

O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais

Maria Luiza Grabner

Procuradora Regional da República. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.

Resumo: Este artigo buscou demonstrar a importância do direito ao consentimento livre, prévio e informado para a efetividade do sistema jurídico de proteção aos conhecimentos e práticas dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, especialmente no plano internacional dos direitos humanos. Partiu-se da análise das fontes originárias desses direitos na perspectiva do direito ambiental, dos direitos culturais e do direito dos povos indígenas e tribais (ou tradicionais), sobretudo a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção n. 169 da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Demonstrou-se também que, dentre os direitos atribuídos aos povos indígenas e tradicionais, um deles sobressai, configurando verdadeiro princípio geral e transversal de atuação dos Estados Nacionais em relação a esses grupos: o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI). Referido direito foi analisado tanto no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade quanto no contexto da Convenção n. 169 da OIT e da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU. Procurou-se também demonstrar como esse princípio conforma a base jurídica para construção de diálogos interculturais com esses povos, mesmo levando em conta os limites postos à autodeterminação e a soberania desses grupos, como decorrência natural do sistema de proteção universal dos direitos humanos. Buscou-se ainda identificar tanto os obstáculos à implementação do CLPI quanto os elementos do próprio conceito, com apoio nas disciplinas da bioética e do direito ambiental. A apreciação da evolução do conceito de consentimento livre, prévio e informado nos diferentes contextos permitiu a apreensão de aspectos fundamentais para a sua aplicação, contribuindo para a

delimitação do conteúdo do respectivo direito também em relação aos direitos coletivos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, inclusive no respeitante à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Palavras-Chave: Conhecimento tradicional. Biodiversidade. Consentimento livre, prévio e informado. Povos indígenas. Comunidades tradicionais. Direitos humanos. Direitos culturais. Convenção n. 169 da OIT. Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO).

Abstract: This paper aims to outline the juridical status, mainly in the international human rights circuitry, of the protection given to the knowledge and practices of indigenous peoples and other traditional communities with emphasis on traditional knowledge related to biodiversity (or genetic resources) and considering free prior informed consent as the main guarantee for the effectiveness of the legal system. Firstly, it analyzes its primary sources from the perspective of environmental law, cultural rights and the indigenous and tribal peoples rights. In fact, this paper emphasizes the study of documents elaborated during every international treaty implementation process, such as seminars, reports and decisions produced by the Conference of Parties to the Convention on Biological Diversity; requests from the International Labor Organization, specially concerning the Convention n. 169; seminars held by the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues and by the International Indigenous Forum on Biodiversity, among others. Among the rights granted to indigenous and traditional peoples, the paper identifies that one stands out, setting the general principle and genuine cross-performance of National States in relation to these groups: the free prior informed consent. As a result, this right is examined in the context of access to traditional knowledge related to biodiversity and in the ambit of the International Labor Organization Convention n. 169 and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of the United Nations. The text intends to demonstrate how this principle forms the legal basis for the construction of an intercultural dialogue with the tribal peoples, taking into account the limits put on their self-determination and sovereignty. The paper also tries to identify every element of the free prior informed consent concept and the barriers to its implementation, with support in the bioethics and environmental law disciplines. The evolution of the concept in different contexts is important to be identified because it leads to the seizure of key issues for its implementation as well as it contributes to the delimitation of the law contents with regards to indigenous and

traditional peoples collective rights, including those concerning with the protection of traditional knowledge related to biodiversity.

Keywords: Traditional knowledge. Biodiversity. Free prior informed consent. Indigenous peoples. Traditional communities. Human rights. Cultural rights. International Labor Organization Convention 169. Convention on Biological Diversity. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.

Sumário: 1 Introdução. 2 Consentimento livre, prévio e informado: gênese e dimensões do conceito. 3 A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção n. 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 4 Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. 5 Prós e contras sobre a inserção do direito ao consentimento livre, prévio e informado no sistema de proteção internacional dos direitos humanos. 6 Conclusão.

1 Introdução

Neste texto pretende-se analisar mais detidamente o princípio do “consentimento livre, prévio e informado”, reiteradamente invocado nas declarações e tratados internacionais como um direito fundamental e uma garantia de efetividade dos demais direitos reconhecidos aos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, no âmbito dos direitos humanos, tanto no plano global e regional quanto no plano local ou nacional.

A eleição deste tema como de capital importância para a análise do sistema jurídico de proteção das comunidades tradicionais e, em especial, de seus “saberes”, os denominados “conhecimentos tradicionais”¹,

1 Os conhecimentos tradicionais integram o patrimônio cultural dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais. Por pertencerem ao universo da “cultura” humana, têm seu estudo atrelado aos métodos das ciências sociais, mais especificamente da antropologia cultural. Sua noção mais genérica, no entanto, foi incorporada aos documentos jurídicos internacionais e seus anais, bem ainda na legislação nacional de regência, documentos estes atributivos de direitos que contemplem os valores culturais correspondentes. Alguns documentos da UNESCO, por exemplo, referem-se a eles como “cul-

decorreu da constatação, até certo ponto evidente, da reiterada referência aos direitos de participação e consulta dos povos indígenas, e também do direito, mais específico, do “consentimento prévio, livre e informado”, tanto para a elaboração de normas jurídicas garantidoras da totalidade dos direitos daqueles povos quanto para a elaboração de políticas públicas, planos e programas voltados à implementação daquela normatização, aí incluído o necessário e indispensável acompanhamento de sua implantação, a cargo dos Estados nacionais, em cumprimento das normas constantes dos documentos internacionais aos quais aderiram.

Quer dizer, a observância do princípio da consulta e do consentimento livre, prévio e informado é, a nosso sentir, a maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados.

Para tanto, a existência de instituições democráticas garantidoras de fóruns apropriados para realização desse “encontro” intercultural mostra-se fundamental para a concretização da promessa ínsita ao referido princípio, positivado em normas internacionais de direitos e garantias das minorias étnicas e culturais. De outra parte, tal diálogo se mostrará mais ou menos eficaz dependendo do grau em que forem exercitados, por seus atores, os valores do respeito e da tolerância mútuos, única maneira de se constatar a vigência desse direito fundamental para “além da organização estatal”, ou seja, também como parte efetiva de uma “consciência ética coletiva”.

tura tradicional e popular”, “conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo”, e “sistema de conhecimento das populações indígenas” etc. No entanto, a expressão “conhecimentos tradicionais”, consagrada na doutrina especializada, pode muito bem ser aplicada à descrição constante no art. 8º, letra “j” da Convenção da Biodiversidade quando se refere ao “conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais”. Essa também a opinião de Juliana Santilli, para quem “os conhecimentos das populações tradicionais são produzidos com base em atividades e práticas coletivamente desenvolvidas na floresta” e correspondem à descrição constante do art. 8º, “j”, da Convenção da Diversidade Biológica (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 194-195).

No plano internacional global, a importância do direito ao consentimento livre, prévio e informado para a proteção da integralidade dos direitos humanos dos povos indígenas foi expressamente afirmada durante a Sexta Sessão do Fórum Permanente para Questões Indígenas das Nações Unidas², em maio de 2007. Nessa ocasião, entre outras, foi endereçada aos Governos recomendação para que observassem o princípio do consentimento informado na legislação nacional pertinente em relação a potenciais projetos de desenvolvimento ou outras atividades levadas a cabo em terras tradicionais indígenas. Levou-se aí em consideração a convicção de que o direito ao acesso e ao gerenciamento das terras comunais e seus recursos naturais foi e continua sendo essencial para a sobrevivência coletiva desses povos³.

Tal posicionamento veio a ser referendado poucos meses depois pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a adoção, em setembro de 2007, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por meio da qual se reconheceu a importância de os povos indígenas terem o “controle dos acontecimentos que os afetam”, conforme expressamente disposto em seu Preâmbulo. Para que isso ocorra, o cumprimento, pelos Estados nacionais, dos direitos desses grupos à participação, consulta, e consentimento livre, prévio e informado se mostra indispensável.

Levando-se em conta que os conhecimentos tradicionais constituem parte da vida de todos os povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, a proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais está, tal como os demais direitos desses povos, também calcada, fundamentalmente, na observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado, ganhando expressa

2 O Fórum Permanente para Questões Indígenas da ONU é um subcomitê do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o encargo principal de dar aconselhamento especializado ao Conselho e ao Sistema das Nações Unidas sobre questões indígenas. Daí a relevância de seus estudos e recomendações.

