

Organizadoras:
Manuela Carneiro da Cunha
Sônia Barbosa Magalhães
Cristina Adams



Sociedade
Brasileira para o
Progresso da
Ciência

PARTE I

Seção 4

**Alguns direitos específicos
na legislação brasileira**

Povos Tradicionais e Biodiversidade no Brasil

Contribuições dos povos indígenas,
quilombolas e comunidades tradicionais
para a biodiversidade, políticas e ameaças

Organizadoras:
Manuela Carneiro da Cunha
Sônia Barbosa Magalhães
Cristina Adams



**Povos Tradicionais
e Biodiversidade
no Brasil**

Contribuições dos povos
indígenas, quilombolas
e comunidades tradicionais
para a biodiversidade,
políticas e ameaças

PARTE I

Seção 4

**Alguns direitos específicos
na legislação brasileira**

Povos Tradicionais e Biodiversidade no Brasil

Contribuições dos povos indígenas,
quilombolas e comunidades tradicionais
para a biodiversidade, políticas e ameaças

São Paulo/2021
SBPC

Publicado pela
Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC
Rua Maria Antonia, 294 - 4º andar - Vila Buarque - 01222-010 São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (11) 3259.2766 - <http://portal.sbpcnet.org.br>

O presente trabalho foi realizado com apoio de



MINISTÉRIO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA
E INOVAÇÕES



Projeto gráfico original

Carlos Bravo

Editoração eletrônica e infográficos

Felipe Horst

Revisão e normalização

Vera Carvalho

Apoio técnico

Léa Gomes de Oliveira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P869

Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil [recurso eletrônico] : contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças / Manuela Carneiro da Cunha, Sônia Barbosa Magalhães e Cristina Adams, organizadoras. – São Paulo : SBPC, 2021.
128 p.

Vários colaboradores.

Disponível em: <https://portal.sbpcnet.org.br/livro/povostradicionais4.pdf>

Bibliografia: p. 127-128

Conteúdo: seção 4. Alguns direitos específicos na legislação brasileira.

ISBN 978-65-89883-08-1

1. Biodiversidade - Conservação - Legislação - Brasil. 2. Direito ambiental - Aspectos sociais. 3. Povos indígenas - Situação legal, leis, etc. - Brasil. 4. Povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais - Direitos fundamentais. I. Cunha, Manuela Carneiro da (org.). II. Magalhães, Sônia Barbosa (org.). III. Adams, Cristina (org.). IV. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. V. Alguns direitos específicos na legislação brasileira.

CDD 342.810872

Ficha catalográfica: Rosângela P. Batista - CRB-8 01465/O

Este trabalho é dedicado aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Apresentação

Como os povos tradicionais contribuem para a biodiversidade do Brasil? Em que medida as políticas públicas afetam esses povos e suas contribuições? São esses os temas que esta obra aborda. Mais de duzentos pesquisadores entre acadêmicos, indígenas, quilombolas, membros de comunidades tradicionais e técnicos de instituições públicas, procuraram reunir, durante quatro anos (2018-2021), o que até hoje se sabe para fundamentar as respostas.

Esses temas, em si, não são novos. A Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, pôs em relevo a importância dos povos indígenas e comunidades locais para a biodiversidade. A Plataforma Intergovernamental sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos, a IPBES, desde sua criação em 2012, se propôs a inclusão do conhecimento, práticas e inovações dos povos indígenas e comunidades locais nos seus relatórios continentais ou globais.

O que é novo, portanto, não são os temas e as fontes a que recorreremos, e sim o âmbito e a especial atenção dada a povos indígenas, quilombolas e às muitas comunidades tradicionais, que representam a megadiversa população tradicional que vive e atua em um país biologicamente também megadiverso. O Brasil, por essas duas características, tem uma responsabilidade ímpar no desenho de políticas públicas sociais e ambientais. O que a Costa Rica representou em políticas de biodiversidade, o Brasil pode vir a se tornar nas de sociobiodiversidade.

Seguimos nesta pesquisa a inspiração dos relatórios da Plataforma IPBES. Os seus destinatários primários são os tomadores de decisão, o que não lhe diminui o valor documental e de análise para especialistas diversos, entre eles os próprios povos tradicionais e os historiadores das gerações futuras. Na linha do IPBES, trata-se de um grande levantamento de dados e informações secundárias, compilados e analisados para trazer elementos de respostas às perguntas propostas pelo projeto. Alguns capítulos, entretanto, trazem informações primárias, incluindo mapas, produzidas especificamente para este fim.

A Amazônia é o bioma sobre o qual se conseguiu reunir mais documentação, assim como há maior volume de informações sobre povos indígenas. Esse viés é atribuível à diferença no volume de fontes e de pesquisas. Por enquanto, são menos abundantes as fontes disponíveis sobre quilombolas e comunidades tradicionais. Basta lembrar que a população quilombola iria figurar, pela primeira vez, apenas no censo populacional que estava previsto para 2020. Mas começam a se avolumar dados sobre a importância das contribuições de povos tradicionais e de quilombolas para a biodiversidade, e a pesquisa deverá prosseguir com novos pesquisadores.



A obra se agigantou ao longo do percurso. São seis partes, contendo 17 seções, cada uma composta por vários capítulos. A última parte, trazendo três seções, é dedicada a pesquisas interculturais realizadas especificamente para este projeto, a fim de evidenciar a fecundidade da colaboração entre regimes distintos de conhecimentos sobre o ambiente, as vidas e o funcionamento do mundo. Pareceu-nos mais razoável repartir a publicação em volumes no portal da SBPC. Cada volume corresponde a uma seção temática, e não seguirá no portal a ordem do plano geral da obra, que consta abaixo. Ao final, todos os volumes serão juntados em uma única edição, acrescida de uma introdução geral.

São Paulo e Belém, 28 de março de 2021.

Manuela Carneiro da Cunha, Sônia Barbosa Magalhães e Cristina Adams



Povos Tradicionais e Biodiversidade no Brasil

**Contribuições dos povos
indígenas, quilombolas
e comunidades tradicionais
para a biodiversidade,
políticas e ameaças**

PLANO GERAL DA OBRA

POVOS TRADICIONAIS E BIODIVERSIDADE NO BRASIL

Contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças

PARTE I. TERRITÓRIOS E DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

- SEÇÃO 1. QUEM SÃO, QUANTOS SÃO
- SEÇÃO 2. TERRITÓRIOS (ONDE ESTÃO?)
- SEÇÃO 3. DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS
- SEÇÃO 4. ALGUNS DIREITOS ESPECÍFICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PARTE II. CONTRIBUIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS À BIODIVERSIDADE

- SEÇÃO 5. OS TERRITÓRIOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS PROTEGEM A BIODIVERSIDADE?
- SEÇÃO 6. BIODIVERSIDADE E AGROBIODIVERSIDADE COMO LEGADOS DE POVOS INDÍGENAS
- SEÇÃO 7. GERAR, CUIDAR E MANTER A DIVERSIDADE BIOLÓGICA
- SEÇÃO 8. CONHECIMENTOS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

