



**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO**

MARCIANA MAGNI

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA
BIODIVERSIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO
INTERNACIONAL DO TRABALHO**

**CAXIAS DO SUL
2021**

MARCIANA MAGNI

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA
BIODIVERSIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO
INTERNACIONAL DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul - Mestrado Acadêmico em Direito, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges

**CAXIAS DO SUL
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

M197c Magni, Marciana

O controle de convencionalidade do marco legal da biodiversidade à luz da convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho [recurso eletrônico] / Marciana Magni. – 2021.

Dados eletrônicos.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientação: Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira.

Coorientação: Gustavo Silveira Borges.

Modo de acesso: World Wide Web

Disponível em: <https://repositorio.ucs.br>

1. Direito e biologia. 2. Biodiversidade. 3. Índios - Estatuto legal, leis, etc.. I. Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da, orient. II. Borges, Gustavo Silveira, coorient. III. Título.

CDU 2. ed.: 349.6(=1-82)

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)
Márcia Servi Gonçalves - CRB 10/1500

**“O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA
BIODIVERSIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO
INTERNACIONAL DO TRABALHO”**

Marciana Magni

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Caxias do Sul, 19 de fevereiro de 2021.

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges (coorientador)
Universidade do Extremo Sul Catarinense

Prof. Dr. Leonardo de Camargo Subtil
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella
Centro Universitário de Brasília

Aos meus pais, Valter e Analice, pelo amor,
dedicação e incentivo constantes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelos valores que me agregaram, por serem meu amparo e referência, e pelo amor e respeito com que sempre manejaram a terra e os recursos naturais dela advindos. Amo e me orgulho de vocês.

Ao professor Clóvis, pela orientação e gentileza e engajamento. Ao conhecê-lo, admirei-o enquanto professor, pelo vasto conhecimento que claramente transpareceu; hoje, admiro-o também enquanto ser humano.

Ao professor Gustavo, pela coorientação e gentileza e presteza com que sempre me atendeu.

Aos amigos e amigas, aqui incluídos familiares que assim considero, cujo incentivo, carinho e compreensão tornaram leves os dias mais cansados.

Aos docentes do programa, que contribuíram para concretização desse projeto. Uma lembrança especial ao professor Jeferson que, onde estiver, continua sendo fonte de inspiração.

Aos colegas, pelo companheirismo e pelas amizades construídas.

À Francielly, pelo carinho e presteza com que sempre me atendeu.

Aos meus queridos avós, onde quer que estejam agora.

Por fim, agradeço às minhas companheiras não-humanas, Mia e Mel, por transformarem em diversão as noites solitárias.

*Quando despersonalizamos o rio, a montanha,
quando tiramos deles os seus sentidos,
considerando que isso é atributo exclusivo dos
humanos, nós liberamos esses lugares para
que se tornem resíduos da atividade industrial
e extrativista. Do nosso divórcio das
integrações e interações com a nossa mãe, a
Terra, resulta que ela está nos deixando
órfãos, não só aos que em diferente graduação
são chamados de índios, indígenas ou povos
indígenas, mas a todos.*

Ailton Krenak

RESUMO

A Lei nº 13.123, de 2015, desde sua promulgação, tem sido alvo de críticas dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais. Eles argumentam que a norma não teria observado o direito de serem consultados e de prestarem seu consentimento prévio, livre e informado, diante do que restaria violada a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, que os tutela. A partir dessas considerações, e partindo-se da hipótese e que a norma doméstica estaria em dissonância com do disposto na legislação internacional citada, o problema de pesquisa da presente dissertação consistiu em determinar se o modo como a Lei nº 13.123, de 2015, enfrenta as questões relativas à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, ao acesso a recursos exclusivamente da biodiversidade e aos saberes a ela associados detidos pelos povos tradicionais, sustenta-se frente ao disposto na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, e também apurar as consequências jurídicas de eventual incompatibilidade. O objetivo do trabalho foi investigar em que medida a Lei nº 13.123, de 2015, atende – ou não – às disposições da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, tanto no seu processo de formação e quanto ao aspecto material, no que diz respeito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado e ao acesso aos recursos exclusivamente da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados. Buscou-se, ainda, verificar em que medida a lei é compatível e cumpre com o disposto no Tratado Internacional, sob os aspectos citados; investigar acerca da vigência da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, no âmbito do Direito interno, apurando sua hierarquia, tendo em vista a forma como decorreu seu processo de internalização; e, por fim, caso apurada antinomia normativa entre o marco legal da biodiversidade e o Tratado Internacional, analisar quais são as possibilidades existentes, no que se relaciona ao controle de convencionalidade daquele, a partir deste. O trabalho foi desenvolvido mediante a utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo. O método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica. Conclui-se que a Lei nº 13.123, de 2015, viola o disposto na Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho em relação ao direito de consulta e de consentimento livre, prévio e informado, estando sujeita a discussões tanto no âmbito internacional, quanto no interno. Nesse aspecto, sob a ótica judicial, a norma pode ser questionada quanto a sua inconvenção legal, a qual, caso reconhecida e declarada, terá o efeito de paralisar os efeitos da lei, total ou parcialmente, tornando-a inaplicável.

Palavras-chave: Patrimônio genético. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Direito e biodiversidade. Sociobiodiversidade. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

The Law No. 13,123 of 2015, since its promulgation, has been the target of criticism by indigenous peoples and communities and traditional farmers. They argue that the rule would not have respected their right to be consulted and to give their prior, free and informed consent, in face of which would violate Convention 169 of the International Labor Organization, which protects them. Based on these considerations, and starting from the hypothesis and that the domestic norm would be in dissonance with the provisions of the aforementioned international legislation, the research problem of this dissertation consisted of determining whether the way Law No. 13,123 of 2015 - addresses issues related to consultation and to prior, free and informed consent, to the access to resources exclusively from biodiversity and the knowledge associated to it held by traditional peoples, is sustained in view of the provisions of Convention No. 169, of the International Labor Organization, and also to investigate the legal consequences of any incompatibility. The objective of the work was to investigate the extent to which Law No. 13,123, of 2015, serves- or not - the provisions of Convention No. 169, of the International Labor Organization, both in its training process and in its material aspect, with regard to consultation and prior, free and informed consent and to the access to resources exclusively from biodiversity and the traditional knowledge associated with it. It was also sought to verify to what extent the Law is compatible and complies with the provisions of the International Treaty, under the aspects mentioned; investigate the validity of Convention 169, of the International Labor Organization, within the scope of domestic law, ascertaining its hierarchy, in view of the way in which its internalization process took place; and, finally, in case it is found a normative antinomy between the legal framework of biodiversity and the International Treaty, analyze what are the existing possibilities, with regard to the control of conventionality of the legal framework of biodiversity by the International Treaty. The work was developed using the hypothetical-deductive approach method. The procedure method was the monographic and the research technique was bibliographic. It is concluded that Law No. 13,123, 2015, violates the provisions of Convention 169, of the International Labor Organization in relation to the right to consultation and free, prior and informed consent, being subject to discussions both internationally and internally. In this aspect, under the judicial perspective, the rule can be questioned as to its legal unconventionality, which, if recognized and declared, will have the effect of paralyzing the effects of the Law, in whole or in part, making it inapplicable.

Keywords: Genetic heritage. Traditional knowledge associated with biodiversity. Law and biodiversity. Sociobiodiversity. Conventionality control.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CDB	Convenção da Diversidade Biológica
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
MP	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PL	Projeto de Lei
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
SE	Sergipe
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PROCESSO DE FORMAÇÃO E CONTEÚDO MATERIAL DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL.....	18
2.1 RECONHECIMENTO LEGAL INTERNACIONAL E LOCAL DOS POVOS INDÍGENAS E DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS E DA SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE.....	19
2.2. O DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO, PROTOCOLOS DE CONSULTA E O ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS DA BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELES ASSOCIADOS	31
2.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL.....	38
2.4 O CONTEÚDO MATERIAL DA LEI Nº 13.123, DE 2015, RELATIVO AO ACESSO AOS RECURSOS DA BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELES ASSOCIADOS	45
3 VIGÊNCIA E HIERARQUIA NORMATIVA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL	52
3.1 A APLICABILIDADE DE NORMA CRIADA NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E AO MEIO AMBIENTE NATURAL.....	53
3.2 A CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO NORMA PROTETIVA DE DIREITOS HUMANOS	65
3.3 A HIERARQUIA NORMATIVA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.....	70
4 A (IN)CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE EM FACE DO DISPOSTO NA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	86
4.1 OBRIGATORIEDADE E NATUREZA JURÍDICA DA CONSULTA E DO CONSENTIMENTO PRÉVIO LIVRE E INFORMADO	87
4.2 A QUESTÃO DO ACESSO À BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELA ASSOCIADOS NA LEI Nº 13.123, DE 2015	101

4.3 POSSIBILIDADES LEGAIS DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	115
5 CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

Desde a colonização do Brasil, iniciada no ano de 1500, os povos indígenas e, mais recentemente, as comunidades e agricultores tradicionais, sabidamente guardiões da biodiversidade, são subjugados em seus direitos. Os primeiros foram submetidos a um longo período de escravidão. Superado esse, iniciou-se uma nova batalha contra uma série de políticas integracionistas, segundo as quais os povos culturalmente diferenciados eram uma categoria transitória, tendente a desaparecer na medida em que passassem a integrar a sociedade dominante.

Após séculos de lutas e resistência, essa perspectiva começou a mudar, principalmente a partir de meados do século passado. Legislações, tanto no âmbito do Direito Internacional, quanto interno, foram revistas, estabelecendo-se um novo paradigma. Passou-se a reconhecer, ao menos formalmente, o valor intrínseco dos povos culturalmente diferenciados. Com isso, também lhes foi assegurado o direito de se desenvolverem de acordo com suas culturas e crenças, e de permanecerem nos territórios que ocupam, preservando-se os recursos naturais lá existentes, intrinsecamente associados aos seus saberes tradicionais.

A norma jurídica internacional mais antiga, e uma das mais importantes, no que tange à proteção e preservação dos povos indígenas e tribais é a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A fim de atingir os objetivos de salvaguarda propostos, o Tratado Internacional estabelece instrumentos que asseguram o exercício da autodeterminação desses povos. Dentre eles, destaca-se, como o mais relevante, o direito à consulta, e também, em determinadas situações, ao consentimento livre, prévio e informado. É esse direito dos povos que atribui ao Estado o dever de consultá-los, e, conforme o caso, obter seu consentimento, previamente toda vez que houver a edição de qualquer ato legislativo ou administrativo que os possa atingir, propiciando que exponham suas ideias e considerações acerca do tema.

Embora formalmente assegurados, a concretização dos direitos das comunidades culturalmente diferenciadas, a nível material, ainda se mostra distante e precária. Constantemente são editados atos administrativos e legislativos que impactam suas vidas. Estes, embora enunciem o contrário, são, em regra, constituídos sob forte influência do colonialismo e do que, na acepção de Aníbal Quijano, conhece-se por colonialidade do poder. Dentro dessas concepções, simplesmente se ignora a vontade dos povos, negando-lhes o direito de serem consultados e/ou de fornecerem ou recusarem seu consentimento, mesmo em situações em que tais medidas são imprescindíveis, por se constituírem em requisito de validade do ato praticado.

Exemplo disso é a Lei nº 13.123, de 2015, conhecida, à época de sua promulgação, como o (novo) marco legal da biodiversidade. Essa norma, desde a sua inserção no âmbito jurídico do país, é alvo de inúmeras controvérsias, tanto no que se relaciona ao seu aspecto formal, quanto com relação ao conteúdo que a compõe. O principal questionamento dos povos e comunidades relativo à formação da lei diz respeito ao fato de não terem sido consultados. Isso se imiscui, inclusive, com o conteúdo da norma, eis ante a ausência de participação dos interessados, ela foi promulgada contendo uma série de isenções que, entendem eles, violam seus Direitos Humanos e Fundamentais.

Uma dessas isenções diz respeito ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e aos recursos genéticos da diversidade biológica. Conforme a lei, os conhecimentos tradicionais foram divididos em duas categorias, quais sejam: de origem identificável e não identificável. Com relação aos últimos, a norma citada, adotando um procedimento deveras simplificado, permite que sejam acessados sem a realização de consulta e/ou obtenção do consentimento prévio informado. O mesmo se dá com relação ao acesso exclusivamente a recursos genéticos da biodiversidade.

A partir dessas constatações, a pesquisa aborda o tema inerente ao controle legal de convencionalidade da Lei nº 13.123, de 2015, a partir do disposto na Convenção nº 169, da OIT. Dentro do tema escolhido, e a partir da hipótese de que a norma local estaria violando a legislação internacional citada, propõe-se a analisar em que medida o marco legal da biodiversidade é compatível disposto na Tratado Internacional, no que diz respeito ao direito de consulta e de consentimento prévio, livre e informado no que tange ao acesso a recursos exclusivamente da biodiversidade e aos saberes tradicionais a ela associados, e as consequências de eventual antinomia de normas.

O problema geral de pesquisa consiste em determinar se o modo como a Lei nº 13.123, de 2015, enfrenta as questões relativas à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, ao acesso à recursos exclusivamente da biodiversidade e aos saberes a ela associados, detidos pelos povos tradicionais, conflita com o disposto na Convenção nº 169, da OIT. Visa também apurar as consequências jurídicas de uma eventual incompatibilidade.

Indaga-se, primeiramente, em que medida a Lei nº 13.123, de 2015, é compatível e cumpre com o disposto na Convenção nº 169, da OIT, tanto com relação ao direito de consulta e de consentimento, quanto no que se relaciona à questão do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e recursos genéticos dela oriundos. Posteriormente, questiona-se acerca da vigência da Convenção nº 169, da OIT, no direito interno, e sua hierarquia normativa, levando em conta a forma como decorreu seu processo de internalização.

Por fim, caso apurada a antinomia normativa entre o marco legal da biodiversidade e o Tratado Internacional, averigua-se, mediante análise de caso hipotético, possibilidades de controle internacional e jurisdicional interno do marco legal da biodiversidade, à luz da Convenção 169, da OIT.

O objetivo dessa dissertação é, pois, investigar em que medida a Lei nº 13.123, de 2015, atende – ou não – às disposições da Convenção nº 169, da OIT, tanto no seu processo de formação, quanto no aspecto material, no que diz respeito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado. Com relação ao conteúdo da norma, o foco de abordagem é a matéria atinente ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade aos recursos exclusivamente da diversidade biológica.

Busca-se verificar em que medida a lei é compatível e cumpre com o disposto no Tratado, sob os aspectos citados; investigar acerca da vigência da Convenção nº 169, da OIT, no âmbito do Direito interno, apurando qual é a sua hierarquia normativa, tendo em vista a forma como decorreu seu processo de internalização. E, por fim, apurada eventual antinomia normativa entre o marco legal da biodiversidade e o Tratado Internacional, analisar quais são as possibilidades, no que se relaciona ao controle jurisdicional daquele, a partir deste.

O trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, abordam-se aspectos gerais da história indígena e da matéria inerente ao direito de consulta e de consentimento prévio, livre e informado. Também se analisa a Lei nº 13.123, de 2015, no que toca ao seu processo de formação, e quanto ao conteúdo que a compõe. Com relação a este, faz-se um apanhado geral acerca dos principais pontos de descontentamento por parte das comunidades culturalmente diferenciadas. Por fim, verifica-se em que medida a lei converge com normas internacionais que versam sobre do tema, confrontando-a, mais especificamente, com a Convenção nº 169, da OIT.

No segundo capítulo, analisa-se a pertinência da aplicabilidade da Convenção nº 169, formulada no âmbito da OIT, atuar na proteção aos povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais, e o viés ambiental do Tratado. Faz-se, também, uma abordagem acerca da sua natureza jurídica de Tratado Internacional de Direitos Humanos. Estabelecidas essas premissas, busca-se, a partir das principais teorias acerca do tema, estabelecer qual a hierarquia normativa da Convenção no âmbito do direito doméstico brasileiro.

No terceiro capítulo, retoma-se a matéria inerente à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, a fim de analisar, de forma mais aprofundada, a obrigatoriedade e a natureza jurídica de cada qual dos institutos, inclusive com relação ao seu poder vinculante. Aborda-se, também, de forma específica, a matéria relativa ao acesso exclusivamente aos

recursos genéticos da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a eles associados, conforme as disposições da Lei nº 13.123, de 2015, a partir da Convenção nº 169, da OIT. Por fim, caso se constate antinomia entre a norma interna e o Tratado Internacional, busca-se apresentar, sem pretensão de esgotamento da matéria, alternativas a serem manejadas pelos interessados, que viabilizem o controle internacional e jurisdicional do marco legal da biodiversidade sob a ótica da Convenção nº 169, da OIT.

A pesquisa se justifica pela relevância na medida em que, muito embora sob o aspecto formal, os povos culturalmente diferenciados tenham seus direitos reconhecidos, a concretização material deles ainda está longe de se tornar realidade. Os povos indígenas, as comunidades e os agricultores tradicionais são, sabidamente, os maiores responsáveis pela conservação e preservação da biodiversidade, a qual é abundante nos territórios onde vivem. No entanto, ainda são tratados como se estivessem sob o manto da invisibilidade. A exploração dos seus saberes tradicionais é notória. Não raro, são expropriados de suas terras. A massiva maioria das políticas públicas nega-lhes o direito de se manifestarem, a exemplo do que ocorreu no processo de formação do marco legal da biodiversidade.

Logo, a busca de alternativas, no meio jurídico, para corrigir essas distorções, mostra-se relevante ao tema. A matéria relativa ao controle de convencionalidade das leis, além de pouco conhecida, é subutilizada pelos operadores do direito. Trata-se, contudo, de uma alternativa plausível, com potencial para resolver problemas criados por políticas públicas mal planejadas e leis que ignoram o previsto em normas internacionais de Direitos Humanos às quais o Brasil tenha aderido e que, pela forma de internalização, não formem bloco de constitucionalidade. A pesquisa proposta se justifica, assim, pela sua contemporaneidade, além de apresentar alternativas concretas para a correção das distorções da Lei nº 13.123, de 2015, em face de Tratados Internacionais de Direitos Humanos sem status constitucional, especialmente a Convenção nº 169, da OIT.

Embora a matéria já tenha sido tratada por alguns autores, as abordagens são feitas de forma mais ampla, genérica. Diversamente, o escopo desta pesquisa é a sistematização e aprofundamento do tema. Trabalha-se, como visto, especificamente, a compatibilidade da Lei nº 13.123, de 2015, nos aspectos já citados, com o disposto na Convenção nº 169, da OIT. Além disso, uma vez constatada a antinomia, apresentam-se soluções possíveis, traçando-se as peculiaridades que as cercam, o que é pouco explorado na literatura pertinente.

O método de abordagem utilizado no desenvolvimento do trabalho foi o hipotético dedutivo, e o de abordagem foi o monográfico, estudando-se com profundidade a matéria

inerente ao tema de pesquisa, a fim de alcançar os objetivos propostos. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica. Os dados foram obtidos mediante análise de documentação indireta, utilizando-se como fonte dados coletados por outras pessoas, em forma de artigos científicos, dissertações, teses e livros. Sobre eles, efetuou-se um apanhado geral acerca dos principais trabalhos realizados, buscando-se dados atuais e relevantes relacionados ao tema.

Foram utilizadas como principais fontes de pesquisa, a Constituição Federal do Brasil; a Convenção nº 169, da OIT; a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB); a Lei 13.123, de 2015; Livros; Artigos Científicos, Teses; Dissertações, Anais de encontros científicos disponíveis em bibliotecas e em sites da internet. Os principais assuntos pesquisados foram consulta e consentimento prévio, livre e informado; Lei nº 13.123, de 2015, Convenção nº 169, da OIT; hierarquia dos tratados internacionais; conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade; controle judicial de convencionalidade das leis.

A pesquisa está vinculada à linha de pesquisa “Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico”¹, área de concentração “Direito Ambiental e Sociedade” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Os seus resultados podem ser manejados no sentido de introduzir uma reflexão no meio político, social e jurídico. Ao trazer um novo olhar sobre os povos, comunidades e agricultores tradicionais, respeitando o direito que têm, de serem diferentes, e agregando-lhes o devido valor, poderá auxiliá-los a consolidar direitos que já conquistaram formalmente, inclusive no que tange aos saberes tradicionais que detêm.

O implemento de políticas e decisões nesse sentido impacta diretamente na conservação de recursos biodiversos, eis que os próprios modos de vida e de trabalho dos povos culturalmente diferenciados implicam o manejo desses recursos de forma sustentável. Ademais, a relação entre os recursos genéticos da biodiversidade e os saberes tradicionais é indissociável. Um é decorrência do outro. Logo, a proteção dos conhecimentos comunitários tradicionais também implica proteção direta da biodiversidade acerca dos quais se pautam. E vai além, coibindo também a biopirataria, a qual, além do prejuízo sócio ambiental, também impacta

¹“A linha de pesquisa "Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico" compreende o estudo da ação do Estado, diretamente ou com a participação da sociedade civil, na formulação, operacionalização, monitoramento e avaliação de resultados de políticas públicas voltadas à proteção ambiental em sentido amplo, à salvaguarda dos recursos naturais e ao desenvolvimento socioeconômico. Trata-se, portanto, do estudo dos direitos ambientais e socioambientais sob o enfoque do direito objetivo, matéria incorporada à ordem jurídica nacional e que deve ser concretizada pela ação do poder público. UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL. **Premissas**. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/pos-graduacao/formacao-stricto-sensu/direito/linhas-de-pesquisa/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

negativamente o país ante a extensão dos prejuízos econômicos que acarreta, repercutindo negativamente, inclusive no que tange ao desenvolvimento econômico nacional.

2 PROCESSO DE FORMAÇÃO E CONTEÚDO MATERIAL DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL

O capítulo tem por objetivo analisar o marco legal da biodiversidade (Lei 13.123, de 2015), observando em que medida ele se alinha, seja no seu processo de formação, quanto no conteúdo que o compõe, com as normas constitucionais e internacionais que regem a matéria, em especial a Convenção nº 169, da OIT.

Para tanto, no primeiro momento, são abordados alguns aspectos da história indígena, que por séculos foi marcada por lutas, escravização, tentativas de evangelização e assimilação cultural. As culturas e modos de vida dos povos locais eram rechaçados, negando-se a eles qualquer alteridade. Essa concepção, no Brasil, só veio a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inovou substancialmente ao reconhecer aos índios, e também aos quilombolas, uma série de direitos. Dentre eles, os inerentes às suas culturas, organização social, crenças, tradições, bem como o direito à posse sobre os territórios que ocupam. As disposições constitucionais estão em conformidade com o estabelecido em instrumentos jurídicos internacionais que tratam da matéria, a exemplo da Convenção 169, da OIT, e da Convenção da Diversidade Biológica (CDB). Estes, por sua vez, estendem a proteção também para as comunidades tradicionais, e reconhecem expressamente a estreita relação entre esses povos e comunidades e a preservação da biodiversidade.

A seguir, trata-se do tema relativo ao direito à consulta prévia e seus protocolos, ao consentimento prévio, livre e informado, e ao acesso aos conhecimentos tradicionais e recursos genéticos associados à biodiversidade. O direito à consulta prévia, que se encontra expressamente previsto na Convenção nº 169, da OIT, é um dos instrumentos mais importantes na salvaguarda dos direitos reconhecidos aos povos indígenas e comunidades e agricultores tradicionais. Trata-se de uma medida que deve ocorrer antes da prática de qualquer ato administrativo ou legislativo, inclusive a formação de leis, que os possa atingir, afetando seu modo de vida, cultura e identidade, bem como seus territórios.

Por fim, é feita uma análise da Lei nº 13.123, de 2015, observando em que medida ela está de acordo, tanto sob o aspecto de sua formação, quanto com relação ao conteúdo que a compõe, com as normas constitucionais e internacionais que tratam da matéria, principalmente no que tange à observância do direito de consulta e com relação ao consentimento prévio, livre e informado.

Em termos metodológicos, a pesquisa é realizada mediante a utilização do método monográfico, visando um estudo e análise profundos acerca da matéria. A técnica é a bibliográfica, buscando-se obter dados mediante a análise de livros, artigos, dissertações, teses, anais de congressos, legislação e materiais disponibilizados em sites governamentais e de órgãos do terceiro setor que guardem afinidade com o tema estudado. A pesquisa será feita com base em palavras-chave, quais sejam: povos indígenas; comunidades tradicionais; consulta prévia; consentimento prévio, livre e informado; protocolo de consulta; conhecimentos tradicionais associados; acesso a recursos genéticos da biodiversidade; Lei nº 13.123, de 2015, efetuando-se um apanhado geral acerca dos principais trabalhos realizados, aptos a fornecer dados atuais e relevantes sobre o tema estudado.

2.1 RECONHECIMENTO LEGAL INTERNACIONAL E LOCAL DOS POVOS INDÍGENAS E DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS E DA SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Quando os europeus chegaram na América e, mais especificamente, no Brasil, depararam-se com diversos povos nativos cuja organização social, política e econômica, hábitos, crenças e culturas eram diversas, tanto entre si, quanto daquelas conhecidas pelos colonizadores. Embora as peculiaridades de cada qual dos povos que aqui habitavam, eles mantinham relações uns com os outros, de forma local e regional, tendo influenciado, inclusive, na configuração da Amazônia no aspecto em que se apresenta nos dias atuais².

A colonização foi marcada por lutas e sangue. Os povos nativos, embora tenham resistido bravamente, acabaram sucumbindo frente aos colonizadores, cujo armamento, dentre outros fatores, sobrepunha-se àquele aqui utilizado. Desde então, negando-se a alteridade desses povos locais, que não desapareceram ao longo do tempo, o movimento colonialista sempre foi no sentido de dominá-los. Num primeiro momento, foram escravizados. Posteriormente, a atuação foi no sentido de integrá-los à sociedade preponderante, a fim de lhes impor o modo de vida eurocêntrico, o que, sob certos aspectos, perdura até hoje. “Suas ações não eram, absolutamente, consideradas relevantes para a compreensão dos rumos da história”³.

² ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 9-10.

³ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. A atuação dos indígenas na História do Brasil: revisões historiográficas. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 37, n. 75, p. 17-38, maio. 2017. DOI 10.1590/1806-93472017v37n75-02. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882017000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

A relação entre os indígenas e os colonizadores sempre foi pautada pelo jogo político. A depender da situação, ora aliavam-se, ora tratavam uns aos outros como inimigos, o que também se pode dizer que ainda remanesce na relação entre os povos originários e os estados nacionais⁴, desempenhando “importantes e variados papéis na nova colônia que, então, se construía”⁵.

Firmada a conquista do território brasileiro pelos portugueses, surgiu a necessidade de se estabelecer algum regramento passível de regular as relações, em regra beligerantes, entre colonizadores e colonizados. A primeira legislação indigenista em solo nacional foi criada no período do mandato do primeiro governador geral do Brasil, Tomé de Souza, que governou de 1549 a 1553. As diretrizes legais da época foram traçadas no sentido explorar as rivalidades e diferenças entre os povos locais, e também para que os opositores fossem dizimados pelo exército português. Além disso, tratavam acerca da evangelização dos povos locais, elencando ser esse o objetivo principal para o povoamento do Brasil, prevendo punições severas, inclusive a morte, àqueles que não aceitassem a doutrinação⁶. Para Antunes:

A guerra travada contra os indígenas possuía dois *fronts* bastante claros e definidos: o ataque físico às populações indígenas e o ataque cultural. Pelo ataque físico tentava-se a destruição militar dos indígenas; pelo ataque cultural o objetivo era a “integração” dos indígenas à ideologia e à sociedade colonial. Estas são as principais características que marcaram o início do processo de colonização e regeram, por cinco séculos, as relações entre brancos e índios, entre “civilizados” e “selvagens”⁷.

A legislação indigenista no período colonial, abundante e aparentemente ambígua, demonstra claramente as expectativas da Coroa quanto ao papel atribuído aos índios, que primeiramente foram vistos como força de trabalho e súditos cristãos. Posteriormente, adotou-se uma política assimilacionista, visando a transformação das aldeias em vilas, lugares portugueses, e os índios em vassallos do rei, sem qualquer distinção com relação às demais pessoas⁸.

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 13.

⁵ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <http://bndigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/alteridades/povos-indigenas-no-brasil/>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 14.

⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 14.

⁸ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <http://bndigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/alteridades/povos-indigenas-no-brasil/>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

Escravidados num primeiro momento, com alguns lapsos de interrupção do cativo imposto, os indígenas somente tiveram restabelecida sua liberdade, de forma definitiva, em 27 de outubro de 1831, mediante a edição de Carta Régia⁹. A matéria indigenista somente alçou status constitucional com a promulgação da Constituição brasileira de 1934, que, no seu artigo 5º, XIX, “m”, previu a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”¹⁰. No artigo 129, determinou que seria respeitada a posse das terras de silvícolas que nelas estivessem. Vedou-se, no entanto, sua alienação¹¹.

A Constituição de 1934 apresentava de forma expressa a ideia integracionista. O escopo era fazer com que os indígenas, integrando-se à sociedade dominante, passassem a viver sob uma perspectiva eurocêntrica, deixando de lado seus usos, costumes, tradições, culturas. Essa ideia, que visava a perda da própria condição de indígena, juntamente com sua identidade cultural, buscando transformá-lo em “homem branco”, permaneceu sendo reproduzida nas Constituições que se seguiram, de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969. Cunha destaca que:

[...] o intuito da política indigenista republicana e, explicitamente, a partir de 1946, era a destruição das tradições indígenas, tornando os índios “cidadãos comuns”, sem atentar aparentemente para o fato de esses novos cidadãos serem, como lembrou Darcy Ribeiro, cidadãos de terceira classe. Em poucas palavras, o programa era o etnocídio, a destruição das sociedades indígenas¹².

A partir, principalmente, da década de 1960, as questões atinentes à preservação do meio ambiente começaram a emergir no cenário mundial. Foi nessa época que passaram a ocorrer também as transformações mais profundas com relação aos povos indígenas, superando-se a ideia integracionista. Passou-se a reconhecer as peculiaridades dos povos locais e o direito de preservá-las, bem como com a importância que essas comunidades representam para a preservação ambiental.

Em âmbito nacional, “já na década de 70 do século XX os povos indígenas se manifestaram muito assertivamente contra um modelo predador de ocupação da Amazônia, da

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 15.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 30 nov. 2020. Não paginado.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 30 nov. 2020. Não paginado.

¹² CUNHA, Manuela carneiro da. Índios na constituição. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429-443, Dez. 2018. DOI 10.25091/s01013300201800030002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 440.

mesma forma que o fizeram as comunidades tradicionais”¹³. As questões mais suscitadas nessas manifestações tratavam justamente do assunto referente à posse e manejo dos recursos naturais localizados nos territórios habitados pelos índios e pelas comunidades tradicionais, e também do reconhecimento desses povos como grupo étnico e do respeito pelas suas culturas¹⁴.

Alinhada a essa nova concepção pautada no coletivo e na solidariedade, em 1988 houve a promulgação da Constituição Federal hoje vigente. A atual Constituição Brasileira foi alicerçada sobre visões diversas daquelas que a antecederam. Reconheceu o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, e inovou no tratamento dos povos indígenas e quilombolas, o que, agregado a outras normas internacionais, estendeu-se, posteriormente, a outras comunidades e agricultores tradicionais. Na nova ordem constitucional, foi superada a ideia assimilacionista e reconhecidas as peculiaridades dos índios e suas culturas, como a organização social, crenças, tradições, línguas, costumes, e, ainda, os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas¹⁵.

Silveira destaca que, antes da promulgação da Constituição vigente, a proteção aos índios era tratada por meio do instituto da tutela, o que se mostrava impróprio ou, no mínimo, insuficiente, pois sujeitava interesses coletivos a mecanismos privados¹⁶. O enfoque não era a preservação e o enaltecimento das diferenças culturais, mas sim a extinção pacífica e gradual desses povos, mediante sua incorporação à sociedade predominante¹⁷.

Logo, tanto a superação do conceito integracionista anterior, que entendia os índios como uma categoria transitória que viria a desaparecer com o tempo, como o reconhecimento de direitos originários sobre as terras por eles ocupadas, ou seja, anteriores à própria criação do Estado, decorrentes de um fato histórico e não do reconhecimento de vulnerabilidades, são inovações conceituais importantes, que inauguram um novo marco para a relação entre povos indígenas, Estado e sociedade. No que toca às terras tradicionalmente ocupadas, o conceito não significa ocupação permanente, mas remete aos territórios que sejam essenciais para a manutenção dos modos de vida dos indigenistas, ou seja:

¹³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 32.

¹⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 32.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁶ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 282.

¹⁷ SANTILI, Márcio. **Os brasileiros e os índios**. São Paulo: Senac, 2000. p. 28-29.

[...] uma ocupação compatível com o modo de vida próprio das comunidades indígenas. Do ponto de vista econômico, poder-se-ia dizer uma ocupação fora dos mecanismos da economia de mercado, nos exatos termos constitucionais: “as por eles [índios] habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”¹⁸.

Para Caubet, o fato de a União não ter se desincumbido do ônus que lhe competia, de efetuar a demarcação das terras indígenas, não autoriza a terceiros qualquer direito de apropriação de tais territórios, seja a que título for, visto que, de acordo normas constitucionais e legais vigentes, os direitos dos índios são definidos e não podem ser alterados discricionariamente¹⁹. Já o reconhecimento à diferença, respeitando-se o valor intrínseco e a cultura dos índios, que é parte da própria identidade dos povos, mostra-se de suma importância, visto que a “identidade indígena, a pertença cultural do índio é sua condição de existência no mundo, sua forma de existir enquanto homem diferente”²⁰.

A Constituição Federal, ao reconhecer e ampliar a capacidade e os direitos dos índios, rompendo paradigmas anteriores, está alinhada a instrumentos jurídicos internacionais que dispõe sobre a matéria, como a Convenção nº 169, da OIT, a CDB, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, o Protocolo de Nagoya, dentre outros. Tais instrumentos, inclusive, ampliaram a esfera de proteção, que passou a abrigar também os povos tribais, cujo conceito abarca as comunidades e os agricultores tradicionais, seus modos de vida, organização social, conhecimentos tradicionais, e a própria biodiversidade de que dependem para se manter. Nesse sentido, a Convenção nº 169, da OIT, dispõe, no seu artigo 1º, 1, “a” e “b”:

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 20.

¹⁹ CAUBET, Christian Guy. Apresentação: As raízes de um contexto caótico. In: CAUBET, Christian Guy (org.); BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. **Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescentismo contra as populações indígenas**. Cadernos IHU / Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Instituto Humanitas Unisinos. nº 47 (2014) – São Leopoldo: IHU/Unisinos, 2014 – 96 pp. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6627/Tese%20Jamil%20Brunic%20Biehl.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 5-8.