3 Cf. UNITED Nations forum calls for “free, prior and informed consent” by indigenous peoples for projects on their lands, as two-week session ends. *Economic and Social Council, HR/4926*, 25 May 2007. Department of Public Information – News and Media Division – New York. Permanent Forum on Indigenous Issues, Sixth Session, 16th & 17th Meetings (AM & PM). Disponível em: <<http://www.un.org/news/press/docs/2007/hr4926.doc.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2009.

referência na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (cf. artigo 19 c.c. artigo 31).

Há também hoje um consenso de que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) exige a observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado como elemento fundamental da proteção jurídica conferida aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, nada obstante utilize, em seu texto, outras expressões, tais como “aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento” (artigo 8º, “j”), “consentimento prévio fundamentado” (artigo 15) e “concordância prévia fundamentada” (artigo 19).

Não podemos evidentemente nos esquecer da Convenção n. 169 da OIT⁴, que, pioneiramente, estabeleceu o direito à participação e à consulta livre, prévia e fundamentada como direitos fundamentais dos povos indígenas e “tribais” (v.g. artigo 6º) a serem observados na aplicação de vários de seus dispositivos, deixando de utilizar, todavia, a expressão, “consentimento, livre, prévio e informado”, já consagrada na área médica e de mais recente construção teórica no plano dos direitos coletivos culturais e do direito ambiental, como mais adiante estudaremos.

Aliás, nenhum dos documentos internacionais referentes aos direitos culturais e do meio ambiente⁵ incumbe-se de conceituar o

4 A Convenção n. 169 da OIT é, presentemente, o mais importante documento de política internacional, vinculante, que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. Tal convênio não define o que sejam “povos indígenas e tribais”. Prefere, ao invés, descrever em seu artigo 1º as características de cada grupo, que podem, grosso modo, ser chamadas de “tradicionais” no sentido que lhes empresta a doutrina especializada. O Brasil ratificou o Convênio em 25 de julho de 2002 e o Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho 2002. Por fim, foi a Convenção n. 169 promulgada no Brasil por meio do Decreto presidencial n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

5 A saber: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Convenção n. 169 da OIT sobre Populações Indígenas e Tribais (1989), Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível (2003), Agenda 21 (1992), Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvol-

que seja “consentimento livre, prévio e fundamentado”, de modo que buscaremos, sobretudo, nas discussões encetadas nas respectivas “conferências das partes” e também na doutrina especializada, inclusive sobre bioética, as características fundamentais do conceito, de modo a permitir a identificação do conteúdo do correspondente direito⁶.

De outra parte, a caracterização do direito ao consentimento livre, prévio e informado como um direito humano, embora não ofereça maior óbice sob um enfoque positivista, em face da expressa previsão em convenções internacionais integrantes do sistema universal de direitos humanos, será também analisada à luz da corrente doutrinária que faz uma distinção entre “direitos” e “garantias”, com o exame das eventuais consequências jurídicas para a efetividade desses direitos.

vimento (1992), Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA-1969) e Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas (OEA, texto consolidado até 18.4.2008).

- 6 No Brasil, muito embora a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que atualmente regula a matéria, não traga o conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, várias resoluções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético-CGEN, do Ministério do Meio Ambiente, estabelecem diretrizes para a obtenção da “anuência prévia” a que se refere o art. 11, inciso IV, letras *a* e *b* da MP, a saber: 05/2003, 06/2003, 09/2003 e 12/2004. Relembre-se que o projeto de lei sobre a matéria, que ficou por longo tempo em debate na sociedade brasileira, em seu art. 7º, inciso XXI, trazia a noção de “consentimento prévio fundamentado” como o “consentimento esclarecido e formal, previamente dado por comunidade indígena, quilombola ou tradicional, representada segundo seus usos, costumes e tradições” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Despacho da Ministra. Consulta Pública. Projeto de Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta_biolologica.htm>. Acesso em: 15 nov. 2008). Tal projeto, entretanto, não vingou e atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei – PL 7735-2014, que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil e que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. Referido projeto de lei traz o conceito de “consentimento prévio” no seu art. 2º, inciso VI, como o “consentimento formal, previamente concedido por povo indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”. O art. 9º, § 1º, do PL também faz referência aos modos de comprovação desse consentimento prévio informado. (Projeto de Lei disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9776ECD7AE25FE39CC5722FCDCBE5CB8.proposicoesWeb1?cdteor=1262635&filename=PL+7735/2014>. Acesso em: 1º set. 2014.

Por fim, interessante trazer à baila o posicionamento dos povos indígenas e comunidades tradicionais em relação aos limites da proteção jurídica sustentada pelo princípio do consentimento livre, prévio e informado, decorrentes de sua inserção no sistema internacional dos direitos humanos, sobretudo no que toca com o maior anseio desses povos, qual seja, o direito à autodeterminação “sem limites”, ou seja, “para decidir seus próprios assuntos, com total liberdade, para promover o seu desenvolvimento econômico, político, social, cultural, educativo e jurídico”⁷. A partir disso surgem questões interessantes relacionadas com o caráter universal dos direitos humanos e com o grau de reconhecimento do pluralismo jurídico e democrático pelos Estados nacionais que serão abordadas de maneira sintética, apenas no que for pertinente ao nosso estudo sobre a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais.

Relembre-se que o direito dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais ao denominado “consentimento livre, prévio e informado” encontra-se amalgamado a toda e qualquer forma de proteção dos direitos desses grupos, inclusive no tocante aos conhecimentos tradicionais. Bem por isso, não desprezando outras formas e modos de levar a cabo a proteção jurídica dos direitos intrínsecos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, sustentamos neste estudo que o respeito ao princípio do consentimento livre, prévio e informado tem aí um papel preponderante e, como não poderia deixar de ser, também em relação à proteção jurídica dos conhecimentos e práticas tradicionais, especialmente quanto àqueles saberes associados à biodiversidade que dispõem de um regramento específico, no âmbito nacional inclusive⁸.

7 Esse anseio foi manifestado por Juan León, presidente do GT responsável, dentro da Organização dos Estados Americanos-OEA, pela elaboração de um Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas. In: TEMPO. Laboratório de Estudo do Tempo Presente. Disponível em: <www.tempopresente.org>. Acesso em: 3 set. 2008, “2005/12-OEA discute Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas”.

8 Confirmam-se a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, as resoluções do CGEN-Conselho de Gestão de Patrimônio Genético que a regulamentam e o Projeto de Lei n. 7.735/2014, ora em trâmite pelo Congresso Nacional em regime de urgência, e que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil, as quais se encontram plasmadas na MP n. 2.186-16/2001 antecitada. Nesse sentido, o PL n. 7.735/2014 tem a finalidade de alterar as normas legais que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo

Para tanto, o esclarecimento do conceito de consentimento livre, prévio e informado, CLPI, com a identificação de seus elementos-chave que permitam a criação de *standards* de operacionalização, é fundamental para a satisfação dos direitos humanos, coletivos, dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Enfrentar esse tema, revelando sua origem histórica, seus propósitos e sua estrutura conceitual e normativa, é a tarefa, complexa, a que nos propomos nos próximos tópicos, ainda que de forma sintética.

2 Consentimento livre, prévio e informado: gênese e dimensões do conceito

O conceito de “consentimento livre, prévio e informado” teve origem na área médica⁹, e o seu principal objetivo foi o de estabelecer um diálogo entre médico e paciente, de modo a permitir que os pacientes obtivessem todas as informações necessárias à tomada de decisão sobre assuntos essenciais relacionados com a sua saúde¹⁰.

Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. A despeito de a matéria versada no PL n. 7.735/2014 envolver diretamente os direitos dos povos e comunidades tradicionais, verifica-se que, até o presente momento, não foi viabilizada e instrumentalizada, por meio de consulta prévia e adequada, a participação dessas comunidades tradicionais no processo de elaboração desse novo marco jurídico nacional. Patente a violação do direito de consulta prévia e adequada dos povos indígenas e comunidades tradicionais, o Ministério Público Federal, por meio de seu Grupo de Trabalho sobre Conhecimentos Tradicionais, vinculado à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, expediu Nota Técnica em 13.8.2014 que aponta esta e outras impropriedades do referido PL, endereçada ao Congresso Nacional. A propósito desse tema ver: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico>. Acesso em: 1º set. 2014.

9 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* –“SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21–26, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009.