PARTE III. POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

- SEÇÃO 9. INCENTIVOS AO USO DA TERRA E PRODUÇÃO
- SEÇÃO 10. POLÍTICAS EDUCACIONAIS, DE SAÚDE E DE PROTEÇÃO SOCIAL



PARTE IV. POLÍTICAS PÚBLICAS QUE AMEAÇAM OS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

- SEÇÃO 11. PROJETOS ECONÔMICOS E DE INFRAESTRUTURA
- SEÇÃO 12. CONFLITOS
- SEÇÃO 13. AMEAÇAS

PARTE V. AVALIAÇÕES INTERNACIONAIS

- SEÇÃO 14. AVALIAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE METAS SUBSCRITAS PELO BRASIL

PARTE VI. PESQUISAS INTERCULTURAIS

- SEÇÃO 15. POVOS INDÍGENAS
- SEÇÃO 16. COMUNIDADES TRADICIONAIS
- SEÇÃO 17. QUILOMBOLAS



Agradecimentos

O contexto: em 2011, o MCTI acolheu e colocou no plano plurianual a proposta de testar um programa inovador. Tratava-se de apoiar pesquisas interculturais, reunindo cientistas e membros de povos indígenas, quilombolas e comunidades locais tradicionais em torno de temas de interesse mútuo, bem como fortalecer pesquisas independentes empreendidas por povos tradicionais. Com esse propósito, o MCTI encomendou e repassou ao CNPq as verbas para dois projetos. O primeiro projeto se propôs estabelecer as bases de um tal programa e realizar experiências-piloto. O segundo projeto foi iniciado em 2018 e deu origem ao trabalho que agora apresentamos. Sua inspiração foram os relatórios da Plataforma IPBES.

São muitas as instituições e pessoas a que devemos agradecimentos:

ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI) que encomendou a pesquisa; ao CNPq que a viabilizou (Processo CNPQ 421752/2017-3); ao generoso doador que quer ficar anônimo e à Plataforma Brasileira de Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos (BPBES) que fizeram aportes suplementares ao orçamento do projeto; à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), que acolheu o projeto desde o início e o publica em seu portal; à Biblioteca Guita e José Mindlin da Universidade de São Paulo (USP), que se dispôs a receber, conservar e abrir para consulta o conjunto da obra e o acervo documental que o acompanha; ao Instituto Socioambiental (ISA), grande fonte de documentação e informações; à Universidade Federal do Pará e à Universidade de São Paulo que acolheram a proposta em sua plataforma de projetos;

a Aline Santos Lopes, Aloizio Mercadante, Andréa Dias Victor, Bruno Marangoni Martinelli, Eunice Fernandes Personini, Fábio Scarano, Helena Nader, Ildeu de Castro Moreira, Léa Gomes de Oliveira, Mercedes Bustamante;

e a todos os que colaboraram voluntariamente com este gigantesco levantamento!



PARTE I

TERRITÓRIOS E DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Seção 4

Alguns direitos específicos na legislação brasileira

Autores:

Andrew Toshio Hayama; Biviany Rojas Garzón; Débora Paleo Mourão; Instituto Socioambiental (ISA); Juliana de Paula Batista; Liana Amin Lima da Silva; Luciana Carvalho; Manuela Carneiro da Cunha; Maria Luiza Grabner; Nurit Bensusan; Observatório de Direitos Humanos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato; Renan Sotto Maior; Sônia Barbosa Magalhães.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	13
 4.1. TRATADOS INTERNACIONAIS VIGENTES NO BRASIL RELEVANTES PARA DIREITOS DE POVOS INDÍGENAS E POVOS TRADICIONAIS EM GERAL.....	15
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão , Andrew Toshio Hayama, Instituto Socioambiental (ISA)</i>	
4.1.1. Enunciados da 6ª Câmara do Ministério Público Federal sobre a Convenção no 169/OIT.....	19
 4.2. DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO LIVRE, PRÉVIO E INFORMADO: MARCO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL.....	21
<i>Liana Amin Lima da Silva</i>	
4.2.1. Convenção nº 169 da OIT: ratificação, vigência e status normativo no Brasil	22
4.2.1.1. Direito ao Consentimento Livre, Prévio e Informado: horizonte do processo de consulta	25
4.2.2. Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).....	27
4.2.3. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA, 2016).....	27
4.2.4. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	28
<i>Liana Amin Lima da Silva</i>	
4.2.5. Diretrizes básicas para observância em um processo de CCLPI.....	31
 4.3. DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E TRADICIONAIS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	33
<i>Biviany Rojas Garzón e Juliana de Paula Batista</i>	
4.3.1. Povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais: a previsão constitucional dos direitos à terra, à cultura e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	33
4.3.2. O Licenciamento ambiental de obras e atividades que impactam as terras e os povos indígenas, quilombolas e tradicionais.....	35
4.3.3. Participação de órgãos intervenientes durante o processo de licenciamento ambiental relacionado com povos indígenas e comunidades quilombolas.....	37
4.3.4. Licenciamento ambiental: gargalos à luz dos direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais.....	40
4.3.5. Fragilidade no monitoramento, fiscalização e controle social das licenças ambientais e suas condicionantes.....	45
4.3.6. Os desafios do licenciamento diante das mudanças atualmente em discussão no Congresso Nacional e no Conama.....	49
4.3.7. Considerações finais.....	50

4.4. LEGISLAÇÃO DE ACESSO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS.....	51
<i>Nurit Bensusan</i>	
4.4.1. Marco legal de acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético (Lei nº 13.123/15 e Decreto nº 8.772/2016).....	51
4.4.2. Conhecimento tradicional: proteção em xeque.....	53
4.4.3. Implementação do marco legal vigente: bem-vindo ao limbo.....	59
4.4.4. Ameaças aos conhecimentos tradicionais.....	60
4.5. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A TODOS OS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS DO BRASIL.....	64
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão , Andrew Toshio Hayama, Instituto Socioambiental (ISA), Luciana Carvalho</i>	
4.6. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ESPECIFICAMENTE AOS POVOS INDÍGENAS E ENUNCIADOS DA 6ª CÂMARA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	69
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão , Andrew Toshio Hayama, Instituto Socioambiental (ISA)</i>	
4.6.1. Legislação	69
4.6.2. Enunciados da 6ª Câmara do MPF sobre povos indígenas.....	71
4.6.3. Índios isolados: políticas públicas e arcabouço jurídico.....	75
<i>Observatório de Direitos Humanos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato</i>	
4.6.3.1. Normativas da Funai.....	78
4.7. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E ENUNCIADOS DA 6ª CÂMARA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL SOBRE POVOS QUILOMBOLAS.....	80
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão, Andrew Toshio Hayama, Instituto Socioambiental (ISA)</i>	
4.7.1. Legislação.....	80
4.7.2. Enunciados da 6ª Câmara do MPF sobre povos quilombolas.....	82
4.8. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E ENUNCIADOS DA 6ª CÂMARA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL SOBRE COMUNIDADES TRADICIONAIS.....	84
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão , Andrew Toshio Hayama</i>	
4.8.1. Legislação	84
4.8.2. Enunciados da 6ª Câmara do MPF sobre comunidades tradicionais.....	85
4.8.3. Definições e legislação específica adicional	86
4.8.3.1. ANDIROBEIRAS.....	86
4.8.3.2. APANHADORES DE SEMPRE-VIVA.....	87
4.8.3.3. BENZEDEIROS.....	87
4.8.3.4. CAATINGUEIROS.....	88
4.8.3.5. CABOCLOS.....	88
4.8.3.6. CAIÇARAS.....	89
4.8.3.7. CASTANHEIROS.....	89
4.8.3.8. CATADORES DE MANGABA.....	89
4.8.3.9. CIGANOS.....	90
4.8.3.10. CIPOZEIROS.....	91

