implica numa comunicação constante entre as partes. As consultas devem realizar-se de boa fé, através de procedimentos culturalmente adequados e devem ter como objetivo alcançar um acordo. Além disso, o povo Saramaka deve ser consultado, de acordo com suas próprias tradições, nas primeiras etapas do projeto de desenvolvimento ou investimento e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for o caso. O aviso com antecedência proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para oferecer uma adequada resposta ao Estado. O Estado, além disso, deve assegurar-se de que os membros do povo Saramaka tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de salubridade, a fim de que aceitem o projeto de desenvolvimento ou investimento proposto com conhecimento e de forma voluntária. Por último, a consulta deveria levar em consideração os métodos tradicionais do povo Saramaka para a tomada de decisões. (grifos nossos)

Em recomendação ao governo da Guatemala sobre a aplicação do princípio da boa fé no âmbito da CCLPI, o Comitê Tripartite da Organização Internacional do Trabalho apontou que é necessária "a criação de um clima de confiança com os povos indígenas para poder se levar a cabo um diálogo produtivo de boa fé"¹⁰. Para isso, é fundamental que o Governo Federal cumpra suas obrigações e os compromissos assumidos perante os representantes dos povos indígenas. Porém, haja vista o teor dos *Esclarecimentos*

⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C n. 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. (2005). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio 169. Nueva York: ONU.

prestados pela ANTT, constata-se que o governo tem atuado de má-fé com os povos indígenas sobre o processo de CCLPI sob duas formas.

A primeira forma se deu quando a ANTT e o Minfra **descumpriram o compromisso assinado de realização da CCLPI antes da aprovação e encaminhamento do plano de outorga do empreendimento ao TCU.**

Os povos indígenas estavam confiando na boa-fé do governo de que este honraria o compromisso feito pela ANTT, procedendo com o cumprimento do mecanismo da CCLPI durante o período destinado à participação social na etapa de Estruturação do Projeto. Neste momento, diga-se de passagem, outros cidadãos tiveram a oportunidade de participar do processo, enquanto os povos indígenas esperaram em vão que o governo honrasse seu compromisso e garantisse o direito fundamental desses povos à participação por meio do mecanismo da CCLPI.

A segunda tem se dado na **confusão proposital entre a obrigação de CCLPI no âmbito do licenciamento ambiental e a obrigação de CCLPI na fase de planejamento, anterior ao processo de outorga do empreendimento.**

Cada vez que o governo é instado pelos povos indígenas a cumprir com o compromisso firmado de realizar a CCLPI na fase de planejamento da Ferrogrão; referente às etapas iniciais de Planejamento de longo prazo e Estruturação do Projeto do ciclo de investimentos, antes do encaminhamento do processo de outorga para o TCU, as respostas fornecidas pelo governo são de que o direito de Consulta está sendo assegurado no âmbito do licenciamento ambiental.

A confusão proposital das respostas do governo – exibida nas próprias conclusões trazidas pela ANTT em seus *Esclarecimentos* a respeito desta Representação – é de **má-fé** pois, ao afirmar que o direito à CCLPI durante a fase de licenciamento ambiental está assegurado, **omite o governo o descumprimento deste direito fundamental de participação dos povos indígenas na fase de planejamento**, cujos objetos de consulta consistem na priorização e avaliação da viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental do projeto da Ferrogrão, ao passo que os objetos da consulta na fase de licenciamento consistem na avaliação do Estudo de Impacto Ambiental e seu Componente Indígena, avaliação das medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos e definição das condições de operação do empreendimento.