10 Segundo o professor de Bioética da Universidade Estadual Paulista William Saad Hossne, “Na literatura estrangeira, com relativa frequência, utiliza-se expressões *termo de consen-*

No âmbito das pesquisas com seres humanos, o tema do “consentimento” se encontra estreitamente vinculado ao referencial bioético de “autonomia”¹¹, um dos elementos centrais do conceito de liberdade¹².

timento informado ou pós-informação. Dos três documentos internacionais mais relevantes, verifica-se que o Código de Nuremberg utiliza a expressão *consentimento voluntário*, ao passo que a Declaração de Helsínque (Associação Médica Mundial) e as Diretrizes Internacionais (Organização Mundial de Saúde) empregam a terminologia *consentimento informado*. A Declaração de Helsínque estipula que ele deve ser dado livremente. No Brasil, a Resolução n. 196/96-CNS/MS dá grande ênfase ao termo de consentimento, dedicando-lhe todo o capítulo IV” (CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 3, jul. 2002. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html>. Acesso em: 17 ago. 2008. Também a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19.10.2005, em seu artigo 6º, ao tratar do consentimento, utiliza a expressão “prévio consentimento livre e informado”. Aliás, a mesma declaração traz para o campo da bioética a “proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade” (artigo 17), fazendo expressa referência ao respeito pelo “saber tradicional”. UNESCO.ORG. Disponível em: <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: 11 jan. 2009.

- 11 O professor de Bioética José Roque Junges, em artigo intitulado “Ética e Consentimento Informado”, esclarece que “o direito ao consentimento informado quer proteger e promover a autonomia. O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada das informações. Neste sentido engloba elementos de informação e elementos de consentimento”. O autor relembra, com fundamento na clássica obra de R. R. Faden e T. L. Beuchamp (*A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Presse, 1986, p. 238), que “as ações são autônomas quando cumprem três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo”. A estas acrescenta-se uma quarta condição, pouco levada em consideração, que é o elemento cultural. Assim, o consentimento informado também dependeria “do *ethos* cultural que contextualiza a intencionalidade (competência para a decisão) e o conhecimento (competência para processar informações) e, principalmente, situa a possibilidade da existência de controle subliminar, quando o sistema de valores da pessoa envolvida não é levado em consideração” (JUNGES, José Roque. *Ética e consentimento informado*. *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 3, n. 4, p. 22-25, abr. 2000. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html>. Acesso em: 17 ago. 2008).
- 12 O artigo “A questão do consentimento”, do professor de Filosofia Luis Carlos Silva de Souza, traz interessante abordagem sobre a autonomia e sua relação com o consentimento e os direitos humanos. Tal questão é aí entendida “como o conjunto de implicações éticas advindas da adesão consciente de indivíduos que se submetem a pesquisas médicas”. O autor pergunta: “qual a relação entre ‘consentimento’ e ‘direitos humanos’?”

No Brasil essa matéria encontra-se regulada pela Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, que estabeleceu as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos¹³. Tal resolução, verdadeiro marco nacional pelo respaldo que deu à aplicação de conceitos éticos inerentes à experimentação com seres humanos, está fundamentada nos principais documentos internacionais¹⁴ sobre o assunto e veio atualizar as diretrizes anteriores de 1988, o que se deu após um amplo debate com a sociedade civil organizada, comunidade científica, sujeitos da pesquisa e Estado¹⁵.

Para ele, “uma concepção adequada de consentimento deve respeitar o valor objetivo da pessoa humana, segundo um princípio de autonomia e liberdade que transcenda o contrato intersubjetivo médico-paciente. Isto supõe, certamente, direitos fundamentais que estão acima do consentimento. Se quisermos salvaguardar limites para a pesquisa com seres humanos, devemos também argumentar a favor de limites para o consentimento. Isto não significa, é claro, a negação absoluta do consentimento informado ou da autonomia dos indivíduos. Trata-se apenas de negar uma certa concepção de consentimento que se considera ilimitada enquanto critério ético e condição suficiente para pesquisas médicas” (SOUZA, Luís Carlos Silva de. A questão do consentimento. *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 28-30, jul. 2002).

13 Conforme consta de seu preâmbulo, a Resolução n. 196/96 “incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado” (Legislação constante da página de Bioética do site da UFRGS, “Bioética e pesquisa em seres humanos”, “Consentimento informado”, “Pesquisa em Populações indígenas”, “Resolução 196/96”. BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioética/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).

14 Conforme consta de seu preâmbulo, o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Legislação brasileira correlata (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioética/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).

15 Cf. ÉTICA em pesquisa. (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Bra-

Referida resolução conferiu grande importância ao termo de consentimento, adotando uma terminologia condizente com os imperativos éticos que lhe são inerentes, a saber: Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)¹⁶.

Ao comentar a Resolução n. 196 do CNS/MS e a relevância que nela é atribuída ao termo de consentimento, William Saad Hossne¹⁷ esclarece:

Partiu-se da premissa de que o sujeito da pesquisa deve ser suficientemente esclarecido e não apenas informado quanto a todos os detalhes do projeto de pesquisa que possam envolvê-lo, e, por isso, ele é livre não apenas para suspender o seu consentimento. Ele é livre para também não concedê-lo (sem nenhum óbice ou prejuízo de qualquer natureza), bem como ter assegurado o direito de atuar livre de qualquer tipo de coação, coerção, sedução, constrangimento. Daí insistir-se na expressão Livre. De acordo com a ótica da Resolução 196/96, o TCLE, longe de se configurar como documento de isenção de respon-

sília, ano 1, n. 1, p. 3, jul. 1998. Disponível em: <http://conselho.saúde.gov.br/comissao/conep/publicações_cep.html>. Acesso em: 17 ago. 2008.

16 A Resolução 196/96 do CNS/MS traz a definição de consentimento livre e esclarecido no Capítulo II, item 11: “Consentimento livre e esclarecido – anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”. O capítulo IV da Resolução n. 196/96 trata integralmente do consentimento livre e esclarecido, sendo que, no item 3, letra “e” desse capítulo, a Resolução n. 196/96 dispõe que “Nos casos em que haja qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se ainda observar: [...] e) em comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, deve-se contar com a anuência antecipada da comunidade através de seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual”. O capítulo II, item 15, traz ainda um outro importante conceito, o de “vulnerabilidade”: “Refere-se a estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido” (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioética/textos.htm>).

17 Cf. CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, cit., p. 3.

sabilidades, está eminentemente voltado à proteção da dignidade do ser humano, seja ele o sujeito da pesquisa, seja ele o pesquisador. Por isso a exigência de que o termo seja redigido em linguagem acessível ao sujeito da pesquisa. Forçoso é reconhecer, infelizmente, que chegam à CONEP versões de TCLE em linguagem altamente técnica (às vezes até mesmo inacessível a pesquisadores não especialistas na área) e que assumem mais características de bula de isenção de responsabilidades, do que outra coisa... A sistemática prevista na Resolução 196/96 para a obtenção do TCLE cria condições para efetiva e salutar relação entre pesquisador e sujeito da pesquisa, reduzindo a assimetria de tal relação – é um momento e um espaço em que o sujeito da pesquisa pode ter a oportunidade de ser ouvido e respeitado como ser humano.

Registre-se, desde já, que tanto a função dialógica pretendida na área médica, para esse verdadeiro “processo” de obtenção do consentimento livre, prévio e informado, quanto os desafios a serem enfrentados na sua consecução também estão presentes por ocasião de sua aplicação no âmbito do direito ambiental e dos direitos culturais dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, como mais adiante neste trabalho será evidenciado. Bem por isso, o descortino das origens desse conceito poderá, certamente, lançar luzes e permitir o aprimoramento do procedimento de obtenção do consentimento livre prévio e informado também garantido àqueles grupos minoritários pelos vários tratados internacionais, em âmbito global e regional, bem ainda pela legislação nacional.

Invocamos, a propósito, a lição do jurista Dalmo de Abreu Dallari, para quem o desenvolvimento da Bioética nos últimos anos tem se dado como a “expressão de novas preocupações relacionadas com a vida e seu significado ético”. Relembra, ainda, o ilustre professor:

No ano de 1993, ao ser implantado o Comitê Internacional de Bioética, por iniciativa da UNESCO, foi assinalado que ele tinha sido criado em decorrência das preocupações éticas suscitadas pelos progressos científicos e tecnológicos relacionados com a vida, sobretudo no âmbito da genética. Entretanto, a consideração da vida humana em si mesmo e das relações dos seres humanos com outros seres vivos e com a natureza circundante tem ampliado rapidamente a extensão e a diversidade da abrangência da Bioética, à medida que cada

reflexão ou discussão revela a necessidade de consideração de novos aspectos, como também, segundo a feliz expressão de Miguel Reale, a necessidade de “repensar o pensado”. Vem a propósito lembrar a identificação da Bioética feita por Clotet: “Com o termo Bioética tenta-se focalizar a reflexão ética no fenômeno da vida. Consta-se que existem formas diversas de vida e modos diferentes de consideração dos aspectos éticos com elas relacionados. Multiplicam-se as áreas diferenciadas da Bioética e os modos de serem abordadas. A ética ambiental, os deveres para com os animais, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana relacionada com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina são exemplos dessa diversidade”. Essa enorme amplitude é reveladora da consciência de que a procura de avanços científicos e tecnológicos, bem como os seus efeitos, esperados ou não, colocam problemas éticos e exigem reflexão para a defesa do ser humano, de sua vida e de sua dignidade¹⁸.