4.8.3.11. EXTRATIVISTAS.....	91
4.8.3.12. FAXINAL.....	91
4.8.3.13. FUNDO E FECHO DE PASTO.....	93
4.8.3.14. GERAIZEIROS.....	94
4.8.3.15. ILHÉUS.....	94
4.8.3.16. ISQUEIROS.....	95
4.8.3.17. MORROQUIANOS.....	95
4.8.3.18. PANTANEIROS.....	95
4.8.3.19. PESCADORES ARTESANAIS.....	96
4.8.3.20. PIAÇABEIROS.....	97
4.8.3.21. POMERANOS.....	97
4.8.3.22. POVOS DE TERREIRO.....	98
4.8.3.23. QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU.....	98
4.8.3.24. RAIZEIROS.....	100
4.8.3.25. RETIREIROS.....	100
4.8.3.26. RIBEIRINHOS.....	100
4.8.3.27. SERINGUEIROS.....	101
4.8.3.28. VAZANTEIROS.....	102
4.8.3.29. VEREDEIROS.....	103
4.8.4. Instrumentos de destinação de áreas às comunidades tradicionais.....	105
<i>Maria Luiza Grabner</i>	
4.8.4.1. Termo de Autorização de Uso Sustentável.....	105
4.8.4.2. Autorização de Uso.....	111
4.8.4.3. Concessão de Direito Real de Uso (CDRU).....	111
4.8.4.4. Transferência (gratuita).....	112
4.8.5 Instrumentos de destinação de terras para assentamentos.....	112
<i>Maria Luiza Grabner</i>	
4.8.5.1. Modalidades de Projetos criados pelo Incra atualmente.....	112
4.9. LEGISLAÇÃO PERTINENTE À PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE.....	116
<i>Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão, Andrew Toshio Hayama, Instituto Socioambiental (ISA)</i>	
4.9.1. Unidades de Conservação.....	117
4.10. LEGISLAÇÃO PREVISTA NO SISTEMA NORMATIVO INTERNO PARA O ENFRENTAMENTO DOS CONFLITOS EM CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS	119
4.10.1. Outras soluções institucionais possíveis, que já vêm sendo utilizadas em casos concretos para o enfrentamento dos conflitos decorrentes de sobreposição entre territórios tradicionais e Unidades de Conservação.....	121
4.10.2. Concessão de TAUS e Unidades de Conservação	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126

BOXES

BOX 1 – SUJEITOS DE DIREITO DA CONVENÇÃO Nº 169: QUEM SÃO OS “POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS” NO BRASIL?..... 23

Liana Amin Lima da Silva

BOX 2 – JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E O RECONHECIMENTO DAS COMUNIDADES LOCAIS TRADICIONAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT.....25

Liana Amin Lima da Silva

BOX 3 – LIÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....30

Liana Amin Lima da Silva

BOX 4 – UM EXEMPLO: CORANTE DE AÇAÍ PARA CIRURGIAS INTRAOCULARES.....59

Nurit Bensusan

BOX 5 – O CASO DO ACHEFLAN: UM DESRESPEITO E UMA AMEAÇA..... 63

Nurit Bensusan

BOX 6 – POVOS ISOLADOS.....77

Renan Sotto Maior

BOX 7 – ATINGIDOS PELA BASE DE ALCÂNTARA.....104

Maria Luisa Grabner

BOX 8 – POPULAÇÕES ATINGIDAS POR BARRAGENS.....105

Maria Luisa Grabner e Sônia Barbosa Magalhães

BOX 9 – COVID-19: LEI Nº 14.021, DE 7 DE JULHO DE 2020.....125

Sônia Barbosa Magalhães e Manuela Carneiro da Cunha

SEÇÃO 4

Alguns direitos específicos na legislação brasileira

Introdução

Nesta seção, foram reunidas algumas informações da legislação em vigor no Brasil, que incidem em direitos territoriais, culturais e de gestão de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Trata-se não só de direitos constitucionais, como de direitos supralegais oriundos de tratados e convenções internacionais ratificados e promulgados no Brasil, direitos estabelecidos na legislação nacional, e até eventualmente na legislação estadual e municipal.

No primeiro capítulo, arrolam-se os direitos oriundos de tratados e convenções internacionais além de enunciado da 6ª Câmara do Ministério Público Federal (MPF), encarregada da defesa dos direitos indígenas e dos povos quilombolas e comunidades tradicionais, em virtude dos artigos 129 e 232 da Constituição Federal.

O exercício do direito à consulta prévia em geral e notadamente no quadro do licenciamento ambiental é apresentado em minucioso detalhe nos dois capítulos seguintes. A estes, seguem-se a apresentação e discussão da legislação de acesso aos conhecimentos tradicionais e repartição de benefícios.

O Capítulo 4.5. detalha diversos instrumentos legais e suas bases jurídicas aplicáveis a todos os povos tradicionais do Brasil, seja no que diz respeito à ocupação e ao uso de áreas territoriais; seja no que diz respeito à diversidade cultural, ao patrimônio cultural material e imaterial e à biodiversidade.

A seguir são apresentados diversos instrumentos legais e bases jurídicas específicas: no capítulo 4.6, relativos aos povos indígenas; no capítulo 4.7, relativo aos quilombolas; e no capítulo 4.8 relativo às comunidades tradicionais. Tendo em vista o tema da biodiversidade e a frequente sobreposição de unidades de conservação com terras de comunidades tradicionais, quilombolas e povos indígenas, apresentam-se a legislação específica de proteção à biodiversidade e a descrição das regras atinentes aos diversos tipos de áreas de proteção ambiental, bem como, no Capítulo 4.10, algumas formas de compatibilização ou acordos para dirimir conflitos.