Mais além, as CCLPI na fase de planejamento e na fase de licenciamento diferenciam-se também pelos sujeitos portadores do direito de consulta, como já se desenvolveu anteriormente. A má-fé da confusão proposital entre os momentos distintos da CCLPI a povos indígenas, portanto, também se dá no fato de que, ao asseverar o cumprimento da CCLPI a todo o povo Munduruku na fase de licenciamento da Ferrogrão, em atendimento ao Protocolo de Consulta do Povo Munduruku, **solapa o governo o direito de CCLPI de outros povos indígenas - localizados em, minimamente, mais onze Terras Indígenas além das Terras Indígenas do povo Munduruku, conforme argumentado por esta Representação - à participação legítima no processo de planejamento e estruturação do projeto da Ferrogrão.**

Agravante adicional a essa atuação diz respeito à resposta da ANTT sobre quais Terras Indígenas devem ser reconhecidas detentoras do direito de CCLPI sobre a Ferrogrão utilizando-se para tal justificativa os limites estabelecidos pelo Anexo I da Portaria Interministerial n. 60/2015. Neste sentido, a Proposta de Encaminhamento da SeinfraPortoFerrovia é elucidativa:

Embora os estudos elaborados pela ANTT prevejam a emissão da Licença Prévia em prazo sucinto (a qual se pode inferir que contemple as obrigações estipuladas nos arts. 6º e 7º da C169/OIT), além de realçarem a importância de atendimento à norma, não se observa qualquer definição dos procedimentos a serem seguidos especificamente para a consulta aos povos indígenas, fazendo-se referência apenas à Portaria Interministerial 60/2015, de 24/3/2015. A referida Portaria disciplina a atuação dos órgãos da Administração Pública Federal nos processos de licenciamento ambiental a cargo do Ibama.

Dessarte, fica explicitada que as referências recorrentes do governo à Portaria Interministerial 60/2015 como balizadora para definição dos povos indígenas detentores do direito de CCLPI sobre o empreendimento em tela são propositadamente equivocadas, primeiramente pelo fato de esta normativa se referir exclusivamente aos processos de licenciamento ambiental, não apresentando relação alguma às etapas iniciais do ciclo de investimento, ocasiões da CCLPI da fase de planejamento cujo cumprimento é objeto da presente Representação, e em segundo lugar pelo fato de sua aplicação para fins do reconhecimento definitivo de quais as Terras Indígenas participantes do processo de licenciamento ambiental também não ser absoluta, haja vista as exceções previstas no § 3º do artigo 3º da referida Portaria.

4. Proposições

Buscou-se salientar três elementos centrais à apreciação desta Representação à luz das informações da Proposta de Encaminhamento (Instrução 5), dos Esclarecimentos prestados pela ANTT (Peça 33) e da Resposta da Funai (Peça 39), estes que dizem respeito à *obrigação e importância de CCLPI na fase de planejamento do projeto de investimento em infraestrutura*; a que a *obrigação de CCLPI referente à fase de planejamento do empreendimento não se confunde com a CCLPI na fase do licenciamento ambiental*; e à *atuação de má-fé do Governo Federal no processo de CCLPI da Ferrogrão*.

Diante de todo o exposto, as instituições da sociedade civil requerem que seja determinada, além das proposições formuladas pela SeinfraPortoFerrovia na Proposta de Encaminhamento (Instrução 5):

i. a **ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, para a suspensão do processo de desestatização (TC 025.756/2020-6) da Ferrogrão até a realização da CCPLI relativa à fase de planejamento do empreendimento, incluindo os atos relacionados ao licenciamento ambiental já iniciados, visando garantir o resultado útil e eficaz da decisão de mérito, evitar lesão ao patrimônio público e consolidar a eficiência (máximo resultado com o gasto mínimo de recursos) das decisões desta Corte de Contas;

ii. que a ANTT preste informações adicionais sobre o compromisso firmado na “ATA DE ENCAMINHAMENTO” (Anexo I) e não cumprido, de realizar a CCLPI antes de submeter o plano de outorga da Ferrogrão ao TCU.

Nesses termos, pedem deferimento.

Brasília, 7 de dezembro de 2020.



MELILLO DINIS DO NASCIMENTO
OAB/DF 13.096

GLADYS NASCIMENTO
OAB/DF 13.022

EWÉSH YAWALAPITI WAURÁ
OAB/MT 85.216

JOHNATAN RAZEN F. GUIMARÃES
OAB/DF 40.447

CAROLINA PIWOWARCZYK REIS
OAB/SP 347.279