Com essas importantes considerações e dando sequência à análise da evolução do conceito no plano internacional, uma segunda etapa do desenvolvimento e da aplicação do “consentimento livre, prévio e informado” pode ser vislumbrada por meio de sua utilização para garantir a soberania estatal nas relações entre os Estados, iniciando-se desde 1987 pelo controle do movimento de materiais potencialmente nocivos em seus territórios a partir dos países exportadores. Atualmente, tanto em relação ao transporte de produtos perigosos e tóxicos e também de organismos geneticamente manipulados quanto em relação ao acesso sobre os recursos genéticos, os Estados costumam ter direito a alguma forma de livre consentimento prévio e informado¹⁹.

18 Cf. DALLARI, Dalmo. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231-241.

19 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* – “SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21-26, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009.

Interessante, neste ponto, trazer a lume a concepção de Melanie Nakagawa²⁰ sobre o tema. Para essa autora o “prior informed consent” ou PIC, como é conhecido na sigla em inglês, é considerado por muitos especialistas como resultado e extensão do direito norte-americano, especialmente da Lei de Controle de Substâncias Tóxicas (Toxic Substances Control Act – TSCA), de 1976, e da Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (Resource Conservation Recovery Act – RCRA). Para a autora, “os TSCA e RCRA são exemplos claros de como a anterioridade (‘prior’), enquanto aspecto do PIC, é usada na prática, no entanto a questão permanece no sentido de como as partes são ‘informadas’ e do que constitui o ‘consentimento’”.

Entretanto, embora enraizado no direito norte-americano, o PIC, segundo aquela autora, é uma “ideia em desenvolvimento” que incorpora um número crescente de acordos multilaterais sobre o meio ambiente, entre os quais destacamos, no que concerne aos propósitos deste trabalho, a Convenção sobre Diversidade Biológica, que concebe um regime de acesso e repartição de benefícios a partir dos Governos nacionais e das comunidades locais²¹.

20 Cf. NAKAGAWA, Melanie. Overview of prior informed consent from an international perspective. *Sustainable Development Law & Policy* – “SDCP”, Washington, DC., v. 4, n. 2, p. 4-8, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009.

21 Melanie Nakagawa, em seu artigo já citado (“Overview of prior informed consent from an international perspective”), além da CDB, lembra os seguintes acordos multilaterais que empregam o PIC: a) decisões da OECD (Organization for Economic Co-Operation and Development) que decidem acerca do movimento do comércio de resíduos perigosos destinados à reciclagem dentro da área da OECD; b) o Protocolo de Cartagena que aborda o comércio de organismos vivos modificados, incluindo as culturas (O PIC é aplicado pela primeira vez às importações destes organismos por outro país); c) a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs); d) a Convenção de Rotterdam que exige dos exportadores de pesticidas ou produtos químicos restritos ou proibidos a obtenção do consentimento prévio informado dos importadores antes da comercialização. A Convenção promove o seguro de importação de produtos químicos por meio de diferentes formas de assistência e mediante a garantia de que os exportadores cumpram os requisitos para a gestão segura de importação e exportação de substâncias perigosas; e) a Convenção de Basel, com 159 signatários, que entrou em vigor há mais de uma década. A Convenção de Basel disciplina um regime de consentimento prévio informado

Aliás, segundo a advogada do Centro Internacional de Direito Ambiental, Anne Perrault, as discussões mais recentes relativas ao livre consentimento prévio e informado têm-se centrado, em grande parte, nos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades locais em diversos contextos, incluindo a exploração madeireira, mineração, reassentamento, construção de barragens, bem como acesso aos recursos genéticos, este último sobretudo no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica, como já referimos²².

Portanto, essa a etapa de evolução na qual presentemente nos encontramos em relação ao delineamento do conceito de consentimento livre, prévio e informado, de notável importância para todos os titulares do direito correspondente, mas, especialmente, para os povos indígenas e outras comunidades tradicionais, uma vez que, a nosso ver, de sua correta interpretação e aplicação depende o respeito integral dos direitos culturais desses grupos à manutenção de sua diversidade cultural e capacidade de livre determinação²³.

para o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, estabelece os materiais que são considerados perigosos e, ainda, especifica os critérios para a gestão ecologicamente correta. Essa Convenção, segundo a autora, absorveu o que o Direito Norte-Americano fizera alguns anos antes, quando da implementação da disciplina do consentimento prévio informado (PIC) na Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (*Resource Conservation Recovery Act – RCRA*).

22 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit.

23 Esse também o entendimento de Anne Perrault, no artigo já citado, para quem “estas comunidades enxergam o PIC como fundamental para a garantia dos seus direitos e proteção de seus interesses vitais quando as atividades elencadas possam afetar os seus interesses. Interpretações oficiais de diversos instrumentos internacionais, incluindo a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Organização Internacional do Trabalho, Convenção n. 169, relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, indicam que o livre consentimento prévio informado dos povos indígenas é fundamental para a realização de seus direitos no âmbito de convenções, incluindo os direitos à cultura, à autodeterminação e propriedade. Além disso, destaca-se, nas últimas décadas, o livre consentimento prévio informado tem sido promovido por meio de diretrizes voluntárias, códigos sociais e ambientais, contratos e referendos políticos.” (PERRAULT, Anne. op. cit. – tradução livre).

3 A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção n. 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Como antes mencionado, os direitos de participação, de consulta e de consentimento livre, prévio e informado são considerados verdadeiros princípios fundamentais da Convenção n. 169 da OIT²⁴. Neles se encontra o cerne, a nosso ver, do diálogo intercultural proposto por este documento internacional para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais, sendo que já tivemos a oportunidade de analisar, tanto no plano teórico quanto no plano prático, seus méritos e limitações, sobretudo no tocante à aplicação de tais princípios no Brasil²⁵.

Compartilhamos aqui o entendimento segundo o qual a “consulta” e o “Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI)” podem ser considerados espécies do “processo participativo” (mas não se confundem com a mera participação)²⁶ e que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, são utilizados indistintamente ou mesmo como designações de fases de um mesmo processo²⁷, cujo momento culminante é a obtenção

24 Cf. “O que é e o que não é o direito de consulta livre prévia e informada”, in. op. cit. “Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. No âmbito nacional, tem sido frequentemente aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia”. O mesmo artigo traz interessante observação no sentido de que “já existe uma experiência internacional, sobretudo na América do Sul que permite identificar um conjunto de práticas que *não* se prestam à aplicação e o exercício do direito de consulta livre, prévia e informada prevista nos artigos 6º, 7º e 15” [g.n.] (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n. 169 da OIT. Especial produzido pelo ISA-Instituto Socioambiental em parceria com a Rainforest Foundation Norway (RFN). Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa>. Acesso em: 1º set. 2014).

25 Cf. dissertação de mestrado da autora, intitulada “Conhecimentos tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural”, já citada.

26 Cf. artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre...”, op. cit.

27 Esse não é o entendimento mais consentâneo com as origens do conceito do Consentimento Livre Prévio e Informado (CLPI), que tem especificidades que a “consulta” em

do consentimento propriamente dito, de forma livre, prévia e informada. O regramento básico desses dois direitos encontra-se no artigo 6º, item 1, letra “a”, e item 2, da Convenção n. 169.

Por sua vez, o termo “participação”, encontrado em vários dispositivos da Convenção, é utilizado para designar o meio pelo qual os povos interessados podem influir na formulação, aplicação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de lhes afetar diretamente, de modo a garantir a eleição das próprias prioridades e, assim, o exercício de um controle mínimo sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. O regramento básico desse direito encontra-se posto no artigo 6º, item 1, letras “b” e “c”, e no artigo 7º, item 1, todos da Convenção n. 169.