²⁰ LUCAS, Douglas Cesar. Cidadania, biodiversidade identidade cultural na reserva indígena do Guarita. Prefácio. In: CORRÊA, Darcísio *et. al.* **Cidadania, biodiversidade identidade cultural na reserva indígena do Guarita**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 12.

regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas²¹.

Sacramentando o reconhecimento do valor intrínseco dos povos indígenas e tribais, a Convenção referenciada determina, na Cláusula 6ª, o dever estatal de consulta aos povos interessados sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas passíveis de afetá-los. Essa consulta deve ser realizada mediante procedimentos apropriados, prevalecendo o princípio da boa-fé. É assegurado, ainda, o direito dos povos interessados de escolherem suas prioridades no que concerne ao processo de desenvolvimento, na medida que afete suas vidas, modo de vida e terras por eles ocupadas, e, também, o dever dos governos de cooperarem com eles na proteção e preservação do meio ambiente dos territórios por eles habitados, consoante norma do artigo 7º, do Tratado Internacional²².

Na mesma linha, a CDB reconheceu expressamente “a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”²³. O Tratado Internacional estabelece, no artigo 8, dentre outros, o dever de respeito, preservação e manutenção do conhecimento das comunidades locais e dos povos indígenas, cujo estilo de vida tradicional seja relevante à conservação e utilização sustentável da biodiversidade, bem como de elaborar ou manter a legislação necessária e a fim de proteger tanto as espécies quanto as populações ameaçadas²⁴.

²¹ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²² BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Diretoria de Conservação da Biodiversidade. **Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 8.

²⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Diretoria de Conservação da Biodiversidade. **Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 11-12.

Como visto alhures, excetuados os povos indígenas, “as demais comunidades tradicionais estão incluídas no abrangente conceito de povos tribais”²⁵. Souza Filho destaca que “tanto os indígenas como os tribais têm os mesmos direitos e a ambos se aplica o conjunto da Convenção. A diferença entre um e outro é somente o período da etnogênese, se anterior ou posterior a conquista”²⁶. Para ele:

O termo povos tribais utilizado na Convenção 169, diferenciando de povos indígenas deve ser entendido no mesmo sentido que populações, grupos ou comunidades tradicionais não indígenas usadas pelas leis brasileiras. Por isso não cabe nenhuma dúvida que a Convenção 169 da OIT, publicada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 se aplica a todos os povos considerados populações e comunidades tradicionais pelas diversas leis brasileiras, sejam indígenas, quilombolas e demais comunidades “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições”²⁷.

Garzón, Yamada e Oliveira explicam que enquanto a categoria indígena se refere àqueles povos que já habitavam o país quando da colonização, e cuja abrangência, por ser de uso consolidado, não suscita maiores controvérsias, isso não ocorre com os chamados povos tribais. Estes não remetem a uma única experiência histórica e social. Assim, são tribais os povos que preenchem duas condições da Convenção nº 169, da OIT, ou seja, aqueles que vivem em condições sociais, culturais e econômicas próprias, distintas de outros setores da coletividade nacional, regendo-se costumes, tradições ou legislação especial própria, e que têm consciência de sua identidade tribal²⁸.

A própria OIT, no documento chamado *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1898 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, esclarece que “os povos indígenas e tribais são, por muitas vezes, designados por expressões nacionais tais como adivasis, montanhesees, tribos das colinas, caçadores-coletores, e numerosos

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 77.

²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 166.

²⁷ **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 166-167.

²⁸ GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA; Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **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 Foundation, 2016. Disponível em: http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 17.

países têm estabelecido registros específicos a estes povos”²⁹. Logo, a própria Organização Internacional reconhece a abrangência do conceito de povos tribais, destacando que ele deve ser adequado a cada país. Resulta evidente, pois, que a Convenção nº 169, da OIT, aplica-se às comunidades tradicionais.

Embora a definição não seja unânime, os povos indígenas e comunidades tradicionais se caracterizam por serem grupos culturalmente diferenciados, que assim se reconhecem, e que possuem formas próprias de organização social. Eles ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica. Para isso, utilizam-se de conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição,³⁰ predominantemente, embora não unicamente, de forma oral. Conceito idêntico é trazido pela Lei nº 13.123, de 2015, no seu artigo 2º, IV. Rodrigues Junior leciona que:

[...] as comunidades tradicionais são compostas por integrantes de povos indígenas, de povos tribais, de minorias étnicas, linguísticas ou religiosas e de outros grupos portadores de culturas, modos de viver diferenciados em relação àqueles vigentes na sociedade envolvente, ainda que não estejam dela totalmente apartados³¹.

Antunes ressalta que, para a caracterização das populações tradicionais, é imprescindível a presença de dois fundamentos, sobre os quais, inclusive, é a alicerçada sua definição jurídica. São eles: o autor se reconhecer pertencente a determinada cultura diferenciada; e ter objetivos como organização social própria, ocupação tradicional de territórios e manejo dos recursos naturais lá existentes como condição de reprodução do seu modo de vida, nas mais diversas esferas, inclusive econômica, mediante a utilização de conhecimentos tradicionais transmitidos de uma geração para outra³². Acrescente-se a isso que o manejo dos recursos naturais deve se dar de forma sustentável.

²⁹ Texto original: “*Los pueblos indígenas y tribales son a menudo designados por expresiones nacionales tales como adivasis, montañeses, tribus de las colinas, cazadores-re colectores, y numerosos países han establecido registros específicos de estos pueblos*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)**. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf Acesso em 30 nov. 2020. p. 2-3.

³⁰ BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

³¹ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 27-28.

³² ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 78.

No que diz respeito aos agricultores tradicionais, Santilli destaca que “estes – ainda que não expressamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico como tais – certamente se encaixam dentro do conceito de ‘populações tradicionais’, ou de ‘comunidades locais’, conforme a opção terminológica que se adote”³³. No mesmo sentido, Castilho, ao tratar do conceito de comunidade local relacionado ao de conhecimento tradicional defende que:

[...] não é justo excluir do conceito de ‘povos tradicionais’ os pequenos produtores rurais. Ainda existem, no Brasil, grupos camponeses que são profundamente tradicionais e que vêm se reproduzindo social e culturalmente segundo o modelo clássico do campesinato. Esses grupos não estão destituídos de saberes ecológicos tradicionais nas suas práticas agrícolas. Possuem uma ‘ciência’ na seleção de grãos, por exemplo, além de uma estreita relação com os ciclos naturais. Claro que de um modo diferente daquele dos povos da floresta, eminentemente extrativistas e mais íntimos com a natureza. Muitos quilombolas, talvez a maioria deles, vivem e se reproduzem segundo esse modelo tradicional de campesinato. Nem por isso deixam de ser portadores de conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos. Existe uma gama de benzedeiros, garrafeiros, homens de erva, enfim uma fitoterapia tradicional que sai desse *ethos* de pequenos produtores rurais³⁴.

O Brasil, além de ser o país com a maior biodiversidade do mundo, também é marcado pela diversidade cultural, possuindo “mais de 300 etnias, além de milhares de comunidades quilombolas e tradicionais”³⁵, tais como os extrativistas, os ribeirinhos, as quebradeiras de coco babaçu, os castanheiros, os pescadores artesanais, os pequenos agricultores, dentre muitos outros.

Essas populações detêm um papel de suma importância na conservação da biodiversidade existente nas áreas que ocupam, o que, inclusive, é expressamente reconhecido em diversas normas legais, como visto anteriormente. Em regra, o manejo dos recursos naturais é feito por elas de forma sustentável, pautado no conhecimento tradicional e comunitário, na observação e experimentação, e pela própria relação de valorização e respeito que mantêm com a natureza³⁶, da qual sabem depender para a própria sobrevivência. É, pois, a própria cultura o modo de vida dos povos atuando em favor da conservação da diversidade biológica.

³³ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2012. p. 134. *E-book*.

³⁴ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Parâmetros para o regime *sui generis* de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. *In: MEZZARROBA, Orides (org.)*. **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 461.

³⁵ PONTES JR, Felício. Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. Apresentação. *In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.)*. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em 30 nov. 2020. p. 12.

³⁶ MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v.8, nº 2, p. 97-113, jul./dez. 2019.

A relação de interdependência entre a diversidade cultural e biológica é defendida por Rodrigues Junior. Segundo ele, as culturas únicas das comunidades tradicionais fazem com que elas se preocupem com a gestão sustentável no uso dos recursos naturais. Para esses povos, além de a natureza não se configurar em obstáculo para o desenvolvimento, é quem sustenta as suas identidades culturais e a própria sobrevivência. E continua, asseverando que embora não seja possível compilar, generalizando os princípios que regem as normas costumeiras das comunidades tradicionais, há alguns comuns, que permitem identificar a preocupação com a sustentabilidade, a saber: quem exerce o poder deve fazê-lo visando servir àqueles sob sua responsabilidade; o trabalho deve ser executado em conjunto, visando objetivos comuns; os homens são simples administradores dos recursos naturais, pelo que devem geri-los com respeito e responsabilidade, inclusive para com as futuras gerações; o homem deve devolver à natureza, na mesma medida, o que dela extrair, a fim de que as necessidades futuras também possam ser supridas; os homens devem avaliar as consequências dos seus atos sobre a natureza e sobre o bem-estar alheio, não agindo de forma egoísta; todos devem usufruir dos bens e serviços que a natureza presta, de forma proporcional e na medida de suas necessidades, responsabilidade, capacidade, e contribuições³⁷.

As comunidades tradicionais, englobando-se nesse conceito inclusive aquelas indígenas, além de se diferenciarem pelo seu modo de vida, crenças, culturas, organização social, e na preservação dos recursos naturais, têm também como característica marcante o fato de, ao longo do tempo, terem desenvolvido conhecimentos sobre o ambiente que ocupam, os quais são denominados conhecimentos tradicionais. Os conhecimentos tradicionais são “o conjunto de saberes, transmitidos oralmente, de geração em geração”³⁸, garantidores da sobrevivência desses povos e comunidades, fazendo parte de suas identidades. Segundo Matheus:

Conhecimento tradicional é o conhecimento intergeracional dos povos amazônicos, transmitido oralmente e relacionados, diretamente, aos seus aspectos culturais, folclore, uso e manejo dos recursos naturais, importantes tanto para a conservação da diversidade biológica amazônica, quanto para o seu uso sustentável. [...] A função destas populações para a conservação das áreas contempladas por recursos naturais é

DOI 10.33362/.v8i2.2042. Disponível em:

<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/2042/1092>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 100.

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28-30.

³⁸ MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v.8, nº 2, p. 97-113, jul./dez. 2019. DOI 10.33362/.v8i2.2042. Disponível em:

<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/2042/1092>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 101.

de suma relevância, pela forma do manejo nativo sustentável que desenvolvem nas florestas tropicais, com base no conhecimento milenar tradicional e comunitário, pautado na observação e experimentação, e pela relação de valorização e respeito com a natureza. Todas estas práticas contribuem para a reafirmação dos povos, tanto no que concerne às suas identidades culturais quanto aos espaços territoriais³⁹.

A origem étnica e a cultura diferenciada são dois fatores de maior importância na construção do conceito de conhecimento tradicional, que assim será caracterizado, dependendo, dentre outros fatores, de quem os titulariza e conserva. Tais saberes têm como característica pertencerem a grupos culturalmente distintos, em regra marginalizados, vulneráveis e juridicamente hipossuficientes, que, assim como seus antepassados, extraem do meio ambiente onde vivem o necessário para seu sustento. Para que um conhecimento seja reconhecido como tradicional, no entanto, a antiguidade, embora seja comum, não é uma exigência. O vínculo cultural é muito mais importante que o lapso de tempo, mesmo porque, a todo momento, novos conhecimentos são – ou podem ser – desenvolvidos e utilizados pelas comunidades. Nessa hipótese, embora sejam conhecimentos adquiridos recentemente, permanecem tendo o caráter de tradicionais⁴⁰.

Embora os conhecimentos tradicionais não se restrinjam àqueles associados à biodiversidade, o vínculo de dependência entre ambos é estreito, e será o foco abordado no presente trabalho: “Sem conhecimento, um elemento da natureza é apenas um recurso desconhecido, despido de valor”⁴¹. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade abrangem uma gama extensa de saberes utilizados pelas populações tradicionais, compreendendo desde “técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna”⁴².

³⁹ MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v.8, nº 2, p. 97-113, jul./dez. 2019. DOI 10.33362/.v8i2.2042. Disponível em:

<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/2042/1092> Acesso em 30 nov. 2020, p. 99-100.

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 39-40.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro Elsevier, 2010. p. 41.

⁴² SANTILLI, Juliana. **Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT08/juliana_santilli.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

É desses conhecimentos detidos pelas comunidades tradicionais, oriundos do modo de vida diferenciado que praticam e da estreita relação que mantêm com a natureza, que surgem as melhores práticas de manejo dos recursos naturais de forma sustentável. Diferente da sociedade capitalista predominante, os povos locais não visam lucro ou acumulação de riqueza material, e têm a exata noção de que, dependendo da natureza para sobreviver, se a explorarem além da sua capacidade de regeneração, virão a perecer.

Da mesma forma que os recursos da biodiversidade, também os conhecimentos tradicionais a ela associados passaram, em dado momento, a despertar o interesse de pessoas e/ou grupos que não fazem parte dessas comunidades. Indústrias e pesquisadores, dentre outros, ao perceberem que poderiam abreviar tempo e investimentos, caso tivessem acesso aos conhecimentos tradicionais das comunidades sobre determinado princípio ativo encontrado na natureza, agregado ao fato que não havia qualquer proteção legal que inibisse a conduta, passaram a se apropriar deles. No entanto, em regra, não era fornecida qualquer contrapartida, seja ao país de origem dos recursos biodiversos, seja às comunidades tradicionais detentoras dos conhecimentos acerca de tais recursos. Na prática, é o que se chama de biopirataria, que, conforme Tybush e Araujo, “significa a apropriação de conhecimento e de recursos genéticos de comunidades de agricultores e comunidades indígenas por indivíduos ou por instituições que procuram o controle exclusivo do monopólio sobre estes recursos e conhecimentos”⁴³.

Dados indicam que os conhecimentos tradicionais reduzem em 400% o esforço com a pesquisa e geram uma economia 50% com as despesas. Contudo, as comunidades que os detêm, normalmente, não recebiam qualquer retorno. O lucro acabava ficando com os praticantes da biopirataria, gerando uma perda para a economia nacional de cerca de 2,4 bilhões de dólares ao ano⁴⁴. Ainda acerca do tema, Berger Filho e Silveira inferem que:

No contexto da revolução biotecnológica, o conhecimento sobre as propriedades químicas e biológicas dos seres vivos, que antes tinha valor cultural, espiritual e científico, aparece, no mercado globalizado, sobretudo como valor econômico. Isso

⁴³ TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Biodiversidade na América Latina: ecologia política e a regulação jurídico-ambiental. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (org.) **Princípios de direito ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas**. Caxias do Sul: Educs, 2013. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Principios_de_Direito_Ambiental.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 45.

⁴⁴ MARTINS, Maria da Glória Almeida; CAÚLA, Pauline Queirós Caúla; SIEBRA, Roberta Antônia Almino. Regulamentação do Patrimônio Genético Brasileiro: Instrumento de Legalização ou Incentivo à Biopirataria? In: CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARVALHO, Nathalie de Paula; CARMO, Valter Mourado (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, v. 3, tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-Tomo-II-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 112.

se dá, sobretudo, através da expansão dos direitos de propriedade intelectual a esses conhecimentos, à manipulação da vida e aos produtos dela derivados. A exploração dos conhecimentos tradicionais, associados aos recursos biológicos, tem sido um fator de grandes ganhos para a indústria bioquímica⁴⁵.

Logo, é inconteste o valor intrínseco dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, bem como dos conhecimentos que possuem, para conservação e preservação da diversidade biológica. Tal fato é reconhecido tanto na legislação local – constitucional e infraconstitucional – bem como nas normas internacionais, seja em tratados, bem como em documentos *soft law*, que, embora não tenham força cogente, apresentam diretrizes a serem observadas. Diante disso, a fim de combater a biopirataria e protegê-los, bem como aos seus conhecimentos, e à própria biodiversidade, as mesmas normas que lhes alcançaram abrigo legal, estabeleceram mecanismos de proteção desses povos. Dentre eles, destacam-se a consulta prévia e o consentimento prévio, livre e informado para acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que passam a ser abordados adiante.

2.2. O DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO, PROTOCOLOS DE CONSULTA E O ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS DA BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELES ASSOCIADOS

O direito à consulta prévia está previsto na Convenção nº 169, da OIT. Consiste no direito dos povos por ela tutelados de serem consultados, de forma particular ou por meio de suas instituições representativas, quando forem previstas medidas legislativas ou administrativas passíveis de afetá-los de forma direta.

Por sua vez, o direito ao consentimento prévio, livre e informado encontra previsão, além da Convenção nº 169, da OIT, em outras normas internacionais, como a CDB e o Protocolo de Nagoya, bem como em normas internas, a exemplo da Lei nº 13.123, de 2015, conhecida como o marco legal da biodiversidade. A partir do conceito atribuído pela lei citada, trata-se do “consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou

⁴⁵ BERGER FILHO, Airton Guilherme; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Patrimônio genético ou recursos genéticos? Tratamento conceitual face às normas de acesso e repartição de benefícios. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020 (p. 265-291). Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/8604/4209>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 271.

comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”⁴⁶.

O protocolo comunitário se trata de “norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios”⁴⁷.

Com relação às expressões “prévio”, “livre” e “informado”, entende-se que prévio é aquele que antecede a autorização ou início da atividade específica; livre é a consulta ou o consentimento concedido de forma voluntária, sem a existência de qualquer forma de pressão, intimidação ou coerção; e é informado, quando todo o conhecimento relevante para a tomada de decisão, seja no aspecto temporal ou cultural, foi devidamente prestado. Trata-se, na verdade, de um processo, em que, ao final, após prestadas todas as informações pertinentes, os interessados poderão aceitar determinada proposta, dando-lhes o devido consentimento para que a atividade tenha início; recusá-la; ou, ainda, atuar no sentido da modificação da proposta inicial.

O direito de consulta e a sua obrigatoriedade para obtenção do consentimento prévio, livre e informado das comunidades indígenas e tradicionais antes da efetiva prática de qualquer ato que os possa atingir, afetando seu modo de vida, cultura e identidade, bem como seus territórios, tem por escopo a preservação dos direitos desses povos, a erradicação ou diminuição da violência propagada contra eles e o reforço de suas identidades e autodeterminação. É ele que lhes permite a tomada de decisões acerca de assuntos que lhes afetem, gerenciando suas vidas.

⁴⁶ BRASIL. **Lei 12.123 de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 12.123 de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

O reconhecimento legal, tanto a nível internacional quanto na legislação interna, dos povos indígenas e das comunidades tradicionais trata-se do próprio direito de existir como povo, ou seja, de ser quem são e estarem em seu lugar. Desse direito decorrem todos os demais, materiais ou não, inclusive o direito de autodeterminação e de fazerem escolhas relativas ao seu futuro. Abrange, também, por evidente, o direito de serem consultados previamente acerca de qualquer ato que os possa atingir, a fim de fornecerem – ou não – quando for o caso, seu consentimento⁴⁸.

Portanto, o direito de serem consultados é de suma relevância para os povos indígenas e as comunidades tradicionais. Trata-se de pré-condição para o gozo de todos os seus demais direitos que lhes sejam fornecidos o máximo de informações possíveis; e, diante disso, que possam tomar livremente suas decisões, em face de qualquer fato ou ato que os possa afetar, inclusive no que se refere ao acesso dos recursos genéticos da biodiversidade localizados nos territórios que ocupam, e do combate à biopirataria.

Como regra, esses grupos são marcados pela vulnerabilidade extrema, além de serem “os que sofrem mais agudamente os aspectos negativos do processo de desenvolvimento, em especial quando se trata da implantação de indústrias extrativistas ou da construção de barragens”⁴⁹. Logo, garantir-lhes o direito de decidirem sobre a permissão de acesso, ou não, aos locais que habitam, aos recursos genéticos da biodiversidade lá existentes e aos conhecimentos tradicionais que detêm, é relevante não apenas para preservar-lhes as condições de vida de acordo com suas próprias culturas e modos peculiares, mas também para proteger a própria biodiversidade. Ademais, na medida em que lhes é permitido negociar acerca da repartição de eventuais benefícios decorrentes desse acesso, monetários ou não, preserva-se o bem comum, eis que serão revertidos em favor de toda a comunidade.

Com relação aos direitos territoriais indígenas, ainda que a Constituição não afirme expressamente que eles se estendem aos recursos genéticos da biodiversidade, tal foi positivado na legislação infraconstitucional. Atualmente, a proteção aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético encontra lastro na Lei nº 13.123, de 2015⁵⁰.

⁴⁸ MARÉS, Carlos. A força vinculante do protocolo de consulta. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 22.

⁴⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 42.

⁵⁰ BERGER FILHO, Airton Guilherme; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Patrimônio genético ou recursos genéticos? Tratamento conceitual face às normas de acesso e repartição de benefícios. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020 (p. 265-291). Disponível em:

Sobre o tema, Antunes ressalta que, face ao reconhecimento constitucional acerca da organização social, tradições, línguas, crenças e direito originário dos indígenas sobre as terras que ocupam tradicionalmente, inclusive assegurando-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos lá existentes, ao que chama de usufruto constitucional, resta imposta a necessidade de consentimento prévio para toda e qualquer atividade que venha a ser realizada nesses territórios, bem como o dever de partilha do proveito econômico obtido, sob pena de nulidade⁵¹, o que deveria ocorrer independente de previsão legal infraconstitucional.

A Lei nº 13.123, de 2015, que trata da matéria no âmbito interno, estabelece que o consentimento prévio informado “deve ser formal, ou seja, dado de forma inequívoca e registrável”⁵², e que sua comprovação poderá ocorrer, a critério dos interessados - povos indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais – “por meio de assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou, ainda, adesão na forma prevista em protocolo comunitário”⁵³.

Para que o consentimento prévio, livre e informado seja efetivo, mostra-se necessária a regulação de algumas diretrizes. São elementos chave, que devem ser observados e seguidos na sua obtenção. Sem prejuízo de outros que possam ser acrescentados, tem-se de grande importância identificar quem são as partes interessadas e os tomadores de decisão; especificar de forma clara os processos de tomada de decisão de cada qual das partes, observadas as normas legais, os costumes, os valores e os meios de organização que atingem cada interessado; efetuar possíveis acordos acerca de eventual aconselhamento ou assessoria externa, especificando, no caso de adoção da ferramenta, as formas e limites que o serviço externo será prestado; discutir e visar um entendimento comum acerca da legislação e princípios que nortearão o processo, baseando-se na legislação e nos costumes e valores aplicáveis, fundamentando as negociações sobre os interesses e direitos em voga; planejar e acordar acerca do período de tempo da negociação, estabelecendo cronogramas, sempre respeitando o processo de tomada de decisão

<http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/8604/4209>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 285.

⁵¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 81-82.

⁵² ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 42.

⁵³ BRASIL. **Lei 12.123 de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

das povos e comunidades interessadas, conforme suas tradições, normas e valores, que eventualmente podem exigir flexibilidade; identificar os costumes e protocolos dos povos e comunidades interessadas, que devem ser respeitados, admitindo-se, inclusive, a interrupção em determinados períodos religiosos e na ocorrência de rituais; acordar acerca de medidas no intuito de propiciar um ambiente livre de pressão ou coerção, especificando-se o que é vedado durante as negociações, como, por exemplo, oferecer algum prêmio para lideranças individuais, declarar ou ameaçar que a terra será perdida se não houver concordância, que haverá perda de emprego, dentre outros; determinar como os afetados participarão das análises de impactos e riscos, assegurando-lhes papel ativo na tomada de decisões, assistência de assessores, determinar os formatos e protocolos de compartilhamento da informação, dentro de um prazo prévio razoável, de forma culturalmente aceitável, e assegurando a ampla participação; documentar os resultados da consulta prévia, livre e informada, inclusive com eventuais condições do acordo, fornecendo-se cópia a todas as partes; proceder a identificação de outras atividades ou circunstâncias que podem ensejar num processo de consentimento adicional futuro, sobretudo quando conhecidas; definir mecanismos de monitoramento e participação, propiciando que ambas as partes tenham acesso; especificar como as partes resolverão eventuais disputas futuras decorrentes do consentimento, admitindo-se, aqui, desde a conversa amigável, a mediação, a arbitragem, a judicialização nacional e/ou internacional, bem como a realização de negócio jurídico processual⁵⁴.

Na mesma linha, Antunes infere que o processo de consulta para a obtenção do consentimento livre, prévio e informado deve observar as diretrizes traçadas pela Convenção nº 169, da OIT, quais sejam, ser “culturalmente apropriado, representativo, efetivado com boa-fé, abrangendo as várias etapas do projeto, na língua indígena, com tempo hábil para a construção e consenso e pautado em locais que permitam a ampla fluência dos povos indígenas”⁵⁵.

O consentimento prévio, livre e informado das comunidades é obtido por meio de consulta, que, como visto anteriormente, também tem como pressupostos ser livre, prévia e informada. Porém, para que assegurem os direitos garantidos aos povos e comunidades tradicionais, essa consulta deve ser feita mediante procedimentos apropriados. Tais

⁵⁴ ACCOUNTABILITY FRAMEWORK. **Diretriz Operacional sobre o Consentimento Livre, Prévio e Informado**. Requisitos, melhores práticas e considerações práticas para que empresas cumpram suas obrigações de assegurar o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais. Disponível em https://accountability-framework.org/wp-content/uploads/2020/04/DO_CLPI-Feb2020.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 07-11.

⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 57.

procedimentos, conforme disposição da Convenção nº 169, da OIT, devem ser efetuados de acordo como o estabelecido por cada qual dos interessados no seu Protocolo de Consulta Prévia.

O Protocolo de Consulta Prévia tem por objetivo assegurar às comunidades interessadas autonomia na gestão dos seus territórios: “O protocolo é corolário do direito à consulta prévia, livre e informada, estabelecida pela Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu artigo 6º, 1, a”⁵⁶. Consiste na elaboração, pelos próprios povos interessados, de documentos acerca de sua organização social, limitação, e a forma como desejam que a consulta prévia, livre e informada acerca de algo que os afete seja realizada. “Ele possui o objetivo de fazer com que o exercício do direito à consulta prévia seja emancipatório. Vale dizer, que seja realizado de forma intercultural, com respeito aos modos de criar, fazer e viver de povos e comunidades diferenciados”⁵⁷.

Diferente da consulta prévia, que é ato bilateral, em que há discussão entre as partes interessadas, o protocolo de consulta prévia é um documento unilateral. Por tratar da forma como querem ser consultados, estabelecendo critérios para tal e o modo pela qual chegarão a uma decisão, é elaborado unicamente pelos interessados, sem qualquer interferência externa - ainda que oriunda do Estado -, observada a organização social e a dinâmica de cada povo ou comunidade para a tomada de decisões. Na lição de Marés:

Os povos tradicionais, especialmente no Brasil, passaram a entender que estes protocolos não poderiam ser tratados como atos bilaterais, mas como normas internas elaboradas livremente que estabeleceriam as formas e procedimentos como chegariam a uma decisão quando o Estado fosse consultá-los. A diferença parece sutil, mas é profunda. No ato bilateral há uma discussão, um acordo, antes da elaboração do protocolo, enquanto no modelo de norma interna do povo, unilateral, as formas e procedimentos são estabelecidos sem possibilidade de contestação pelo Estado, quer dizer, o procedimento de consulta estará previamente definido e, seguindo esse procedimento ou roteiro, o Estado fará a consulta, esta sim bilateral⁵⁸.

⁵⁶ PONTES JR, Felício. Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. Apresentação. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 12.

⁵⁷ PONTES JR, Felício. Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. Apresentação. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 12.

⁵⁸ MARÉS, Carlos. A força vinculante do protocolo de consulta. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 35.

Em linha similar, embora não idêntica, a Lei nº 13.123, de 2015, trata do Protocolo de Consulta Prévia denominando-o de Protocolo Comunitário. Conceitua-o como “norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios [...]”⁵⁹. Tem-se, pois, que os protocolos nada mais são do que a “a expressão escrita dos usos, costumes e tradições de cada povo para responder às consultas a serem feitas pelo Estado nacional em cumprimento à Convenção nº 169 da OIT”⁶⁰.

Os protocolos de consulta prévia, como instrumentos legítimos de autodeterminação, têm caráter vinculante. Devem ser observados pelos Estados na implementação da consulta e na obtenção do consentimento prévio, livre e informado, pois, “só o povo pode dizer que é um povo, só ele pode dizer como forma sua vontade coletiva, só ele conhece suas prioridades, seus direitos intangíveis, sua forma de ser e seu sonho de futuro. Só ele pode consentir em mudar sua vida”⁶¹.

A consulta livre, prévia e informada, observados os devidos Protocolos de Consulta, é pressuposto para a obtenção do termo consentimento para o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados, inclusive. Uma das preocupações da CDB, no que toca ao acesso aos recursos genéticos oriundos da biodiversidade, é justamente a repartição de benefícios deles resultantes, de forma justa e equitativa, bem como a “transferência de tecnologias para as instituições dos países desenvolvidos, usuários destes recursos, mediante um procedimento negociado entre as

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁶⁰ MARÉS, Carlos. A força vinculante do protocolo de consulta. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 39.

⁶¹ MARÉS, Carlos. A força vinculante do protocolo de consulta. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 45.

partes”⁶². Todas essas questões, inclusive a forma de acesso, de repartição de benefícios e sua quantificação, devem ser tratadas previamente à assinatura do termo de consentimento, e acordadas no processo de consulta livre, prévia e informada a ser efetuada conforme o Protocolo de Consulta elaborado por cada povo ou comunidade interessada.

Diante da força cogente que apresenta, e pelas suas próprias características, o consentimento prévio, livre e informado é um dos instrumentos de maior relevância – senão o mais importante - para a concretização dos objetivos da CDB, tanto quanto a consulta o é na persecução daqueles estabelecidos da Convenção nº 169, da OIT. Tais instrumentos – consulta e consentimento -, são decorrência e ao mesmo tempo atuam no sentido do reconhecimento da autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, na sua preservação, e também dos conhecimentos que possuem acerca dos recursos da diversidade biológica e do próprio meio ambiente. Constituem-se, assim, em pressupostos para o acesso a esses recursos e conhecimentos, sob pena de violação legal, cujas consequências serão objeto de abordagem futura.

2.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL

O marco legal da biodiversidade no Brasil – Lei nº 13.123, de 2015, regulamenta o inciso II, do parágrafo 1º e o parágrafo 4º, do artigo 225, da Constituição Federal; o Artigo 1, a alínea j, do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os parágrafos 3º e 4º, do Artigo 16, da CDB; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Trata-se de uma norma marcada, desde o seu surgimento, por amplas discussões. De um lado, há quem a defenda – em regra, o setor industrial e pesquisadores - ao argumento de que teria simplificado o acesso aos recursos genéticos do país. Para eles, o procedimento para acesso era por demais rígido na vigência da norma que antecedeu a lei, qual seja, a Medida

⁶² BERGER FILHO, Airton Guilherme; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Patrimônio genético ou recursos genéticos? Tratamento conceitual face às normas de acesso e repartição de benefícios. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020 (p. 265-291). Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/8604/4209>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 276.

Provisória (MP) 2.186-16 de 2001, e criava obstáculos à pesquisa científica ao ponto de inviabilizar o trabalho com tais produtos.

De outro lado, tem-se os povos indígenas, as comunidades e os agricultores tradicionais. Esses grupos apontam vícios na formação da lei, cujo processo legislativo teria sido excludente e prejudicial, visto que não foram observados os direitos de consulta prévia e de consentimento prévio, livre e informado. Também criticam seu aspecto material, que apresentaria flagrantes retrocessos, comparativamente com a legislação que a antecedeu.

Consoante visto alhures, um dos objetivos da Lei nº 13.123, de 2015, é a regulamentação de dispositivos da CDB, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 2, de 1994⁶³ que a ratificou, e promulgada em 1998, mediante a edição do Decreto nº 2.519⁶⁴. Seu processo de internalização, embora tenha se iniciado logo após a sua promulgação, estendeu-se por longos anos.

Em 1995, foi apresentado o Projeto de Lei (PL) do Senado nº 306, da autoria da então Senadora Marina Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), do Acre, visando estabelecer um arcabouço legal que atendesse os objetivos da CDB. Um substitutivo, apresentado pelo Senador Osmar Dias, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), do Paraná, teve sua aprovação em 1998, quando foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão⁶⁵. Durante o processo de tramitação, foram-lhe apensados diversos outros PLs⁶⁶. No entanto, embora o longuíssimo período de tramitação, durante o qual houve a realização de diversas audiências públicas, contando com a presença de “populares e indígenas, ONGs, cientistas e membros do governo”⁶⁷, esse PL nunca chegou a ser votado, e foi arquivado no ano de 2015.

⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto legislativo nº 2, de 1994**. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁶⁴ BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.519%2C%20DE%2016,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁶⁵ MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 191 jul./set. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/191/ril_v48_n191_p99.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020. p. 104.

⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 306, de 1995**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1691>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁶⁷ MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 191 jul./set. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/191/ril_v48_n191_p99.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 104.

Durante esse período, no início dos anos 2000, houve um caso de biopirataria que ganhou grande repercussão, protagonizado pela Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia – Bioamazônia e a Novartis, empresa multinacional do ramo farmacêutico. Elas firmaram um contrato assegurando à segunda o direito de acesso e uso, com exclusividade, do material genético oriundo da região amazônica, podendo, inclusive, remetê-lo para fora do país. A Novartis poderia patentear e controlar sozinha os produtos que criasse a partir da biodiversidade amazônica. Também teria licença perpétua para produzir, usar e comercializar os produtos contendo o composto biogenético obtido; acesso a diversos dados; e total controle do que envolvesse a exploração material desses recursos no Brasil. Poderia, ainda, conforme o contrato, negociar a própria licença obtida, dentre outras cláusulas totalmente prejudiciais aos interesses do país e à própria soberania nacional.

Frente à repercussão negativa, o contrato firmado foi suspenso, sendo editada a MP nº 2052-1. Essa MP foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), nºs 2246-6 e 2289-0. Diante disso, foi reeditada com profundas alterações, ensejando a extinção das ADIs citadas ante a perda de objeto. Assim, e mediante sucessivas reedições, a MP passou a vigorar como MP 2.186-16, de 23 de agosto de 2001⁶⁸. Ela somente foi revogada pela edição da Lei nº 13.123, em 20 de maio de maio de 2015, conhecida na época como o (novo) marco legal da biodiversidade.