Vale a pena salientar uma recente novidade na área legislativa: o sucesso em 2020 de uma proposta de lei emergencial, com inspiração e relatoria da única deputada federal indígena, Joênia Wapixana, apresentada no Box 9, que garantiu proteção especial do governo a povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais durante a pandemia de COVID-19.

De resto, cabe salientar que a legislação está continuamente em fluxo, e neste momento – falamos de 2021 – direitos de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais estão ameaçados por diversos projetos de lei. As principais ameaças legislativas até o primeiro semestre de 2021 estão descritas na Seção 13.

4.1. TRATADOS INTERNACIONAIS VIGENTES NO BRASIL RELEVANTES PARA DIREITOS DE POVOS INDÍGENAS E POVOS TRADICIONAIS EM GERAL

Maria Luiza Grabner¹, Débora Paleo Mourão², Andrew Toshio Hayama³, Instituto Socioambiental (ISA)⁴.

Tratados internacionais de direitos humanos e tratados pertinentes a assuntos indígenas, bem como quilombolas e de outras comunidades tradicionais, que reafirmam direitos fundamentais de caráter individual e coletivo ratificados pelo Brasil, são vigentes no país e têm nível superior ao da legislação ordinária.

- **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (1948), artigo 25(1): *“Todos têm direito a um padrão de vida adequado de saúde e bem-estar para si e para sua família, incluindo alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os necessários serviços sociais, e o direito à segurança no advento de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, velhice ou falta de condições de subsistência em circunstâncias acima de seu controle”*.
- **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** (1948), artigo XI, *“toda pessoa tem o direito à preservação da sua saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relacionada à alimentação, vestuário, moradia e cuidados médicos, na extensão permitida pelos recursos públicos e comunitários”*; artigo XXII, *“toda pessoa tem o direito à propriedade privada para o alcance de suas necessidades essenciais de moradia adequada e para a manutenção de sua dignidade individual”*.
- **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** (1966), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 6/07/1992⁵; artigo 27: *“nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”*.
- **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (1966) (PIDESC), artigo 11(1) *“os Estados, partes presentes ao Pacto, reconhecem o direito de todos a ter um adequado padrão de vida para si e sua família, incluindo adequada*

1 Procuradora Regional da República do Ministério Público Federal.

2 Assessora Jurídica na Procuradoria Regional da República da 3ª Região (São Paulo/SP).

3 Defensor Público do Estado de São Paulo, Regional Vale do Ribeira. Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado/Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS).

4 Colaborou Jacqueline Barbosa, Analista do Ministério Público Federal, lotada na Procuradoria Regional da República da 3ª Região (São Paulo/SP).

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

alimentação, vestuário e moradia, e a contínua melhoria de suas condições de vida. Os Estados partes adotarão as medidas adequadas para a realização deste direito reconhecendo, para este efeito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento”.

- **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969), assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969: *Artigo 4, direito à vida; Artigo 5, direito a tratamento humano; Artigo 7, direito à liberdade pessoal; Artigo 10, direito à compensação; Artigo 11, direito à saúde, alimentação e moradia; Artigo 21, direito à propriedade.*
- **Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** (1965), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810 de 08/12/1969⁶;
- **Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural** (1972), promulgada pelo Decreto nº 80.978, de 12/12/1977;
- **DECRETO Nº 80.978 DE 12/12/77.** Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

- **Trechos relevantes**

- *Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural encontram-se cada vez mais ameaçados de destruição não somente devido a causas naturais de degradação, mas também pelo desenvolvimento social e econômico agravado por fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais preocupantes,*
- *Considerando que a degradação ou o desaparecimento de um bem cultural e natural acarreta um empobrecimento irreversível do patrimônio de todos os povos do mundo,*
- *Considerando que a proteção desse patrimônio em âmbito nacional é muitas vezes insatisfatório devido à magnitude dos meios necessários e à insuficiência dos recursos financeiros, científicos e técnicos do país em cujo território se localiza o bem a ser salvaguardado,*
- *Artigo 1º. Para os fins da presente Convenção são considerados “patrimônio cultural”:*
 - *os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e*

conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,

- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,

- os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza assim como áreas, incluindo os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

- *Artigo 7º. Para os fins da presente Convenção, entende-se por proteção internacional do patrimônio mundial cultural e natural o estabelecimento de um sistema de cooperação e de assistência internacional destinado a auxiliar os Estados Partes da Convenção nos esforços empreendidos para preservar e identificar esse patrimônio.*
- **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710 de 21/11/1990⁷.
- **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** – Organização das Nações Unidas (ONU) – promulgado pelo Decreto nº 591, de 6/7/1992;
- **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)** – Organização dos Estados Americanos (OEA), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992;
- **Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável** de 1992;
- **Conferência sobre Assentamentos Humanos** de 1996;
- **Convenção da Diversidade Biológica**, promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16/03/1998⁸.

Artigo 8. Conservação in situ.

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

[...]

7 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

8 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm.

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

Artigo 10. Utilização Sustentável de Componentes da Diversidade Biológica. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

[...]

c) Proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável;⁹

- **Protocolo de Nagoya**¹⁰ é um regime internacional dentro do marco da Convenção Sobre a Diversidade Biológica (CDB)¹¹ que proporciona uma transparência jurídica para provedores e usuários de recursos genéticos e consequentemente a repartição justa e equitativa de seus benefícios.
- **Protocolo de São Salvador** – Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador; promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.
- **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**, aprovada pela UNESCO em 2001 que, no artigo 4º, proclama que a “defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.
- **Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais**, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19/4/2004 e consolidado no Decreto Legislativo nº 10.088, de 05/11/2019¹².
- **Observações Conclusivas do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao Brasil**, maio de 2003. E/ C.12/1/Add.87.

9 Lei nº 13.123/2015 regulamenta o artigo 1º, 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; 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. Veja neste volume: Capítulo 4.4. Legislação de acesso e repartição de benefícios. Esta lei regulamenta também o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal. Veja neste volume: Capítulo 4.5. Legislação aplicável a todos os povos e comunidades tradicionais do Brasil.

10 Disponível em: http://www.pacari.org.br/wp-content/uploads/2012/04/Protocolo_Nagoya_Espanhol.pdf. Acesso em: 30 maio 2019.

11 Disponível em: <http://www.pacari.org.br/wp-content/uploads/2012/04/CDB.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

12 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm.

- **Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO-2005)**, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 485/2006 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 6.177, de 1/8/2007; que afirma, no item 6 do artigo 2º, a diversidade cultural como uma *“grande riqueza para os indivíduos e as sociedades”*, sendo a *“proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural [uma] condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras”*.
- **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, promulgada pelo Decreto nº 5.753, de 12/4/2006**. Refere-se aos instrumentos internacionais existentes em matéria de direitos humanos, em particular à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.
- **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU), aprovada pela 107ª Sessão Plenária de 13/9/2007**, que, em seu preâmbulo, afirma “que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade”¹³.
- **Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas**, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 15 de junho de 2016.
- **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e Outras Pessoas que Trabalham em Áreas Rurais**, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 17 de dezembro de 2018.
- **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, aprovada em 2013 pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 1/2021¹⁴.