Importante desde logo referir que, tal como no âmbito do direito ambiental, mais especificamente da Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB, que examinaremos no tópico seguinte, a aplicação desses direitos é complexa, havendo grande dificuldade de estabelecer o seu conteúdo diante da variedade de situações que se colocam envolvendo diferentes Estados e grupos indígenas e outros grupos tradicionais²⁸.

si não apresenta. Por exemplo, a questão da negativa do consentimento é prevista no regime do CLPI adotado na Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB, como se verá no Item 4 deste trabalho. Entende-se que os líderes comunitários podem revogar inclusive o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

28 Cf. o artigo “O que é e o que não é o direito de consentimento livre, prévio e informado”, in. op. cit. Resumidamente temos que, segundo a metodologia da própria OIT, *não* podem ser consideradas compatíveis com os princípios do CLPI as seguintes situações: 1) A consulta prévia não se reduz a mera informação, “a informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta, mas isso por si só não é o suficiente para caracterizá-lo. A consulta não é um evento, é um processo de decisão e, nessa medida, a informação tem um caráter instrumental no seu desenvolvimento”; 2) O direito de consulta prévia não pode ser compreendido como um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, com tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. O processo de consulta deve ser anterior à adoção de uma decisão pública e deve ser levada em conta na motivação a opinião dos diretamente afetados; 3) A consulta pública não equivale literalmente à participação. A OIT tem sido cuidadosa em diferenciar o conceito genérico de participação da ideia concreta da consulta prévia. “Não é adequado pensar

De qualquer sorte, examinando os preceitos mencionados, no tocante aos direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado, podemos apontar, de maneira esquemática, os seguintes elementos estruturais, a saber: “quem” deve consultar e “quem” deve ser consultado (ou consentir); “quando” essa consulta (ou consentimento) deve acontecer; e “como” devem ser realizados tais procedimentos de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Os “interessados” na realização desses direitos, evidentemente, são os povos indígenas e tribais que vierem a ser afetados “diretamente” por determinadas “medidas administrativas ou legislativas”. Menciona, ainda, o texto da Convenção que, ao aplicar as disposições nela contidas, os “Governos” deverão consultar os “povos interessados”, por meio de suas “instituições representativas” e mediante “procedimentos apropriados” (cf. letra “a”, item 1, do artigo 6º).

O item 2 do mesmo artigo 6º, por sua vez, acrescenta mais um requisito de “modo”, ou seja, as consultas a serem realizadas com fundamento na Convenção n. 169 deverão ser efetuadas de “boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias”. A par desses elementos estruturais, o mesmo dispositivo traz uma limitação aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado, ao dispor que, na sua realização, deverão ter como objetivo alcançar-se um “acordo” ou conseguir o “consentimento” acerca das medidas propostas. Significa dizer que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, não dispõem os “povos interessados” da possibilidade de se oporem, radicalmente,

que a existência de espaços permanentes de participação para representantes dos povos indígenas e tribais em colegiados como conselhos e comitês de representação cidadã, satisfaça o cumprimento da obrigação de consulta prévia sobre qualquer decisão adotada em ditos colegiados”; 4) O Estado não pode delegar a execução do processo de consulta prévia a particulares. “O Poder Legislativo ou Executivo, conforme seja o caso, é o único interlocutor legítimo dos povos interessados num processo de consulta prévia” onde estão em jogo “uma discussão de prioridades políticas” e não uma “negociação de bens privados”; 5) A consulta não é direito de veto, mas isso não significa ausência de poder vinculante (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n. 169 da OIT. Especial produzido pelo ISA – Instituto Socioambiental – em parceria com a RFN – Rainforest Foundation Norway. Junho de 2008. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa>. Acesso em: 1º set. 2014).

ou dizer “não” às medidas legislativas e administrativas que lhe são propostas pelos Estados nacionais.

Importa ainda anotar que, além dos artigos já mencionados, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado são ainda mencionados em outros dispositivos da Convenção, mas referidos a situações específicas, como é o caso do art. 16, que exige o consentimento livre, prévio e informado dos povos interessados em caso da necessidade de seu traslado das terras que ocupam, bem ainda o art. 15, que exige a consulta aos povos interessados no caso de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras.

De maneira geral, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado podem ser exercidos sempre que se apresentem projetos, planos, programas e políticas, bem ainda propostas de medidas legislativas que possam atingir diretamente os povos interessados, como por exemplo: emendas à CF; legislação agrária e ambiental; programas e serviços de educação e saúde; planos e programas de desenvolvimento nacional e regional; projetos de desenvolvimento; programas de reassentamento; programas de formação profissional especial; planejamento e administração de serviços de saúde e educação; criação de normas e instituições de educação especial; medidas de preservação e revitalização das línguas indígenas, entre outros tantos.

De outra parte, relembramos que a Convenção n. 169, pela própria natureza do organismo do qual emana – a Organização Internacional do Trabalho, com sua estrutura tripartite, vocacionada para a negociação e a busca de consensos –, proporciona aos povos interessados e aos Estados onde moram antes uma plataforma para a ação e para o diálogo. Aliás, tal objetivo maior está expresso no artigo 6º, item 2, já referido, em que fica claro que a consulta ali prevista destina-se a alcançar um acordo ou a obter o consentimento livre e fundamentado. A Convenção n. 169, portanto, não possibilita o direito de veto por parte dos povos indígenas e tribais. Por outro lado, o artigo 4º, item 2, do seu texto estabelece que não se poderá adotar medidas especiais em relação aos povos interessados que sejam contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. Portanto, aos Estados também não é dado o direito de imposição unilateral das medidas que

possa entender cabíveis em determinado caso. A busca de uma solução consensual se impõe em qualquer hipótese²⁹.

No mais, os processos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado devem efetuar-se de boa-fé, com respeito ao princípio da representatividade e mediante procedimentos adequados, como referido expressamente no texto da Convenção. Consulta de boa-fé é aquela que respeita os direitos, os interesses, os valores, as necessidades, as dificuldades da parte consultada. Deve adaptar-se às especificidades de cada grupo e às circunstâncias de cada caso. Praticamente, pode-se dizer que o “procedimento apropriado” a que tantas vezes se refere a Convenção n. 169, sem contudo definir a expressão, apenas terá seus contornos delineados diante do caso concreto, pautado principalmente pelo princípio ético da boa-fé.

Quanto à representatividade, apresenta-se como uma das questões mais complexas a se enfrentar na formulação da consulta e do consentimento livre, prévio e informado, principalmente em se tratando de povos indígenas e tribais, titulares de direitos coletivos e com sistemas tradicionais de representação, que variam de grupo para grupo. Como a representatividade é um elemento essencial da consulta e do CLPI, da correta identificação dos titulares dos direitos em jogo depende a legitimidade dos respectivos processos levados a cabo pelas partes interessadas.

Em relação a este tema, é preciso considerar que a própria Convenção n. 169 em vários de seus artigos garante aos povos indígenas e tribais o respeito à sua identidade social e cultural, aos seus costumes e tradições e às suas instituições. No entanto, nada impede que, a par das instituições tradicionais, sejam adotadas por esses grupos outras estruturas contemporâneas, tais como associações, eleição de dirigentes, conselhos, etc. O importante é que tais instân-

29 Segundo o artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada”, in op.cit. “O art. 4º, n. 2 da Convenção 169 deixa assente a necessidade de se estabelecer consensos entre as iniciativas dos Estados e os interesses dos povos, outorgando natureza vinculante ao conteúdo das consultas sobre medidas especiais” (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT, cit).

cias representativas detenham poder de decisão, segundo o costume e tradição desses povos.

Para o antropólogo Beto Ricardo³⁰, que abordou a questão em artigo intitulado “Quem fala em nome dos índios”, a pergunta aparentemente tão simples é de difícil resposta. Segundo Ricardo,

Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, cresceu em várias regiões do país a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar com o mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

O autor refere ainda que, àquela altura, no nível local predominavam as instituições políticas tradicionais (tais como Casa dos Homens, Conselho de Velhos etc.), que têm eficácia reguladora sobre as interferências externas, resistindo às imposições de funcionários de agências governamentais que estão sempre à procura de um “chefe” com quem tratar³¹. Identifica, ainda, uma dificuldade de os índios brasileiros construírem formas estáveis e permanentes de representação de interesses (diferentemente dos indígenas de outros países latino-americanos, como Bolívia, Equador etc.) devido a sua “base profundamente diversa e dispersa”. No entanto, entende fundamental o reconhecimento e valorização dessas formas indígenas que podem apresentar características “locais”, “faccionais” ou “descentralizadas” de se organizar e representar, em face mesmo dos direitos de consulta, previstos também na CF, citando, inclusive, a importância de que sejam realizadas *in loco*, “garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa”, o que “aumenta a proba-

30 RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? (II) In: _____. (Ed.). *Povos indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996. p. 90-94.