Muito embora o decurso de extenso prazo entre a edição da MP e promulgação da Lei nº 13.123, de 2015, o que poderia ter ensejado um melhor amadurecimento desta, com a observância do dever de consulta prévia a fim de obter o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas e comunidades tradicionais interessadas, atendendo ao disposto nas normas internacionais que regulam a matéria, em especial a Convenção nº 169, da OIT, não foi o que ocorreu. Isso fez com que a nova lei fosse alvo, desde o seu surgimento, de inúmeras críticas, questionando-se, inclusive, sua convencionalidade legal.

O marco legal da biodiversidade, como será chamado daqui por diante, teve origem no PL nº 7.735, de 2014, da autoria do Poder Executivo. O PL tramitou em regime de urgência, tendo se transformado na Lei nº 13.123, de 2015, com publicação do Diário Oficial da União em 21 de maio 2015⁶⁹. A apresentação do PL em caráter de urgência culminou com sua

⁶⁸ MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 191 jul./set. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/191/ril_v48_n191_p99.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 105.

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 7735/2014**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=619150>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

tramitação excessivamente apressada, violando, como visto, normas internacionais, tanto no que se refere ao direito de consulta prévia dos povos indígenas e comunidades tradicionais quando houver qualquer ato administrativo ou legislativo que os afete, bem como no que tange ao direito ao consentimento prévio informado.

Os povos e as comunidades tradicionais que durante quase quinze anos, na vigência da MP 2.186-16, de 2001, debateram a matéria, inclusive apresentando os PL 306/95; 4579/98 e 4751/98, foram completamente ignorados durante o processo legislativo que originou o marco legal da biodiversidade, cuja proposta foi elaborada, basicamente, pelos Ministérios do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia, juntamente com setor empresarial⁷⁰. Ou seja, a tramitação do PL 7735/2014, que se transformou na Lei nº 13.123, de 2015, retrata com clareza a realidade vivenciada no dia a dia, qual seja, a lacuna existente entre os instrumentos legais protetivos do meio ambiente, dos indígenas e comunidades tradicionais e seus conhecimentos, e o alcance de seus objetivos.

Podemos perceber esta enorme lacuna que existe entre os diversos instrumentos legais na área ambiental e o cumprimento de suas metas em benefício das comunidades: há pouca participação popular nos processos de elaboração das políticas públicas ambientais, associada à falta de convergência das políticas públicas nacionais e à falta de ações que valorizem as estratégias que povos e comunidades tradicionais constroem através de gerações. Esse cenário constitui um dos pontos críticos para a implementação efetiva de política nacionais e acordos internacionais no campo da conservação da biodiversidade⁷¹.

Não há dúvidas de que o processo de formação da Lei nº 13.123, de 2015, foi prejudicial e excludente com relação aos indígenas e as comunidades e agricultores tradicionais. Eles foram totalmente ignorados e, portanto, não tiveram oportunidade de se manifestar ou tomar qualquer decisão, embora sejam por ela diretamente afetados. Muitos interessados sequer sabiam da existência do PL encaminhado pelo Executivo. Aqueles que tomaram conhecimento não tiveram suas proposições acolhidas⁷². A ausência de consulta aos povos locais é atestada,

⁷⁰ SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da Lei.: vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 117.

⁷¹ TERRA de Direitos. **De onde Brotam as Sementes**. set. 2014. Disponível em:

<https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Setembro-2014.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 5.

⁷² LAUREANO, Lourdes Cardozo. Com a palavra, os movimentos sociais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em:

inclusive, pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, no texto denominado “Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade” como se verifica:

Não identificamos, no histórico da tramitação das proposições que resultaram na Lei nº 13.123, de 2015, consultas nesse sentido ou manifestações que possam ser interpretadas como anuência dos povos indígenas ou do órgão indigenista federal ao conteúdo da proposição. As poucas oportunidades dadas aos povos indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais para opinar sobre o assunto, em apenas uma audiência pública no Senado Federal, não apenas é insuficiente para caracterizar uma consulta ampla e transparente, como seria desejável num contexto democrático⁷³.

Em contrapartida, além da participação dos Ministérios do Meio Ambiente, da Ciência e da Tecnologia, da Indústria e Comércio Exterior e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, foi amplamente assegurada a participação setor empresarial. Isso “refletiu em um texto com claros interesses empresariais e, ao mesmo tempo, que o texto ignorou os interesses dos provedores de conhecimentos tradicionais associados, além de ferir direitos das comunidades indígenas e tradicionais”⁷⁴.

Os povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais ainda tentaram se impor, manifestando seu descontentamento com o PL em tramitação, tanto quanto à forma com que estava sendo conduzido, bem como com relação ao seu conteúdo material, por meio da Carta Circular Aberta, de 27 de abril de 2015, firmada por 78 entidades, a qual foi entregue ao Secretário Executivo do Meio Ambiente⁷⁵. Numa das passagens, acerca do processo de formação da lei, constata-se a seguinte manifestação:

Especificamente em relação ao PL n.º 7.735/2014, que pretende anular e restringir nossos direitos, repudiamos a decisão deliberada do Poder Executivo de nos excluir do processo de sua elaboração, sem qualquer debate ou consulta, em violação à

http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 38.

⁷³ TÁVORA, F.L. *et al.* **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 44.

⁷⁴ MOSSRI, Beatriz de Bulhões. A nova legislação de acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais. **Cienc. Cult.** São Paulo, v. 67, n. 2, p. 06-08, June 2015. DOI 10.21800/2317-66602015000200002. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁷⁵ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva do Direito em Habermas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 149-175, abr. 2018. ISSN 2238-0604. DOI 10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1712. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1712/1593>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), à Convenção da Diversidade Biológica (CDB), ao Tratado Internacional dos Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura/FAO (TIRFAA) e à Constituição Federal. Em contraste a isso, denunciemos o amplo favorecimento dos setores farmacêutico, de cosméticos e do agronegócio (principalmente sementeiros), a ponto de ameaçar a biodiversidade, os conhecimentos tradicionais associados e programas estruturantes para a segurança e soberania alimentares, a exemplo do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), com a possibilidade inclusive de legalização da biopirataria. Tal cenário, reconhecido pelo próprio Governo, resultou em grave desequilíbrio no conteúdo do Projeto de Lei em questão. Além de anistiar as irregularidades e violações históricas e excluir qualquer fiscalização do Poder Público sobre as atividades de acesso e exploração econômica, o PL n.º 7.735/2014 viola direitos já consagrados na legislação brasileira, o que pode ser claramente verificado nos seguintes pontos principais⁷⁶.

Contudo, embora a manifestação apresentada por escrito, foram sumariamente ignorados, dando-se seqüência àquilo que ocorreu durante todo o processo legislativo que culminou com a formação no marco legal da biodiversidade. É bem verdade que houve, durante a tramitação no Senado Federal, a realização de uma audiência pública. Entretanto, além de a participação dos povos e comunidades interessadas ser baixa – muitos sequer tinham conhecimento acerca da tramitação do processo – a medida não se iguala e nem supre a ausência da consulta e de consentimento prévio previstos na legislação internacional. Logo, não tem o condão de sanar o vício de forma apontado.

Além disso, já promulgada a lei, o Poder Executivo convocou, mediante o envio de propostas pela internet, uma consulta pública, visando a sua regulamentação. Também realizou seminários regionais e um seminário nacional a fim de promover debates acerca da norma, discutindo, inclusive, os termos do Decreto que viria a regulamentá-la⁷⁷. Tais medidas, igualmente, não sanaram o vício existente, pois não se equiparam à consulta ou ao consentimento. Ademais, a consulta pública também não foi prévia. Estando a lei já aprovada, não abriu qualquer oportunidade para que os interessados alterassem os seus termos.

Ainda irresignados com a forma de criação do marco legal da biodiversidade à margem da participação social, notadamente das comunidades e povos mais interessados, em 05 de novembro de 2016, já na vigência da Lei nº 13.123, de 2015, cinquenta e oito entidades

⁷⁶ CARTA Circular Aberta. Disponível em:

https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/carta_do_pcts_e_camponeses_ao_governo_federal1-2.pdf Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁷⁷ SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais.** São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 120-121.

assinaram a o documento denominado Carta Aberta de Recomendações da Sociedade Civil Brasileira na 13ª Conferência das partes da CDB e seus Protocolos, oportunidade em que, novamente, manifestaram seu inconformismo referente ao processo de formação da lei, como se observa:

b. Não realização de procedimento de consulta prévia e informada através de instituições representativas dos povos indígenas, povos e 4 comunidades tradicionais e dos agricultores familiares e camponeses em violação direta do art. 8 “j” da CDB (Decreto 2519/98), da meta 18 de Aichi, do art. 6.1 “a” da Convenção 169 da OIT (Decreto 5051/2004), assim como do art. 9.2 “c” sobre direitos dos agricultores do Tratado da FAO (TIRFAA - Decreto 6476/08), já que se trata de medida legislativa que afeta diretamente a esfera jurídica destes sujeitos de direitos. As oficinas realizadas pelo Ministério do Meio Ambiente, após a aprovação da Lei e sob pressão da sociedade civil, não podem ser consideradas como cumprimento de consulta livre, prévia e informada - que aliás vem sendo sistematicamente descumprida no país -, pois foi realizada após a aprovação da Lei e com limitação objetiva de participantes, jamais podendo espelhar a diversidade de Agricultores Familiares Camponeses, Povos Indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais existentes em todo o território brasileiro. As oficinas e seminários relatados na página 131 da Estratégia e Plano de Ação Nacionais para a Biodiversidade (EPANB), não podem ser utilizadas para comprovar o cumprimento, por parte do governo brasileiro, da meta 18 de Aichi, ou de cumprimento do direito de consulta livre, prévia e informada, ou mesmo para demonstrar suposto procedimento participativo e democrático adotado pelo governo na aprovação da Lei 13.123/2015 e seu Decreto regulamentador, já que claramente voltados à perpetuar a assimetria de poder em prol dos interesses das empresas de biotecnologia (químicas, cosméticas, farmacêuticas, de sementes e agrotóxicos) especialmente daquelas que compõem o Movimento Empresarial pela Biodiversidade (MEBB)⁷⁸.

No entanto, até hoje, embora as diversas manifestações oriundas dos povos e comunidades interessadas, de movimentos sociais e socioambientais, não houve qualquer avanço no sentido de resolver a flagrante violação de direitos que sofreram. A partir dos fatos elencados, não há dúvidas de que o processo de formação da Lei nº 13.123, de 2015, não observou o direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais. Com isso, violou normas internacionais de Direitos Humanos vigentes no território nacional, frente às quais o marco legal da biodiversidade se mostra absolutamente inadequado. As poucas mediadas adotadas, como audiência pública, consulta pública e seminários, não suprem a falha apontada que maculou todo o processo legislativo do qual se originou. Logo, trata-se de uma norma que, embora esteja

⁷⁸ CARTA aberta de recomendações da sociedade civil brasileira na 13ª conferência das partes da Convenção da Diversidade Biológica e seus Protocolos. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2016/11/CARTA-DE-POSICIONAMENTO-SOCIEDADE-CIVIL-PARA-COP-13-MOP-8-MOP-2.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

em vigor, apresenta flagrante vício originário, o que torna sua legitimidade e convencionalidade questionáveis, conforme se abordará oportunamente.

2.4 O CONTEÚDO MATERIAL DA LEI Nº 13.123, DE 2015, RELATIVO AO ACESSO AOS RECURSOS DA BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELES ASSOCIADOS

Além do processo de formação, o conteúdo material da Lei nº 13.123, de 2015, também é alvo de críticas ferrenhas, em face do seu cunho economicista, que privilegia pesquisadores e empresas, em detrimento da segurança jurídica, com relação ao patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

A sanção da lei citada foi, como visto, alvo de “comemorações” de diversos setores da indústria. Estes destacam que, comparativamente com a legislação que a precedeu, apresenta diversas inovações vantajosas ao setor empresarial, mormente no que tange à desburocratização. A lei diminuiu os custos e deu celeridade aos procedimentos que antes se mostravam caros e morosos. Também facilitou “a regularização das empresas que acessaram componente do patrimônio genético brasileiro em desacordo com as regras da Medida Provisória nº 2.186/01”⁷⁹.

Conquanto não se negue a eventual existência de algum avanço no combate à biopirataria, a Lei nº 13.123, de 2015, “embora fundamentada na proteção da natureza e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, abre a porta para o acesso barato aos capitais interessados em explorar a natureza e os conhecimentos tradicionais associados”⁸⁰. Com isso, viola a Constituição Federal e normas internacionais de regência da matéria, constituindo-se, sob diversos aspectos, em verdadeiro retrocesso, quando comparada com a

⁷⁹ FRANCO, Francine H. Leal; GRASSI, Caroline de Baére. ABS no cenário nacional: lei da biodiversidade no Brasil. In: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Acesso e repartição de benefícios no cenário mundial**: a lei brasileira em comparação com as normas internacionais. Confederação Nacional da Indústria, GSS Sustentabilidade e Bioinovação, Natura Inovação e Tecnologia de Produtos, Brasília: 2017. Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/92/f5/92f56f56-e45d-44fd-b9ad-b838ff0f2137/acesso_e_reparticao_de_beneficios_no_cenario_mundial_a_lei_brasileira_em_comparacao_com_as_normas_internacionais.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 18-19.

⁸⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos Tradicionais, Consulta prévia e direitos tradicionais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 104.

legislação que a antecedia. Para Dourado, a “aclamada segurança jurídica parece significar apenas a segurança financeira das empresas que exploram biotecnologia”⁸¹.

Uma das violações do marco legal da biodiversidade às normas internacionais guarda relação com os conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica, cujo acesso tem como pressuposto o consentimento prévio informado dos seus detentores. Esses conhecimentos integram o patrimônio cultural brasileiro e são especialmente protegidos pela Constituição de 1988, nos seus artigos 215 e 216, que abordam o direito à cultura⁸².

A lei estabeleceu a exigência de consentimento prévio, livre e informado, assim como a necessidade de repartição de benefícios, tão somente na hipótese de se tratar de conhecimento tradicional de origem identificável, ou seja, quando há possibilidade de vincular sua origem a pelo menos um povo indígena, comunidade ou agricultor tradicional. Logo, quando se tratar de conhecimento de origem não identificável - sendo compreendido nesse conceito inclusive o patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas -, isto é, quando não houver a possibilidade de vincular sua origem a, pelo menos, um povo indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, o consentimento, assim como a repartição de benefícios é dispensada.

Também não há exigência de consentimento prévio, livre e informado para acesso e uso exclusivamente do patrimônio genético da biodiversidade. Com isso, resulta violado o preceito constitucional que assegura o direito originário dos indígenas sobre os seus territórios, inclusive o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos lá existentes, pressupondo a exigência de consentimento prévio para todas e quaisquer atividades lá desenvolvidas, bem como a partilha do proveito econômico. Ademais, a separação entre patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade é indevida, eis que um é intrínseco ao outro.

Sobre a relação de indissociabilidade do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados, embora seja notória e não abra margem para maiores dúvidas quando ambos estão presentes no mesmo contexto, isso não ocorre em situações em que se vislumbra

⁸¹ DOURADO, Sheilla Borges. A lei nº 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 85.

⁸² MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A lei 13.123/15 e o retrocesso na proteção dos conhecimentos tradicionais. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.14, n. 29, p.175-205. Mai/Ago. de 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1017>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 180.

apenas a existência do patrimônio genético advindo da biodiversidade. Trata-se de situação que suscita equívocos e motiva diversas discussões. Entretanto, conforme Bensusan, “não há apenas conhecimento tradicional associado à biodiversidade, mas também, e principalmente, biodiversidade – espécies e paisagens – que guarda dentro de si conhecimento tradicional”⁸³. Dito de outro modo, a própria existência e preservação da biodiversidade e do patrimônio genético dela oriundo guarda uma relação de dependência com os saberes tradicionais dos povos indígenas e das comunidades que os detêm.

Para Emperaire e Garcez, “conservar recursos implica conservar a diversidade dos processos cognitivos, culturais e biológicos que estão na origem desses recursos”⁸⁴. As autoras referem, ainda, que “a existência das plantas cultivadas está ligada às relações sociais mobilizadas em torno delas e o quanto essas plantas são a própria expressão ou materialização de conhecimentos tradicionais nelas embutidos. O conhecimento é assim intrínseco a elas”⁸⁵. Logo, ainda que o acesso seja feito exclusivamente com relação ao patrimônio genético da biodiversidade, tal prática não prescinde do consentimento prévio livre e informado da comunidade onde ele se encontra, eis que fruto dos seus conhecimentos tradicionais, culturas, tradições e modo de vida.

Logo, tanto a omissão da lei relativa ao acesso exclusivamente ao patrimônio genético, quanto as hipóteses de isenção previstas, seja de consentimento, seja com relação à repartição de benefícios, são equivocadas e vão contra os interesses dos povos tradicionais. Configuram-se em verdadeira violação de direitos humanos, eis que não há qualquer impeditivo de que, no futuro, a origem desse conhecimento venha a ser identificada. Conforme Souza Filho, conhecimento tradicional associado de origem não identificável não é nada além de “dificuldade de identificação. Na realidade, trata-se da existência de conhecimentos associados,

⁸³ INSTITUTO Socioambiental. **Conhecimento tradicional associado ou dissociado da Biodiversidade?** Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/conhecimento-tradicional-associado-ou-dissociado-a-biodiversidade> Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁸⁴ EMPERAIRE, Laure; GARCES, Claudia Leonor López. Dinâmicas da agricultura amazônica. **Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. murmurar**. Belém, v. 11, n. 1, p. 13-16, abr. 2016. DOI <https://doi.org/10.1590/1981.81222016000100002>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222016000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

⁸⁵ EMPERAIRE, Laure; GARCES, Claudia Leonor López. Dinâmicas da agricultura amazônica. **Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. murmurar**. Belém, v. 11, n. 1, p. 13-16, abr. 2016. DOI <https://doi.org/10.1590/1981.81222016000100002>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222016000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

praticados por alguns ou muitos povos, mas não vinculado diretamente a um povo, comunidade ou agricultor tradicional”⁸⁶.

O fato de diversos povos fazerem uso de um mesmo conhecimento já difundido não faz com que ele deixe de ser tradicional, nem o torna não identificável. Por essa razão, é impositivo o dever de consulta prévia para acessá-lo, ou então, para que os povos interessados o reconheçam como, de fato, não identificável⁸⁷. Além disso, a dispensa relativa ao consentimento prévio e à repartição de benefícios dos conhecimentos de origem não identificável, ou não identificada, torna-se um incentivo para que, diante de qualquer dificuldade, não se apure a sua origem. Para Ribeiro e Brito, essa dispensa:

pode constituir um mecanismo a ser utilizado pelos usuários para não ter que comprovar o consentimento prévio informado, pois a dificuldade em se determinar a origem de um conhecimento pode ser interpretada como origem desconhecida, o que desnatura todo o arcabouço de proteção aos conhecimentos e às comunidades tradicionais⁸⁸.

Ainda acerca do consentimento prévio, embora a previsão legal sobre as várias formas admitidas para sua obtenção, é necessário que se vá além de um documento firmado. Deve garantir aos povos e comunidades interessados amplo acesso e esclarecimento acerca da matéria, o que deve ser comprovado, sob pena de o documento não ter validade por afronta a normas internacionais, em especial ao disposto na Convenção nº 169, da OIT. Conforme Moreira:

A lei prevê que a comprovação do consentimento prévio informado pode ocorrer por assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou adesão, na forma prevista, em protocolo

⁸⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos Tradicionais, Consulta Prévia e Direitos Territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 107.

⁸⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos Tradicionais, Consulta Prévia e Direitos Territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre Retrocessos e Violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 107-108.

⁸⁸ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva do Direito em Habermas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 149-175, abr. 2018. ISSN 2238-0604. DOI 10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1712. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1712/1593>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

comunitário. No texto legal deveria constar a expressa determinação de que o parecer de órgão oficial competente será sempre limitado a atestar a ocorrência da consulta prévia e jamais poderá suprimir o consentimento prévio informado⁸⁹.

Logo, para que o consentimento prévio, livre e informado tenha validade, exige-se a comprovação de que a sua obtenção ocorra mediante consulta prévia, realizada de acordo com os protocolos de cada povo ou comunidade interessada, sendo a lei, no mínimo, omissa a esse respeito. Sem isso, sua validade é, no mínimo, questionável, por violação às normas internacionais que tratam do tema.

No que se refere à repartição de benefícios, são elencadas na lei uma série de isenções que se revelam prejudiciais aos povos e comunidades interessados. Além das hipóteses citadas anteriormente, também não se sujeitam à repartição de benefícios os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva; as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais; os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II, do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Também são isentas as operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado, processo ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por terceiros. Além disso, na hipótese de um único produto acabado ou material reprodutivo ser o resultado de acessos distintos, estes não serão considerados cumulativamente para o cálculo da repartição. Outra hipótese de desobrigação é aquela relativa à exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético de espécies introduzidas no território nacional pela ação humana, ainda que domesticadas, salvo quando haja formação de populações espontâneas que tenham adquirido características distintivas próprias no país e no caso de variedade tradicional local ou crioula ou a raça localmente adaptada ou crioula.

[...] na nova estrutura que a Lei n.º 13.123/2015 estabelece, a repartição de benefícios derivados de acesso a patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados apenas aparece quando atrelada aos seguintes critérios: (i) quando for passível de

⁸⁹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Visão geral da lei nº 13.123. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 69.

exploração econômica, (ii) se tratar de produto acabado ou material reprodutivo (iii) e em relação àquele ser elemento principal de agregação de valor⁹⁰.

Como ocorre com o consentimento prévio, a repartição de benefícios também se tornou exceção, tendo em vista o grande sistema de isenções criado pela Lei nº 13.123, de 2015, em detrimento dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais, que não tiveram qualquer oportunidade de se manifestar acerca do assunto.

A norma em comento, dentre as tantas isenções estabelecidas, também o fez com relação à autorização para acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados para fins de pesquisa. Referida autorização, necessária sob a égide da legislação anterior, na vigência da Lei nº 13.123, de 2015, foi substituída por mero cadastro eletrônico efetuado perante o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, a ser feito antes da remessa ou do requerimento de propriedade intelectual. Com isso, o controle de acesso para pesquisa se tornou extremamente frágil, facilitando a mercantilização tanto dos recursos biológicos quanto dos conhecimentos tradicionais, e a própria biopirataria.

É notório, pois, que, assim como a formação, também o conteúdo normativo da Lei nº 13.123, de 2015, está em flagrante desacordo com normas internacionais, mormente a Convenção nº 169, da OIT, no que se refere à questão da consulta e consentimento prévio. Há também flagrantes distorções em relação à repartição justa e equitativa dos benefícios relativos aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Com relação aos povos indígenas, é possível perquirir inclusive acerca da inconstitucionalidade das normas que dispensam a consulta e o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios, tendo em vista o reconhecimento do direito originário que eles possuem sobre seus territórios, inclusive com relação às riquezas do solo, rios e lagos lá existentes, conforme visto alhures.

Constata-se, pois, que o marco legal da biodiversidade é uma lei evitada de retrocessos, especialmente quanto à questão da consulta e consentimento prévios, assim como acerca da repartição de benefícios. Trata-se de uma norma de caráter mais economicista do que protetora dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais. Ao contrariar os próprios objetivos que anuncia, normas internacionais, sobretudo a Convenção nº 169, da OIT, da qual o

⁹⁰ MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza Almeida. Violação ao direito à repartição justa e equitativa de benefícios. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 137.

Brasil é signatário, bem como a própria Constituição Federal, configura-se em verdadeira violação a direitos humanos, dando margem a discussões não só na esfera social e política, mas também judicial.

3 VIGÊNCIA E HIERARQUIA NORMATIVA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL

Conforme visto anteriormente, há algumas décadas, as questões relacionadas ao meio ambiente, aos povos indígenas e às comunidades tradicionais são objeto de movimentos sociais e ambientais. Disso, adveio a edição de normas internacionais e internas, de cunho protetivo e preservacionista, cujo objetivo é regular a situação desses povos, tanto com relação aos indivíduos que os compõem, bem como com relação às terras que ocupam, e também no que se relaciona aos seus costumes, tradições, crenças e conhecimentos.

O Brasil, em consenso com o Direito Internacional, assegurou constitucionalmente proteção especial a alguns desses povos tradicionais, como os indígenas e quilombolas. Posteriormente, na mesma linha, ratificou Tratados Internacionais acerca da matéria, dentre os quais a Convenção nº 169, da OIT, sobre povos indígenas e tribais, a qual abarca, de forma ampla, as comunidades tradicionais.

A Convenção nº 169, da OIT, apresenta avanços importantes relacionados ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e tribais. Atualmente, é o instrumento internacional mais atualizado e abrangente relativo às condições de vidas dessas comunidades, reconhecendo a relação especial que possuem com relação aos seus territórios e a natureza lá existente, os quais são a base da sua sobrevivência econômica e cultural.

No entanto, embora sua indiscutível importância, a Convenção nº 169, da OIT, é uma norma bastante contestada, sobretudo por parte dos ruralistas ligados ao agronegócio. Esse segmento social tem se mobilizado para modificar as regras de demarcação de terras no país, inclusive aquelas ocupadas pelos povos indígenas, bem como as disposições acerca do dever de consulta e consentimento prévio, livre e informado. Portanto, essa discussão precisa ser travada não apenas no plano político-ideológico, mas também no técnico-jurídico. É essencial um esforço nesse sentido, apesar da dificuldade prática de separar as duas dimensões, justamente para subsidiar um debate mais amplo.

Embora a Convenção nº 169, da OIT, esteja em plena vigência no âmbito do direito brasileiro, a questão da positivação hierárquica e da aplicação dos Tratados Internacionais no direito interno não se trata de matéria pacífica. É, pois, imprescindível a averiguação acerca da sua vigência e hierarquia normativa no âmbito nacional, bem como no que se refere à obrigatoriedade – ou não - de observância das disposições nela contidas.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, uma análise acerca da aplicabilidade da Convenção nº 169, enquanto Tratado Internacional oriundo da OIT, na proteção aos povos indígenas e comunidades tradicionais e ao meio ambiente natural. A seguir, trata-se da Convenção citada sob uma abordagem de Direitos Humanos. Posteriormente, trabalha-se a questão acerca da celebração de Tratados Internacionais pelo Brasil e os efeitos de sua internalização na ordem jurídica nacional. Aborda-se a matéria atinente ao conflito entre as normas internacionais e o direito interno, a questão da hierarquia da Convenção nº 169, da OIT, sobre povos indígenas e tribais na ordem jurídica interna do Brasil e os eventuais efeitos decorrentes da sua não regulamentação.

O capítulo é elaborado mediante revisão bibliográfica. Busca-se a obtenção dos dados mediante a análise de livros, artigos, dissertações, teses, anais de congressos, legislação e materiais disponibilizados em sites governamentais e de órgãos do terceiro setor que guardem afinidade com a matéria. A pesquisa é feita com base em palavras-chave, quais sejam, Direito Internacional Público, Tratados Internacionais, Direitos Humanos; Direito Ambiental; Constituição Federal; ingresso e hierarquia normativa dos Tratados Internacionais no sistema jurídico nacional; status normativo da Convenção nº 169, da OIT, e relação entre normas internacionais e normas de direito interno, efetuando-se um apanhado geral acerca dos principais trabalhos realizados, aptos a fornecer dados atuais e relevantes sobre o tema estudado.

3.1 A APLICABILIDADE DE NORMA CRIADA NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E AO MEIO AMBIENTE NATURAL

A Convenção nº 169, da OIT, relativa aos povos indígenas e tribais representou uma quebra no sistema de proteção jurídica até então vigente. Rompendo com o caráter paternalista em que se pautava Convenção nº 107, da Organização Internacional referenciada, que a antecedeu, concedeu às comunidades culturalmente diferenciadas o direito de se reconhecerem como povos, mantendo suas culturas, crenças, organizações e modos de vida. Também estabeleceu mecanismos que auxiliam na concretização desse direito. Pautada nessa nova concepção, ao reconhecê-los como povos permanentes e perduráveis, rechaçou a concepção de transitoriedade anterior, segundo a qual os povos culturalmente diferenciados deveriam, ao

longo do tempo, integrar-se à sociedade dominante “como indivíduos por meio do trabalho assalariado no campo ou na cidade, rompendo com os laços comunitários e identitários”⁹¹.

A Convenção nº 169, da OIT, que por muito tempo foi o mais completo diploma, é, ainda agora, o único instrumento normativo internacional de caráter vinculante que trata, especificamente, dos povos indígenas e tribais. Ela deve, porém, ser compreendida como parte integrante de um sistema de proteção que envolve outras normas como, por exemplo, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção sobre o Genocídio, ratificada pelo Brasil por meio da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956⁹², e a própria CDB.

De início, cabe perquirir o porquê de uma norma da OIT ter ampla aplicabilidade no que tange aos povos indígenas e tribais, abrangendo-se nesse conceito, como visto, as comunidades e agricultores tradicionais. Trata-se de um tema que gera inquietações, sobretudo pelo fato de que a Convenção nº 169 não se limita a temas especificamente laborais, ao menos no sentido tradicional de trabalho. Sobre a matéria, Segundo Neto preceitua que tal situação decorre de razões históricas e do próprio objetivo da OIT, de promover a justiça social, elemento base da paz universal⁹³. Conforme o autor:

Enquanto que a preocupação central da Sociedade das Nações era esclarecer as normas vigentes entre os Estados e manter o *status quo* internacional a fim de salvaguardar a Paz, a problemática indígena não passou despercebida da OIT, organismo internacional que procura fomentar a justiça social, fazendo viva a disposição preambular de sua constituição “a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social”⁹⁴.

⁹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 160

⁹² ALMEIDA, Igor Martins Coelho; BRUZACA, Ruan Didier. O direito de consulta prévia na América Latina: o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. In: ARAUJO, Bruno Manoel Viana De; BIZAWU, Kiwonghi; LEISTE; Margareth Anne (coord.). XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI: Direito internacional dos direitos humanos II, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/71rqv166/6eirSMzd48fWieEG.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 502.

⁹³ SEGUNDO NETO, José Augusto. A Convenção n. 169 da OIT e o pluralismo jurídico. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, Recife/PE, v. 24, n. 41, p. 75-86, 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/102839/2015_segundo_neto_jose_convencao_pluralismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 75.

⁹⁴ SEGUNDO NETO, José Augusto. A Convenção n. 169 da OIT e o pluralismo jurídico. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, Recife/PE, v. 24, n. 41, p. 75-86, 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/102839/2015_segundo_neto_jose_convencao_pluralismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 75.

O argumento se confunde com a própria história da OIT. Silva destaca que, “criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, a OIT nasceu com base na crença de que a paz mundial somente seria possível por meio da justiça social”⁹⁵. Em 1920, a OIT teve sua sede estabelecida em Genebra, na Suíça, onde passou a desenvolver as atividades de acordo com os objetivos propostos, dedicando-se ao desenvolvimento de normas internacionais do trabalho e à garantia de sua aplicação. Em agosto de 1940, em razão da Segunda Guerra Mundial, a sede foi transferida temporariamente para Montreal, no Canadá. Posteriormente, no ano de 1944, os delegados da Conferência Internacional do Trabalho adotaram a Declaração de Filadélfia como anexo à Constituição da OIT. A Declaração constitui, ainda hoje, uma carta de princípios e objetivos da OIT, e também serviu como referência para a adoção da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁶.

Sobre a Declaração da Filadélfia, ela:

[...] reafirmou o princípio de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social e estabeleceu quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade; que o trabalho não é uma mercadoria; que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos; e que todos os seres humanos tem o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades⁹⁷.

Yamada e Oliveira destacam que a OIT, atuando para a promoção e o reconhecimento internacional da justiça social e do respeito aos direitos humanos e trabalhistas, “dedica especial atenção às populações indígenas por representarem uma parte importante dos trabalhadores nos

⁹⁵ SILVA, Silvio José Albuquerque e. **Consulta Prévia e a Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT**. FUNAG/Thesaurus, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/944-Livro_na_Rua_-_A_Consulta_previa_e_a_Convencao_169_sobre_os_povos_indigenas_e_tribais_da_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Em%201920%2C%20a%20sede%20da,como%20seu%20primeiro%20diretor%2Dgeral](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Em%201920%2C%20a%20sede%20da,como%20seu%20primeiro%20diretor%2Dgeral.). Acesso em: 07 mar. 2021. Não paginado.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Em%201920%2C%20a%20sede%20da,como%20seu%20primeiro%20diretor%2Dgeral](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Em%201920%2C%20a%20sede%20da,como%20seu%20primeiro%20diretor%2Dgeral.). Acesso em: 07 mar. 2021. Não paginado.

países de origem colonial, como os da América Latina, ou nos países que ainda eram colônias, como vários na África e na Ásia”⁹⁸.

Desde a criação da OIT, a situação dos indígenas foi objeto de inquietude ante a discriminação e exploração que sofriam e em razão das condições de trabalho que enfrentavam, advindas do desrespeito aos seus direitos fundamentais: “Durante a década de 1950, tornou-se cada vez mais claro que as condições de trabalho desses povos eram consequência de injustiças e preconceitos profundamente arraigados e intrinsecamente ligadas a questões mais amplas de identidade, língua, cultura, costumes e terras”⁹⁹.

Nesse contexto é que a OIT, em 1957, adotou a Convenção nº 107, que no seu texto refletia a perspectiva integracionista da época¹⁰⁰. O Tratado era fundamentado na ideia de que o único futuro possível para os indígenas era sua integração com a sociedade dominante, e que as decisões acerca de seu desenvolvimento deveriam ser tomadas por outras pessoas¹⁰¹.

Na vigência da Convenção nº 107, da OIT, a autossustentabilidade e o trabalho doméstico não eram considerados trabalho; reconhecia-se, pois, como trabalhadores tão somente aqueles com contrato de trabalho assalariado e individual¹⁰². Por inclusão social, compreendia-se a admissão dos indígenas na economia de mercado, onde tivessem acesso a bens de consumo, educação formal e outras coisas que ensejassem sua inclusão no modo de vida chamado moderno. O objetivo era que deixassem de ser indígenas e passassem a ostentar a condição de

⁹⁸ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (org.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada**. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 31.

⁹⁹ Texto original: “Durante los años cincuenta, fue cada vez más evidente que las condiciones laborales de estos pueblos eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma, cultura, costumbres y tierras”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 4.

¹⁰⁰ SILVA, Silvio José Albuquerque e. **Consulta Prévia e a Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT**. FUNAG/Thesaurus, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/944-Livro_na_Rua_-_A_Consulta_previa_e_a_Convencao_169_sobre_os_povos_indigenas_e_tribais_da_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3-4.