4.1.1. Enunciados da 6ª Câmara do Ministério Público Federal sobre a Convenção nº 169/OIT¹⁵

- **Enunciado da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (6ª CCR nº 25, de 5/12/2014:** *Os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). Em termos gerais, a presença desses povos e comunidades tradicionais tem sido fator de contribuição para a proteção do meio ambiente. Nos casos de eventual colisão, as categorias da*

¹³ Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000162708>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹⁴ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-304416057> e https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf.

¹⁵ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/copy_of_enunciados/enunciados.

Lei nº 9.985 não podem se sobrepor aos referidos direitos territoriais, havendo a necessidade de harmonização entre os direitos em jogo. Nos processos de equacionamento desses conflitos, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária. Na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais, o artigo 42 da Lei nº 9.985 é inconstitucional, contrariando ainda normas internacionais de hierarquia supralegal.

- **Enunciado da 6ª CCR nº 29, de 5/12/2014:** *A consulta prevista na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho é livre, prévia e informada, e realiza-se por meio de um procedimento dialógico e culturalmente situado. A consulta não se restringe a um único ato e deve ser atualizada toda vez que se apresente um novo aspecto que interfira de forma relevante no panorama anteriormente apresentado.*
- **Enunciado da 6ª CCR nº 15, de 5/12/2014:** *O estudo dos impactos de um empreendimento sobre os **povos indígenas e quilombolas** não depende de demarcação formal das respectivas terras.*
- **Enunciado da 6ª CCR nº 01 de 18/5/2021:** *a consulta é uma oportunidade para a reflexão intercultural entre o Estado e os povos indígenas. Desse modo, a participação pressupõe a boa-fé, imprescindível para a constituição dos meios válidos para se chegar a um consentimento ou a um acordo. O que significa que, antes de iniciado um processo decisório, as partes devem se colocar em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, chegar à melhor decisão.*
- **Enunciado da 6ª CCR nº 1 de 18/5/2021:** *o direito à consulta constitui-se em um mecanismo que possibilita o diálogo entre governos e povos potencialmente atingidos e, para tal, é mandamental a verificação prévia da relação de causa e efeito entre a medida proposta e impactos (negativos e/ou positivos) produzidos sobre o grupo e/ou sobre seus direitos coletivos, bem como devem ser respeitados os seus princípios da boa-fé e ocorrer de forma livre, prévia, informada e culturalmente adequada para que não se transforme em mera formalidade procedimental.*

4.2. DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO LIVRE, PRÉVIO E INFORMADO: MARCO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

*Liana Amin Lima da Silva*¹⁶

“Nós resolvemos fazer este documento [protocolo de consulta] porque muitas vezes vemos que o governo quer fazer coisas para os Wajãpi, mas não pergunta para nós o que é que estamos precisando e querendo. Outras vezes o governo faz coisas no entorno da Terra Indígena Wajãpi que afetam nossos direitos, mas também não pergunta nossa opinião. O governo nunca fez uma consulta ao povo Wajãpi” (API-NA *et al.*, 2014, p. 7).

O Direito à Consulta e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado é um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, respaldado pela Constituição Federal de 1988, Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais, de 1989, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016).

A Convenção nº 169 da OIT representa no âmbito internacional um marco normativo que supera o paradigma do indigenismo integracionista. Consagra o direito ao autorreconhecimento, direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado.

O enfoque integracionista já não podia seguir vigente como princípio norteador na relação entre os Estados e os povos indígenas. Diante das reivindicações das próprias organizações de povos indígenas em nível nacional e internacional, iniciou-se, na década de 1980, um intenso debate que ensejou na revisão da Convenção nº 107 de 1957, no âmbito da OIT.

Como Huaco Palomino (2015, p. 54) observa, a definição do conteúdo do artigo 1º da Convenção nº 169 marcou uma das controvérsias internacionais mais importantes no que concerne aos direitos dos povos indígenas, com a abordagem da questão da subjetividade internacional enquanto povos, assim como o alcance de seu direito coletivo à livre determinação.

O direito ao consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas e comunidades locais tradicionais, foi consolidado na Convenção nº 169 da OIT, Declaração das Nações Unidas (2007) e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em matéria de

¹⁶ Professora de Direitos Humanos e Fronteiras da Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Pós-Doutoranda em Direito e Doutora em Direito Socioambiental (PUCPR). Coordenadora do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado/Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) (Projeto CNPq Universal).

conservação da sociobiodiversidade, foi previsto na Convenção da Diversidade Biológica (CDB), assinada na ECO-92 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) de 1992, ratificada pelo Brasil em 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998.

4.2.1. Convenção nº 169 da OIT: ratificação, vigência e status normativo no Brasil

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, foi aprovada em 1989, em Genebra, no âmbito da OIT e ratificada pelo Brasil em 2002 (Decreto Legislativo nº 143/2002), entrou em vigor para o Brasil em 2003, sendo promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 e, posteriormente, pelo Decreto nº 10.088 de 05 de novembro de 2019, que consolida no âmbito nacional as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil.

A Convenção nº 169 é autoaplicável para os países que a ratificaram, ou seja, não depende de lei, decreto ou regulamentação complementar para que seja observada e cumprida pelos Estados.

A Carta Constitucional de 1988 prevê uma cláusula de abertura à recepção e complementaridade dos direitos humanos consagrados nos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Tal regra constitucional ampara o entendimento de que o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado é um direito fundamental. A Constituição protege os Direitos Humanos previstos nos Tratados nos quais o Brasil seja signatário, prevalecendo a interpretação da norma mais protetiva aos direitos humanos.¹⁷

No que tange ao status normativo da Convenção nº 169, por se tratar de um tratado de direitos humanos, considera-se a natureza de matéria constitucional da Convenção¹⁸, ou seja, está acima das normas infraconstitucionais, de modo que é possível invocar o *controle jurisdicional de convencionalidade das leis*¹⁹, para fins de observância dos direitos garantidos na Convenção nº 169 da OIT.

Os direitos humanos e direitos fundamentais são aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado, o que garante a autoaplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT de modo complementar à Constituição Federal de 1988. Conforme estabelece o art. 5º em seu parágrafo

17 Entre os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, destacam-se a prevalência dos direitos humanos e a autodeterminação dos povos (art. 4º, II e III, Constituição Federal de 1988).

18 Sobre a internalização dos tratados de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal (STF), em dezembro de 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE no 466.343-1 SP, Rel. Min. Cezar Peluso) pela inadmissibilidade absoluta da prisão civil do depositário infiel, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), promoveu a revisão de sua jurisprudência sobre o *status* normativo dos tratados de direitos humanos, prevalecendo o entendimento jurisprudencial da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, anteriores à Emenda Constitucional no 45 de 2004, que acresce o § 3º ao artigo 5º da Constituição: “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. Dez anos após, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI no 3.239), em fevereiro de 2018, o Ministro Celso de Mello defendeu a natureza constitucional da Convenção no 169, para além da própria noção de supralegalidade”.