31 Cf. *ibid.*, p. 91.

bilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo”³².

Também a questão da “tutela” prevista no Estatuto do Índio, embora se encontre totalmente superada em face do disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal e da Convenção n. 169 da OIT, muitas vezes se coloca, internamente, como empecilho para que os povos indígenas possam diretamente, por meio de seus representantes tradicionais, exercer os seus direitos³³, inclusive no tocante à outorga de consentimento livre, prévio e informado.

Cite-se, a propósito, a elaboração, em 2006, de uma “Solicitação Direta Individual” pela Comissão de Experts e Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), anotando o recebimento da primeira memória elaborada pelo Governo brasileiro com a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), solicitando uma série de esclarecimentos e fazendo recomendações sobre o cumprimento dos dispositivos da Convenção. Entre elas, percebe-se uma especial preocupação com a manutenção, na legislação infraconstitucional, da tutela legal da União sobre os povos indígenas, encare-

32 A questão da “estabilidade” nas relações com os indígenas brasileiros foi abordada da seguinte maneira pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro em entrevista ao *Jornal o Estado de São Paulo*, de 20.4.2008: “[...] para os indígenas, cada ser é um centro de perspectivas no universo. Se eles fizessem ciência, certamente seria muito diferente da nossa, que de tão inquestionável no direciona a Deus, ao absoluto, a algo que não podemos refutar, só temos de obedecer. Os índios não acreditam na ideia de crer, são indiferentes a ela, por isso nos parecem tão pouco confiáveis (risos). No sermão do Espírito Santo, padre Antonio Vieira diz que seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como a estátua de murta. Quando você pensa ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma.” (“Aliás: a semana revista”. P. J4-J5. Entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh).

33 A propósito, em 20.9.2007, foi exarada uma decisão monocrática nos autos do processo n. 2007.03.00.088518-0 (AI), em trâmite perante o TRF da 3ª REg. No bojo dessa decisão, foi indeferido o pedido para que determinada comunidade indígena integrasse o feito originário por entender o Desembargador Federal relator do recurso que “tal comunidade não tem personalidade jurídica, devendo seus interesses ser representados coletivamente por quem pode, em seu nome figurar em juízo. E, nisto, a presença do Ministério Público Federal, como não bastasse a do INCRA e a da União, completa a relação processual”.

cendo aquela Comissão que a novel legislação em matéria indígena, ainda em fase de consolidação, leve em conta tais incompatibilidades, proporcionando aos povos indígenas a necessária assistência e proteção tanto da FUNAI quanto do Ministério Público Federal, de forma alternativa ao modelo da tutela prevista no Estatuto do Índio (item 11 da solicitação da CEACR)³⁴.

Ainda em relação ao procedimento de consulta previsto no artigo 6º da Convenção, no mesmo documento a Comissão de *Experts* houve por bem solicitar informações sobre a maneira como tem sido realizada no Brasil, se respeitados os seus requisitos fundamentais (prévia, através das instituições representativas dos povos indígenas e mediante procedimentos apropriados). Em relação à consulta prevista no artigo 15 da Convenção n. 169, a Comissão de *Experts* reconheceu a complexidade da matéria e manifestou preocupação com eventual prejuízo aos interesses dos povos indígenas por ocasião da autorização de medidas de prospecção mineral e de outros recursos existentes em terras indígenas.

Nada obstante as solicitações e recomendações feitas pela OIT em 2006, em 2012 foi divulgado novo Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), confirmando a não realização de oitivas aos indígenas impactados pela implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, corroborando, nesse passo, a posição do Ministério Público Federal e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que interpelaram o Governo brasileiro pelos mesmos motivos. Nas Recomendações finais, a Comissão de Especialistas pede ao Governo brasileiro que: 1) tome as medidas necessárias para levar a cabo as consultas com os povos indígenas afetados pela implantação da UHE Belo Monte, no Pará, em conformidade com os artigos 6º e 15 da Convenção n. 169 da OIT;

34 Cf. Relatório do grupo de experts/CEACR, 2006. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales - un Manual*. Disponible en “Ratificación”. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/egalite/itpp/convention/index.htm>>. Acesso em: 20 out. 2008.

2) em consulta com os povos indígenas, tome medidas para determinar se as prioridades dos ditos povos foram respeitadas e se seus interesses serão prejudicados e em que medida, a fim de adotar as ações de mitigação e indenização apropriadas; 3) informe a Justiça Federal do Pará sobre os resultados do procedimento³⁵.

Do exposto pode-se aquilatar o grau de importância que se confere, dentro da OIT, aos direitos de consulta e consentimento livres, prévios e informados estampados na Convenção n. 169, configurando, a nosso ver verdadeiros direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais. Apenas adiantamos que o elemento nuclear do princípio da dignidade humana que confere a nota da fundamentalidade a tais direitos reside, justamente, em bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos. Razão pela qual não concordamos com quem lhes atribui caráter meramente instrumental ou procedimental ou, ainda, de meio ou ferramenta de defesa do conjunto de outros direitos “materiais” dos povos indígenas³⁶. Estas denominadas “garantias” fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem aos seus titulares a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. Além do que, permitir aos povos interessados expressarem-se na esfera pública e participarem na esfera política, por si mesmo, confere-lhes dignidade e proporciona-lhes visibilidade perante os demais membros da sociedade nacional.

35 A íntegra da Nota Técnica da CEACR da OIT está disponível em <<http://www.politicapublicas.net/panel/oitinformes/informes169/1596-ceacr-brasil-2012.html>>. Acesso em: 1º set. 2014. Neste contexto, importante referir o advento da Portaria Interministerial n. 35 de 27.1.2012, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para apresentar proposta de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no tocante ao direito de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais a que se refere. Interessante anotar que, além dos representantes dos povos indígenas, também os representantes dos povos quilombolas e de outras comunidades tradicionais foram convidados a integrar o GTI em questão. De qualquer modo, no nosso entender, tal regulamentação, ainda não concluída, não impede a aplicação, desde já, das normas da Convenção n. 169, visto serem autoaplicáveis, como todas as demais que integram o bloco dos direitos humanos.

36 É o caso de certa passagem do artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT”, op. cit.

Passaremos agora a examinar, ainda que sucintamente, o tratamento conferido pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado objeto desse nosso estudo. Entre alguns aspectos e inovações trazidos pela Declaração das Nações Unidas, pode-se referir justamente o elevado *status* conferido, sobretudo, ao direito de consentimento livre, prévio e informado das populações indígenas. Tal posicionamento tem importantes consequências decorrentes do regime jurídico dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, em face da cláusula de “proibição de retrocesso”, pela qual fica vedado aos Estados diminuir ou amesquinhar a proteção já conferida aos direitos humanos. Traduz-se, pois, em importante garantia de satisfação desses direitos pelos povos indígenas³⁷.

Tal direito, ao lado de outros também complexos e polêmicos, tais como o direito à livre-determinação, à autonomia sobre as terras, territórios e recursos naturais e direitos coletivos dos povos indígenas, foram os que mais ensejaram discussões durante o processo de negociação do texto da Declaração, cujo processo de elaboração, aliás, contou com uma ampla participação de representantes indígenas³⁸.

Os direitos de consentimento livre, prévio e informado, de participação e de consulta dos Povos Indígenas vêm referidos nas seguintes hipóteses previstas na Declaração: a) artigo 10: no caso de remoção desses grupos de seus territórios; b) artigo 11, item 2: direito de restituição – quando subtraídos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais sem o devido consentimento de seus titulares; c) artigo 18: participação nas decisões que lhes afetem, por meio de seus representantes e em conformidade com seus próprios procedimentos e instituições;

37 Cf. RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 243-246.

38 Cf. KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

d) artigo 19: os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, mediante suas instituições representativas para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem; e) artigo 28: direito à reparação – pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado; f) artigo 29: proibição de armazenamento ou eliminação de materiais perigosos em terras indígenas, sem o seu consentimento livre, prévio e informado; g) artigo 30: os Estados celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares; h) artigo 32: celebração de consultas pelo Estado e cooperação de boa-fé com os povos indígenas interessados, a fim de obter o seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, especialmente recursos minerais, hídricos ou de outro tipo; i) artigo 38: celebração de consultas pelo Estado e cooperação com os povos indígenas para a adoção de medidas apropriadas, inclusive legislativas, para alcançar os fins da Declaração; e j) artigo 41: garante a participação dos povos indígenas, no âmbito dos organismos do sistema das Nações Unidas, em relação aos assuntos que os afetem.