¹⁰¹ Texto original: “Por ende, en 1957 y en representación del sistema de las Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107). [...] El Convenio núm. 107 se orientaba intrínsecamente hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tempos”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 4.

¹⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 164.

trabalhadores urbanos ou camponeses¹⁰³. O próprio conceito de desenvolvimento indígena estava pautado na ideia da sua integração com a sociedade colonial¹⁰⁴, rechaçando-se, pois, reiteradamente, e ao abrigo da legalidade, as diferenças culturais que os discerniam da sociedade dominante.

O preço a ser pago pelos membros de povos culturalmente diferenciados para se tornar um trabalhador integrado à sociedade moderna era justamente o abandono da comunidade, da produção coletiva para autossustentação¹⁰⁵, e do próprio coletivo em si, “produzindo a invisibilidade da identidade étnica e também do modo de vida tradicional”¹⁰⁶. Essa ideia de igualar os índios à sociedade dominante é estruturada na ideia de colonialidade do poder, “na medida em que impede, sob o discurso da democracia e igualdade, que os povos indígenas se autodeterminem e imponham dentro de seu próprio território o ritmo e os modos de saber e fazer específicos de seu povo”¹⁰⁷.

A ideia de colonialidade do poder “sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjectivos (*sic*), da existência social quotidiana e da escala societal”¹⁰⁸. O termo alude à expropriação dos descobrimentos culturais dos povos colonizados, e também à repressão de suas formas de produção de conhecimento, de seus padrões de produção de sentidos, de seu universo simbólico e de seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade. Também se refere à imposição, aos colonizados, de

¹⁰³ OLIVEIRA, Rodrigo Magalhaes de; ALEIXO, Mariah Torres. **Convenção 169 da OIT em disputa:** consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3.

¹⁰⁴ FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais:** oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 17.

¹⁰⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG, Goiás/GO**, 42(3), 155-179. <https://doi.org/10.5216/rfd.v42i3.55075>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 164.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Rodrigo Magalhaes de; ALEIXO, Mariah Torres. **Convenção 169 da OIT em disputa:** consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3.

¹⁰⁷ CORRÊA, Kátia Núbia Ferreira. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sob o signo da colonialidade.** Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo6-estadoculturaeidentidade/aconvencao169daorganizacaointernacionaldotrabalho-oit-sobosignodacolonialidade.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁰⁸ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 73.

aprenderem a cultura dos colonizadores no que corroborasse para a reprodução da dominação, tanto no que se refere à da atividade material e tecnológica, quanto da subjetiva, especialmente a religiosa¹⁰⁹.

Quijano esclarece que colonialidade e colonialismo, ainda que vinculados, não são sinônimos. A primeira, como visto, está alicerçada na ideia de supremacia de determinada raça em detrimento de outra. O colonialismo, por sua vez, refere-se a uma estrutura de dominação e exploração. O controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de determinada população domina outra de identidade diversa, localizada em jurisdição territorial diferente. Isso, no entanto, não implica, necessariamente, relações racistas de poder, as quais nem sempre acontecem. Embora o colonialismo seja mais antigo, a colonialidade gerada dentro dele tem se mostrado mais profunda e duradoura¹¹⁰.

Em dado momento, sobretudo com o surgimento de movimentos socioambientais na década de 1960, os indígenas passaram a postular a revogação da Convenção nº 107, da OIT, buscando sua substituição por uma norma que assegurasse proteção aos direitos coletivos. A norma que até então havia sido considerada balizadora no processo emancipatório indígena, “passou a ser criticada por suas tendências integracionistas e paternalistas, fato admitido pelo próprio Comitê de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e sua aplicação inconveniente no mundo moderno”¹¹¹.

Tais fatos fizeram com que a OIT buscasse compreender o significado das reivindicações, deixando de lado a integração por meio das relações de trabalho. A Organização e passou a se preocupar “com os direitos coletivos dos povos, inclusive o de não se submeter a

¹⁰⁹ Texto original: “*En segundo lugar, reprimieron tanto como pu dieron, es decir en variables medidas según los casos, las formas de producción de conocimiento de los colonizados, sus patrones de producción de sentidos, su universo simbólico, sus patrones de expresión y de objetivación de la subjetividad. [...] En tercer lugar, forzaron -también en medidas variables en cada caso- a los colonizados a aprender parcialmente la cultura de los dominadores en todo lo que fuera útil para la reproducción de la dominación, sea en el campo de la actividad material, tecnológica, como de la subjetiva, especialmente religiosa*”. QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (comp.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em: <https://www.tni.org/files/download/La%20colonialidad%20del%20saber.%20Eurocentrismo%20y%20ciencias%20sociales.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 209-210.

¹¹⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf Acesso em 30 nov. 2020. p. 73.

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 6-7.

regras empregatícias e de manter a vida segundo os chamados usos, costumes e tradições em um território que lhes propicie esta condição”¹¹².

Surgiu, assim, a Convenção nº 169, da OIT. Diversamente daquela que a antecedeu, o novo Tratado é pautado na concepção de autonomia, autodeterminação e senso de coletivo dos povos indígenas e tribais. Conforme Figueroa, a Convenção tem servido, desde sua criação, como referência para outros órgãos internacionais, na interpretação de seus instrumentos protetivos de Direitos Humanos e na sua aplicação aos povos indígenas e tribais¹¹³.

A nova Convenção assegura aos povos indígenas e tribais igualdade de tratamento e de oportunidades no pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos ou discriminação e nas mesmas condições garantidas aos demais povos. É nesse entendimento que a Convenção, no âmbito da competência da OIT, insta os governos a garantirem a esses povos os direitos e princípios fundamentais do trabalho e as mesmas condições de trabalho decente e justiça social desfrutadas pelos demais trabalhadores, como o direito à igualdade de tratamento e de oportunidades, à liberdade sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e de não estarem sujeitos, por dívida, a trabalho forçado ou escravo, assim como a proteção de suas crianças contra quaisquer formas de exploração¹¹⁴.

Souza Filho destaca que a Convenção nº 169, da OIT, deve ser lida atentando-se ao fato de que é uma espécie de autocrítica ao assimilacionismo que pautava a Convenção nº 107, que a antecedeu. Segundo essa Convenção, o direito dos povos consistia, como visto, simplesmente em obter um contrato de trabalho que lhes assegurasse um labor assalariado e individual. Para tanto, deveriam abandonar a ideia do coletivo. Essa concepção deve ser levada em conta quando se analisa a Convenção nº 169. Isso porque, se tal circunstância não for considerada, torna-se deveras dificultoso compreender por que a OIT teria que atuar no sentido de “garantir direito territoriais, culturais, de manutenção de sociedades independentes, auto reconhecidas e com forte autodeterminação, independentes dos sistemas de pleno emprego hegemônicos nos Estados Nacionais modernos”¹¹⁵. Tais garantias, no entanto, tem por escopo

¹¹² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 166.

¹¹³ FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 21.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília. 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 9-10.

¹¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099> Acesso em: 30 nov. 2020. p. 163-164.

justamente a desconstrução das ideias de integração pela via do trabalho e da eliminação do coletivo cultural e étnico¹¹⁶.

A Convenção nº 169, da OIT, assegura o direito à diferença dos povos e comunidades tradicionais, o que se encontra consagrado também na Constituição Federal Brasileira de 1988, estando ambas as normas em harmonia. Reconhece a existência de Estados multiétnicos e pluriculturais, como é o caso do Brasil, e o direito dos povos e comunidades culturalmente diferenciadas de conduzirem suas vidas e desenvolvimento pautados nas suas culturas, organizações sociais, políticas e econômicas.

A Convenção se baseia no respeito às culturas e modos de vida dos povos indígenas e reconhece seus direitos sobre a terra e os recursos naturais, bem como o direito de decidir suas próprias prioridades em relação ao processo de desenvolvimento. O objetivo de Convenção é superar as práticas discriminatórias que afetam esses povos e permitir que eles participem da tomada de decisões que afetam suas vidas. Portanto, os princípios fundamentais de consulta e participação eles constituem a pedra angular da Convenção. Além disso, a Convenção cobre uma ampla gama de questões relacionadas aos povos indígenas, incluindo o emprego e formação profissional, educação, segurança social e saúde, direito consuetudinário, instituições tradicionais, línguas, crenças religiosas e cooperação além-fronteiras¹¹⁷.

No que tange ao trabalho dos grupos tutelados pelo Tratado Internacional, sabe-se que tem como base o manejo das terras que ocupam de forma comunitária e depende dos recursos naturais lá existentes. É realizado mediante uma cultura de subsistência, cujo objetivo precípuo não é o lucro, e a utilização dos recursos naturais, inclusive os biodiversos, é feita de forma sustentável, distanciando-se da economia de mercado preponderante na sociedade.

Diante de tais condições, resulta evidente a aplicabilidade da Convenção nº 169, criada no âmbito da OIT aos povos indígenas e comunidades tradicionais. Isso porque, para que se proteja o trabalho por eles executado, é necessário que tal amparo se estenda também ao seu

¹¹⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 164.

¹¹⁷ Texto original: “*El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio. Además, el Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 1.

modo particular o exercer. A Convenção atua justamente nesse sentido quando implementa medidas legais que assegurem o direito à diferença cultural, e também ao proteger o local onde o trabalho é desenvolvido, como é o caso das terras e recursos naturais existentes nos territórios ocupados pelos povos culturalmente diferenciados, observando os costumes de cada comunidade, e o fato de um depender do outro.

Disso, pode-se estabelecer que a Convenção nº 169, da OIT, ao reconhecer e criar mecanismos de proteção aos povos indígenas e comunidades tradicionais e ao seu meio ambiente de trabalho, também tutela, por decorrência, o meio ambiente natural onde vivem e do qual dependem. Agregado a isso, há o fato de que a biodiversidade que os cerca é inerente aos conhecimentos tradicionais que detêm, e vice-versa, como mencionado anteriormente.

De acordo com a Convenção, as terras indígenas devem ser concebidas como a integralidade do meio ambiente das áreas ocupadas ou usadas pelos povos indígenas abrangendo portanto aspectos de natureza coletiva e de direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis. Os Artigos 15 e 14 da Convenção enfatizam o direito de consulta e participação dos povos indígenas no uso, gestão (inclusive controle de acesso) e conservação de seus territórios. [...] Em linha com a Constituição Federal brasileira de 1988, a Convenção OIT nº 169 também reconhece que os povos indígenas têm uma relação especial com a terra, base de sua sobrevivência cultural e econômica. De acordo com a Convenção OIT nº. 169, no caso de povos indígenas, o direito de propriedade deve ser compatível com a compreensão de um direito à terra composto de preocupações da ordem econômica, social e cultural ¹¹⁸.

Ademais, a própria Convenção, reconhecendo a relação entre os indígenas e as comunidades tradicionais com as terras que ocupam, estabelece expressamente, no Artigo 4º, o dever de adoção de medidas especiais, necessárias à salvaguarda das pessoas, das instituições, dos bens e do meio ambiente dos povos interessados. No artigo 7º, o Tratado Internacional determina aos governos, em cooperação com esses povos, a tomada de ações para preservar o meio ambiente e territórios que habitam¹¹⁹. Pode-se dizer, assim, que a proteção aos índios e às comunidades tradicionais, assegurando-lhes o direito de viverem e se desenvolverem de acordo suas crenças, culturas e valores, é intrínseca à proteção do meio ambiente natural dos territórios

¹¹⁸ POVOS indígenas no Brasil. **Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes nº. 169**. Disponível em:

https://pib.socioambiental.org/pt/Conven%C3%A7%C3%A3o_OIT_sobre_Povos_Ind%C3%ADgenas_e_Tribais_em_pa%C3%ADses_independentes_n%C2%BA.169#:~:text=Entre%20os%20direitos%20reconhecidos%20na,maneira%20diferenciada%2C%20segundo%20seus%20costumes. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

por eles ocupados que, em última análise, confunde-se com o próprio meio ambiente de trabalho desses povos.

O direito à propriedade das terras e dos territórios não pode desvincular-se da questão do acesso aos recursos naturais que tradicionalmente foram usados pelas comunidades indígenas. Esses recursos são componentes vitais e integrais de suas terras e territórios, pois são necessários para a sobrevivência, desenvolvimento e continuidade de seu estilo de vida. Nessa medida, os recursos naturais ligados às suas culturas são de propriedade comunitária dos povos indígenas e, como tal, devem ser protegidos¹²⁰.

Os direitos à terra e aos recursos naturais nela existentes são fundamentais para garantir os direitos relacionados à autogestão e à determinação de suas próprias prioridades de desenvolvimento. Ademais, como visto, a maioria dos indígenas depende da terra e dos recursos naturais, e têm desenvolvido técnicas sofisticadas de sustento para manter tanto sua economia, quanto o meio ambiente¹²¹.

Difícilmente se pode dissociar os povos indígenas da terra e da natureza, eis que ambos fazem parte da história desses grupos étnicos. Pode-se afirmar, inclusive, que a situação de pobreza que assola muitos povos indígenas guarda relação com a violação dos seus direitos estruturais de autodeterminação, e com aqueles relacionados com a terra e recursos naturais localizados nos territórios onde vivem. As condições de extrema miséria e vulnerabilidade frequentemente vivenciadas pelos os povos indígenas se devem justamente à falta de acesso às terras e aos recursos naturais lá existentes. Em vários países, os indígenas, expulsos de seus locais de origem, foram e são obrigados a viver em locais que não lhes fornecem quaisquer condições para uma vida digna, dentro das suas concepções culturais¹²².

A Convenção 169 reconhece a existência e garante direitos a todos os povos, indígenas, tribais, quilombolas e demais povos ou populações e comunidades tradicionais. Os direitos reconhecidos podem ser agrupados em dois: o de ser e o de

¹²⁰ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual_direitos_indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 13.

¹²¹ Texto original: “*Sus derechos a las tierras y a los recursos naturales requieren de especial atención, puesto que son fundamentales para garantizar el conjunto más amplio de los derechos relacionados con la autogestión y con el derecho de determinar sus propias prioridades de desarrollo. [...] La mayoría de los pueblos indígenas dependen de las tierras y de los recursos naturales y han desarrollado técnicas sofisticadas de sustento para mantener su economía y el medio ambiente*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 21 -22.

¹²² WENCZENOVICZ, Thais Janaina. **Pueblos indígenas: reflexiones decoloniais**. Joaçaba: Unoesc, 2018. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_Pueblos_Indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 37.

estar em sua territorialidade. O ser é o direito à existência enquanto grupo, coletivo, comunidade, com sua forma de organização própria, suas hierarquias, cultura, religiosidade, sentimento e misticismo e escolha livre de suas opções futuras. O direito de estar é o direito à territorialidade, à terra, ao território. Isso significa o direito de estar em uma terra específica, no lugar onde a natureza influenciou sua cultura e foi por ela modificada em balanço de harmonia. Estes dois grupos de direitos são umbilicalmente ligados, a existência de um depende do outro, por isso um povo desterritorializado usa toda sua força para a reconquista do território e posteriormente para sua manutenção e integridade. Claro que a partir destes dois direitos nascem e se desenvolvem outros, como o conhecimento associado à biodiversidade, as formas específicas de alimentação, trabalho e provisão das necessidades físicas e culturais, etc.¹²³.

Os povos indígenas e tribais são os maiores guardiões da biodiversidade do mundo, habitando regiões ricas em espécies animais e vegetais. A proteção da diversidade cultural dessas comunidades é essencial na proteção da biodiversidade que os cerca, em vista da relação de respeito e proteção que mantêm com o meio ambiente, indispensável para seu próprio desenvolvimento. Suas normas, práticas e costumes refletem um compromisso com a terra e com a conservação dela para as gerações futuras. A sobrevivência das culturas tradicionais dos povos e comunidades está intrinsecamente ligada à proteção dos seus territórios, dos recursos naturais neles existentes e do meio ambiente em geral. Ao proteger o meio ambiente, os povos e comunidades tutelados pela Convenção nº 169, da OIT, também protegem seus costumes, tradições, e a própria diversidade cultural, razão pela qual, com razão, a Convenção, ao reconhecer essa relação intrínseca e indissociável, estabelece o direito dos povos que protege de serem salvaguardados e de terem participação na gestão dos recursos naturais de que dependem¹²⁴. A Convenção, conforme Amin:

representa avanços no que concerne ao reconhecimento dos direitos de participação e consulta prévia, reconhecimento da autonomia indígena e jurisdições próprias, amparada na noção de território e territorialidade, o que confere um maior empoderamento no enfrentamento aos conflitos socioambientais que giram em torno da apropriação e uso da terra e recursos naturais, conferindo o poder de decisão (direito de consentimento) aos povos interessados, a fim de garantir sua integridade étnico-cultural¹²⁵.

¹²³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 169.

¹²⁴ CASTRO, Carla Judith Cetina. A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu aspecto vinculante. *In*: OLIVEIRA, Flavia de Paiva Medeiros de; PADILHA, Norma Sueli; COSTA, Beatriz Souza (coord.). **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. ISBN 978-85-68147-55-9. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=163>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 81-82.

¹²⁵ SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Tese (Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade). - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em:

A Convenção nº 169, da OIT, formulou, pois, uma concepção de trabalho coerente com a perspectiva dos povos indígenas e das comunidades tradicionais. É pautada no coletivo, embora não deixe de regulamentar situações que envolvam o trabalho individual. Ao proteger as terras que os povos que tutela ocupam, o meio ambiente, os recursos naturais nelas existentes, compreende também os saberes tradicionais, deles indissociáveis, como concepção de vida e passíveis de proteção, inclusive mediante o manejo da consulta prévia e/ou do consentimento, conforme o caso. É justamente o que assegura os direitos de autonomia e autodeterminação dos povos, para que não se configure uma relação discriminatória relativa ao trabalho por eles realizado. Em outras palavras, excluir a biodiversidade e os saberes tradicionais a ela intrínsecos da proteção do Tratado significaria impor às categorias protegidas um meio de trabalho que não é o delas, e sim aquele desenvolvido pela sociedade dominante, sob a ótica do capital e da economia de mercado, o que iria contra os objetivos estabelecidos na norma.

Tais disposições convergem, a toda evidência, com o disposto na CDB, que no preâmbulo reconhece expressamente a dependência estreita e tradicional de indígenas e de comunidades tradicionais dos recursos biológicos situados nos territórios que ocupam. Em razão disso, a própria CDB determina, nos termos do Artigo 15, 5, que o acesso aos recursos genéticos oriundos da biodiversidade pressupõe a existência de consentimento prévio fundamentado por parte dos seus provedores¹²⁶. Entretanto, observa Miranda, “como a CDB não regulamenta a forma de obtenção do consentimento prévio, tal função coube à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho”¹²⁷.

Tem-se, assim, que a Convenção nº 169, da OIT, apresenta, dentre suas características, também um viés ambiental, abrangendo tanto o meio ambiente de trabalho convencional, quanto o meio ambiente natural ocupado pelos povos que tutela, contribuindo sua para proteção. Deve, assim, ter como parâmetros de interpretação, a fim de cumprir os objetivos propostos, além daqueles enunciados pelos os princípios gerais do Direito Internacional, também os vetores específicos do Direito Internacional do Meio Ambiente e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

<https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos//000061/000061cd.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p.127.

¹²⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 8; 15.

¹²⁷ MIRANDA, João Paulo Rocha de. **O marco legal da biodiversidade: proteção do patrimônio genético e dos reconhecimentos tradicionais associados e sua inconveniências no contexto do colonialismo biocultural**. São Paulo: LiberArs, 2018. p. 65.

3.2 A CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO NORMA PROTETIVA DE DIREITOS HUMANOS

Piovesan leciona que “os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo Nazismo”¹²⁸.

No que se refere à Convenção nº 169, da OIT, Souza Filho destaca que ela se consubstancia num “tratado de direitos humanos conforme o entendimento do Direito Internacional”¹²⁹, cuja “violação a seus postulados e garantias podem, e tem sido, discutidos nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, no caso brasileiro e latino-americano, na Corte Interamericana de Direitos Humanos”¹³⁰. Tal interpretação nem poderia se dar de outra forma, eis que a Convenção visa tutelar justamente o direito à diferença cultural dos povos indígenas e tribais, assegurando-lhes o direito de serem como são e de se desenvolverem a partir de suas próprias concepções de desenvolvimento. Ela “versa sobre direitos humanos, pois trata de forma ampla de diferentes direitos assegurados a povos indígenas e tribais, de maneira a possibilitar-lhes vida digna, reconhecimento e continuidade de suas gerações futuras”¹³¹. Dito de outra forma, as disposições da Convenção nº 169, da OIT, refletem diretamente na vida e na dignidade humana dos povos por ela tutelados.

A própria Convenção, saliente-se, enuncia expressamente, no texto que precede a normatização propriamente dita, o reconhecimento e aspiração dos povos por ela tutelados, de assumirem “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”¹³². Aduz, também, que “em diversas partes do mundo esses povos não

¹²⁸ PIOVESAN, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG, Goiás/GO**, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 167.

¹³⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG, Goiás/GO**, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 167.

¹³¹ WAGNER, Daize Fernanda. A Convenção 169 da OIT e o controle de convencionalidade nos tribunais da região norte do Brasil. **Rev.de Direitos Humanos em Perspectiva**, Florianópolis/SC, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 18-37, Jan/Jun. 2020. ISSN: 2526-0197. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/6438/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 21-22.

¹³² BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização

podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente”¹³³. Por fim, faz questão de mencionar a “particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”¹³⁴.

Dos enunciados acima, sobressai o reconhecimento de que cada cultura possui sua própria concepção de dignidade humana. Resulta expresso, também, o objetivo da norma de salvaguardar os direitos humanos dos indígenas e comunidades tradicionais, incluindo sua autonomia, senso de coletivo, reconhecimento como povo, cultura, organização social, modos de subsistência e desenvolvimento e, conseqüentemente, o fato de se tratar de uma norma de Direitos Humanos.

Reforçando sua natureza jurídica de Tratado Internacional de Direitos Humanos, a Convenção nº 169, no seu Artigo 3º, assegura aos povos que tutela o direito de gozarem dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, de forma plena, livre de obstáculos ou discriminação, determinando que não seja empregada qualquer forma de força ou coerção que viole tais direitos e liberdades. Na mesma linha, o Artigo 8º determina que, na aplicação da legislação doméstica aos povos interessados, devem ser considerados seus costumes ou seu direito consuetudinário, assegurando-lhes o direito de conservarem costumes e instituições próprias, desde que se compatibilizem com os direitos fundamentais internos do país e com o sistema internacional de Direitos Humanos¹³⁵.

Tratando da efetiva proteção dos Direitos Humanos, Piovesan destaca que “demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente

Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹³³ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹³⁴ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹³⁵ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão”¹³⁶. É o caso dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais que, sabe-se, vivem à margem da sociedade, discriminados por serem quem e como são, e, como regra, assolados por intensa pobreza. Esses segmentos da sociedade são, comumente, vistos como seres inferiores em decorrência da ideia pautada no colonialismo do poder ainda presente, e têm sua dignidade humana constantemente violada. Peterke e Ramos inferem que:

[...] existe o consenso de que a segurança e a assistência aos povos indígenas são essenciais para a sua sobrevivência e para a recuperação de sua dignidade. Contudo, para isso não é suficiente a proteção geral das minorias, garantida pelo Direito Internacional Público. Pelo contrário, os direitos dos povos indígenas ocupam uma posição especial porque, do ponto de vista técnico do direito, diferentemente dos direitos humanos e da proteção das minorias previstos pelo direito internacional, não podem ser configurados como parte da proteção dos direitos individuais. Na regulamentação sobre os povos indígenas, trata-se da segurança de direitos coletivos, que também podem ser denominados de direitos de grupo¹³⁷.

Diante disso, é impositiva a implementação de políticas públicas e medidas jurídicas que tratem especificamente desses grupos de pessoas, respeitando suas peculiaridades e lhes dispensando, sempre que necessário, um tratamento diferenciado. O tratamento geral e abstrato não se mostra suficiente para assegurar materialmente o reconhecimento dos direitos que possuem, inclusive o de serem diferentes, embora, no que tange aos indígenas e quilombolas, estejam previstos, ao menos formalmente, inclusive na Constituição Brasileira. Para Piovesan:

Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, a população afrodescendentes (*sic*), os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial¹³⁸.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 22.

¹³⁷ PETERKE, Sven; RAMOS, André de Carvalho *et. al* (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/manual_pratico_dh_internacionais.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 308.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 22.

Na mesma linha, Boaventura de Souza Santos infere que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”¹³⁹.

A partir dessa premissa, observa-se que os objetivos da Convenção nº 169, da OIT, de “garantir que os povos indígenas e tribais gozem plenamente dos direitos e liberdades fundamentais, sem obstáculos e discriminações e, reconhecendo que mantêm uma relação especial com suas terras”¹⁴⁰, atuam justamente no sentido de assegurar àqueles que tutela o direito a diferença que os caracteriza e o pleno exercício de seus Direitos Humanos, sobretudo no que tange à sua dignidade.

Os direitos dos povos indígenas não são direitos especiais, senão que articulam os direitos humanos universais que se aplicam aos povos indígenas. Isso significa que convém contextualizar os direitos com a situação dos povos indígenas e levar em conta seus aspectos coletivos. [...] Neste sentido, a Convenção estipula medidas especiais para garantir igualdade efetiva entre povos indígenas e todos os outros setores de uma determinada sociedade. No entanto, a exigência de medidas especiais não significa que a Convenção disponha que privilégios especiais sejam concedidos aos povos indígenas com relação ao resto da população¹⁴¹.

Um dos principais instrumentos estabelecidos pela Convenção a fim de assegurar o direito à diferença dos povos indígenas é o direito dos povos tutelados de serem previamente consultados antes da realização de qualquer ato administrativo ou legislativo que os possa atingir, tendo o Estado o dever de realizar a consulta. Trata-se do chamado direito de consulta prévia, livre e informada.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 53.

¹⁴⁰ BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. A Convenção 169 da OIT e uma análise de sua violação pelo Estado brasileiro a partir do caso de Belo Monte. In: CAUBET, Christian Guy (coord.). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos: Os Estados contra o bem viver de suas populações**. Florianópolis: Insular, 2016. p. 58.

¹⁴¹ Texto original: “*Los derechos de los pueblos indígenas no son derechos «especiales», sino que articulan los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas. Esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos. [...] En este sentido, el Convenio estipula medidas especiales para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una determinada sociedad. Sin embargo, el requerimiento de medidas especiales no significa que el Convenio disponga que se otorguen privilegios especiales a los pueblos indígenas respecto del resto de la población*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3.

Esse dever estatal surge como consequência do reconhecimento universal de uma extensa gama de direitos humanos, dentre os quais o direito à integridade cultural, à igualdade e o direito de propriedade. De forma ainda mais fundamental, esse dever decorre do direito primordial dos indígenas à autodeterminação e dos princípios relacionados à democracia e soberania popular, atendendo às suas aspirações no sentido de determinarem seu destino em condições de igualdade com os demais membros da sociedade, participando de forma efetiva no processo de tomada de decisões que os possam afetar. A autodeterminação é um direito fundamental, cuja observância é imprescindível para que os direitos humanos possam ser exercidos pelos indígenas, tanto de forma coletiva, quanto individual. Trata-se do atendimento dos princípios da soberania popular e o do próprio princípio democrático, que rechaçam o governo impositivo, apoiando o governo por consentimento.

Diante de tais princípios, o dever estatal de consulta aos povos interessados, na tomada de decisões que os afetem, visa acabar com o modelo histórico de exclusão, a fim de que as decisões não sejam impostas, bem como para que as comunidades culturalmente distintas possam prosperar de forma coletiva nas terras em que, por suas culturas, estão estabelecidas.

A adoção de procedimentos especiais e diferenciados de consulta na tomada de decisão que afete os povos tutelados pela Convenção nº 169, da OIT, são necessários, na medida em que se justificam pela natureza dos interesses particulares dessa parcela da população, derivados do caráter distinto dos modelos históricos por eles adotados. Ademais, os processos democráticos comuns seriam, no mais das vezes, insuficientes para atender às inquietações e necessidade dos povos e comunidades tradicionais, em regra marginalizados na esfera política.

Assim, o dever estatal de consulta aos povos e comunidades tradicionais, e os vários elementos normativos desse dever, são pautados no reconhecimento das características distintas dos grupos tutelados pela Convenção nº 169, da OIT, e na necessidade de adoção de medidas especiais para corrigir suas condições de desvantagem¹⁴².

¹⁴² Texto original: "*Además, el deber de celebrar consultas dimana de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos*23. 41. Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. En el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten. El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse

Falar em existência digna vai muito além da mera garantia do direito de existir e de não estar na linha da pobreza absoluta. Empreende também assegurar um mínimo de valores indispensáveis, a exemplo da autodeterminação e da liberdade de conduzir a vida de acordo com preceitos, valores e culturas próprias, ainda que dissonantes daquelas que pautam a sociedade dominante, os quais devem ser respeitados por todos e protegidos pelo direito. Trata-se, em última análise, de afirmar o direito de ser diferente e de ser respeitado na sua diferença.

É exatamente o que faz a Convenção nº 169, da OIT, ao estabelecer um tratamento diferenciado para os grupos que salvaguarda, e também instrumentos jurídicos que visam assegurar-lhes o exercício dos direitos coletivos que lhes são garantidos, a exemplo do direito de consulta e, conforme o caso, consentimento, livre, prévio e informado, consubstanciando-se, assim, como verdadeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos.

3.3 A HIERARQUIA NORMATIVA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

A Convenção nº 169, da OIT, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, é um Tratado Internacional de Direitos Humanos internalizado no ordenamento jurídico nacional. Sua aprovação ocorreu em 20 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143. O instrumento de ratificação foi depositado, pelo governo brasileiro, junto ao Diretor Executivo, da OIT, em 25 de julho de 2002. Por fim, a Convenção foi promulgada em 19 de abril de 2004, mediante a edição do Decreto nº 5.051, atualmente revogado pelo Decreto nº 10.088, de 2019, em vigência.

Antes de passar à abordagem específica acerca da posição hierárquica ocupada pelo Tratado Internacional citado no ordenamento jurídico interno, cumpre dizer que o surgimento

plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados [...]”. NAÇÕES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.** Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Disponível em: https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/EI%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_cdh.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 15-16.

do Direito Internacional é decorrência da própria evolução humana, da sociedade, e do próprio direito. Este passa a não mais se limitar pelas fronteiras dos Estados, transcendendo os seus limites territoriais soberanos “rumo à criação de um sistema de normas jurídicas capaz de coordenar vários interesses estatais simultâneos, de forma a poderem os Estados, em seu conjunto, alcançar suas finalidades e interesses recíprocos”¹⁴³.

Num primeiro momento, na chamada fase clássica, atuação do Direito Internacional era mais restrita, centrada nas relações dos Estados entre si, tratando principalmente de matérias relativas à guerra e paz, resolução pacífica dos conflitos, colonização, imunidades diplomáticas, extradição e pesca, dentre outras. O Direito Internacional clássico foi dominado “pelo traço característico de um direito de fonte voluntária, com forte base contratual, originada dos Estados soberanos, que se auto-limitavam (*sic*), em razão dos interesses nacionais respectivos”¹⁴⁴.

A partir do século XIX e, principalmente, depois da Segunda Guerra Mundial, surge uma nova fase, chamada de moderna ou contemporânea. Nessa fase, agregam-se ao Direito Internacional também os objetivos de, mediante a cooperação entre Estados, construir uma sociedade mundial mais justa e perseguir os fins comuns da humanidade. Atualmente, o Direito Internacional, além de se ocupar com as relações dos estatais entre si, também abrange algumas relações destes com pessoas naturais e jurídicas, desempenhando um papel voltado também ao desenvolvimento dos povos e das pessoas ¹⁴⁵, abordando assuntos como Direitos Humanos e meio ambiente, que eram, até então, limitados à jurisdição doméstica¹⁴⁶.

Se, de um lado, o direito internacional atinge, no curso do século XIX, seu pleno desenvolvimento, de outro, experimenta sucessivas “crises” ou hipóteses de reformulação. Até então bidimensional, isto é, limitado à terra e ao mar, passa a ser tridimensional quando ao conjunto preexistente se agrega a dimensão do direito internacional aeronáutico, desde o início do século XX, e a dimensão do espaço exterior, a partir do final da segunda guerra mundial, para resgatar a condição central do ser humano no direito internacional, mediante o surgimento e a consolidação de sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁷.

¹⁴³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

¹⁴⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 30.

¹⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais: (com comentários à Convenção de Viena de 1969)**. 2. ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 12.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 84.

¹⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 86.

Pode-se, assim, dizer que o Direito Internacional consiste “num conjunto de regras escritas e não escritas que regem as relações entre os membros da sociedade internacional, no intuito de assegurar a justiça internacional, a segurança internacional, a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento econômico”¹⁴⁸. Rezek leciona que o Direito Internacional Público é um sistema jurídico autônomo, em que se ordenam as relações entre Estados soberanos, fundamentado no consentimento¹⁴⁹. Para Accioly, o Direito Internacional pode ser definido como “o conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas entre os estados e destes com os demais sujeitos de direito internacional – como determinadas organizações internacionais e os indivíduos”¹⁵⁰.

Figuram atualmente como sujeitos de Direito Internacional, além dos Estados soberanos, que até o século XX eram os únicos sujeitos do direito das gentes¹⁵¹, também as Organizações Internacionais intergovernamentais e os indivíduos, estes últimos de forma limitada. No que tange às pessoas físicas, Varella defende que não cabe classificar os indivíduos como sujeitos de Direito Internacional, e sim como atores, que conceitua como sendo aqueles que, de alguma forma, participam das relações jurídicas internacionais, cujas capacidades e competências internacionais, no entanto, “apenas poderão ser exercidas para a garantia dos direitos concedidos pelos Estados e não de forma indeterminada”¹⁵².

Embora a existência de outras doutrinas que sustentam a obrigatoriedade do Direito Internacional, a exemplo da voluntarista, pautada na ideia da vontade coletiva dos Estados e/ou no consentimento mútuo destes, e cuja obrigatoriedade é fundada em critérios objetivos, acima da vontade estatal, como natureza, razão ou costume; e a subjetivista, para a qual o Direito Internacional é obrigatório em decorrência do cruzamento de vontades dos Estados; o fundamento mais moderno do Direito Internacional é pautado na norma *pacta sun servanda*¹⁵³. Conforme Resek:

¹⁴⁸ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 37.

¹⁴⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23

¹⁵⁰ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 26.

¹⁵¹ KNIHS, Karla. **Direito internacional público**. Curitiba: Contentus. p. 7. *E-book*.