19 Nesse sentido ver Mazzuoli (2016).

§ 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Conforme o § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Tal regra constitucional fortalece o Estado Democrático de Direito com o princípio do não retrocesso em matéria de direitos humanos, ao estabelecer que o Estado não poderá reduzir a proteção conferida aos direitos humanos.

Nesse sentido, compreende-se que a oitiva constitucional indígena²⁰ prevista no artigo 231, § 3º, deve ser interpretada e implementada à luz do direito fundamental à consulta e consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas e tribais, a partir da entrada em vigor da Convenção nº 169 da OIT para o Brasil, ou seja, a partir de 25 de julho de 2003 (um ano após a ratificação).

BOX 1 – Sujeitos de Direito da Convenção nº 169: quem são os “povos indígenas e tribais” no Brasil?

*Liana Amin Lima da Silva*²¹

Os sujeitos coletivos de direito da Convenção nº 169, conforme definido no artigo 1º, são os chamados povos indígenas e tribais, em países independentes. No Brasil, os sujeitos da Convenção nº 169 são identificados como povos indígenas e povos tradicionais, incluindo comunidades quilombolas, os diversos povos e comunidades locais tradicionais, grupos com identidade étnica e cultural diferenciada, modo de vida tradicional e territorialidade própria.

No Brasil, de acordo com os números oficiais do último censo do IBGE, de 2010, são 305 os povos indígenas e 896,9 mil a população indígena²². A Convenção nº 169 da OIT define povos indígenas como aqueles que descendem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou 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 delas (artigo 1º – 1, b).

Os povos “tribais” ou tradicionais, sujeitos da Convenção nº 169 (art. 1º – 1, a), são aqueles “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 ou por legislação especial”.

20 Artigo 231, § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

21 Professora de Direitos Humanos e Fronteiras da Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Coordenadora do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado/Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) (Projeto CNPq Universal).

22 IBGE. Censo de 2010. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

O Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definiu os povos e comunidades tradicionais como:

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Tanto o Decreto nº 6.040/2007 quanto o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003 – que disciplina os procedimentos de titulação e demarcação de terras quilombolas –, na convergência com os direitos previstos na Convenção nº 169, reforçam o critério da autoatribuição (autorreconhecimento) dos povos e comunidades tradicionais, em consonância com o artigo 1º – 2 da Convenção nº 169.

Em 2006, foi criada a Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), para fins de construção e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que foi promulgada pelo Decreto 6.040 de 2007.²³

Em 2016, foi instituído o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais²⁴. Os grupos que compõem o CNPCT são: os povos indígenas, as comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro, povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre-vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fecho de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos²⁵

23 BRASIL. Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm#art20. Acesso em: 20 mar. 2019.

24 Em 11 de abril de 2019, o CNPCT teve sua existência ameaçada pelo governo do presidente Bolsonaro (Decreto nº 9.759/2019), por meio de um decreto visivelmente inconstitucional, houve uma tentativa de extinguir diversos órgãos colegiados que legitimavam o exercício da democracia participativa junto ao Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

25 Ver Capítulo 4.8.3. neste volume.

BOX 2 – Jurisprudência nacional e o reconhecimento das Comunidades Locais Tradicionais como sujeitos de direito da Convenção nº 169 da OIT

*Liana Amin Lima da Silva*²⁶

- Caso envolvendo as comunidades de pescadores artesanais com território em área de sobreposição ao Parque Nacional do Superagui (Paraná). Justiça Federal. 1ª Vara Federal de Paranaguá. Ação Civil Pública nº 5000742-88.2015.4.04.7008/PR. Decisão de 26 de maio de 2015.
- Caso do reconhecimento das comunidades tradicionais ribeirinhas afetadas pelo Polo Naval no Amazonas. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo Nº 0006962-86.2014.4.01.3200. Decisão de 16 de maio de 2016.
- Caso das comunidades quilombolas e tradicionais afetadas pelo projeto de terminal portuário na grande área do Maicá (Pará). Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 0000377-75.2016.4.01.3902. Decisão de 24 de maio de 2016.
- Caso das comunidades tradicionais do Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE) Lago Grande, em Santarém (Pará) e a proibição de ingresso de empresas mineradoras sem a realização da consulta prévia, livre e informada, e de concessão de licença ou autorização minerária. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1000362-21.2018.4.01.3902 – 2ª Vara da Justiça Federal em Santarém. Decisão de 29 de outubro de 2018.
- Caso de reconhecimento dos ribeirinhos amazônicos, além dos povos indígenas Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipáia-Kuruáia, Kayapó e Araweté, como atingidos pela UHE Belo Monte. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Decisão em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA.

4.2.1.1. Direito ao Consentimento Livre, Prévio e Informado: horizonte do processo de consulta

Há situações nas quais “o consentimento não é só o horizonte ou finalidade de um procedimento, mas requisito para que o Estado tome uma decisão”. Segundo Fajardo Yrigoyen, é o caso de situações previstas normativamente e outras nas quais se pode colocar em risco direitos fundamentais dos povos, como a integridade ou o modo de subsistência, como o que tem estabelecido a jurisprudência do sistema interamericano. Segundo a autora, são situações as

²⁶ Professora de Direitos Humanos e Fronteiras da Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Coordenadora do Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado/Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) (Projeto CNPq Universal).

quais o direito internacional exige o consentimento prévio, livre e informado para que o Estado possa adotar uma decisão (FAJARDO YRIGOYEN, 2011). O então Relator da ONU para os Povos Indígenas, James Anaya, determinou que “é essencial o consentimento livre, prévio e informado para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas na relação com grandes projetos de desenvolvimento” (ANAYA, 2009).

O direito ao consentimento livre, prévio e informado, conforme Fajardo Yrigoyen define, é um direito reforçado de caráter específico que constitui um requisito adicional ao exercício de outros direitos (como a participação ou a consulta prévia²⁷) para que o Estado possa tomar uma decisão, quando a matéria em questão puder afetar direitos fundamentais dos povos indígenas e puser em risco sua integridade (FAJARDO YRIGOYEN, 2011, p. 16).

Das situações nas quais se exige o consentimento prévio, livre e informado, e suas fontes:

1. Traslados populacionais

Convenção nº 169, art.16. Somente cabe traslado: a) com o consentimento livre, prévio e informado, ou b) procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

Declaração ONU, art. 10. Somente cabe traslados voluntários: a) com o consentimento livre, prévio e informado, e b) Acordo prévio de indenização justa e equitativa.

2. Medidas especiais de salvaguarda

Convenção nº 169, art. 4. O Estado não pode adotar medidas especiais [de salvaguarda] contrárias aos desejos livremente expressados pelos povos.