Esse o rol de dispositivos que tratam dos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado e que reforça e avança em relação ao rol de direitos de mesma natureza reconhecidos na Convenção n. 169 da OIT. Relembre-se, por oportuno, a evolução do conceito de consentimento livre, prévio e informado, abordada no item 2 supra, forjado inicialmente no campo da bioética e, subsequentemente, no âmbito do direito ambiental. Assim, no campo da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, de que trata a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), tem-se entendido que apenas por meio desse direito (CLPI), com contornos específicos, é possível proteger-se o patrimônio cultural indígena. Neste contexto, adiantamos que o consentimento livre, prévio e fundamentado pressupõe: a) disponibilidade da informação;

b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) a participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e e) a possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

É justamente na possibilidade de veto, ou possibilidade de dizer “não”, que se encontra a grande diferença em relação aos direitos de consulta e consentimento informado proclamados na Convenção n. 169 da OIT, como antes examinamos.

Apenas a título de curiosidade, anotamos que o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (OEA), no texto consolidado e atualizado até 15 de maio de 2008³⁹, também adotava o conceito de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) em vários de seus dispositivos, aparentemente, seguindo os passos da sua congênere do sistema universal de proteção dos direitos humanos. No texto mais recente, atualizado até 20 de abril de 2012⁴⁰, também há expressa referência ao consentimento livre, prévio e informado, conceito este que, ao lado de outros de capital importância para os povos indígenas, parece ser objeto de intensas negociações.

Portanto, novamente, apresenta-se o direito de consentimento livre, prévio e informado como um princípio que confere, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “tônica do sistema normativo” de proteção dos direitos dos povos indígenas, “verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas,

39 Cf. REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo Permanente de La Organización de los Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos Y Políticos- Undécima Reunión de Negociaciones para La Búsqueda de Consensos (Estados Unidos, Washington D.C. – del 14 al 18 de abril de 2008). Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/GT-DADIN-doc-334-08_rev1.pdf>. Acesso em: 3 set. 2008.

40 Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o “REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”⁴¹.

4 Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

Passaremos agora a descrever a importância do “consentimento livre, prévio e informado” na perspectiva da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), sobretudo para a realização dos seus *três* objetivos expressos no artigo I, a saber: 1º) “conservação da diversidade biológica”; 2º) “a utilização sustentável de seus componentes”; e 3º) “a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

O PIC (*prior informed consent*), como é internacionalmente conhecido esse conceito e referido nos documentos pertinentes à CDB, é, sem sombra de dúvida, considerado um importante elemento das disposições da Convenção sobre o acesso aos recursos genéticos e sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios, ABS na sigla em inglês (*access and benefit sharing*). Está diretamente vinculado à capacidade tanto dos Governos locais quanto das comunidades tradicionais para gerenciar o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. De uma boa gestão desse *acesso* depende o cumprimento dos objetivos da CDB e o combate à biopirataria ⁴².

41 Citação constante da nota de rodapé 41 do livro da PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2007. p. 37.

42 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009. Para maior esclarecimento do termo “biopirataria”, incluímos

Ao tratar do “Acesso a Recursos Genéticos” em seu artigo 15, a CDB inicialmente reconhece os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, razão pela qual entende que a autoridade competente para autorizar o acesso a tais recursos deve pertencer aos Governos nacionais e estar sujeita à legislação nacional (item 1). O mesmo artigo dispõe, ainda, que depende do “consentimento prévio fundamentado” da parte contratante provedora desses recursos o acesso aos recursos genéticos (item 5). Também no artigo 19 da CDB há expressa referência à necessidade de “concordância prévia fundamentada no que respeita à transferência, manipulação e utilização seguras de todo o organismo vivo modificado pela biotecnologia”.

Nesse contexto e no respeitante aos interesses e direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais (ou “locais”, como os denomina a CDB) sobre seus saberes tradicionais associados aos recursos genéticos, o artigo 8º, letra “j”, atribui a cada parte contratante o dever de, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas desses grupos e incentivar a sua mais ampla aplicação “com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, bem ainda encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento”. O artigo 10 da CDB, ao tratar da “Utilização sustentável de componentes da diversidade biológica”, determina às partes contratantes que protejam e encorajem a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais sustentáveis. Por fim, o artigo 17 trata do intercâmbio de informações, entre estas, o “conhecimento indígena e tradicional como tais e associados às tecnologias”, bem ainda a repatriação de informações.

aqui a seguinte definição: “A biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) sem o respeito aos princípios da Convenção da Biodiversidade, isto é, sem autorização do país de origem e de suas comunidades locais e a repartição dos benefícios. A Convenção da Biodiversidade estabelece que os benefícios gerados pela utilização dos recursos genéticos coletados nos países megadiversos (ou em qualquer outro país) devem ser compartilhados com estes e com as comunidades locais detentoras de conhecimentos associados a estes” (O nim, o ayahuasca e o cupulate. Capítulo: Diversidade Socioambiental, Verbete: Recursos Genéticos do ALMANAQUE Brasil Socioambiental (2008). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2007. p. 255).’

Este o quadro normativo posto pela Convenção da Diversidade Biológica a partir do qual as partes contratantes, nas respectivas Conferências das Partes (COPs), passaram a buscar entendimentos comuns sobre conceitos básicos referentes ao acesso e repartição de benefícios (ABS)⁴³. Passamos a seguir a um breve resumo dos principais avanços ocorridos durante as negociações das COPs no tocante ao tema até chegarmos ao mais significativo deles, o Protocolo de Nagoya à CDB⁴⁴, aprovado em 2010, no Japão.

Assim, importante relembrar as Orientações de Bonn aprovadas na Sexta edição da Conferência das Partes (COP6) da CDB, em abril de 2002, e que foram desenvolvidas para auxiliar na aplicação dos dispositivos antes referidos, sobre o acesso e repartição de benefícios e proteção dos conhecimentos tradicionais associados, garantindo que o PIC seja obtido a partir das próprias comunidades e suas práticas tradicionais.

Partindo do princípio de que o consentimento prévio e informado é uma das maneiras de se alcançar uma repartição justa de benefícios decorrentes do acesso aos recursos genéticos, as Diretrizes de Bonn fornecem indicações sobre possíveis elementos do procedimento para implementação do PIC, de maneira voluntária, pelas

43 Cf. PERRAULT, Anne (Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* –“SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2-3, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009), ao tratar do “Livre consentimento prévio informado no contexto do acesso a recursos genéticos”, a aplicação do PIC nesse contexto não se confunde com sua aplicação no âmbito dos resíduos perigosos e/ou tóxicos e dos organismos geneticamente manipulados (OGM). No entanto reconhece que as atividades desenvolvidas para o cumprimento do PIC, naqueles casos, podem servir também à modelagem do procedimento do PIC em relação ao acesso aos recursos genéticos.

44 O Protocolo de Nagoya entrará em vigor internacionalmente em outubro de 2014, após noventa dias do depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, o que já ocorreu. O Brasil, embora tenha sido um dos primeiros países a assinar o compromisso de adesão durante a COP (10) no Japão, até o momento não o ratificou, estando a proposta de ratificação em trâmite aguardando a aprovação pelo Congresso Nacional.

partes contratantes. Segundo esse documento (parágrafo 26) são elementos do PIC⁴⁵:

- a) o consentimento das autoridades nacionais e das comunidades indígenas e locais;
- b) mecanismos para a participação dos investidores ou das partes interessadas (*stakeholders*);
- c) prazos e calendários razoáveis;
- d) especificações dos tipos de usos dos recursos;
- e) vinculação direta com termos mutuamente acordados;
- f) procedimentos detalhados para a obtenção do consentimento;
- g) uma descrição do processo geral de acesso

Relembre-se, também, que o Grupo de Trabalho *ad hoc* “das interessões sobre o artigo 8º ‘j’ e disposições conexas”, foi adotado pela Conferência das Partes da CDB no ano de 2000 com o objetivo de fornecer a base de ação para execução do art. 8º, “j”, da CDB, que é o principal dispositivo a tratar da proteção dos conhecimentos tradicionais em seu âmbito. O Programa de Trabalho desenvolvido pelo referido GT para aplicação do artigo 8º, “j”, estabelece como um de seus princípios gerais justamente a observância do consentimento prévio e informado para o acesso aos conhecimentos tradicionais⁴⁶.