¹⁵² VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 31. *E-book*.

¹⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122-123.

Pacta sunt servanda — o princípio segundo o qual o que foi pactuado deve ser cumprido — é um modelo de norma fundada no consentimento perceptivo. Regras resultantes do consentimento criativo são aquelas das quais a comunidade internacional poderia *prescindir*. São aquelas que evoluíram em determinado sentido, quando perfeitamente poderiam ter assumido sentido diverso, ou mesmo contrário. E é impossível, em definitivo, conceber que a mais rudimentar das comunidades sobreviva sem que seus integrantes reconheçam, quando menos, o dever de honrar as obrigações livremente assumidas¹⁵⁴.

Há, pois, o dever de os Estados respeitarem as regras internacionais as quais tenham se obrigado por vontade própria, ao ratificar um Tratado Internacional, cumprindo e respeitando, de boa-fé, o que foi acordado. O Direito Internacional, assim como ocorre no Direito interno, é regido por princípios. Destacam-se, dentre eles, a igualdade soberana entre os Estados; a autonomia estatal, assegurando aos Estados o direito de se governarem conforme seus interesses; o embargo do recurso à força, buscando-se da solução pacífica de controvérsias, mediante o manejo dos instrumentos pacíficos a disposição para tal; o respeito aos Direitos Humanos, atualmente considerado um valor comum a qualquer sistema jurídico; e cooperação internacional, segundo a qual os Estados devem, em conjunto, buscar soluções para problemas comuns¹⁵⁵.

As principais fontes do Direito Internacional, consistentes em “documentos ou pronunciamentos dos quais emanam direitos e deveres de pessoas internacionais”¹⁵⁶, estão elencadas, de forma não taxativa, no artigo 38, da Corte Internacional de Justiça. São os Tratados Internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito e as decisões judiciais e doutrina dos publicistas de maior competência das distintas nações.

Embora reconhecida a inexistência, em regra, de hierarquia entre as fontes de Direito Internacional, mormente com relação aos Tratados, costumes e princípios gerais do direito, para fins do presente trabalho, será abordado especificamente o tema dos Tratados Internacionais. Sobre eles, Varella destaca serem a principal fonte do Direito Internacional, pois determinam a vontade dos sujeitos que, em certo momento, aceitaram regular determinada situação jurídica por meio uma norma comum a todos. O autor entende ser a mais democrática das fontes, visto que, como regra, somente se vinculam a ele os sujeitos que assim o desejarem¹⁵⁷.

¹⁵⁴ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

¹⁵⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 33-36. *E-book*.

¹⁵⁶ KNIHS, Karla. **Direito internacional público**. Curitiba: Contentus, 2020. p. 10. *E-book*.

¹⁵⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 49-50. *E-book*.

Tratado é “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”¹⁵⁸. Pode também ser conceituado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais, regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”¹⁵⁹.

Atualmente, matérias variadas e de suma importância, como meio ambiente, trabalho, Direitos Humanos, dentre outros, antes geridas pelo direito costumeiro, são reguladas por Tratados Internacionais, por meio de normas convencionais formais. Com a codificação do Direito Internacional Público, este se tornou mais dinâmico, representativo e autêntico¹⁶⁰, trazendo maior segurança jurídica às partes. Aciolly, inclusive, defende ser “preciso acreditar no espaço e no papel do direito internacional, como condição de sobrevivência da humanidade”¹⁶¹.

Ao ratificar um Tratado, o Estado se compromete a cumprir seus preceitos, assumindo as obrigações de respeitar e fazer respeitar, bem como garantir os direitos por ele reconhecidos a todos que estão sob sua jurisdição. Deve, para tal, adaptar sua legislação interna, assegurando que não se tomem medidas ou ações contra o estabelecido ou, caso ocorra, garantir àqueles que se sintam violados, medidas jurídicas para corrigir a situação¹⁶².

Aliás, a ratificação de um Tratado pressupõe que ambos os poderes, executivo e legislativo, estejam de acordo com o seu conteúdo material. Isso porque, caso o Executivo discorde, poderá não o remeter ao Congresso, frustrando, assim, qualquer possibilidade de aprovação, a qual, na mesma linha, pode ou não ocorrer no âmbito legislativo. Há duas únicas exceções a essa regra. A primeira versa sobre Tratados de Direitos Humanos, que podem, após a EC nº 45, de 2004, ingressar no ordenamento jurídico nacional com força de norma constitucional, caso aprovado em dois turnos em cada Casa do Congresso, por três quintos dos votos. A segunda é relativa às Convenções da OIT, caso em que, mesmo o Executivo sendo

¹⁵⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 173.

¹⁵⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 50. *E-book*.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 189-190.

¹⁶¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed, São Paulo: Saraiva, 2019. p. 96.

¹⁶² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. **Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro**: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da constituição federal de 1988. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado3.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020, n.p.

contrário à ratificação, é obrigado a enviá-las para apreciação do Congresso Nacional, podendo, no entanto, caso seja de seu interesse, solicitar a rejeição do Tratado, ao invés da sua aprovação¹⁶³.

Feitas essas abordagens pontuais acerca das principais características do Direito Internacional e dos Tratados Internacionais, passa-se a tratar do ingresso destes no sistema jurídico interno, visando, em última análise, estabelecer a posição hierárquica da Convenção nº 169, da OIT, no cenário normativo nacional. No que tange à posição dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno e a relação daqueles com as normas do direito doméstico, a doutrina nos apresenta duas grandes teorias: o monismo e o dualismo.

Para a teoria monista, o Direito Internacional e o local convergem para uma situação em que o primeiro integra o segundo, formando uma unidade jurídica. Os compromissos exteriores assumidos pelos Estados passam a ter aplicação imediata no ordenamento local do país que efetuou o pacto. De acordo com esta corrente, com a ratificação de um Tratado, ele já estaria internalizado no ordenamento jurídico nacional. Não seria necessário a edição de Decreto posterior, pelo Poder Executivo, para que houvesse o comprometimento do Estado tanto no âmbito internacional, como no interno. Varella ressalva que: “Não há qualquer norma que indique a necessidade de um novo ato do Presidente da República para que se torne exigível internamente. Trata-se, na verdade, de construção teórica, aceita amplamente pelos tribunais brasileiros”¹⁶⁴.

A teoria monista se subdivide em monismo internacionalista e no monismo nacionalista. Para a primeira vertente, em caso de conflito, a ordem jurídica interna cede em favor da ordem internacional. O monismo nacionalista, por sua vez, apresenta posicionamento contrário, no sentido de que o direito de cada país soberano se sobrepõe com relação ao Direito Internacional. Sobre o tema, Accioly destaca que: “A jurisprudência internacional tem sido invariável ao reconhecer a primazia do direito internacional”¹⁶⁵. Rezek, por sua vez, afirma:

Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciais em inúmeros países do ocidente — incluídos o Brasil

¹⁶³ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 109-111. *E-book*.

¹⁶⁴ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 137. *E-book*.

¹⁶⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 238.

e os Estados Unidos da América —, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno¹⁶⁶.

A corrente dualista, por sua vez, defende que o Direito Internacional e o direito de cada Estado são sistemas independentes. Para essa doutrina, ao Direito Internacional compete a tarefa de regular as relações entre os Estados, e entre estes e as Organizações Internacionais, cabendo ao direito interno a regulação das ações entre Estado e povo. Por se tratar de sistemas distintos, não haveria conflito entre uma norma interna e uma norma de Direito Internacional, nem supremacia de uma sobre a outra, visto que o âmbito de incidência das legislações é diverso. De acordo com essa corrente, para que um compromisso assumido internacionalmente passe a ter valor jurídico no âmbito interno de um país, deve ser transformado em norma de direito doméstico, visto que “a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional”¹⁶⁷.

Embora a inexistência de consenso doutrinário quanto à corrente adorada pelo Brasil, Binenbojm assevera ser possível classificar o sistema brasileiro tanto como monista moderado, quanto dualista moderado, sem que tal altere a resolução de eventuais conflitos entre as normas internas e internacionais¹⁶⁸.

Varella, por sua vez, defende que “a teoria e os tribunais consideram a existência de um sistema dualista moderado”¹⁶⁹, segundo o qual “o tratado é ratificado pelo Poder Executivo quando o Brasil se compromete perante os demais Estados-partes, e internalizado em um segundo momento pelo Decreto Executivo, a partir de quando o Tratado passa a ser exigível internamente”¹⁷⁰. Em outras palavras, sendo o direito interno e o Internacional ordens jurídicas distintas, para que seja totalmente validado, é necessária a adoção de dois procedimentos: a ratificação pelo Congresso Nacional, quando o Estado se compromete perante as outras partes do Tratado; e a promulgação por meio de decreto do Poder Executivo, a partir do qual o Tratado se transforma em norma doméstica, integrante do sistema jurídico nacional, a ser observada também no âmbito local, podendo ser invocado nos tribunais nacionais.

¹⁶⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

¹⁶⁷ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

¹⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro/RJ, v.3, n.9, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_180.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 182.

¹⁶⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 136. *E-book*.

¹⁷⁰ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 138. *E-book*.

O termo dualista moderado decorre do fato de que, no interstício entre a ratificação do Tratado e sua promulgação, não haveria obrigação de sua observância no direito interno, continuando a se tratar de dois sistemas distintos¹⁷¹. Saliente-se que, conforme já mencionado, embora não exista regra que obrigue a promulgação do Tratado para sua internalização no país, sendo suficiente para tanto a ratificação pelo poder legislativo, tal prática, no Brasil, é exigida pelo STF.

Quanto à hierarquia normativa dos Tratados Internacionais internalizados pelo Brasil, historicamente, até o ano de 1977, a posição majoritária do STF era no sentido de atribuir preferência ao Tratado Internacional, quando estivesse conflito com norma infraconstitucional. Ou seja, atribuía-se ao Tratado natureza jurídica infraconstitucional, mas supralegal.

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 80.004-SE¹⁷², esse entendimento foi alterado. Os Tratados passaram a ingressar no sistema jurídico interno na condição de lei ordinária. Com isso, passou-se a entender que, em situações de conflito entre normas internacionais e internas, prevaleceria a mais recente. Em outras palavras, lei posterior ao Tratado que com ele conflitasse, prevaleceria.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, pouco estabeleceu sobre o tema. O artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior, dispõe que: “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”¹⁷³. Com base nesse dispositivo, parte da doutrina entendeu que todos os Tratados de Direitos Humanos eram internalizados no sistema jurídico nacional com natureza de norma constitucional, compondo, pois, bloco de constitucionalidade, consoante explana Piovesan:

Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano

¹⁷¹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 138. *E-book*.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE (Tribunal Pleno)**. Relator: Ministro Cunha Peixoto, 01 de junho de 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 30 nov. 2020.

¹⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

internacional, tendo em vista que integrariam o chamado jus cogens (direito cogente e inderrogável)¹⁷⁴.

Essa, no entanto, não foi a posição adotada pelo STF na época, que permaneceu atribuindo aos Tratados a condição de norma legal, consoante se verifica no julgamento do Habeas Corpus (HC) 72.131/RJ¹⁷⁵.

Com a edição da EC nº 45, de 2004, acresceu-se o parágrafo terceiro ao artigo 5º, da Constituição, dispondo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹⁷⁶.

Ressalvada a hipótese dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados ao sistema jurídico nacional de forma qualificada, a Constituição nada estabeleceu de novo com relação ao reconhecimento ou aceitação do Direito Internacional pelo direito local. A partir disso, entende-se que os demais Tratados, que não versam sobre Direitos Humanos ou, versando, não sejam aprovados na forma qualificada prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, têm natureza jurídica infraconstitucional, estando, inclusive, sujeitos à controle de constitucionalidade, consoante disposição do artigo 102, III, b, da Constituição¹⁷⁷. Cumpre, no entanto, perquirir se tais Tratados se sobrepõem às leis ou se são a elas equiparados.

Não se desconhece a posição de doutrinadores como, por exemplo, Valério Mazzuoli, Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que defendem que os Tratados de Direitos Humanos internalizados no Brasil possuem caráter constitucional, independente do quórum de aprovação. Sobre o tema, Piovesan leciona que:

Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do parágrafo 3º do art.5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. [...] Vale dizer, com o advento do parágrafo 3º do artigo 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131-1/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 20 de novembro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573> Acesso em 30 nov. 2020.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal¹⁷⁸..

Contudo, essa posição não é a adotada pela maioria doutrinária, tampouco pelo STF, conforme se verificará adiante, além de divergir dos preceitos da Constituição Federal. Aliás, se essa fosse a vontade do legislador constituinte, não haveria a limitação imposta no artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei Fundamental. Bastaria, nesse caso, dispor que os Tratados de Direitos Humanos internalizados no sistema jurídico brasileiro teriam status equivalente ao das Emendas Constitucionais, sem fazer menção específica ao quórum qualificado. Barroso, com relação à norma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, destaca que:

O objetivo da inovação foi afastar a polêmica a propósito do alcance do art. 5º, §2º, da Constituição, prevendo-se um mecanismo específico de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Supera-se, assim, dificuldade teórica que vinha sendo apontada pela doutrina e pela jurisprudência. A medida teve apoio dos grupos de direitos humanos e do próprio Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, embora tenha sido criticada por quem defendia a tese da incorporação imediata, com base no art. 5º, § 2º¹⁷⁹.

Nessa linha, o STF, no julgamento do RE 466.343/SP, que configurou um novo *leading case* acerca do tema, reviu sua jurisprudência. No julgado, foram discutidas duas posições que alçam o Direito Internacional dos Direitos Humanos a patamar superior, “dando-lhe a condição de direito que permite o controle de legitimidade da lei ordinária”¹⁸⁰. A primeira delas foi aquela capitaneada pelo Ministro Celso de Melo, a qual conferia-lhes hierarquia constitucional, na mesma linha de Mazzuoli, Trindade e Piovesan, antes citados. Essa posição, no entanto, não preponderou, pois, embora o Tribunal tenha entendido que não mais existia paridade entre os Tratados que versassem sobre Direitos Humanos e o ordenamento jurídico interno, também não alçou àqueles a hierarquia de norma constitucional. Reconheceu-lhes, no

¹⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direito Constitucional:** direitos humanos e o direito constitucional internacional.

Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 32-33.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. **Controle de convencionalidade:** um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 172–173.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *In:* MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade:** um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 59.

entanto, o status de norma supralegal, situada abaixo da Constituição e acima das leis e normas jurídicas infralegais, acolhendo a posição liderada Ministro Gilmar Mendes, que acabou prevalecendo. O Ministro assim se manifestou:

[...] os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana[...]. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...] O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação¹⁸¹.

Assim, no âmbito interno, os Tratados Internacionais apresentam 3 posições hierárquicas, a saber, Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados de acordo com o preceituado no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, equivalem às Emendas Constitucionais e compõem bloco de constitucionalidade; Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados sem a forma qualificada do artigo constitucional citado possuem hierarquia supralegal; e, por fim, Tratados Internacionais que não versem acerca de Direitos Humanos têm valor legal.

Insta salientar a existência de discussão acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados antes da Edição da EC 45, de 2004. Embora a divergência acerca da sua hierarquia normativa, tem-se, na mesma linha argumentativa já apresentada, que a eles também se atribui status de supralegalidade, não compondo, pois, bloco de constitucionalidade. Sobre o tema, Carvalho destaca que:

[...] se o reformador da Constituição exigiu o *quorum* qualificado para recepcionar os tratados internacionais de direitos humanos e silenciou quanto aos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45, é de se concluir que não gozam estes do mesmo status normativo. Por evidente que o Tratado Internacional de direitos humanos aprovado antes da Emenda Constitucional n. 45 não pode ter o mesmo patamar de dignidade que os posteriormente apreciados que alcançarem o *quorum* qualificado. E isso se afirma pela falta de consenso sobre a dicção do § 2º do art. 5º da Carta Magna¹⁸².

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 1154-1191.

¹⁸² CARVALHO, Weliton. Tratados internacionais de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45: o problema do status normativo. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória/ES, n. 8, p. 339-364, 13 dez. 2010. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/39/37>. Acesso em 07 mar. 2021.

De outro lado, porém, também não se lhes pode atribuir hierarquia de lei ordinária, pois o disposto no art. 4º, II, da Constituição “estabelece que o compromisso de dar prevalência ao tema dos direitos humanos. Se assim o é, por consequência lógica, o Tratado Internacional de direitos humanos não pode se equiparar ao mesmo grau das leis, mas, antes, superá-las em hierarquia, atingindo a suprallegalidade”¹⁸³.

É o caso da Convenção nº 169, da OIT. O Tratado foi ratificado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico interno antes da edição da EC 45, de 2004, portanto, sem a observância do quórum especial para sua aprovação. Diante disso, entende-se que, embora palco de discussões, e não raro relativizada, a Convenção nº 169, da OIT, sendo um Tratado Internacional de Direitos Humanos, possui hierarquia supralegal, sendo inferior à Constituição Federal, porém superior às leis e demais normas infralegais do ordenamento jurídico pátrio. Logo, embora não seja apta a revogar norma interna legal ou infralegal conflitante, estas podem ter sua convencionalidade legal questionada e aplicabilidade suspensa, quando a ela não se adequarem.

Atente-se que o Brasil, embora tenha, como visto, ratificado e promulgado a Convenção nº 169, da OIT, até o momento não a regulamentou. Importa salientar que no ano de 2012, o governo federal, por meio da Portaria Interministerial nº 35, criou um grupo de trabalho coordenado pelo do Ministério das Relações Exteriores e pela Secretaria-Geral da Presidência, visando estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169, relativamente aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais¹⁸⁴. O grupo foi encerrado em fevereiro de 2014. Afirma ter cumprido o compromisso atribuído, tendo efetuado diversos estudos e avaliações acerca da Convenção nº 169, da OIT, o que resultou em proposta de texto de regulamentação para debate junto aos sujeitos¹⁸⁵. No entanto, a regulamentação pretendida não se efetivou.

¹⁸³ CARVALHO, Weliton. Tratados internacionais de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45: o problema do status normativo. *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória/ES, n. 8, p. 339-364, 13 dez. 2010. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/39/37>. Acesso em 07 mar. 2021.

¹⁸⁴ COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Criado GT Interministerial para elaborar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da OIT**. Disponível em: <https://cpisp.org.br/criado-gt-interministerial-para-elaborar-proposta-de-regulamentacao-da-convencao-no-169-da-oit/>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁸⁵ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Elaboração de processos para a consulta prévia da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/2o-plano-de-acao-brasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-da-republica/elaboracao-de-processos-para-a-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

Tal fato não impede, todavia, a aplicação imediata das normas da Convenção nº 169, da OIT, visto que, assim como as demais normas que integram o bloco dos Direitos Humanos, o Tratado é autoaplicável. Nesse sentido:

Na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, as normas da Convenção n. 169 são de aplicabilidade imediata, vinculando os Estados signatários independentemente de regulamentação, e possuem hierarquia “supralegal”, isto é, são paradigmas para o controle difuso de convencionalidade e parâmetros para interpretação da legislação ordinária¹⁸⁶.

Embora se reconheça a hierarquia de norma supralegal da Convenção nº 169, da OIT, não se ignora o fato de que sua aplicabilidade, obrigatoriedade e interpretação são objeto de divergências e questionamentos, especialmente no que tange ao direito de consulta prévia assegurado aos povos indígenas e tribais que visa proteger.

Exemplo disso é a ADI nº 5905 proposta pela Governadora do Estado de Roraima em 2018, por meio da qual são questionadas partes do Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e do Decreto nº 5.051, de 2004, da Presidência da República, que internalizaram a Convenção nº 169, da OIT, no Brasil. A ADI busca a declaração de inconstitucionalidade parcial dos dispositivos mencionados, na parte que promulgou o artigo 6º, 1, a), e 2; o artigo 13, 1 e 2; o artigo 14, 1 e 2; e o artigo 15, 2, do Tratado Internacional citado. Para tanto, argumenta que o condicionamento da execução de obras públicas à consulta prévia dos povos interessados acarreta prejuízos estruturais ao desenvolvimento socioeconômico de Roraima, e que tais normas violam a Constituição Federal, visto que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da independência e da soberania nacional, dentre outros¹⁸⁷.

A ADI ainda está em processo de tramitação. Associações representativas de povos indígenas e comunidades quilombolas, como a Associação Comunidade Waimiri Atroari, Comunidades Quilombolas do Estado de Minas Gerais (N’GOLO/MINAS GERAIS), Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Pará (MALUNGU/PARÁ) e Terra de Direitos têm sido admitidas no feito, na qualidade de *amicus*

¹⁸⁶ PONTES JR., Felício; OLIVEIRA. Audiência pública, oitava constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 99.

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI contra exigência de consulta a povos indígenas para execução de obras públicas terá rito abreviado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373240>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

*curiae*¹⁸⁸. A Procuradoria Geral da República já apresentou parecer pela improcedência da ação, defendendo a constitucionalidade das normas da Convenção nº 169, da OIT, questionadas, conforme trecho da ementa ora descrito:

[...] 1. São constitucionais as normas do art. 6º, itens 1, a e 2, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que asseguram aos povos indígenas e tribais o direito de serem consultados sobre as medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. O direito à consulta e participação dos povos indígenas, nos processos de tomada de decisões do Estado que os impactem, resulta da própria Constituição Federal de 1988, e do modelo de sociedade democrática, pluralista e comprometida com a dignidade humana, por ela estabelecido (art. 1º, caput e incisos III e V). 2. Contrária a Constituição Federal a pretensão de que seja fixada interpretação no sentido de dispensar a consulta prévia às comunidades indígenas afetadas, nas hipóteses de instalação de equipamentos públicos, torres e equipamentos de transmissão e distribuição de energia elétrica, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, e de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e ao consagrar direitos fundamentais, inclusive aqueles voltados especificamente à tutela dos indígenas, impede que se utilize a genérica expressão “interesse público” para a restrição incondicionada desses direitos [...]¹⁸⁹.

A ação pende de julgamento. Acredita-se – e se espera -, porém, que seja improcedente. Ao contrário do alegado pela autora da ação, não se vislumbra qualquer violação constitucional nas normas questionadas. Pelo contrário, estão em perfeita consonância com a Lei Fundamental. do país no que tange à proteção dos povos indígenas, suas culturas e modo de vida, e decorrência lógica, do próprio meio ambiente. Conforme Yamada e Amorim:

Os direitos previstos na Convenção são auto-aplicáveis (*sic*) no Brasil e se elevam à categoria de direitos fundamentais. O direito de consulta, previsto nos artigos 6º e 15º da Convenção 169, da OIT, harmoniza-se com os direitos salvaguardados nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal que reconhecem aos povos indígenas o direito de viverem segundo suas formas próprias de organização social, usos, costumes e tradições, salvaguardam as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e estabelecem a necessidade de oitiva às comunidades indígenas no caso de exploração de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, dentre outros¹⁹⁰.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905/RR**. Requerente: Governadora do Estado de Roraima. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365245>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.905/RR**. Requerente: Governadora do Estado de Roraima. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341088754&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 2.

¹⁹⁰ YAMADA, E. M.; AMORIM, F. F. Povos indígenas isolados: autonomia e aplicação do direito de consulta. **Revista Brasileira de Linguística Antropológica**, Brasília/DF, v. 8, n. 2, p. 41-60, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/16299>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 47.

Os direitos coletivos dos povos indígenas e de comunidades tradicionais previstos nos artigos 210 e 231, da Constituição, e no artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são direitos materialmente fundamentais. Logo, eles detêm as mesmas garantias dos direitos fundamentais constitucionais, como a aplicabilidade imediata e garantia das cláusulas pétreas¹⁹¹.

Outrossim, trata-se de flagrante equívoco abordar a questão da proteção aos indígenas e das demais comunidades tradicionais como inimiga do desenvolvimento ou como algo que o impeça. Essa visão, de que a proteção a um destrói ou impede o outro, nada mais é do que um resquício colonialista, em que se entendia que os povos locais em nada contribuíam com a nação, sendo um empecilho para a colonização e o progresso. E é justamente a permanência do apego a essa ideia que faz com que não se busquem oportunidades e estratégias que abranjam ambos os interesses.

A Convenção nº 169, da OIT, pautada, como visto, no ideal de justiça social e proteção às minorias que tutela, visa justamente a desconstrução desse conceito. Tal objetivo resulta claro na norma insculpida no seu artigo 6º, ao estabelecer o direito das comunidades indígenas e tradicionais de serem consultadas pelo Estado quando sejam previstas medidas administrativas ou legislativas que possam afetá-las, com o objetivo de chegar a um acordo. A obtenção de um acordo, mediante um processo de consulta que pondere os interesses de ambos os interessados, é uma medida que se mostra potencialmente benéfica no alcance tanto do desenvolvimento nacional, quanto no respeito e preservação das minorias étnicas e preservação de suas culturas e do próprio meio ambiente, do qual dependem.

Assim, uma vez que a Convenção nº 169, da OIT, é norma de Direitos Humanos - e simultaneamente de viés trabalhista-ambiental - internalizada no ordenamento jurídico nacional sem aprovação por maioria qualificada, entende-se que possui hierarquia normativa supralegal e de aplicabilidade imediata, prescindindo para tal de regulamentação interna. O Tratado está, como é possível justificar, em perfeita simetria com as disposições que tratam da questão indigenista, no que tange à preservação de suas culturas e territórios – eis que um é indissociável do outro. Diante disso, não se vislumbra qualquer mácula que avalize o questionamento acerca de sua constitucionalidade.

¹⁹¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; SARTORI JUNIOR, Dailor. Direitos fundamentais coletivos de povos indígenas e comunidades tradicionais. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, RJ, v. 4, Núm. 8, mai./ago., 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35398998/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_COLETIVOS_DE_POVOS_IND%3%8DGENAS_E_COMUNIDADES_TRADICIONAIS. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 328.

A legislação interna deve, pois, adequar-se a ela, sob pena de ser passível de questionamentos perante o Judiciário, podendo, inclusive, mesmo permanecendo vigente, ter declarada sua inconvencionalidade e, conseqüentemente, sua inaplicabilidade.

4 A (IN)CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE EM FACE DO DISPOSTO NA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Foi sob vigência da Convenção nº 169, da OIT, que entrou em vigor, no Brasil, a Lei nº 13.123, de 13 de maio de 2015, regulamentada pelo Decreto nº 8.772/2016, de 11 de maio de 2016, que trata do acesso ao patrimônio genético, da proteção e acesso ao conhecimento tradicional e da repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Conforme visto alhures, desde a sua entrada em vigor, a lei é objeto de polêmicas, agradando, ao menos em um primeiro momento, os setores industrial e agroindustrial, bem como instituições de pesquisa, ante a simplificação de procedimentos para o acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Por outro lado, a lei foi e permanece alvo de profundas críticas oriundas, principalmente dos povos indígenas, de comunidades e agricultores tradicionais e de movimentos socioambientais.

Eles defendem que a norma apresenta inúmeros retrocessos relativamente aos direitos já conquistados. Além de questionarem o processo de formação da norma, aduzem que ela, diante do grande número de isenções que apresenta, contraria o disposto na Convenção nº 169, da OIT. Um dos principais pontos de inconformidade diz respeito à divisão dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade tendo por base sua origem, categorizada como identificável, ou não. Essa bifurcação dos saberes culminou com a relativização do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, tanto para o acesso aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos da biodiversidade, quanto para repartição de benefícios dele decorrentes. Como resultado, tem-se flagrante a violação dos Direitos Humanos e fundamentais dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais, e do disposto na Convenção nº 169, da OIT.

Diante disso, cabe indagar quais as medidas poderiam ser adotadas pelos povos tutelados pelo Tratado Internacional citado, sob sua ótica protetiva, no caso de acesso, por determinado usuário, sem a realização de consulta e/ou obtenção do consentimento prévio informado, de certo conhecimento tradicional associado à biodiversidade de origem não identificável, a fim de desenvolver determinado produto farmacêutico, caso entendam estarem sendo violados em seus direitos.

Para tanto, neste capítulo, aborda-se a questão relativa à obrigatoriedade e natureza jurídica da consulta prévia, livre e informada e do consentimento prévio, livre e informado,

estabelecendo similaridades e diferenças. Busca-se apurar se e quando a consulta adquire natureza jurídica de consentimento, e o poder de veto que ela eventualmente apresenta. Posteriormente, passa-se a tratar da questão do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados no âmbito da Lei nº 13.123, de 2015, e à luz, especialmente, da Convenção nº 169, da OIT. Por fim, constatada a incompatibilidade entre a norma doméstica e a internacional, examina-se quais medidas podem ser adotadas pelos povos, comunidades e agricultores tradicionais, a fim de discutir a aplicabilidade e validade da lei, a luz do disposto no Tratado Internacional antes referenciado.

Em termos metodológicos, o presente capítulo será elaborado mediante pesquisa bibliográfica, mediante observação técnica de dados obtidos em livros, artigos, dissertações, teses, anais de congressos, legislação e materiais disponibilizados em sites governamentais referentes ao tema. Os dados serão buscados com base em palavras-chave, a saber, consulta prévia; consentimento prévio; natureza jurídica; conhecimentos tradicionais; biodiversidade; controle de constitucionalidade; controle de convencionalidade, normas aparentes; Tratados Internacionais e supralegalidade, nos principais trabalhos acerca da matéria, aptos a fornecer dados atuais e relevantes sobre o tema estudado.

4.1 OBRIGATORIEDADE E NATUREZA JURÍDICA DA CONSULTA E DO CONSENTIMENTO PRÉVIO LIVRE E INFORMADO

A fim de atingir o objetivo proposto no presente trabalho, faz-se necessário retomar o tema da consulta e do consentimento prévio, livre e informado, apurando questões acerca das singularidades de cada qual, sua natureza jurídica e obrigatoriedade.

O direito geral à consulta prévia está previsto no artigo 6º, 1, a da Convenção nº 169, da OIT¹⁹². Para Fajardo, os direitos de participação, consulta e consentimento são baseados no princípio de que os povos indígenas têm igual dignidade que todos os demais povos e culturas, e igual capacidade de controlarem suas instituições e determinar livremente seus modos de vida e modelo de desenvolvimento¹⁹³. Ainda conforme a autora:

¹⁹² BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

¹⁹³ Texto original: “*Los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad a todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo*”.

Ao se estabelecer como o princípio central da Convenção nº 169 o direito dos povos de assumir o controle de suas próprias instituições e modos de vida é que se explica o estabelecimento de direitos e mecanismos específicos para tornar possível esse dito controle autônomo. Esta é a origem e fundamento de direitos como a participação, livre, consulta prévia e consentimento e informado. Esses direitos permitem que os povos tomem suas próprias decisões e também intervenham nos processos de tomada de decisão política e medidas estatais que os venham a afetar, garantindo o controle de seus estilos de vida e prioridades de desenvolvimento. O oposto seria permitir a extinção física e cultural desses povos¹⁹⁴.

O direito de consulta prévia é, pois, “o poder que os povos indígenas e tribais têm de influenciar efetivamente o processo de tomada de decisões administrativas e legislativas que lhes afetem diretamente”¹⁹⁵.

O instrumento da consulta prévia estabelecido pela Convenção nº 169, da OIT, guarda relação com os princípios por ela estabelecidos na tutela dos povos indígenas e tribais, sobretudo o da não-discriminação, das especificidades culturais, das medidas especiais de salvaguarda e da decisão sobre prioridades para o seu desenvolvimento. Trata-se de “um processo de diálogo, de conversas justas e de boa-fé que garante a participação dos povos diretamente afetados, respeitando suas particularidades culturais, seu jeito e seus planos de vida e de futuro”¹⁹⁶. Ou seja, é o direito de ser ouvido, considerado e respeitado.

Para Silva Filho, Castro e Teixeira, a consulta é “uma instituição legal, um direito dos povos tradicionais, uma obrigação para o governo, que procura harmonizar as necessidades e

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropología*, Belém/PA, [S.l.], v. 1, n. 2, nov. 2009. ISSN 2176-0675. DOI 10.18542/amazonica.v1i2.294. Disponível em:

<https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/294/461>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 375.

¹⁹⁴ Texto original: “*Al establecerse como principio central del Convenio núm. 169 el derecho de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida es que se explica el establecimiento de derechos y mecanismos específicos para hacer posible dicho control autónomo. Este es el origen y fundamento de derechos como la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado. Estos derechos posibilitan que los pueblos puedan tomar sus decisiones propias y también intervenir en los procesos de toma de decisiones de las políticas y medidas estatales que los vayan a afectar, asegurando el control de sus formas de vida y prioridades de desarrollo. Lo contrario sería permitir la extinción física o cultural de dichos pueblos*”. FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica - Revista de Antropología*, Belém/PA, [S.l.], v. 1, n. 2, nov. 2009. ISSN 2176-0675. DOI 10.18542/amazonica.v1i2.294. Disponível em:

<https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/294/461>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 378-379.

¹⁹⁵ CONSULTA Livre, Prévia e Informada na Convenção 169 da OIT. Disponível em:

https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/#:~:text=O%20direito%20de%20consulta%20pr%C3%A9via,legislativas%20que%20lhes%20afetem%20diretamente. Acesso em: 30 nov. 2020.

¹⁹⁶ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (org.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada**. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em:

<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf> Acesso em 30 nov. 2020. p. 13.

decisões dos povos indígenas, com o Governo e o Estado”¹⁹⁷. Ela tem por escopo “conhecer as razões de todos os envolvidos, para que os Governos tomem decisões que considerem e respeitem a diversidade cultural. Nesse processo, cada um deve ceder um pouco, tentando chegar a um acordo, e não dizer simplesmente sim ou não”¹⁹⁸.

A obrigatoriedade de consultar os indígenas e as comunidades tradicionais, que historicamente foram ignorados, tidos por incapazes de tomar decisões, representa uma quebra de paradigma, fazendo com que eles se aproximem, participem e influenciem as decisões antes que sejam tomadas e executadas. Courtis destaca que:

Um dos temas de maior transcendência no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas na região é o vinculado ao direito dos povos e das comunidades de ser consultados adequadamente antes que as autoridades públicas tomem decisões que possam afetá-los. Entre essas medidas estão, por exemplo, aquelas que envolvam a exploração dos recursos naturais que se encontrem em seu território, a realização de obras de infraestrutura que possam afetar esse território, prestação de serviço educativo nas comunidades indígenas e o esboço de planos de desenvolvimento para os povos e comunidades indígenas. Enquanto requisito procedimental que deva ser cumprido necessariamente antes da tomada de decisões, sua falta de cumprimento determina a invalidez das medidas tomadas sem respeitar a exigência de consulta¹⁹⁹.