3. Armazenamento ou dejetos de materiais perigosos

Declaração ONU, art. 29. Não se armazenarão nem eliminarão materiais perigosos em territórios indígenas sem seu consentimento livre, prévio e informado.

4. Desenvolvimento de atividades militares.

Declaração ONU, art. 30. Não se desenvolverão atividades militares em territórios indígenas, a menos que: a) sejam justificadas por interesse público pertinente;

²⁷ O Protocolo Wajãpi (*Agyvo tã age'e jaiko japosiko karai roviã gwerã kô revê ky'y* – É desse jeito que nós, governo e Wajãpi, vamos trabalhar agora), por exemplo, foi construído em maio de 2014, durante uma oficina realizada no Centro de Formação e Documentação Wajãpi, na Terra Indígena Wajãpi, com a participação de lideranças, professores, agentes de saúde e pesquisadores wajãpi. Nos meses de maio, junho e julho, ele foi apresentado e discutido nas aldeias wajãpi, e aprovado numa grande assembleia realizada no dia 25 de julho de 2014, com representantes de todas as aldeias. O documento é assinado pelas três organizações representativas do povo Wajãpi: o Conselho das Aldeias – Apina, a Associação dos Povos Indígenas Wajãpi do Triângulo do Amapari – APIWATA e a Associação Wajãpi Terra, Ambiente e Cultura – AWATAC. Ver Seção 15, nesta Coleção.

b) tenham sido acordadas livremente com os povos indígenas; c) por eles solicitadas.

5. Megaprojetos que possam afetar o modo de vida ou subsistência²⁸

Sentença da Corte IDH, Caso Saramaka vs. Suriname (2007). Em caso de planos de desenvolvimento ou de inversão em grande escala, que teriam um maior impacto dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação, não só de consultar os Saramaka, mas também de obter o consentimento prévio, livre e informado, segundo seus usos e costumes. (FAJARDO YRIGOYEN, 2011. p.17).

Os avanços da Convenção nº 169, no âmbito internacional, foram consolidados com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e com a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da Organização dos Estados Americanos (2016).

4.2.2. Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007)

No Preâmbulo da Declaração das Nações Unidas (2007) se reconhece a importância fundamental do direito de todos os povos à autodeterminação, em virtude do qual estes determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. A Declaração propõe que sejam fomentadas relações harmoniosas e de cooperação entre os Estados e os povos indígenas, constituindo-se em um novo passo importante para o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos povos indígenas.

Artigo 4º: Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

4.2.3. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA, 2016)

Em 14 de junho de 2016, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Em seu artigo 3º dispõe que os povos indígenas têm direito à livre determinação. Assim como reconhece o direito à autonomia, autogoverno e direito próprio e jurisdição indígenas (artigos XXI e XXII).

Artigo VI: Os povos indígenas têm direitos coletivos indispensáveis para sua existência,

28 Ver Seção 11. Projetos econômicos e de infraestrutura, nesta Coleção. E Capítulo 4.4., neste volume.

A consulta prévia, nos moldes da Convenção nº 169, é dever do Estado e possui sujeitos determinados, deve ser instalada como um processo de consulta, portanto, não se confunde com audiências públicas ou oitivas e reuniões pontuais de caráter informativo-consultivo. A obrigação de consultar e o dever de conduzir de boa-fé um processo de consulta é do Estado, jamais da empresa ou de particulares e representantes interessados do empreendimento ou projeto.

A consulta deve ser prévia em relação à medida legislativa ou administrativa. Trata-se de um critério basilar da consulta e que tem sido demasiadamente desrespeitado. Os povos e comunidades têm denunciado a má-fé do Estado e dos agentes particulares interessados em executar projetos em seus territórios, pois encaram a consulta como um mero procedimento, uma etapa formal para (des)cumprir e na grande maioria dos casos, chegam com um projeto pronto e acabado, já em fase de implementação e previamente aprovado pelo Estado e órgãos ambientais encarregados de realizar os estudos de impacto ambiental.

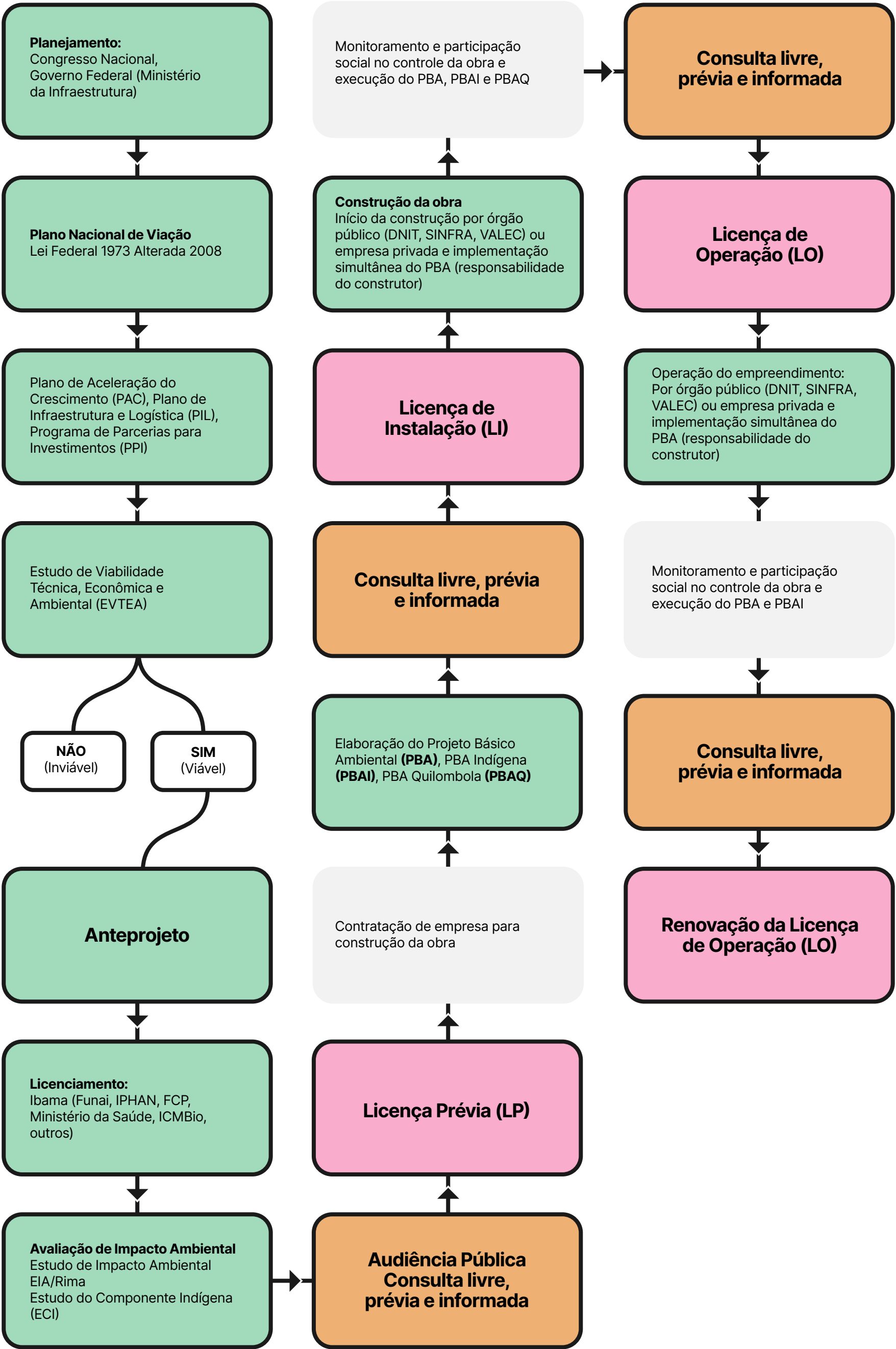
A primeira etapa de um processo consultivo é a pré-consulta, onde se conformarão os esforços conjuntos do Estado com os povos e as comunidades para estabelecerem e acordarem sobre o **plano de consulta prévia**, que deverá observar o **Protocolo de Consulta** do povo ou comunidade afetada e/ou regras comunitárias que deverão guiar todo o processo consultivo.