A consulta prévia diz respeito à observância do próprio princípio democrático, que não exclui ninguém do diálogo. Ademais, não se pode falar em democracia sem que se observe o direito à informação e à efetiva participação dos cidadãos nas decisões políticas. A demanda basilar do processo de consulta guarda relação com a criatividade, flexibilidade e adaptação das regras e procedimentos, dos espaços e tempos, bem como com o reconhecimento das variadas representações, formas de debater, pensar e decidir, mas diz respeito, principalmente, ao

¹⁹⁷ SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; CASTRO, Carla Judith Cetina; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante. *In*: RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://macroamb.files.wordpress.com/2018/11/livro-direito-constitucional-ecologico.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 260.

¹⁹⁷ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (org.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada**. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 13.

¹⁹⁸ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (org.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada**. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 13.

¹⁹⁹ COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52-81, Jun. 2009. DOI 10.1590/S1806-64452009000100004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

respeito mútuo pelos acordos, pelo valor moral da palavra devidamente construída mediante a conversa²⁰⁰.

Tem-se, pois, que a consulta encontra fundamento, dentre outros, no fato de que os povos indígenas, da mesma forma que as comunidades e agricultores tradicionais, têm o direito de conhecer, avaliar e participar dos processos decisórios acerca de qualquer planejamento que venha atingir as terras por eles ocupadas, podendo impactar seus modos próprios de vida. Visa propiciar que expressem seus pontos de vistas e entendimentos próprios, a fim de influenciarem leis, decisões ou ações. Deve ser assegurada a eles a possibilidade de participarem de todas as fases do projeto, a fim de que as decisões consultadas sejam aperfeiçoadas a partir da contribuição do seu olhar diferenciado, para que seus direitos sejam efetivamente respeitados²⁰¹. O direito à consulta e à participação na tomada de decisões, assegurado aos povos indígenas e tribais, é pedra angular da Convenção nº 169, da OIT, base para a aplicação dos outros direitos nela consagrados²⁰².

Os temas mais polêmicos relativos à consulta prévia são aqueles inerentes à sua obrigatoriedade e os efeitos decorrentes, quando é realizada. Sobre a matéria, a Convenção nº 169, da OIT, limita-se a estabelecer que o objetivo da consulta é “chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”²⁰³, com o que restaria atingido o objetivo da norma, tornando-se o acordo efetuado vinculativo para as partes. Nada esclarece, porém, acerca do que ocorre no caso de não obtenção do acordo visado, e/ou na hipótese de

²⁰⁰ GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 292.

²⁰¹ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (org.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada**. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 11.

²⁰² Texto original: “*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones constituyen la piedra angular del Convenio núm. 169 y la base para aplicar el conjunto más amplio de derechos consagrados en el Convenio*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p.11.

²⁰³ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

recusa à própria consulta por parte dos povos interessados. Faz-se necessário, nesses casos, uma abordagem mais aprofundada do tema.

Na primeira hipótese, caso o Estado, a quem cumpre efetuar a consulta, não chegue a um acordo com os povos indígenas e comunidades tradicionais, questiona-se se o resultado da consulta teria, ou não, efeito vinculante e, conseqüentemente, poder de veto. A doutrina diverge sobre o tema. De um lado, há quem defenda o caráter vinculante da consulta, ao argumento de que não haveria sentido em consultar os interessados, caso suas decisões não fossem acolhidas, negando-se os resultados. Dito de outro modo, se o efeito da consulta não fosse vinculante e não tivesse poder de veto, ela seria mera formalidade a ser cumprida, sem efeitos prático-jurídicos relevantes, o que iria contra os objetivos do Tratado Internacional.

Para Silva Filho, Castro e Teixeira, tão importante quanto a obrigatoriedade da consulta é o seu caráter, pois é necessária coerência entre as demandas sociais e as ações governamentais. Assim, ao se consultar uma comunidade indígena ou tradicional acerca, por exemplo, da permissão para acesso e exploração dos recursos naturais existentes nos territórios que ocupam, deve-se respeitar e cumprir a decisão tomada. Logo, para eles, a decisão governamental não pode contrariar a opinião das pessoas, ou da maioria delas, que vivem em determinado local que possa ser afetado²⁰⁴. Em linhas similares, Silva defende que “o direito ao consentimento integra o direito de consulta prévia. Não existe um sem o outro”²⁰⁵. Esse entendimento, contudo, não é pacífico, como dito alhures, tampouco parece ser o mais adequado.

De outro lado, há quem defenda que a consulta é simples formalidade, inapta a interferir na decisão estatal. Trata-se de entendimento que não deve ser acolhido, visto que vai contra os pressupostos e objetivos estabelecidos na Convenção nº 169, da OIT²⁰⁶. Admitir essa posição significa afirmar que não haveria qualquer necessidade de se considerar as proposições

²⁰⁴ SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; CASTRO, Carla Judith Cetina; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante. *In*: RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://macroamb.files.wordpress.com/2018/11/livro-direito-constitucional-ecologico.pdf>. Acesso em: 30 nov 2020. p. 264.

²⁰⁵ SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 70.

²⁰⁶ DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 72.

e aspirações dos povos consultados, negando-lhes que escolham a forma como querem se desenvolver, confrontando, além do Tratado Internacional citado, também a Constituição e o próprio sistema internacional de Direitos Humanos.

Sobre o tema, Garzón leciona que “ultimamente o *direito de consulta* vem sendo chamado de *direito ao consentimento*, como uma forma de reformular e superar as interpretações mal-intencionadas que fizeram de sua aplicação vulgar eventos de legitimação de decisões autoritárias, que tem sido impostas aos povos indígenas e tribais”²⁰⁷. A autora destaca que as decisões nesse sentido são inegáveis, inferindo que o conceito de consulta caiu em descrédito nos países latino-americanos. Por esta razão, não há apreço pela utilização de tal palavra a fim de se referir ao direito de participação que os povos indígenas e tribais têm, no que tange às decisões que os afetem diretamente. Contudo, o descrédito não é justificava apta a amparar confusões conceituais. Para ela, tanto a consulta quanto o consentimento se referem ao direito que os povos indígenas e tribais têm de participar na tomada de decisões que os afetam diretamente, e o consentimento nada mais é do que um efeito jurídico possível, e as vezes necessário, do processo de consulta. Embora a consulta deva garantir a influência dos interessados acerca das decisões que os afetem, o alcance das decisões não é absoluto, na medida em que nenhum grupo, numa sociedade plural, deve preponderar sobre outro²⁰⁸.

Embora as posições anteriores, entende-se que, embora a consulta seja obrigatória, o resultado dela advindo não é, em regra, vinculante, ou seja, não possui poder de veto. Trata-se de entendimento da própria OIT que, no documento denominado “*Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*”, assim dispôs:

Conforme estipulado no Artigo 6 (2), as consultas devem ser realizadas de boa fé e com a finalidade de chegar a um acordo ou obter consentimento sobre as medidas propostas. Nesse sentido, a Convenção nº 169 não fornece direito de veto aos povos indígenas, já que alcançar um acordo ou obter o consentimento é o propósito de iniciar o processo de consulta, e não um requisito independente. Por outro lado, os órgãos de

²⁰⁷ GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 293.

²⁰⁸ GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 293.

supervisão da OIT têm afirmado claramente que uma reunião informativa simples em que você ouve povos indígenas, sem possibilidade de que influenciem a tomada de decisões, não podem ser considerados como cumpridores das disposições da Convenção. A aplicação adequada do direito de consulta implica um processo qualitativo de negociações de boa-fé e diálogo, por meio dos quais acordo e consentimento, se possíveis, podem ser alcançados. Nesse sentido, é importante destacar a interconexão entre consultas amplas e consultas específicas. Se os direitos, preocupações e aspirações dos povos indígenas são refletidas nos textos e em políticas legislativas e de longo alcance, é provável que o acordo e consentimento para medidas ou projetos específicos que afetam suas terras e territórios se realizem mais facilmente. Também deve ser enfatizado que mesmo que o processo de consulta seja concluído sem acordo ou consentimento, a decisão tomada pelo Estado deve respeitar os direitos substantivos reconhecidos pela Convenção, tais como os direitos dos povos indígenas à terra e à propriedade. A importância de obter um acordo ou consentimento é maior quanto mais severas forem as possíveis consequências para os povos indígenas envolvidos. Se, por exemplo, houver perigo para a existência continuada de uma cultura indígena, a necessidade de consentimento com as medidas propostas é mais importante do que nos casos em que as decisões podem resultar em pequenos inconvenientes, sem consequências graves ou duradouras²⁰⁹.

Consoante se observa, a OIT se posiciona no sentido da obrigatoriedade de a consulta ser realizada de boa-fé, em que se estabeleça, de fato, uma discussão com os interessados acerca das medidas propostas. Essa consulta tem por escopo a obtenção de um acordo com os interessados, ou consentimento deles, acerca das propostas efetuadas. Caso, no entanto, não seja obtido, não se inviabiliza, ao menos em regra, o implemento, pelo Estado, das medidas que pretende implantar. Para tal, contudo, impõe-se que sejam levadas em conta as considerações

²⁰⁹ Texto original: “*Como lo estipula el Artículo 6(2), las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio núm. 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente. Por otra parte, los órganos de control de la OIT han manifestado claramente que una simple reunión informativa en la que se escucha a los pueblos indígenas sin posibilidades de que influyan en la adopción de decisiones, no puede considerarse que cumple con las disposiciones del Convenio. La aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. En este sentido, importa subrayar la interconexión entre consultas amplias y consultas específicas. Si los derechos, preocupaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas se reflejan en los textos legislativos y en políticas de largo alcance, es probable que el acuerdo y consentimiento sobre medidas o proyectos específicos que afectan sus tierras y territorios se logren más fácilmente. Debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)**. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 17.

dos povos e comunidades interessadas, colhidas durante o processo, bem como que os atos do ente estatal não comprometam os Direitos Humanos e fundamentais daqueles.

Compreende-se, assim, que a consulta prévia de caráter geral prevista no Artigo 6º, da Convenção nº 169, da OIT, é de caráter obrigatório, embora o resultado dela decorrente, caso não se chegue à obtenção de um acordo ou do consentimento prévio, não tenha poder de veto. É o entendimento mais coerente, pois o contrário seria “desconsiderar que, numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse”²¹⁰.

Embora ausente, como regra geral, o poder de veto, não se pode afirmar que a decisão alcançada no procedimento de consulta não tenha caráter vinculativo. Isso porque as objeções e considerações eventualmente trazidas pelas comunidades interessadas, indígenas ou tradicionais, devem ser superadas. Há que se apresentar razões fundamentadas para que não sejam adotadas, sob pena de haver a obrigatoriedade de incorporá-las ao projeto, não se admitindo a simples desqualificação ou descarte de ideias divergentes mediante argumentos autoritários²¹¹.

Em outras palavras, ainda que a consulta prévia geral estabelecida no artigo 6º, da Convenção nº 169, da OIT, não tenha poder de veto (ou seja, não confere aos povos e comunidades tradicionais o poder de se opor e resistir à decisão com a qual discordam), as considerações trazidas pelas comunidades devem, em regra, ser consideradas e contempladas no projeto, sob pena de violação do Tratado Internacional.

A realização da consulta não pode ser considerada um fim em si mesmo, um instrumento meramente procedimental. Trata-se de um espaço para prestação de informações e realização de discussões para a definição de decisões coordenadas, que devem levar em conta as manifestações dos interessados, excluindo-se imposições e decisões unilaterais do Estado. Sobre o tema, Fajardo leciona que

O objetivo é obter a anuência dos indígenas quanto à medida proposta ou, chegar a um acordo. Os procedimentos implementados pelo Estado devem ser orientados para estabelecer um processo de diálogo que permita lograr êxito na obtenção de dito consentimento ou acordo. Daí que a consulta não pode consistir apenas em uma

²¹⁰ DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 72.

²¹¹ DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 72.

audiência informativa ou em um ato de voto. Supõe informação prévia, mas não se esgota nela. Na consulta prévia, o Estado deve garantir, no processo, o diálogo e a negociação de boa-fé. Quando o estado busca o acordo ou consentimento do povo indígena é que assume de boa-fé que a medida proposta não é apenas uma questão de "interesse geral", mas beneficiará as pessoas em questão. A consulta visa garantir que os povos indígenas em questão possam exercer seu direito de determinar livremente suas prioridades de desenvolvimento. Agora, se foi instalado um processo diálogo, e as pessoas em questão, em princípio, não aceitam a medida proposta, caberia entrar em um processo de negociação que visa chegar a um acordo, onde ambas as partes possam revisar seus pedidos iniciais. Se um acordo for alcançado, o Estado está vinculado. Se não se chega a um acordo, em princípio, o Estado tem o poder de tomar uma decisão (exceto nos casos em que cujo consentimento é necessário, quando a matéria estiver ligada a direitos fundamentais dos povos). No entanto, mesmo quando o Estado pode tomar a decisão, não é um ato arbitrário, mas, como qualquer ato do Estado, o Estado é obrigado a motivá-lo²¹².

Desse modo, efetuada a consulta sobre temas que não impactem os Direitos Humanos e fundamentais dos interessados (nessas hipóteses o consentimento é indispensável, como se verá), ainda que do processo não resulte um acordo, o Estado poderá agir, contanto que considere as proposições dos povos envolvidos e motive o ato a ser praticado.

Situação diversa, no entanto, é aquela estabelecida no Artigo 16, da Convenção, que determina que os povos não devem ser removidos das terras que ocupam e, quando tal medida for excepcionalmente necessária, só poderá ser realizada com o consentimento deles²¹³. Nesse caso, o Tratado Internacional estabelece “o consentimento, dado livremente e com pleno

²¹² Texto original: “*El objetivo es obtener el consentimiento del pueblo indígena respecto de la medida propuesta o, llegar a un acuerdo. Los procedimientos que implemente el Estado deben estar orientados a instaurar un proceso de diálogo que permita lograr dicho consentimiento o acuerdo. De ahí que la consulta no pueda consistir sólo en una audiencia informativa, o un acto de votación. Supone información previa, pero no se agota en ella. En la consulta previa, el Estado el Estado debe garantizar, en lo procesal, el diálogo y la negociación de buena fe. Cuando el Estado busca el acuerdo o consentimiento del pueblo indígena es que asume de buena fe que la medida propuesta no es sólo un asunto de “interés general” sino que beneficiará al pueblo en cuestión. Pues en lo sustantivo, la consulta busca asegurar que el pueblo indígena en cuestión pueda ejercer su derecho a determinar libremente sus prioridades de desarrollo. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, en principio, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión (salvo en los casos en los que se requiere el consentimiento, cuando el asunto está vinculado a derechos fundamentales de los pueblos). Sin embargo, aún cuando el Estado puede tomar la decisión, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo”*. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. Disponível em: http://derechosociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 15.

²¹³ BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

conhecimento da causa” por parte dos povos indígenas nos casos em que sua transferência e realocação fora das terras que ocupam são considerados excepcionalmente necessários”²¹⁴.

Assim, no caso de necessidade de remoção dos povos indígenas e comunidades tradicionais das terras que ocupam, tal medida depende do consentimento dos interessados, a ser obtido por meio de consulta prévia a ser realizada mediante a observação dos protocolos de consulta de cada comunidade interessada. Essa consulta, diferente daquela de caráter geral estabelecida do Artigo 6º, da Convenção, apresenta caráter vinculante e poder veto.

A Convenção 169 exige aos governos consultar com os povos indígenas sobre legislações que possam afetá-los diretamente, garantir sua participação e respeito pelo direito a decidir em relação a qualquer projeto que possa afetá-los, e garantir que os reassentamentos necessários aconteçam somente com o seu consentimento livre e informado. A Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB) de 1992 reforça os direitos das comunidades indígenas e locais no que diz respeito aos recursos biológicos, participação nos benefícios e proteção do conhecimento cultural. Sujeitos às suas legislações nacionais, na medida do possível e de forma apropriada, os Estados partes devem obter a “aprovação e participação” das pessoas com conhecimentos, inovações e práticas tradicionais quando este conhecimento for utilizado fora das comunidades indígenas e locais²¹⁵.

Portanto, na hipótese de não obtenção desse consentimento, a medida de remoção só poderá ocorrer em casos especialíssimos, devidamente fundamentados, nos quais não se vislumbre nenhuma forma de manter os povos e comunidades no lugar onde se encontram estabelecidos. O traslado deve ser uma medida inevitável, e somente pode ser implementado após observados determinados procedimentos em que os povos e comunidades atingidos tenham a possibilidade de se manifestar.

Uma vez removidos dos territórios que ocupam, assegura-se aos trasladados o direito de retornarem às suas terras sempre que as causas que ensejaram o deslocamento deixarem de existir. Impõe-se, em qualquer hipótese, que os povos e comunidades sejam indenizados em face de qualquer prejuízo sofrido.

²¹⁴ Texto original: “*El Convenio núm. 169 en su Artículo 16, párrafo 2, establece el «consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa» por parte de los pueblos indígenas en los casos en que su traslado y reubicación de estos pueblos fuera de las tierras que ocupan se considere excepcionalmente necesario*”. OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)**. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 11.

²¹⁵ BÜPPERT, Theresa; MCKEEHAN, Adrienne. **Diretrizes para a implementação do consentimento, livre, prévio e informado**: Um manual para Conservação Internacional. Arlington, VA: Conservação Internacional, 2013. Disponível em: https://www.conservation.org/docs/default-source/publication-pdfs/ci_fpic-guidelines-portugues.pdf?sfvrsn=3b43e197_2. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 10–11.

Além da hipótese de remoção dos povos e comunidades tradicionais, há precedentes pela admissibilidade do direito de veto em outras situações, como nos casos de megaprojetos que possam afetar as formas de vidas dos povos e comunidades. É o caso, por exemplo, de construção de represas e de determinadas atividades extrativistas. Nessas situações, além da consulta, também se exige a concessão do consentimento prévio informado por parte dos possíveis afetados.

Esse foi o entendimento advindo do julgamento do emblemático caso *Saramaka vs. Surinam* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No julgado, a Corte considerou que, no caso de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior nos direitos de propriedade coletiva dos povos dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar o povo, mas também de, adicionalmente, obter seu consentimento livre, prévio e informado, de acordo com seus costumes e tradições²¹⁶. O consentimento livre, prévio e informado é, conforme Fajardo:

um direito de caráter específico que constitui um requisito adicional para o exercício de outros direitos (como a participação ou consulta prévia) para que o Estado possa tomar uma decisão, quando o assunto em questão pode afetar os direitos fundamentais dos povos indígenas e colocar em risco sua integridade²¹⁷.

A autora, com maestria, distingue “o consentimento como a ‘finalidade’ de um processo de consulta, do consentimento como ‘requisito’ para que o Estado tome uma decisão”²¹⁸. Para ela, quando se tratar da hipótese de consentimento como finalidade a ser alcançada no processo de consulta, significa dizer que compete ao Estado organizar os procedimentos consultivos de forma a buscar êxito no consentimento ou acordo. Não alcançado

²¹⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Direitos dos povos indígenas: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p.287.

²¹⁷ Texto original: “*El derecho al consentimiento previo, libre e informado es un derecho reforzado de carácter específico que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión puede afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad*”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. Disponível em: http://derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf Acesso em 02 nov. 2020. p. 16.

²¹⁸ Texto original: “*Aquí cabe distinguir el consentimiento como la “finalidad” de un proceso de consulta, del consentimiento como “requisito” para que el Estado tome una decisión*”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. Disponível em: http://derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020. p. 16.

o objetivo, desde que a consulta tenha sido realizada de boa-fé, ela é válida, estando o Estado autorizado a decidir. No entanto, nas situações em que o consentimento ou acordo não é apenas o objetivo a ser alcançado, mas se constitui em requisito para possibilitar a decisão estatal, como ocorre, além das situações previstas normativamente, e também em outras que onde se colocam em risco direitos fundamentais dos povos, a exemplo de sua integridade ou modos de subsistência, de acordo com a jurisprudência internacional, não existindo o consentimento, o Estado fica impedido de adotar uma decisão. Nesse caso, não é suficiente a simples consulta ou participação²¹⁹. Sobre o tema, Garzón destaca que:

Muito já tem sido discutido sobre este direito, mas a maior parte dos debates fica estagnada em discussões abstratas relativas ao poder de veto que os beneficiários do direito devem ou não ter sobre o conteúdo das decisões que são consultadas. Debates que abstratamente carecem de todo sentido, porque o fato de que decisões administrativas e legislativas afetam um povo, não quer dizer que elas envolvam os mesmos direitos em ponderações similares para ter consequências jurídicas idênticas. A consulta deve garantir um poder de influência dos povos indígenas sobre as decisões que lhes afetam, mas o peso dessa influência não pode ser absoluto, menos ainda se tratando de sociedades plurais nas quais nenhum grupo deve ter o poder de se impor sobre os demais. Assim, o poder de influência que devem ter os consultados sobre cada decisão sempre dependerá dos direitos materiais nela envolvidos. Não deveria ser igualmente avaliado o poder de influência da opinião de um povo quando o direito em questão é seu território, de quando a decisão é, por exemplo, sobre política nacional de educação bilíngue para povos indígenas do país todo. São coisas de natureza distinta, que envolve direitos (*sic*) materiais muito diferentes e que pondera valores incomensuráveis. Assim é impossível falar abstratamente de poder de veto ou de obrigação de consentimento, o alcance jurídico do valor da opinião consultada terá sempre que ser avaliado com os direitos substanciais que envolvem a decisão objeto de consulta²²⁰.

²¹⁹ Texto original: “*El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si incluso instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. En cambio, hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones previstas normativamente (véase abajo) y otras en las que se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de subsistencia, como lo ha establecido la jurisprudencia del sistema interamericano. Situaciones en las que el derecho internacional exige el consentimiento previo libre e informado para el Estado pueda adoptar una decisión (no bastaría la consulta o participación)*”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. Disponível em:

http://derechosociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 16.

²²⁰ GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 292–293.

Da mesma maneira, entende-se que a análise acerca do alcance da decisão obtida no processo de consulta deve ser feita de forma criteriosa. O ideal, na verdade, seria regulamentar tal direito, construindo um regramento em conjunto com os povos e comunidades interessadas, em que se considerassem as peculiaridades dos envolvidos e o impacto que poderiam sofrer frente à concretização de determinado ato sobre determinada matéria. Isso permitiria determinar previamente em quais assuntos a decisão teria poder vinculante, distinguindo-os daqueles e em quais ela é procedimento a ser observado para que o Estado tome determinada decisão, sem, contudo, poder impedi-la.

Garzón destaca, ainda, que não é possível “dissociar a consulta e seu efeito jurídico dos direitos envolvidos na decisão consultada, porque em alguns casos ela terá implícita a obrigação de obter o consentimento dos direitos afetados como pré-requisito iniludível, mas em outros não necessariamente”²²¹. Em razão disso, defende que “na consulta nada é mais importante que os procedimentos, mas que no resultado jurídico dos procedimentos de consulta nada pode ser mais importante que os direitos substantivos nela ponderados, ao final, ela (a consulta) não deve ser transcendente que o assunto ao qual ela está servindo”²²².

Assim, depreende-se que, além das hipóteses previstas na Convenção nº 169, da OIT, também é indispensável a obtenção do consentimento prévio quando a consulta envolver projetos cuja magnitude possa afetar direitos fundamentais dos povos e comunidades afetadas, como a autonomia e a autodeterminação, colocando em risco sua sobrevivência física e/ou cultural. Neste caso, o resultado da consulta torna-se vinculativo, atribuindo-se poder de veto à decisão que denega o consentimento buscado.

O consentimento prévio, livre e informado encontra-se previsto também na CDB, sendo sua obtenção requisito para acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Nessa hipótese, o resultado negativo, ou seja, a não concessão do consentimento por parte dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais, igualmente possui

²²¹ GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 294.

²²² GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020 p. 294.

poder de veto, impedindo o acesso, caso os interessados não tenham interesse na medida, prevalecendo a vontade dos detentores do conhecimento.

Por fim, cumpre atentar que, embora o Estado tenha o dever de consultar, os povos e comunidades podem, por sua vez, recusarem-se a ser consultados. Há também a questão dos povos isolados, cuja consulta, por vezes, torna-se inviável. Tais situações, no entanto, não devem ser entendidas como um aval para que o Estado atue de forma arbitrária. Pelo contrário, devem ser compreendidas como uma manifestação de não-acordo ou não-consentimento. Nesse caso, os povos também devem influenciar as decisões. Para tanto, deve-se levar em consideração seus modos de expressão, culturas e formas de vida, de forma a não intervir ou intervir o mínimo possível, eis que não podem ser privados de seus direitos fundamentais.

Em tais situações, entende-se que nas hipóteses em que o consentimento prévio dos interessados é pressuposto para a atuação estatal, esta fica inviabilizada. Na hipótese diversa, quando a realização da consulta tem por finalidade a obtenção do consentimento ou acordo, nas situações em que a decisão dela oriunda não tem poder de veto, entende-se que, ainda assim, devem ser levadas em conta as condições dos povos e comunidades afetadas na tomada de decisão, a qual deve ser fundamentada e realizada de forma a minimizar, da melhor forma possível, eventuais impactos que possam afetá-los.

Disso conclui-se que, embora a consulta seja obrigatória, não se confunde com o consentimento prévio informado. Devem, portanto, ser diferenciadas as situações em que a obtenção do consentimento seja condição para a tomada de decisão estatal, daquelas em que a consulta é realizada com a mera finalidade da obtenção desse consentimento ou obtenção de acordo. Na primeira hipótese, incidente, por exemplo, nos casos de traslado dos territórios ocupados pelos povos e comunidades tradicionais para local diverso; quando seus direitos fundamentais são atingidos; ou, ainda, nos casos de acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, a não obtenção do consentimento prévio, livre e informado inviabiliza, em regra, a pretensão estatal. De outro lado, quando a realização da consulta é feita com a mera finalidade da obtenção do consentimento ou de acordo, uma vez realizada mediante a observação dos critérios legais, ainda que o resultado obtido não atinja o objetivo almejado, mesmo assim está o Estado autorizado a decidir, devendo, no entanto, considerar na sua decisão as considerações trazidas pelos povos e comunidades interessadas durante o processo consultivo.

4.2 A QUESTÃO DO ACESSO À BIODIVERSIDADE E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS A ELA ASSOCIADOS NA LEI Nº 13.123, DE 2015

Consoante visto alhures, a Lei nº 13.123, de 2015, conhecida como o marco legal da biodiversidade, não observou, tanto no seu processo de formação, quanto no aspecto material, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas e das comunidades tradicionais. A lei, que tem por escopo, dentre outros, a regulamentação de dispositivos da CDB, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Roma e Coradin destacam que:

[...] a CDB é um tratado internacional que visa, fundamentalmente, manter a rica diversidade de vida presente em nosso planeta, interrompendo o ritmo acentuado de destruição e revertendo a sua perda. A Convenção reconhece pela primeira vez no regime jurídico internacional que a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum da humanidade e, ainda, que é uma parte integrante do processo de desenvolvimento. A CDB engloba todos os ecossistemas, as espécies e os recursos genéticos²²³.

Sabe-se que os locais onde se encontra a maior diversidade biológica são, em regra, aqueles habitados por povos indígenas e comunidades ou agricultores tradicionais. São eles os maiores guardiões da biodiversidade, a qual existe, da forma que é, em razão dos conhecimentos tradicionais dos quais são detentores. Tais conhecimentos, por sua vez, para se desenvolverem, dependem da natureza que os cerca. Há, pois, uma relação intrínseca e indissociável entre eles. Um não subsiste sem o outro. A própria CDB reconhece, conforme visto anteriormente, de forma expressa, a importância das comunidades locais e das populações indígenas com estilos de vida tradicionais na preservação e conservação dos recursos biológicos e do patrimônio genético deles oriundo.

Diante do reconhecimento da relação indissociável entre a biodiversidade – e o direito a ela – e os povos tradicionais, a CDB cria instrumentos de proteção destinados a esses grupos de pessoas, visando a manutenção de seus conhecimentos, protegendo tanto as espécies, quanto as populações ameaçadas, o que busca conciliar com o desenvolvimento socioeconômico.

²²³ ROMA, Júlio César; CORADIN, Lidio. **A governança da convenção sobre diversidade biológica e sua implementação no Brasil**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9288/1/A%20Governan%c3%a7a%20da%20conven%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 253.

No mesmo sentido, a Convenção nº 169, da OIT, além da proteção geral decorrente da norma insculpida no Artigo 6, preceitua, no Artigo 15, de forma específica, que “Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados”²²⁴. Tal proteção abrange, a toda evidência, os recursos da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais a ela associados.

O artigo citado ressalva que, caso a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo localizados em territórios indígenas ou ocupados por povos tribais pertença ao Estado, ou no caso deste ter direitos sobre outros recursos existentes em tais terras, ainda assim, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de exploração ou prospecção desses recursos, compete ao Governo estabelecer ou manter procedimentos, a fim de consultar os povos interessados, verificando se, e em que medida, seus interesses seriam prejudicados. Também é assegurado aos povos interessados a participação, sempre que possível, nos benefícios produzidos por tais atividades, e a indenização equitativa por qualquer dano que sofram, advindo delas²²⁵. Para Filho, Castro e Teixeira:

Necessariamente, para alcançar a conservação destas espécies biológicas, é essencial procurar a proteção da diversidade cultural dos povos indígenas, porque os povos têm uma relação de respeito, proteção e veneração com o meio ambiente, o qual é indispensável para o seu próprio desenvolvimento; essa relação acontece no âmbito espiritual, cultural, social e econômico. As normas, costumes e práticas tradicionais dos povos indígenas e tribais, refletir (*sic*) um compromisso com a terra, também a responsabilidade pela conservação das terras para utilização das gerações futuras. Em conclusão, a sobrevivência dessas culturas, está ligada à conservação e proteção da terra, dos recursos naturais e do meio ambiente em geral²²⁶.

²²⁴ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²²⁵ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado

²²⁶ SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; CASTRO, Carla Judith Cetina; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante. *In*: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://macroamb.files.wordpress.com/2018/11/livro-direito-constitucional-ecologico.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 257.

A tutela estendida aos povos e comunidades tradicionais faz parte do que se conhece por “novos direitos”, os quais, conforme Wolkmer, desvinculam-se da especificidade absoluta, assumindo um caráter relativo, difuso e individual. Esses direitos, relacionados às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade, exigem “pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir sua tutela jurisdicional”²²⁷.

Conforme Bobbio, essa multiplicação de direitos, que abrange aqueles discutidos neste trabalho, decorre do aumento da quantidade de bens considerados dignos de proteção; da extensão de direitos para sujeitos além do homem considerado individualmente, como, por exemplo, as minorias étnicas, animais, natureza, dentre outros; e pelo fato de o próprio homem ter passado a ser visto em suas especificidades no contexto social, como criança, idoso, doente, dentre outros, e não mais de forma abstrata, como um ente genérico²²⁸.

Os novos direitos, como aqueles abordados nesse estudo, decorrem, pois, do declínio do “processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum”²²⁹ e “materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.”²³⁰

Silveira leciona que a proteção jurídica do meio ambiente permite que se observe a propagação de direitos conforme a concepção de Bobbio, mediante o reconhecimento de novos bens dignos de proteção, a exemplo dos recursos naturais, biodiversidade, clima; novos sujeitos de direito, como a coletividade, natureza, novos status do homem dentro do contexto social em que se encontra inserido, como, por exemplo, dentre outros, os povos portadores de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: “Em matéria ambiental, o fenômeno da multiplicação ocorre em diversos níveis, formando feixes de direitos em torno do grande problema da degradação ambiental, de maneira que não se deve falar apenas do direito ao

²²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, Curitiba/PR, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. DOI 10.21902/revistajur.2316-753X.v2i31.593. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68-69.

²²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, Curitiba/PR, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. DOI 10.21902/revistajur.2316-753X.v2i31.593. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, Curitiba/PR, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. DOI 10.21902/revistajur.2316-753X.v2i31.593. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ambiente como um novo direito, mas também de novos direitos ambientais, no plural.²³¹” O autor destaca, ainda, que:

Pode-se falar, assim, em um direito à biodiversidade, inerente ao (ou em articulação com) o direito de todos ao ambiente. [...]. O direito de todos à biodiversidade é inseparável do direito dos povos tradicionais que é decidir sobre o uso dos conhecimentos tradicionais associados; participar dos processos decisórios que possam afetá-los e de escolher suas prioridades; obter repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, e assim por diante. Em cada uma destas facetas, os direitos devem ser compreendidos e equacionados, juridicamente, de maneira diversa, em seus limites e condições de possibilidade, ainda que possam (e devam) ser tratados como aspectos complementares do mesmo problema²³².

O Brasil, como visto, é detentor grande parte da biodiversidade mundial. Também se encontra aqui uma extensa gama de diversidade de povos e culturas. Muito se argumenta acerca das dificuldades de conciliação entre o equilíbrio sustentável dos recursos genéticos biodiversos e a proteção dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais, e o crescimento econômico e o desenvolvimento social. Instaurou-se e permanece arraigada a ideia de que, no mais das vezes, não é possível conciliar todos os interesses. Em razão disso, criam-se políticas que privilegiam os segundos em detrimento dos primeiros.

A Lei nº 13.123, de 2015, não é exceção a essa regra. Embora se proponha a regular o uso sustentável da diversidade biológica, o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados, e o faça em certa medida, apresenta-se falha quanto aos objetivos propostos. Na mesma medida, contraria também o próprio sistema de Direitos Humanos e fundamentais dos povos indígenas e tribais tutelados na Convenção nº 169, da OIT, e culmina por não atender de forma satisfatória os objetivos da própria CDB, que regulamenta.

Conhecimentos tradicionais, conforme Boff, são as “informações e as práticas de comunidades (indígenas, quilombolas, ribeirinhas, ou outras que vivem em estreita relação com

²³¹ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A lei nº 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato. **Direito e sustentabilidade na era do antropoceno: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas**. v. 1. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 90.

²³² SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A lei nº 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato. **Direito e sustentabilidade na era do antropoceno: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas**. v. 1. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 90.

o ambiente), que possam se transformar em valor, associadas ao patrimônio genético”²³³. Como desatacam Berger e Silveira:

Os conhecimentos tradicionais têm extrema importância para as políticas ambientais de manejo e utilização dos recursos biológicos, bem como para políticas de desenvolvimento científico e tecnológico que visem, mediante investigação de novos fármacos, sementes, produtos alimentícios e fibras, o desenvolvimento ecologicamente sustentável e socialmente justo das áreas de megadiversidade do País, além da criação de novos produtos que poderão ser úteis para a humanidade nos próximos anos. Ademais, diversos estudos que atestam que os povos indígenas e as populações tradicionais são em grande medida responsáveis pela diversidade biológica dos ecossistemas tropicais como “produto da interação e do manejo da natureza em moldes tradicionais”²³⁴.