A seguir, descrevemos as fases e etapas básicas em um processo de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

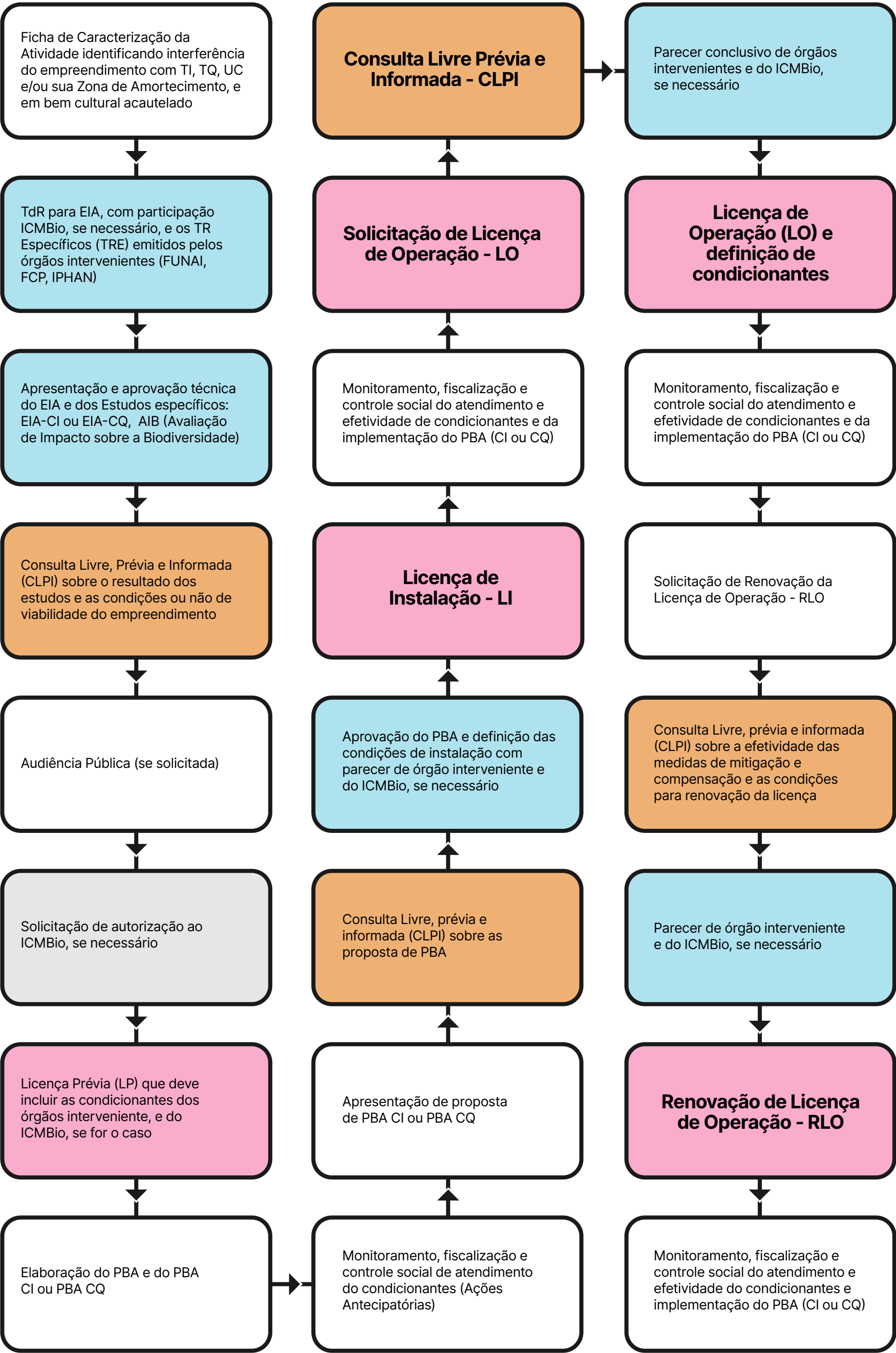
A consulta de boa-fé e bem informada, deverá apresentar, na etapa informativa, os estudos contendo os impactos positivos e negativos, imediatos e futuros, pensando integridade física e cultural dos povos e comunidades e os direitos das gerações futuras de usufruírem do território. Tais estudos deverão ser elaborados com participação dos povos que são os maiores conhecedores e guardiões do território.

Sobre consulta de boa fé e consulta livre entende-se como o processo consultivo livre de interferências externas, no sentido de não gerar coerção, intimidação ou manipulação sobre os procedimentos, dados e informações sobre impactos socioambientais. Conforme estabelece o artigo 6º – 2 da Convenção, “**as consultas deverão ser efetuadas de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas**”.

Fluxograma 1. Processo de planejamento e licenciamento ambiental de obras de logística e transporte junto com as diversas oportunidades para a efetivação do direito de consulta e consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tradicionais



Fluxograma 2. Processo de Licenciamento Ambiental e oportunidades para a efetivação do direito de consulta e consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tradicionais



Os desafios que os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais colocam para o licenciamento ambiental também precisam ser contextualizados num conjunto maior de decisões de planejamento que consigam descartar os projetos mais impactantes em fases de tomada de decisão pública anterior ao licenciamento ambiental de projetos específicos. De qualquer forma, todos os processos de aprimoramento de instituições públicas devem partir do reconhecimento dos povos e comunidades como sujeitos de direitos, com voz e vontade própria, legitimados para participar e influenciar efetivamente as decisões que afetam seus territórios e, portanto, como agentes prioritários para a definição e implementação do planejamento setorial e territorial no nível regional e nacional.