No que tange ao conteúdo da Lei nº 13.123, de 2015, Boff destaca que “a normatização veio desburocratizar e facilitar os procedimentos para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, ficando sob a competência da União o papel de condutora de todo o processo, pois é ela que deverá autorizar o acesso ao patrimônio genético”²³⁵. Para Costa, a lei visa a desburocratização no que se relaciona ao patrimônio genético, aos conhecimentos tradicionais, buscando estabelecer uma divisão justa dos benefícios decorrentes. O autor destaca que a composição paritária entre os setores acadêmico, empresarial, povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais, bem como a representação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, demonstram uma preocupação legal com as comunidades tradicionais²³⁶.

Esse entendimento, no entanto, não condiz com a realidade, visto que a lei apresenta diversos problemas que culminam por ferir direitos dos povos e comunidades. Um dos principais, embora não seja o único, é aquele que trata do acesso à biodiversidade e aos

²³³ BOFF, Salete Oro. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo “novo” marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 5, n. 2. 2015 (p. 110-127). Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3951/2376>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 112.

²³⁴ BERGER FILHO, Airton Guilherme; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Patrimônio genético ou recursos genéticos? Tratamento conceitual face às normas de acesso e repartição de benefícios. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020 (p. 265-291). Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/8604/4209>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 268.

²³⁵ BOFF, Salete Oro. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo “novo” marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 5, n. 2. 2015 (p. 110-127). Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3951/2376>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 118.

²³⁶ COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Conhecimentos tradicionais, cultura e proteção jurídica: considerações sobre a nova lei brasileira da biodiversidade. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina-PI, v. 3, n. 2, p. 69-81 Jul./Dez. de 2016. ISSN 2317-918X. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7097/4143>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 79.

conhecimentos tradicionais a ela associados. No que tange aos últimos, a lei os define, conforme visto anteriormente, como “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético”²³⁷. Trata-se, como se observa, de um conceito de caráter utilitarista, que restringe o conhecimento tradicional às propriedades e usos²³⁸, dissociado da verdadeira natureza desses saberes que, na verdade, “são direitos intelectuais coletivos pelas características, natureza e fundamento das crenças intelectuais tradicionais, distintas daquelas protegidas pelo sistema de propriedade intelectual”²³⁹.

Para os povos indígenas, as comunidades e agricultores tradicionais, “a interação com a terra e com o meio ambiente afasta-se da concepção capitalista de esgotamento e exploração predatória, o que possibilita a conservação do território em que se encontram”²⁴⁰. A terra e os territórios que ocupam são espaços de reprodução e cuidado da vida. Essas comunidades se caracterizam pela interdependência que mantêm com os recursos naturais que os cercam. Os conhecimentos sobre a biodiversidade de que dependem nasce da observação cotidiana dos ciclos da natureza, e são repassados geração após geração.

É dessa forma que se definem os territórios e se constrói o modo de vida de cada sociedade culturalmente distinta, e a partir disso surge a autoidentificação coletiva e a relação deles como verdadeiros guardiões do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados²⁴¹. Com isso, pode-se afirmar que a biodiversidade não é simples produto da

²³⁷ BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²³⁸ SILVA, Marciano Toledo da; SOLDATI, Gustavo Taboada; DALLAGNOL, André Halloys (org.). **Nossos conhecimentos sobre a sociobiodiversidade**: salvaguardando uma herança ancestral. Uma visão popular da Lei 13.123/2015, o marco legal da biodiversidade brasileira e do acesso e repartição de benefícios sobre o conhecimento tradicional associado. GT Biodiversidade da Articulação Nacional de Agroecologia e Terra de Direitos, 2020. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Cartilha-Sociobiodiversidade-web%281%29.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 27.

²³⁹ MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v.4, n.6, p.54-72, 1º sem. 2019. ISSN1678-3425. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/20812/20812-75383-1>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 62.

²⁴⁰ BLANCO TARREGA, Maria Cristina Vidotte; LAMBERT, Ana Sofia Alencar. Tutela jurídica dos arranjos produtivos locais e exploração da biodiversidade em Goiás: a proteção da propriedade intelectual como mecanismo de desenvolvimento das comunidades tradicionais. **Revista Videre**, Dourados/MS, [S.l.], v. 10, n. 20, p. 29 - 47, dez. 2018. ISSN 2177-7837. DOI 10.30612/videre.v10i20.7315. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/7315/4878>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 39.

²⁴¹ SILVA, Marciano Toledo da; SOLDATI, Gustavo Taboada; DALLAGNOL, André Halloys (org.). **Nossos conhecimentos sobre a sociobiodiversidade**: salvaguardando uma herança ancestral. Uma visão popular da

natureza. Ela é, também, uma construção social e cultural; um produto da atuação das sociedades e culturas humanas, sobretudo daquelas não-industriais²⁴², que se reproduz e se transforma mediante os conhecimentos tradicionais por elas transmitidos.

O marco legal da biodiversidade divide os conhecimentos tradicionais associados em duas espécies, quais sejam, de origem identificável, cuja ascendência pode ser vinculada a pelo menos um dos grupos tutelados pela norma; e de origem não identificável, em que tal vinculação não se mostra factível. Santilli destacou que “ao fazer tal distinção, a nova lei busca solucionar as complexas situações de compartilhamento de conhecimentos tradicionais por diversas comunidades indígenas e/ou tradicionais, que são muito comuns”²⁴³. A exigência de buscar o consentimento prévio informado de todas as comunidades detentoras de conhecimentos amplamente compartilhados ou difusos, tornar-se-ia deveras onerosa e desencorajaria a pesquisa. Defende ela que, no entanto, as comunidades detentoras desses conhecimentos devem usufruir, de forma coletiva, da repartição de benefícios oriundos do acesso a tais conhecimentos, uma vez que titulares de direitos coletivos sobre eles, o quais foram resguardados pela nova lei²⁴⁴.

Esse entendimento, contudo, não parece o mais adequado, sobretudo quando se analisa a questão sob o prisma das normas internacionais e constitucionais que regulam a matéria. Pode-se argumentar que, ao fazer essa divisão e exigir o consentimento prévio, livre e informado para acesso somente nos casos em que seja possível identificar o grupo social que os construiu, afronta-se os instrumentos internacionais que tratam da matéria, a Constituição Federal e próprio sistema internacional de Direitos Humanos.

Além disso, a lei equipara a conhecimentos tradicionais de origem não identificável, dispensando a obtenção do consentimento prévio informado, também quando o acesso versar acerca de conhecimento tradicional associado a variedades tradicionais locais ou crioulas, e

Lei 13.123/2015, o marco legal da biodiversidade brasileira e do acesso e repartição de benefícios sobre o conhecimento tradicional associado. GT Biodiversidade da Articulação Nacional de Agroecologia e Terra de Direitos, 2020. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Cartilha-Sociobiodiversidade-web%281%29.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 28.

²⁴² DIEGUES, Antônio Carlos (org.) **Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil**. São Paulo: NUPAB/USP, Brasília: MMA, 1999. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 3.

²⁴³ SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 9, p. 21-73, 2015. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/site/Revista_MPdFT_9.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 38.

²⁴⁴ SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 9, p. 21-73, 2015. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/site/Revista_MPdFT_9.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 39.

com relação a raças localmente adaptadas ou crioulas para atividades agrícolas²⁴⁵, e também quando acesso for relativo a recursos genéticos exclusivamente da biodiversidade.

As disposições da norma, ao prescindir da obtenção do consentimento prévio informado nas hipóteses elencadas, estabelece, conforme visto anteriormente, um verdadeiro sistema de isenções, constituindo-se numa armadilha contra os povos indígenas e as comunidades e agricultores tradicionais, detentores do conhecimento, visto que “os saberes do tipo ‘não identificável’ são quase a totalidade dos conhecimentos tradicionais associados e são o principal objeto de busca das empresas e dos cientistas”²⁴⁶. Como bem colocado por Moreira:

A partir da ótica dos direitos humanos aplicada aos CTA, é possível vislumbrar as falhas intrínsecas à lei em análise, que os reduziu a mero insumo para o sistema de ciência, tecnologia e inovação, amesquinhando sua importância. Apesar de a lei declarar direitos voltados à proteção dos CTA, uma leitura mais atenta de seu texto demonstra que foram criados mecanismos que reduziram a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, chegando ao ponto de estabelecer hipóteses em que o acesso aos CTA pode efetivar-se sem a exigência do consentimento prévio e informado e sem a obrigação de repartição de benefícios²⁴⁷.

As isenções citadas – dentre outras previstas no texto legal – representam, por si só, afronta aos Direitos Humanos dos povos e comunidades tradicionais. Conforme Dourado, “o principal vício da Lei nº 13.123 de 2015, é não atender a um direito humano coletivo de que são titulares os povos e comunidades tradicionais, qual seja, o direito de participar da decisão sobre qualquer medida legislativa que afete diretamente as suas vidas”²⁴⁸. Para Martins e

²⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁴⁶ SILVA, Marciano Toledo da; SOLDATI, Gustavo Taboada; DALLAGNOL, André Halloys (org.). **Nossos conhecimentos sobre a sociobiodiversidade**: salvaguardando uma herança ancestral. Uma visão popular da Lei 13.123/2015, o marco legal da biodiversidade brasileira e do acesso e repartição de benefícios sobre o conhecimento tradicional associado. GT Biodiversidade da Articulação Nacional de Agroecologia e Terra de Direitos, 2020. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Cartilha-Sociobiodiversidade-web%281%29.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 28.

²⁴⁷ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE Leandro Barbalho. A lei n. 13.123/2015 e o retrocesso na proteção dos conhecimentos tradicionais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 14, n. 29. p.175-205. Mai./Ago. de 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1017>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 181.

²⁴⁸ DOURADO, Sheilla Borges. A Lei nº 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 78.

Almeida, a lei “parece uma armadilha trazendo várias lacunas – para interpretação subjetiva – que permitem isenções de responsabilidades frente as comunidades tradicionais”²⁴⁹.

Todos os saberes tradicionais possuem origem. Em determinados casos, apenas é mais dificultoso identificar onde ela se encontra. Tratam-se de conhecimentos que, por suas próprias características, têm fontes difusas, e, como regra, são praticados por diversos povos, mas nem por isso deixam de ser tradicionais. Logo, estão abarcados no sistema de proteção instituído pela Convenção nº 169, da OIT, pela CDB, e também pela Constituição Federal Brasileira. Portanto, prescindir do consentimento prévio informado no que tange aos conhecimentos tradicionais ditos de origem não identificável configura-se em flagrante violação às normas citadas. Ademais, atribuir-se origem não identificável aos conhecimentos tradicionais não faz “qualquer sentido para os povos e comunidades uma vez que para estes todo conhecimento tradicional e recursos são sim identificáveis”²⁵⁰.

Miranda destaca que a Lei nº 13.123, de 2015, ao elencar hipóteses de isenção deste consentimento, estabelecendo subcategorias, legitima uma prática discriminatória, ao pressupor a existência de conhecimentos tradicionais mais importantes que outros, bem como ao assegurar o direito de alguns, deixando outros de lado²⁵¹. Definir um saber tradicional como sendo de origem não identificável pelo fato de estar amplamente difundido significa dizer que ele não está ligado a nenhum território. É como se ele não tivesse surgido em algum local. Essa concepção contradiz toda a peculiaridade em se contextualizar os povos indígenas e as comunidades tradicionais, e a ligação que mantêm com as terras que ocupam e com o meio ambiente de onde tiram seu sustento físico e espiritual.

Dispensar o consentimento das comunidades interessadas quando o acesso versar sobre conhecimentos supostamente não identificáveis significa retroceder no tempo, atribuindo-lhes novamente o caráter de *res nullius*, ou seja, de coisa de ninguém, passível de

²⁴⁹ MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Violação ao direito à repartição justa e equitativa de benefícios. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 140.

²⁵⁰ SHIRAIISHI NETO, Joaquim; RIBEIRO, Thayana Bosi Oliveira; Rabêlo, Laíza Braga. A proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade diante de um novo marco legal. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 161-184, set./dez. 2018. DOI 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.22975. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22975/23496>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 170.

²⁵¹ MIRANDA, João Paulo Rocha de. **O marco legal da biodiversidade: proteção ao patrimônio genético e dos reconhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e suas inconveniências no contexto do colonialismo biocultural**. São Paulo: LiberArs, 2018. p.92.

apropriação por qualquer pessoa que assim entenda por fazer. Nesse aspecto, como bem destaca Silveira, a história do direito mostra que o Estado moderno atribui à propriedade uma força sem precedentes, tratando-o como mais sólido dos direitos. O próprio Estado se transformou em pessoa jurídica, de tal forma que os bens públicos se revestem de racionalidade dominial, análoga à da propriedade privada. Se os conhecimentos tradicionais e o patrimônio genético puderem ser apropriados desconsiderando ou contornando os direitos dos povos "detentores", sua função é apenas de *commodities*. Equivalem a *res nullius* (embora não o sejam, de fato), que nada mais é do que uma propriedade temporariamente sem dono que, a qualquer momento, pode se tornar privada, propriedade de alguém²⁵².

Essa concepção, além de contrariar normas de regência da matéria, também destoa da concepção de cultura coletiva que rege os povos indígenas e as comunidades e agricultores tradicionais. Como visto anteriormente, esses grupos sociais não são guiados pela lógica da propriedade, do mercado e do capital, e sim a do coletivo e do compartilhamento. Diante disso, de forma contrária ao que se depreende da Lei nº 13.123, de 2015, um conhecimento tradicional, por mais difundido que seja, não pode ser tratado como de coisa de ninguém, mas sim de bem comum das comunidades que o detém. Adotada essa concepção, resulta evidente que a dispensa da obtenção de consentimento dos interessados para acesso a um conhecimento detido por muitos não faz sentido, visto que, sendo um bem comum daquelas comunidades, só elas podem decidir se e como querem compartilhá-lo. Silveira defende que:

Usando as categorias do Direito Romano, fica claro que a biodiversidade, o patrimônio genético e o tradicional conhecimento, não são realmente tratados como bens comuns, pela lei 13.123 / 2015. Se olharmos de perto, embora esses bens e valores sejam retoricamente chamados de bens comuns, eles são na verdade *res nullius*, isto é, coisas esperando por seu dono. Aquilo não é o que a lei diz explicitamente, mas isso é o que pode ser lido nos detalhes, de forma implícita. Em vez de estabelecer direitos comuns sobre esses bens - direitos das comunidades, relativos a um uso compartilhado, produção, fruição ou proteção -, a lei organiza sua exploração econômica. Mesmo se benefícios econômicos dessa exploração forem compartilhados de forma justa (o que certamente não é o caso), este procedimento reproduz uma lógica pela qual o mundo é uma coleção de mercadorias, e a lei é uma

²⁵² Texto original: “*History of law reveals that modern State empowers the right to property in a unique and unprecedented way. It’s the most consistent of all rights, we should say it is the DNA of our law systems. The public institution, in modernity, was turned into a legal person, in a certain way that public goods has a private form, or the same legal structure of commodities, which are bought and sold. The res nullius is a private property, temporarily without an owner, but also reflecting the structure of commodities, since are destined to become private anytime. The common goods, which had been forgotten by modern legal systems, return in the last decades as things (or values) that cannot assume private form, because have no owner, not even a (public) legal person*”. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. The study of law and environmental commons: a proposal by the research group DAC. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* (org.). **Innovations in the Ecological Rule of Law**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2018. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153924_7633.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 124.

ferramenta construída para organizar sua exploração. Todas as preocupações com as funções ecológicas e a importância de conhecimento comum aparecem principalmente como um discurso moral, sem garantias jurídicas²⁵³.

Os saberes tradicionais fazem parte do patrimônio e dos direitos culturais dos povos. Direitos culturais, para Cunha Filho, “são aqueles afetos às artes, à memória coletiva, aos repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana.”²⁵⁴ Logo, “formam uma categorização de direito humano cultural necessário para o livre desenvolvimento dos povos e comunidades tradicionais, com vistas a uma vida digna e intrinsecamente vinculada ao direito à identidade cultural”²⁵⁵.

Maciel destaca que, sendo os conhecimentos tradicionais “sistemas socialmente referenciados e em constante transformação, recriados e ressignificados pelos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares, através de experiências diárias, sendo, assim, localmente adaptados”²⁵⁶, ainda que uma mesma informação ou prática oriunda desse conhecimento possa ser encontrada em locais diversos, “considera-se que estas foram originadas em cada contexto cultural e ambiental nos quais são encontrados”²⁵⁷. Para o autor:

²⁵³ Texto original: “*Using Roman Law categories, it becomes clear that the biodiversity, the genetic heritage and the traditional knowledge, are not really treated as commons, by the law 13.123/2015. If we look closely, although these goods and values are rhetorically called commons, they are in fact res nullius, that is, things waiting for its owner. That is not what the law says explicitly, but that’s what can be read in the details, in an implicit form. Instead of establishing common rights over these goods – rights of communities, concerning a shared use, production, fruition or protection –, the law organizes its economic exploitation. Even if we share economic benefits of these exploitation in a fair way (which certainly is not the case), this procedure reproduces a logic by which the world is a collection of commodities, and the law is a tool build to organize its exploitation. All the concerns about ecological functions and the importance of common knowledge appear mostly as a moral discourse, with no juridical guarantees*”. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. The study of law and environmental commons: a proposal by the research group DAC. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* (org.). **Innovations in the Ecological Rule of Law**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2018. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153924_7633.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 125.

²⁵⁴ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 34.

²⁵⁵ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE; Leandro Barbalho. A lei n. 13.123/2015 e o retrocesso na proteção dos conhecimentos tradicionais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p.175-205, Maio./Ago. de 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1017>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 181.

²⁵⁶ MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 160.

²⁵⁷ MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova”**

A Lei n.º 13.123/2015, em seu art. 9º, §2º, permite que o acesso a conhecimento tradicional de origem não identificável independa de consentimento prévio informado, cláusula em que o conhecimento tradicional é tratado como *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém, de modo a simplificar a questão, pois todo o conhecimento tradicional acessado surge de um sujeito individual ou de coletividades. Com isso, há um risco não negligenciável de que muitas empresas possam deixar de buscar o consentimento prévio e fundamentado, bem como a repartição de benefício, sob a justificativa de que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado não possui origem identificável²⁵⁸.

No mesmo sentido, Souza Filho, entendendo que a busca pela origem do conhecimento se confunde com a busca de sua origem territorial, argumenta que a lei, ao estabelecer duas espécies de conhecimentos tradicionais, “está abstraindo a ideia de território, como se o patrimônio genético e o conhecimento a ele associado não estivessem presos a um ou mais territórios, não tivessem lugar de existência ou origem”²⁵⁹.

Atribuir a determinados conhecimentos tradicionais o predicado de não identificáveis, dispensando, com relação a eles, a obtenção do consentimento prévio, livre e informado, significa corroborar para que aqueles que tenham interesse em acessá-los não busquem averiguar sua origem, facilitando para a prática “legalizada” da biopirataria. É evidente que quando se estiver tratando de um conhecimento difundido, torna-se muito mais fácil aos interessados simplesmente declarar que a origem dele não pode ser localizada, ao invés de empreender esforços que, como regra, demandam tempo e dinheiro, para averiguar em qual território tal conhecimento nasceu e a partir de onde começou a se difundir.

O caráter de não identificável deveria ser a exceção, admitido somente após o esgotamento de todas as possibilidades de busca da sua origem. Para Silveira, “a exceção somente seria legítima, em conformidade com a Constituição e as normas internacionais, sendo

lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 160.

²⁵⁸ MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade:** Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 160.

²⁵⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade:** Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 114-115.

objeto de consulta, no momento de sua aplicação, de todos os que se saibam detentores do conhecimento”²⁶⁰. Contudo, com o aval da lei, tornou-se deveras fácil atribuir a um conhecimento plenamente identificável a característica contrária.

Para que se atribua a um conhecimento tradicional a característica de não identificável, basta mera declaração. Nem a Lei nº 13.123, de 2015, tampouco o Decreto nº 8.772, de 2016, que a regulamenta, estabelecem quaisquer critérios objetivos para que, a partir deles, possa-se atribuir ao conhecimento tal condição. Também não há a definição de quaisquer mecanismos, a partir dos quais a validade da declaração firmada será avaliada. Logo, ao se facilitar o acesso, que é justamente o que faz a lei conhecida como o marco legal da biodiversidade, dificilmente os interessados empreenderão quaisquer esforços no sentido de buscar a origem do conhecimento. Tal movimento em nada os beneficiaria. Com isso, os povos e comunidades detentoras dos conhecimentos permanecem sendo continuamente lesados, em todos os aspectos possíveis, inclusive no que tange à repartição de benefícios. De acordo com Souza Filho:

É um problema obter consentimento de uso de um conhecimento que vários povos detêm. Neste sentido, a solução simplista da lei deixa muito a desejar, simplesmente excepciona a obtenção de consentimento e abre uma janela perigosa para a violação direta dos direitos dos povos e comunidades detentoras do conhecimento tradicional e que deveriam ser protegidas pela lei e pelo poder público. Nesta exceção, que facilmente se torna regra, fica remarcado o vício de origem da Lei; não houve consulta prévia para formulá-la e aprová-la e exclui o consentimento prévio e informado no caso dos conhecimentos mantidos por vários povos. Sendo assim, a ausência do consentimento prévio para uso dos conhecimentos tradicionais não pode ser aceita pelos povos e agricultores tradicionais, especialmente porque há um vício anterior que é a ausência de consulta prévia na formulação da Lei, nos termos da Convenção 169, da OIT²⁶¹.

Outro grande problema da lei é o fato de não haver previsão acerca da necessidade do consentimento prévio informado quando o acesso versar somente a recursos da biodiversidade. Percebe-se que a norma trata dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e à diversidade biológica como se fossem coisas totalmente distintas, quando o que ocorre é

²⁶⁰ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A lei nº 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato. **Direito e sustentabilidade na era do antropoceno: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas**. v. 1. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 94.

²⁶¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 106.

justamente o contrário. Um é intrínseco ao outro, conforme visto anteriormente: “A biodiversidade pertence tanto ao domínio do natural como do cultural, mas é a cultura enquanto conhecimento que permite às populações tradicionais entendê-la, representá-la mentalmente, manuseá-la, retirar suas espécies, colocar outras e enriquecendo-a, com frequência”²⁶².

[...] a defesa dos territórios indígenas garante a preservação de um gigantesco patrimônio biológico e do conhecimento milenar detido pelas populações indígenas a respeito deste patrimônio. Sabe-se que assegurar o direito à terra para os índios significa não só assegurar sua subsistência mas também garantir o espaço cultural necessário à atualização de suas tradições. A proteção das terras indígenas é, portanto, uma medida estratégica para o país, porque assim se assegura um direito dos índios, resguardam-se os meios de sua sobrevivência física e cultural e, ainda, garante-se a proteção da biodiversidade brasileira e do conhecimento que permite o seu uso racional. A efetivação do direito territorial indígena e a preservação dessas populações em seus locais tradicionais têm sido, e continuam sendo, nos tempos atuais, garantia da integridade dos limites territoriais brasileiros²⁶³.

Diante da relação indissociável entre a diversidade biológica e os conhecimentos tradicionais a ela associados, não se concebe, ao menos em regra, nos territórios ocupados por populações indígenas e comunidades tradicionais, a existência de recursos exclusivos da biodiversidade. Eles se imiscuem com os conhecimentos tradicionais, e esses com aqueles.

A norma denota claramente que, embora anuncie o contrário, preocupa-se muito mais com eventuais benefícios decorrentes do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados do que com a sua proteção, criando mecanismos de acesso a eles, para fins, principalmente, de exploração econômica, independentemente da realização de consulta ou da obtenção de consentimento prévio. Dito de outro modo, atua a favor da mera mercantilização dos recursos genéticos da diversidade biológica e dos saberes tradicionais, em detrimento da sociobiodiversidade. Esse teor mercantilista não condiz com as concepções das comunidades indígenas e tradicionais, que são diretamente atingidas, violando-se seus anseios, pois não refletem a relação que tais sociedades culturalmente diferenciadas mantêm com o meio ambiente que os cerca.

²⁶² DIEGUES, Antônio Carlos (org.) **Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil**. São Paulo: NUPAB/USP, Brasília: MMA, 1999. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 32.

²⁶³ QUEIROZ, Ruben Caixeta. **Vigilância e proteção de terras indígenas**: Programa de Capacitação em Proteção Territorial. Brasília: FUNAI/GIZ, 2015. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Vigilancia_e_Protecao_de_TIs.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p.19.

Com isso, a Lei nº 13.123, de 2015, ao facilitar “a pesquisa envolvendo elementos da biodiversidade, coloca em risco as comunidades e o patrimônio genético nacional”²⁶⁴, deixando de promover tanto a sustentabilidade ambiental quanto o desenvolvimento socioeconômico. Ademais, ao dispensar o consentimento prévio quando o acesso versar sobre os chamados recursos exclusivos da biodiversidade, viola, da mesma forma que faz ao dissociar os conhecimentos tradicionais em duas espécies, o sistema de Direitos Humanos e Fundamentais dos povos indígenas e tribais, a CDB e a Convenção nº 169, da OIT, e a própria Constituição Federal. Silveira leciona que:

Muito embora o artigo 17 da lei nº 13.123/2015 disponha que os benefícios resultantes da exploração do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados serão repartidos de maneira “justa e equitativa”, essa expressão tende a se tornar vazia de sentido, considerando o esvaziamento do direito de consulta prévia, as diversas hipóteses de isenção, [...] Do ponto de vista das relações concretas regidas pela Lei, parece não se levar suficientemente a sério a noção elementar de que a efetiva proteção da integridade do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados é condição *sine qua non* da proteção da biodiversidade²⁶⁵.

A partir disso, diante das flagrantes violações apontadas, cumpre apurar as possíveis medidas judiciais aptas a serem adotadas pelos interessados e consequências que delas poderão advir, o que será abordado a seguir, mediante a resolução de um caso hipotético.

4.3 POSSIBILIDADES LEGAIS DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Diante de matéria abordada no presente trabalho, questiona-se: caso determinado usuário venha a acessar conhecimento tradicional associado à biodiversidade tido como de origem não identificável, a fim de desenvolver determinado produto farmacêutico, sem a realização de consulta e/ou obtenção do consentimento prévio informado, quais os meios que

²⁶⁴ MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v.4, n.6, p.54-72, 1º sem. 2019. ISSN1678-3425. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/20812/20812-75383-1> Acesso em: 30 nov. 2020. p. 64.

²⁶⁵ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A lei nº 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato. **Direito e sustentabilidade na era do antropoceno**: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas. v. 1. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 97-98.

os povos indígenas e/ou comunidades e agricultores tradicionais, sentindo-se violadas nos seus Direitos Humanos e Fundamentais, possuem para buscar a salvaguarda desses direitos, sob o prisma da proteção que lhes confere a Convenção nº 169, da OIT?

O fato apresentado não se esgota em uma única possibilidade de resposta. Diante disso, faz-se necessário analisar as várias vertentes possíveis, que podem ser manejadas pelos interessados.

Entende-se que a Lei nº 13.123, de 2015, pode ser questionada na sua totalidade, sob o aspecto formal, tendo em vista o modo como se deu o processo legislativo que culminou com a sua inserção no universo jurídico nacional; e também no que tange ao seu conteúdo material, relativamente à subdivisão atribuída aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que os classificou, de acordo com a origem, em identificáveis e não identificáveis, prescindindo, quanto aos últimos, assim como com relação exclusivamente ao patrimônio genético, da consulta e/ou do consentimento prévio, livre e informado dos interessados para acesso a eles. Esclarece-se que, no que tange ao aspecto material da norma, ela é passível de questionamento acerca de outras matérias tratadas pela lei, restringindo-se aqui a abordagem apenas com relação ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, visto ser este o foco do trabalho.

Como visto, o PL nº 7.735, de 2014, que resultou na lei chamada de marco legal da biodiversidade, tramitou no Congresso Nacional em regime de urgência, de forma célere. Não houve oitiva nem dos povos indígenas, tampouco das comunidades tradicionais interessadas. O direito dos interessados de serem consultados de forma prévia, livre e informada foi sumariamente ignorado, e o consentimento, que também deve ser prévio, livre e informado, em nenhum momento foi buscado pelo Estado brasileiro. Diante da omissão estatal, os povos e comunidades não tiveram oportunidade de se manifestar, expondo suas considerações acerca da criação da norma, nem com relação ao que gostariam que compusesse seu conteúdo material. Com isso, a lei acabou sendo-lhes imposta, contendo dispositivos criados a contento das indústrias e setores de pesquisa, em detrimento de quaisquer interesses das comunidades.

Logo, tanto no aspecto formal da lei, relativo ao seu ao processo de formação, quanto no conteúdo normativo que a compõe, há flagrante e indiscutível violação à Convenção nº 169, da OIT, em especial ao disposto no artigo 6º, que estabelece o dever geral de consulta; e também com relação ao que reza o artigo 15, que assegura proteção especial aos povos indígenas e tribais, relativa aos direitos que eles têm aos recursos naturais existentes em seus territórios, inclusive o de participarem da sua utilização, administração e conservação. Não se ignora a

possibilidade de violação de outros acordos internacionais, mas, para fins do presente trabalho, analisa-se o tema apenas sob a ótica da Convenção citada.

Mostra-se, pois, possível o questionamento judicial da norma pelos interessados, tanto na sua forma, tendo em vista o vício de origem que a macula, quanto com relação a dispositivos nela insertos. Tal questionamento, por sua vez, poderá ser realizado tanto no âmbito do Direito Internacional, perante a própria OIT, quanto na esfera doméstica. No caso de denúncia do Estado brasileiro à Organização Internacional, ela deve ser feita e terá seu trâmite de acordo com o procedimento previsto nos artigos 24 a 34, da Constituição da OIT²⁶⁶. Conforme os dispositivos mencionados, "Estados Membros podem ser denunciados perante o sistema de controle normativo se violarem uma convenção que já ratificaram"²⁶⁷. O denunciante pode ser outro Estado-Membro que tenha ratificado a mesma Convenção tida por violada, trabalhadores ou empregadores, um delegado da Conferência Internacional do Trabalho ou, ainda, próprio Conselho de Administração da OIT²⁶⁸.

Para que a denúncia seja recebida pelo sistema de controle normativo da OIT, deverá conter, como requisitos mínimos, a referência específica à Convenção nº 169, ratificada pelo Brasil, a qual está sendo violada; estar assinada pelo(a) Presidente da Organização Nacional relevante de trabalhadores cujos direitos estão sendo violados; e, por fim, a denúncia escrita deverá ser remetida via correios para o Departamento de Normas da OIT, devidamente encaminhada ao (à) Diretor(a) de tal departamento, com sede em Genebra, na Suíça. Uma cópia da denúncia deve ser enviada para o Escritório da OIT no Brasil, endereçado ao Diretor da OIT no território nacional, com sede em Brasília/Distrito Federal. Não se admite o envio da denúncia por e-mail ou outro meio eletrônico²⁶⁹.

Recebida uma reclamação, o Conselho de Administração poderá estabelecer uma Comissão de Inquérito, composta por três membros independentes. Compete a essa Comissão investigar a reclamação, apurando os fatos atinentes ao caso. Ela também é responsável por

²⁶⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional Do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁶⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais do Trabalho no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁶⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais do Trabalho no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais do Trabalho no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

fazer recomendações acerca das medidas a serem tomadas, a fim de solucionar os problemas levantados em face da denúncia. A Comissão de Inquérito trata-se do procedimento investigativo de mais alto nível da OIT, sendo instituída, em regra, quando se imputa a um Estado-Membro o cometimento de violações graves e persistentes, e há recusa repetida em abordá-las. Havendo recusa por parte do Estado-Membro denunciado de cumprir as recomendações perpassadas por uma Comissão de Inquérito ou decisão da Corte Internacional de Justiça, caso o processo tenha sido por ela julgado, o Conselho de Administração poderá, de acordo com o artigo 33, da Constituição da OIT, recomendar à Conferência as medidas que julgar sábias e convenientes para garantir o cumprimento das recomendações ou da decisão²⁷⁰.

No âmbito do direito interno, da mesma a forma, pode a Lei nº 13.123, de 2015 ser questionada com relação aos vícios apontados, que, como visto, configuram-se em violação à Convenção nº 169, da OIT. Tendo em vista o reconhecimento da hierarquia supralegal do Tratado Internacional, tal deverá ser feito pela via do controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade nasce da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado é parte, calcado em princípios do direito internacional, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário²⁷¹.

O controle de convencionalidade é um instrumento ainda pouco conhecido e subutilizado. Dele podem fazer uso tanto os poderes Executivo e Legislativo, que obviamente não o manearam quando do processo de formação e promulgação da Lei nº 13.123, de 2015, bem como os Tribunais Internacionais e o Poder Judiciário. Ou seja, o Estado, como um todo, “pode (e deve) utilizar a aplicação das fontes internacionais para fins de proteção, promoção e garantia dos direitos humanos”²⁷².

²⁷⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reclamações**. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/complaints/lang-en/index.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁷¹ EAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, Apr. 2017. DOI 10.5380/rinc.v4i1.48212. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392017000100109&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

²⁷² VILLATORE, Marco Antônio César; GUNTHER, Luiz Eduardo; CARBONELLI, Matteo; RODRIGUES, Marcelo. Controle de convencionalidade: análise da convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e artigo 477-A da CLT. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 145, Dezembro, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_n.145.06.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. p.145.

O controle de convencionalidade é, assim como o controle de constitucionalidade, um método de controle dos atos normativos e da produção normativa interna. As normas domésticas estão, pois, sujeitas a um duplo controle de verticalidade, devendo se adequar tanto à Constituição, quanto aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados na forma do artigo 5º, da Constituição Federal, que compõem bloco de constitucionalidade, sob pena de, não o fazendo, sofrerem controle de constitucionalidade e convencionalidade. Da mesma forma, devem se compatibilizar também aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados de forma simples, que apresentam hierarquia de norma supralegal, como é o caso da Convenção nº 169, da OIT. Nesse caso, havendo antinomia da norma interna com a internacional, aquela também estará sujeita a controle de convencionalidade.

Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nesta perspectiva, existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei. Isto significa que a lei, nesta dimensão, está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, o que revela que o Estado contemporâneo – que se relaciona, em recíproca colaboração, com outros Estados constitucionais inseridos numa comunidade -, tem capacidade de controlar a legitimidade da lei em face dos direitos humanos tutelados no país e na comunidade latino-americana²⁷³.

Para Conci, no que tange ao controle de convencionalidade, a relação de validade – ou não – da norma é estabelecida a partir de um critério material. Busca-se a maior proteção da pessoa humana, mediante a aplicação dos critérios *pro persona* ou *pro homine*. O autor destaca que a declaração de inconvenção de uma norma somente é possível quando a proteção decorrente de um Tratado Internacional de Direitos Humanos internalizada no ordenamento jurídico doméstico se mostre mais efetiva na proteção de tais direitos, do que a norma doméstica, pois a invalidação desta não decorre pura e simplesmente da sua contrariedade em relação àquela²⁷⁴. Já, para Sarlet, “a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 66.

²⁷⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 232, jun. 2014. 529 p. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113330>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 4.

lei ou ato normativo interno naquilo que contraria Tratado Internacional de direitos humanos”²⁷⁵.

Independente da teoria que se adote, qualquer delas se aplica ao caso que se analisa, de violação por parte da Lei nº 13.123, de 2015, à Convenção nº 169, da OIT, sendo esta mais efetiva na proteção dos Direitos Humanos dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais do que a norma doméstica, e também hierarquicamente superior. No que tange aos modos de controle convencionalidade, ele aproxima do controle de constitucionalidade das leis, apresentando, no entanto, algumas peculiaridades.

No caso de Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados pela forma qualificada prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, pode-se fazer uso tanto do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, quanto do de convencionalidade, também de ambas as formas, haja vista o status constitucional alcançado a tais normas internacionais. Nessa hipótese, a decisão proferida em sede de controle concentrado, pelo STF, tanto de constitucionalidade, quanto de convencionalidade, produz efeitos *erga omnes* e *ex tunc*; por sua vez, aquela oriunda de controle difuso, que poderá ser proferida inclusive em sede de Recurso Especial e Extraordinário, somente tem efeito *inter partes*, salvo na hipótese de o Senado Federal, “nos termos de uma das interpretações do art. 52, X, da CF/88, suspender a execução da lei inconvenional”²⁷⁶. Os legitimados a propor ação de controle concentrado de convencionalidade são os mesmos do controle de constitucionalidade e se encontram elencados no artigo 103, I a IX da Constituição Federal²⁷⁷. No caso que se analisa, tendo em vista que o Tratado Internacional violado não possui status formalmente constitucional, entende-se que não poderá ser objeto de controle concentrado.

Poderão os interessados, povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais, no entanto, questionar a convencionalidade da Lei nº 13.123, de 2015, por sua violação à Convenção nº 169, da OIT, pela via difusa. Nesse caso, o controle pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal mediante análise de determinado caso concreto, por meio de

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 122.

²⁷⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN: EDUFRRN, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. p. 257.

²⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020. Não paginado.

requerimento da parte interessada ou, até mesmo, de ofício, pelo juiz. A decisão prolatada, por se tratar de controle difuso, somente produz efeito *inter partes*.

Questão pouco suscitada é a que versa acerca da possibilidade de controle difuso de convencionalidade pelos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e STF, no caso de Tratados de Direitos Humanos internalizados de forma simples, pela via do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, respectivamente.

O artigo 105, III, a, da Constituição Federal, determina a competência do STJ para julgar, em sede de Recurso Especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Diante disso, entende-se, caso os povos ou comunidades interessadas venham, em determinado caso concreto, a discutir a Lei nº 13.123, de 2015, ou dispositivo que ela contenha, o STJ é competente e está legitimado a exercer controle de convencionalidade acerca dela, em sede de Recurso Especial, pela via do controle difuso.

No que tange à competência do STF para declaração de inconvenção da norma pela via do controle difuso, mediante o manejo de Recurso Especial, embora a matéria seja controversa, entende-se que nada impede sua apreciação, no caso de admissão do Recurso Extraordinário.

Dessa forma, tem-se que os povos, comunidades e agricultores tradicionais que se sintam violados em seus Direitos Humanos e Fundamentais mediante a edição da Lei nº 13.123, de 2015, tem como alternativas, sob a ótica da Convenção nº 169, da OIT, efetuar a denúncia do Brasil perante a OIT, e/ou, no âmbito doméstico, e mediante cada caso concreto, buscar perante o Poder Judiciário o controle difuso de convencionalidade dessa norma ou de dispositivo dela, que disponha acerca do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Ressalve-se que tais medidas, por evidente, não esgotam outras possibilidades de os interessados discutirem seus direitos, pautados em outras normas internas ou internacionais, eis que a presente análise é restrita à situação sob a ótica do Tratado citado.

No caso de procedência de eventual ação interposta, sendo reconhecida pelo Poder Judiciário a inconvenção do marco legal da biodiversidade ou de dispositivo nela contido, a decisão não terá o condão de declarar a nulidade da lei, como ocorre no controle de constitucionalidade, mas terá o que Sarlet denomina “efeito paralisante, que impede edição de

legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado”²⁷⁸. Appio, no entanto, destaca que:

O controle de convencionalidade não tem sido utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros e também não tem sido invocado pelos advogados quando em juízo ou mesmo perante a Administração Pública. Muito embora possa (dever) ser deflagrado de ofício – a exemplo do controle difuso de constitucionalidade – os juízes brasileiros não têm considerado as convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte formal e material de Direito para as suas decisões²⁷⁹.

Há, de fato, pouca efetividade no que tange ao manejo do controle de convencionalidade pelos operadores do direito. Em pesquisa de jurisprudência efetuada nos sítios eletrônicos de tribunais aleatórios, de todas as regiões do Brasil, mediante a expressão “controle de convencionalidade”, em diversos deles a busca não teve nenhum retorno. Naqueles em que se obtiveram resultados, a matéria versava, na sua massiva maioria, acerca de processos criminais referentes ao crime de desacato. Nada foi localizado no que tange ao marco legal da biodiversidade, embora vigente há mais de 5 anos.

A subutilização desse recurso é, no entanto, algo que deve ser mudado na prática jurídica, sob pena de as normas protetivas de Direitos Humanos, em especial, no que tange ao presente trabalho, a Convenção nº 169, da OIT, tornarem-se meras normas aparentes. Sobre o tema, Caubet, ao tratar da questão inerente ao caráter democrático, ou não, relativa à aprovação de Tratados no Brasil, ao abordar o tema das normas aparentes infere tratar-se de textos cuja aparência é juridicamente mandatária, ou seja, que “são jurídicos pela sua origem e conteúdo, mas, não são implementados para reger as relações sociais às quais se destinam.”²⁸⁰ Para o autor, normas aparentes podem ser conceituadas como:

[...] normas que permanecem letra morta, geralmente por ação ou omissão comissiva (intencional) de operadores jurídicos, como promotores, procuradores, juízes, mas

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 113.

²⁷⁹ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 210-211.

²⁸⁰ CAUBET, Christian G. Tratados internacionais, interesses difusos e democracia-de-mercado: funções da aparência no direito e na política. *In*: CAUBET, Christian G. (coord). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos**. Florianópolis: Insular, 2016. p. 20.

também, de agentes administrativos que deixam de cumprir ou fazer cumprir, ou, simplesmente, ignoram as demandas dos justicáveis.²⁸¹

Logo, é necessário dar efetividade ao disposto na Convenção nº 169, da OIT, sob pena de torná-la letra morta e não alcançar os objetivos nela previstos, bem como os efeitos desejados, e, com isso, prejudicar-se ainda mais os povos por ela tutelados, no seu amplo espectro de direitos, principalmente no que tange aos saberes tradicionais associados à biodiversidade por eles detidos, bem como no que tange à própria conservação da diversidade biológica deles indissociável.

²⁸¹ CAUBET, Christian G. Tratados internacionais, interesses difusos e democracia-de-mercado: funções da aparência no direito e na política. *In*: CAUBET, Christian G. (coord). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos**. Florianópolis: Insular, 2016. p. 27.

5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, constatou-se que diversas normas internacionais e a própria Constituição Federal, superando a concepção integracionista que perdurou por séculos, passaram a reconhecer o valor intrínseco dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais, alcançando-lhes abrigo legal. Esse reconhecimento e amparo normativo, embora não se limite a eles, alcança os saberes tradicionais associados à biodiversidade detidos por esses povos culturalmente diferenciados, seus territórios e a biodiversidade que os cerca.

Diante disso, o trabalho teve por objetivo investigar em que medida a Lei nº 13.123, de 2015, no que relaciona ao processo de formação e ao conteúdo relacionado ao acesso a recursos da biodiversidade e conhecimentos tradicionais a eles associados, atende, ou não, ao disposto na Convenção nº 169, da OIT, e apurar as possíveis consequências jurídicas em caso de eventual incompatibilidade.

Para tanto, averiguou-se em que medida o marco legal da biodiversidade é compatível e cumpre com o disposto na Convenção nº 169, da OIT, sob os aspectos citados. Apurou-se, também acerca da vigência do Tratado no âmbito do direito interno, verificando qual é a sua hierarquia normativa, a partir da forma como decorreu seu processo de internalização. Por fim, constatada a antinomia normativa entre a Lei nº 13.123, de 2015, e a Convenção nº 169, da OIT, foram estabelecidas possibilidades existentes de controle internacional e interno daquela, à luz desta.

Um dos principais instrumentos de proteção aos povos tradicionais é o instituto da consulta ou, conforme o caso, do consentimento prévio, livre e informado. Eles encontram amparo na Convenção nº 169, da OIT, e o segundo está previsto expressamente também na CDB. A realização da consulta e, conforme o caso, a obtenção do consentimento prévio, livre e informado, são requisitos de validade para a prática de qualquer ato administrativo ou legislativo que possa afetar diretamente as comunidades tuteladas pela norma da OIT.

Esses direitos dos povos e comunidades tradicionais não foram, no entanto, observados na edição da Lei nº 13.23, de 2015. Durante o processo legislativo, em nenhum momento foi possibilitada a oitiva e a manifestação dos interessados. Tampouco foram consultados. Logo, concluiu-se que o marco legal da biodiversidade padece de vício de origem, o que torna questionáveis sua legitimidade e convencionalidade, abrindo margem para sua discussão, inclusive na esfera judicial.

No que se relaciona ao aspecto material, constatou-se que a lei é evitada de retrocessos, especialmente quanto à questão da consulta e do consentimento prévio, livre e informado para

fins de acesso aos recursos exclusivos da biodiversidade, e com relação aos saberes tradicionais a eles associados, na medida que supervaloriza aspectos e questões econômicas e mercadológicas em detrimento dos direitos dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais. Sob este aspecto, cumpre deixar claro que o problema central não é o fato de os recursos genéticos da biodiversidade ou os saberes tradicionais a ela associados entrarem na esfera da mercadoria, mas sim que tal situação seja um objetivo em si, sobrepondo-se aos direitos dos povos e comunidades.

Dito de outra forma, não haveria óbice à atribuição de caráter econômico-mercadológico aos recursos genéticos da biodiversidade e aos saberes tradicionais a ela associados. Contudo isso deveria ocorrer de forma a assegurar os direitos daqueles que os detêm e preservam, o que não se vislumbra na lei. Logo, também sob este aspecto, a norma contrária, além dos próprios objetivos que anuncia, a Convenção nº 169, da OIT, bem como a Constituição Federal, abrindo-se margem para sua discussão judicial.

Com relação ao fato de a norma expedida no âmbito da OIT tutelar os povos indígenas e tribais, embora a questão pudesse suscitar eventuais dúvidas, constatou-se que a Convenção é totalmente aplicável, na medida em que assegura os direitos de autonomia e autodeterminação dos povos, para que não se configure uma relação discriminatória relativa ao trabalho por eles exercido.

A concepção de trabalho nela formulada, embora seja diversa daquela tradicional, é coerente com a perspectiva dos povos indígenas e das comunidades e agricultores tradicionais. Pautada principalmente no coletivo, a Convenção protege o meio ambiente de trabalho desses povos, qual seja, seus territórios e os recursos naturais lá existentes, assim como a forma particular de o exercer, compreendendo, inclusive os saberes tradicionais. Conclui-se, pois, que a Convenção nº 169, da OIT, ao proteger o meio ambiente de trabalho dos povos que tutela e o modo especial de exercê-lo, adquire viés ambiental, eis que passa estender sua proteção também ao meio ambiente natural por eles ocupado.

Além disso, O Tratado Internacional assegura aos povos tradicionais o direito de serem diferentes e respeitados em suas diferenças. Para tanto, determina que sejam tratados de forma diferenciada. Os instrumentos nela estabelecidos, como a consulta e, conforme o caso, consentimento, livre, prévio e informado, visam justamente assegurar-lhes o exercício dos direitos, inclusive coletivos, que lhes são garantidos. Com isso, em última análise, busca assegurar-lhes uma existência além da meramente biológica, pautada na dignidade. A Convenção se consubstancia, assim, como verdadeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos.

No que se relaciona à hierarquia normativa da Convenção 169, da OIT, no cenário jurídico nacional, discutidas as teorias existentes, concluiu-se que ela, por ser norma de Direitos Humanos, e não ter sido internalizada na forma qualificada prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, apresenta hierarquia supralegal. Ou seja, situa-se abaixo da Constituição e acima do restante do ordenamento jurídico nacional, que a ela deve se adequar, sob pena de as normas divergentes serem questionadas judicialmente e, até mesmo, declaradas inaplicáveis.

Sobre os direitos dos povos, previstos na Convenção, relativos à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, constatou-se que ambos não se confundem. A consulta é obrigatória, para todo ato legislativo ou administrativo que os possa atingir. No entanto, ela pode ser realizada em duas situações distintas: com a finalidade de obtenção de consentimento ou de realização de acordo; ou quando a obtenção do consentimento é condição para a tomada de decisão estatal. Na primeira hipótese, realizada a consulta, mesmo que o resultado obtido não atinja o objetivo almejado, Estado está autorizado a decidir, devendo, no entanto, considerar as exposições trazidas pelos povos e comunidades interessadas durante o processo. Quando, porém, a obtenção do consentimento é condição para a tomada de decisão estatal, como ocorre no caso em que se pretenda o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade ou a recursos exclusivos desta, a sua não obtenção inviabiliza, em regra, a pretensão estatal.

No que se relaciona à Lei nº 13.123, de 2015, os povos não foram consultados. Logo, não prestaram seu consentimento. Diante disso, concluiu-se que a lei, além de violar a Convenção nº 169, da OIT, já no seu processo de formação, também o faz com relação ao conteúdo material que a compõe, ao fazer a distinção entre conhecimentos tradicionais de origem identificável e não identificável, dispensando-se o consentimento livre, prévio e informado para acesso com relação aos últimos, e aos recursos exclusivos da biodiversidade, sem ter dado aos interessados a possibilidade de se manifestarem acerca do tema.

A partir da constatada antinomia entre o Tratado Internacional e a Lei nº 13.123, de 2015, abre-se aos povos indígenas, às comunidades e aos agricultores tradicionais a possibilidade de, sentindo-se violados nos seus direitos e garantias fundamentais, questionarem a lei tanto perante o Direito Internacional quanto no âmbito interno, na esfera judicial.

Na esfera internacional, os interessados poderão, se assim o desejarem, denunciar o Estado Brasileiro perante a OIT, fazendo uso do procedimento estabelecido para tal, o qual se encontra estabelecido na Constituição da OIT.

Já, no âmbito doméstico, sendo a Convenção nº 169, da OIT, hierarquicamente superior à Lei nº 13.123, de 2015, a violação daquela permite que esta seja questionada pela via do controle de convencionalidade difuso, no caso concreto. Tal controle pode e deve ser efetuado, inclusive de ofício, por qualquer juiz ou tribunal do país. Uma vez reconhecida e declarada a inconvenção da lei, ou de qualquer de seus dispositivos porventura questionados, a decisão, embora não a torne nula, total ou parcialmente, conforme o caso, terá o efeito de paralisar a aplicação da norma.

O controle de convencionalidade ainda é pouco utilizado na esfera jurídica nacional, pelos operadores do direito. Não se localizou, em consulta aleatória efetuada em sites de tribunais nacionais, nenhuma decisão em que marco legal da biodiversidade tenha sido questionado perante essa ótica, nem qualquer declaração acerca de sua (in)convencionalidade.

Essa subutilização do instrumento, agregada a diversos outros fatores decorrentes da cultura colonialista faz com que os povos culturalmente diferenciados continuem a ser violados em seus direitos, inclusive os humanos e fundamentais. Ainda hoje, tais grupos sociais vivem, em regra, assolados pela pobreza e impedidos de se desenvolverem pela via da autodeterminação.

Embora, como dito, não se tenha localizado nenhum julgado que aborde a (in)convencionalidade da Lei nº 13.123, de 2015, em razão de alegada violação do disposto na Convenção nº 169, da OIT, observou-se situações diversas em que o Tratado é evocado. Nelas, embora se reconheça o direito, sobretudo dos povos indígenas – a questão das comunidades é pouco abordada -, eles acabam, em regra, sendo relativizados.

Diante disso, mostra-se importante o manejo dos recursos postos à disposição, tanto pelos interessados e por quem advogue em seu favor, bem como pelo Judiciário, no sentido de fazer valer seu poder-dever de reconhecer de ofício a(s) (in)convencionalidade(s) da norma. Este é, possivelmente, o mecanismo jurídico mais forte disponível no momento, a fim de que realmente se efetivem os direitos e garantias assegurados, ao menos formalmente, aos povos culturalmente diferenciados.

A paralisação dos efeitos da Lei nº 13.123, de 2015, uma vez que aprovada em desconformidade com a Convenção nº 169, da OIT, poderá corroborar com o desenvolvimento das comunidades de forma digna, de acordo com suas crenças, cultura e saberes. Com isso, atuará também em prol da preservação da biodiversidade intrínseca aos conhecimentos tradicionais por eles detidos, do desenvolvimento sustentável e econômico do país. Não o fazer corresponde a perpetuar culturas e políticas fundadas no colonialismo e na colonialidade de poder, que já dizimou e descaracterizou um incontável número de pessoas, invisíveis por suas

diferenças, e também da biodiversidade, a qual, com seus saberes, os povos indígenas e as comunidades e agricultores tradicionais preservam e reproduzem.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. 24. ed **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2019.

ACCOUNTABILITY FRAMEWORK. **Diretriz Operacional sobre o Consentimento Livre, Prévio e Informado**. Requisitos, melhores práticas e considerações práticas para que empresas cumpram suas obrigações de assegurar o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais Disponível em https://accountability-framework.org/wp-content/uploads/2020/04/DO_CLPI-Feb2020.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ALMEIDA, Igor Martins Coelho; BRUZACA, Ruan Didier. O direito de consulta prévia na América Latina: o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. *In*: ARAUJO, Bruno Manoel Viana De; BIZAWU, Kiwonghi; LEISTE; Margareth Anne (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/71rqv166/6eirSMzd48fWieEG.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. A atuação dos indígenas na História do Brasil: revisões historiográficas. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 37, n. 75, p. 17-38, maio. 2017. DOI 10.1590/1806-93472017v37n75-02. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882017000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <http://bndigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/alteridades/povos-indigenas-no-brasil/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

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

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BERGER FILHO, Aírton Guilherme; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Patrimônio genético ou recursos genéticos? Tratamento conceitual face às normas de acesso e repartição de benefícios. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 10, n. 1, jan./abr. 2020, p. 265-291. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/8604/4209>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro/RJ, v. 3, n. 9, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_180.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

BLANCO TARREGA, Maria Cristina Vidotte; LAMBERT, Ana Sofia Alencar. Tutela jurídica dos arranjos produtivos locais e exploração da biodiversidade em Goiás: a proteção da propriedade intelectual como mecanismo de desenvolvimento das comunidades tradicionais. **Revista Videre**, Dourados/MS, [S.l.], v. 10, n. 20, p. 29 - 47, dez. 2018. ISSN 2177-7837. DOI 10.30612/videre.v10i20.7315. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/7315/4878>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Salete Oro. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo “novo” marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul/RS, v. 5, n. 2, 2015, p. 110-127. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3951/2376>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.888, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto legislativo nº 2, de 1994**. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7735/2014**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=619150>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República

Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.519%2C%20DE%2016,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 12.123 de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 306, de 1995**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1691>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.905/RR**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341088754&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365245>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade contra exigência de consulta a povos indígenas para execução de obras públicas terá rito abreviado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373240>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131-1/RJ**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1-/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. A Convenção 169 da OIT e uma análise de sua violação pelo Estado brasileiro a partir do caso de Belo Monte. *In*: CAUBET, Christian Guy (coord.). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos: Os Estados contra o bem viver de suas populações**. Florianópolis: Insular, 2016.

BUPPERT, Theresa; MCKEEHAN, Adrienne. **Diretrizes para a implementação do consentimento, livre, prévio e informado: Um manual para Conservação Internacional**. Arlington: Conservação Internacional, 2013. Disponível em: https://www.conservation.org/docs/default-source/publication-pdfs/ci_fpic-guidelines-portugues.pdf?sfvrsn=3b43e197_2. Acesso em: 30 nov. 2020.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARTA aberta de recomendações da sociedade civil brasileira na 13ª conferência das partes da Convenção da Diversidade Biológica e seus Protocolos. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2016/11/CARTA-DE-POSICIONAMENTO-SOCIEDADE-CIVIL-PARA-COP-13-MOP-8-MOP-2.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CARTA Circular Aberta. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/carta_do_pct_s_e_camponeses_ao_governo_federal1-2.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

CARVALHO, Weliton. Tratados internacionais de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45: o problema do status normativo. *In*: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória/ES, n. 8, p. 339-364, 13 dez. 2010. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/39/37>. Acesso em 07 mar. 2021.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Parâmetros para o regime *sui generis* de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. *In*: MEZZAROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

CASTRO, Carla Judith Cetina. A obrigatoriedade da consulta a os povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu aspecto vinculante. *In*: OLIVEIRA, Flavia de Paiva

Medeiros de; PADILHA, Norma Sueli; COSTA, Beatriz Souza (coord.). **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=163>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CAUBET, Christian G. Tratados internacionais, interesses difusos e democracia-de-mercado: funções da aparência no direito e na política. *In*: CAUBET, Christian G. (coord). **Tratados internacionais, direitos fundamentais, humanos e difusos**. Florianópolis: Insular, 2016.

CAUBET, Christian Guy. Apresentação: As raízes de um contexto caótico. *In*: CAUBET, Christian Guy; BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins (org.). **Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescimentismo contra as populações indígenas**. Cadernos IHU / Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Instituto Humanitas Unisinos. n° 47 (2014). São Leopoldo: IHU/Unisinos, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6627/Tese%20Jamilie%20Brunie%20Biehl.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Criado GT Interministerial para elaborar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da OIT**. Disponível em: <https://cpisp.org.br/criado-gt-interministerial-para-elaborar-proposta-de-regulamentacao-da-convencao-no-169-da-oit/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232/2014, p. 363, Jun. 2014 DTR\2014\2187. Disponível em: https://www.academia.edu/38701113/O_CONTROLE_DE_CONVENCIONALIDADE_COMO_PARTE_DE_UM_CONSTITUCIONALISMO_TRANSNACIONAL_FUNDADO_NA_PESSOA_HUMANA. Acesso em: 30 nov. 2020.

CONSULTA Livre, Prévia e Informada na Convenção 169 da OIT. Disponível em: https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/#:~:text=O%20direito%20de%20consulta%20pr%C3%A9via,legislativas%20que%20lhes%20afetem%20diretamente. Acesso em: 30 nov. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Elaboração de processos para a consulta prévia da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/2o-plano-de-acao-brasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-da-republica/elaboracao-de-processos-para-a-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CORRÊA. Kátia Núbia Ferreira. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) SOB O signo da colonialidade**. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo6-estadoculturaeidentidade/aconvencao169daorganizacaointernacionaldotrabalho-oit-sobosignodacolonialidade.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Conhecimentos tradicionais, cultura e proteção jurídica: considerações sobre a nova lei brasileira da biodiversidade. **Revista Arquivo**

Jurídico, Teresina-PI, v. 3, n. 2, p. 69-81 Jul./Dez. de 2016. ISSN 2317-918X. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7097/4143>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52-81, Jun. 2009. DOI 10.1590/S1806-64452009000100004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA, Manuela carneiro da. Índios na constituição. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429-443, Dez. 2018. DOI 10.25091/s01013300201800030002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

DIEGUES, Antônio Carlos (org.) **Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil**. São Paulo: NUPAB/USP, Brasília: MMA, 1999. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020.

DOURADO, Sheilla Borges. A lei nº 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual_direitos_indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

EAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, Apr. 2017. DOI 10.5380/rinc.v4i1.48212. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392017000100109&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020.

EMPERAIRE, Laure; GARCES, Claudia Leonor López. Dinâmicas da agricultura amazônica. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas**, Belém, v. 11, n. 1, p. 13-16, abr. 2016. DOI 10.1590/1981.81222016000100002. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222016000100013&lng=en&nrm=iso)

[81222016000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222016000100013&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 30 nov. 2020.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. Amazônica. **Revista de Antropologia**, Belém/PA, v. 1, n. 2, nov. 2009. ISSN 2176-0675. DOI 10.18542/amazonica.v1i2.294. Disponível em:

<https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/294/461>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. Disponível em:

http://derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf.

Acesso em: 02 nov. 2020.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. *In*: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Conhecimentos Tradicionais, Consulta prévia e direitos tradicionais. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em:

http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRANCO, Francine H. Leal; GRASSI, Caroline de Baére. ABS no cenário nacional: lei da biodiversidade no Brasil. *In*: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Acesso e repartição de benefícios no cenário mundial: a lei brasileira em comparação com as normas internacionais**. Confederação Nacional da Indústria, GSS Sustentabilidade e Bioinovação, Natura Inovação e Tecnologia de Produtos, Brasília: 2017. Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/92/f5/92f56f56-e45d-44fd-b9ad-b838ff0f2137/acesso_e_reparticao_de_beneficios_no_cenario_mundial_a_lei_brasileira_em_comparacao_com_as_normas_internacionais.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. *In*: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA; Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica (RCA). Washington: Due Process of Law Foundation, 2016. Disponível em:

http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf.

Acesso em: 30 nov. 2020.

INSTITUTO Socioambiental. **Conhecimento tradicional associado ou dissociado da Biodiversidade?** Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-pds/conhecimento-tradicional-associado-ou-dissociado-a-biodiversidade> Acesso em: 30 nov. 2020.

KNIHS, Karla. **Direito internacional público**. Curitiba: Contentus, 2020. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/184177/pdf/0?code=05ARWiQSSb1ShGxzo2yNfWS8OaPI+bDuejHf3r9/tM/8bW7CKimTA+FBfM/W6EE6jCPd5de0xH8/Fx9edVQxBQ==>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LAUREANO, Lourdes Cardozo. Com a palavra, os movimentos sociais. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em:

http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; SARTORI JUNIOR, Dailor. Direitos fundamentais coletivos de povos indígenas e comunidades tradicionais. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, RJ, v. 4, Núm. 8, mai./ago., 2017. Disponível em:

https://www.academia.edu/35398998/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_COLETIVOS_DE_POVOS_INDIGENAS_E_COMUNIDADES_TRADICIONAIS. Acesso em: 30 nov. 2020.

LUCAS, Douglas Cesar. Cidadania, biodiversidade identidade cultural na reserva indígena do Guarita. Prefácio. *In*: CORRÊA, Darcísio *et. al.* **Cidadania, biodiversidade identidade cultural na reserva indígena do Guarita**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 191 jul./set. 2011. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/191/ril_v48_n191_p99.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020.

MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em:

http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARÉS, Carlos. A força vinculante do protocolo de consulta. *In*: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Maria da Glória Almeida; CAÚLA, Pauline Queirós Caúla; SIEBRA, Roberta Antônia Almino. Regulamentação do Patrimônio Genético Brasileiro: Instrumento de Legalização ou Incentivo à Biopirataria? *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARVALHO, Nathalie de Paula; CARMO, Valter Mourado (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-Tomo-II-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Violação ao direito à repartição justa e equitativa de benefícios. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p.54-72, 1º sem. 2019–ISSN1678-3425. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/20812/20812-75383-1>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Caso do povo Saramaka vs. Suriname. *In*: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça; Comissão de Anistia; Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. **O marco legal da biodiversidade: proteção do patrimônio genético e dos reconhecimentos tradicionais associados e sua inconveniências no contexto do colonialismo biocultural.** São Paulo: LiberArs, 2018.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Visão geral da lei nº 13.123. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais.** São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE Leandro Barbalho. A lei n. 13.123/2015 e o retrocesso na proteção dos conhecimentos tradicionais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p.175-205, maio./ago. 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1017>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal: EDUFRN, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MOSSRI, Beatriz de Bulhões. A nova legislação de acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais. **Cienc. Cult.** São Paulo, v. 67, n. 2, p. 06-08, June 2015. DOI 10.21800/2317-66602015000200002. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia General. Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.** Disponível em: https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/EI%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_cdh.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

OIT. **Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.** Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhaes de; ALEIXO, Mariah Torres. **Convenção 169 da OIT em disputa: consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas.** Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional Do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/---brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Em%201920%2C%20a%20sede%20da,como%20seu%20primeiro%20diretor%20Dgeral>. Acesso em: 07 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais do Trabalho no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/---brasilia/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reclamações**. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/complaints/lang--en/index.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PETERKE, Sven; RAMOS, André de Carvalho *et al* (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/manual_pratico_dh_internacionais.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. **Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da constituição federal de 1988**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado3.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Constitucional: direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PONTES JR, Felício. Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. Apresentação. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em 30 nov. 2020.

POVOS indígenas no Brasil. **Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes nº. 169**. Disponível em:
https://pib.socioambiental.org/pt/Conven%C3%A7%C3%A3o_OIT_sobre_Povos_Ind%C3%ADgenas_e_Tribais_em_pa%C3%ADses_independentes_n%C2%BA.169#:~:text=Entre%20os%20direitos%20reconhecidos%20na,maneira%20diferenciada%2C%20segundo%20seus%20costumes. Acesso em: 30 nov. 2020.

QUEIROZ, Ruben Caixeta. **Vigilância e proteção de terras indígenas: Programa de Capacitação em Proteção Territorial**. Brasília: FUNAI/GIZ, 2015. Disponível em:
http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Vigilancia_e_Protecao_de_TIs.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (comp.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em:
<https://www.tni.org/files/download/La%20colonialidad%20del%20saber.%20Eurocentrismo%20y%20ciencias%20sociales.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009. Disponível em:
http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva do Direito em Habermas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 149-175, abr. 2018. ISSN 2238-0604. DOI 10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1712. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1712/1593>. Acesso em: 30 nov. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (Orgs.). **Direito constitucional ecológico.** Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://macroamb.files.wordpress.com/2018/11/livro-direito-constitucional-ecologico.pdf>. Acesso em 30 nov 2020.

ROMA, Júlio César; CORADIN; Lidio. **A governança da convenção sobre diversidade biológica e sua implementação no Brasil.** Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9288/1/A%20Governan%c3%a7a%20da%20conven%c3%a7%c3%a3o.pdf> Acesso em 30 nov. 2020.

SANTILI, Márcio. **Os brasileiros e os índios.** São Paulo: Senac, 2000.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** Brasília, n. 9, p. 21-73, 2015. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/site/Revista_MPdFT_9.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SANTILLI, Juliana. **Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção.** Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT08/juliana_santilli.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Peirópolis, 2012. *E-book*.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In:* MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SEGUNDO NETO, José Augusto. A Convenção nº 169 da OIT e o pluralismo jurídico. **Revista Eletrônica do TRT6,** Recife/PE, nº 41. Disponível em: http://ensino.trt6.jus.br/ej/pluginfile.php/15176/course/section/1831/Revista_41_links.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; RIBEIRO, Thayana Bosi Oliveira; Rabêlo, Laíza Braga. A proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade diante de um novo marco legal. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental,** Curitiba, v. 9, n. 3, p. 161-184,

set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.22975. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22975/23496>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; CASTRO, Carla Judith Cetina; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante. *In*: RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://macroamb.files.wordpress.com/2018/11/livro-direito-constitucional-ecologico.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Tese (Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade). - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos//000061/000061cd.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amin Lima da, OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da Lei.: vício congênito. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, Marciano Toledo da; SOLDATI, Gustavo Taboada; DALLAGNOL, André Halloys (org.). **Nossos conhecimentos sobre a sociobiodiversidade: salvaguardando uma herança ancestral. Uma visão popular da Lei 13.123/2015, o marco legal da biodiversidade brasileira e do acesso e repartição de benefícios sobre o conhecimento tradicional associado**. GT Biodiversidade da Articulação Nacional de Agroecologia e Terra de Direitos, 2020. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Cartilha-Sociobiodiversidade-web%281%29.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVA, Silvio José Albuquerque e. **Consulta Prévia e a Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT**. FUNAG/Thesaurus, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/944-Livro_na_Rua_-_A_Consulta_previa_e_a_Convencao_169_sobre_os_povos_indigenas_e_tribais_da_OIT.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A lei nº 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato. **Direito e sustentabilidade na era do antropoceno: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas**. v. 1. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul: Educs, 2014.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. The study of law and environmental commons: a proposal by the research group DAC. *In*: LEITE, José Rubens Morato *et al.* (org.). **Innovations in the Ecological Rule of Law**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2018. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153924_7633.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. *In*: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). **A “nova” lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de Direitos Socioambientais**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170303100927_2758.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, Goiás/GO, 42(3), 155-179. DOI 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TÁVORA, F.L. *et al.* **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TERRA DE DIREITOS. **De onde Brotam as Sementes**. set. 2014. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Setembro-2014.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Biodiversidade na América Latina: ecologia política e a regulação jurídico-ambiental. *In*: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (org.) **Princípios de direito ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas**. Caxias do Sul: Educs, 2013. Disponível em:

https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Principios_de_Direito_Ambiental.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL. **Premissas**. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/pos-graduacao/formacao-stricto-sensu/direito/linhas-de-pesquisa/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

VILLATORE, Marco Antônio César; GUNTHER, Luiz Eduardo; CARBONELLI, Matteo; RODRIGUES, Marcelo. Controle de convencionalidade: análise da convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e artigo 477-A da CLT. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 145, Dezembro, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_n.145.06.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

WAGNER, Daize Fernanda. A Convenção 169 da OIT e o controle de convencionalidade nos tribunais da região norte do Brasil. *In: Rev.de Direitos Humanos em Perspectiva*, Florianópolis/SC, e-ISSN: 2526-0197, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 18-37, Jan/Jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/6438/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina. **Pueblos indígenas: reflexiones decoloniais**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_Pueblos_Indigenas.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista jurídica**, Curitiba/PR, v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. DOI 10.21902/revistajur.2316-753X.v2i31.593. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 30 nov. 2020.

YAMADA, E. M.; AMORIM, F. F. Povos indígenas isolados: autonomia e aplicação do direito de consulta. **Revista Brasileira de Linguística Antropológica**, Brasília/DF, v. 8, n. 2, p. 41-60, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/16299>. Acesso em: 30 nov. 2020.