Um documento importante produzido por esse grupo de trabalho intitula-se “Diretrizes de Akwé kon” e foi aprovado na sétima edição da Conferência das Partes da CDB, de 2004, destinando-se à

45 Cf. PERRAULT, Anne, op. cit. p. 4.

46 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent. International Workshop on Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples (New York, 17-19 January 2005). Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, United Nation, PFII/2005/WS.2/3. Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_FPIC_CBD.doc>. Acesso em: 2 set. 2014.

“Condução de Estudos de Impactos Culturais, Ambientais e Sociais relativos ao desenvolvimento de propostas que devem acontecer, ou que sejam suscetíveis de impacto, nos locais sagrados ou terras e águas tradicionalmente ocupadas ou usadas por comunidades indígenas e locais”. O princípio do consentimento prévio e informado é expressamente referido no § 53 dessas “diretrizes” e também traz importantes elementos conceituais do PIC ao estabelecer que

[...] onde o regime jurídico nacional exige anuência prévia de comunidades indígenas e locais, o processo de avaliação deve considerar se tal anuência prévia foi efetivamente obtida. O consentimento prévio informado correspondente a diferentes fases do processo de avaliação do impacto deve considerar os direitos, o conhecimento, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais; o uso adequado da linguagem e do processo; a atribuição de tempo suficiente e a prestação de informações exatas, factuais e juridicamente corretas. Modificações para o desenvolvimento inicial da proposta exigirão consentimento prévio informado adicional das comunidades indígenas e locais afetadas⁴⁷.

Interessante apontar que, no Seminário de *Experts* da América Latina e Caribe sobre Indicadores para a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais realizado em Quito em 2006⁴⁸, reconheceu-se que a natureza coletiva dos direitos indígenas encontra sua base legal no plano internacional, sobretudo na Convenção n. 169 da OIT. No entanto, para a proteção do conhecimento tradicional, entendeu-se não ser suficiente apenas a “consulta”⁴⁹ prevista naquela Convenção, havendo a necessidade da aplicação do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, considerando-se que apenas este último é capaz de proteger efetivamente referidos bens e valores integrantes do

47 Cf. Directrices Akwé: Kon. Directrices del CDB. Publicado por La Secretaria del Convenio sobre la Diversidade Biologica. Montreal, Canadá. 2005, p. 25. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

48 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. Inform de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores. 16 Apr. 2007. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/acpow8j-02/information/acpow8j-02-inf-04-es.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

49 Cf. *ibid.*, p. 28.

patrimônio cultural dos povos tradicionais. Refere-se, ademais, aos indicadores capazes de “medir” o cumprimento do CLPI, a saber: a) disponibilidade da informação; b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e) possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

Outro fórum especializado – Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas⁵⁰ –, que trabalha em colaboração com a CDB, considera o consentimento prévio e informado como uma “importante prioridade metodológica”, que deve ser visto como um “processo contínuo, processo esse que envolve comunicação intercultural e alçamento desigual”. Nada obstante, ainda resta pendente em sua agenda uma definição de “consentimento prévio e informado”⁵¹, conceito este realmente complexo, mas imprescindível, como vimos, para a implementação do artigo 8º, “j”, em nível local, regional e internacional.

Por sua vez, do ponto de vista das populações indígenas e seus defensores⁵², o consentimento prévio e informado no âmbito da CDB deve ser obtido de acordo com suas regras consuetudinárias, suas práticas e procedimentos especiais e/ou instituições específicas. Esta a base a ser considerada para construção de qualquer processo de autorização de acesso aos recursos da biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, cujo objetivo comum deve ser sempre a proteção dos CTs e a repartição dos benefícios. Em face disso, não existiria um *único* processo de obtenção do consentimento prévio e informado; sua estrutu-

50 O UNPFII é um organismo assessor do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o mandato de examinar as questões indígenas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social, a cultura, a educação, a saúde, o meio ambiente e os direitos humanos. As deliberações e outros informes de todas as sessões do UNPFII já ocorridas até o momento podem ser acessadas por meio do *site* <<http://undesadspd.org/indigenouses/Portada/SesionesUNPFII/SextaSesi%C3%B3n.aspx>>.

51 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, América Central y América del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 22.

52 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent, cit., p. 7.

ração se dará sempre caso a caso, dependendo das relações construídas entre as comunidades e os pesquisadores, organismos governamentais, interessados em projetos de desenvolvimento etc.

No entanto, não há como dispensar a elaboração de alguns *standards* que possam servir de guia para o efetivo cumprimento dos direitos e obrigações contemplados no artigo 8º, “j”, da CDB. Nesse passo, os aportes antecitados e, em especial, as Orientações de Bonn, ainda cumprem um importante papel, pois auxiliam os Governos a superar alguns dos obstáculos que limitam a aplicação do PIC, nada obstante a crítica no sentido de que estariam tais diretrizes mais adaptadas para o uso original do consentimento livre, prévio e informado, que se cristalizou sobretudo a partir da legislação americana sobre o transporte de resíduos perigosos e tóxicos, como neste trabalho já examinamos ⁵³.

No entanto, as Diretrizes de Bonn foram sendo aprimoradas a cada Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, cientes os Estados signatários da importância do tema para o cumprimento dos objetivos maiores da CDB.

Assim é que a Decisão IX/13⁵⁴, “artigo 8, “j”, e disposições conexas”, da 9ª edição da Conferência das Partes da CDB (nota de rodapé) realizada também na cidade de Bonn, em maio de 2008, apresentou em anexo um Projeto de Elementos de um Código de Conduta Ética para promover e assegurar o respeito ao patrimônio cultural e intelectual das comunidades indígenas e locais condizente com a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Nesse documento, já havia menção sobre a importância que tem para a promoção e respeito dos conhecimentos tradicionais, a sua valorização, pelas partes, de maneira equânime e complementar aos conhecimentos científicos do ocidente.

Importante ressaltar que o “consentimento prévio, livre e fundamentado”, conforme expressão utilizada nesse documento, é conside-

53 Cf. PERRAULT, Anne, op. cit., p. 7-9.

54 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/13, Bonn, 19-30 May 2008, Article 8 (j) and related provisions. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11656&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

rado um dos princípios éticos gerais a reger as interações com as comunidades indígenas e locais no âmbito da CDB. Tais princípios gerais são ali considerados como expressões do princípio maior consistente no direito das comunidades indígenas e locais de desfrutarem de sua cultura, do que decorre a capacidade de transmitir essa mesma cultura, se assim desejarem, às gerações futuras. Há também expressa menção à estreita colaboração entre o processo da Convenção da Diversidade Biológica e o Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas, de modo a contemplar as especificidades das comunidades indígenas e locais no âmbito de suas decisões.

A finalização das negociações sobre esse tema ocorreu na edição seguinte, COP (10) da CDB, com a aprovação do Código de Ética sobre o Respeito ao Patrimônio Cultural e Intelectual das Comunidades Indígenas e Locais pertinente à Conservação e ao Uso Sustentável da Diversidade Biológica (o denominado código de Conduta Ética Tkarihwaí:ri), que veio orientar os Governos na evolução dos modelos de códigos de conduta ética para a investigação, o acesso, o uso, o intercâmbio e a gestão da informação relativa aos conhecimentos tradicionais. Nesse passo, o código veio auxiliar a implementação dos direitos ao consentimento fundamentado prévio e/ou aprovação e participação dos povos e comunidades detentores desses saberes⁵⁵.

Tal Código de Ética, por sua vez, atento à crítica reiterada nas várias Conferências das Partes da CDB quanto à ausência do aprofundamento da necessária compatibilização com os direitos indígenas previstos em outros documentos de direito internacional, expressamente leva em conta os diversos organismos, instrumentos, programas, estra-

55 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Tkarihwaí:ri*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/code.shtml>> Acesso em: 2 set. 2014. Para aprofundamento do tema sugerimos a leitura das “Diretrizes Voluntárias Akwé:Kon”. Segundo a versão em espanhol no site da CDB, “uno de los principales logros de la COP 7 fue la adopción decisión VII/16 F), de las Directrices Akwé:Kon, Directrices Akwé Kon, voluntarias para la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados y en tierras y aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales”. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/guidelines.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

tégias, normas, informes e processos internacionais pertinentes e a importância de sua harmonização e complementariedade e aplicação efetiva, invocando, entre outros não menos importantes, o Convênio n. 169 sobre Povos indígenas e Tribais (OIT-1989), a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO-2005), e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas (2007), essenciais, como vimos, à proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais de todos esses povos⁵⁶.

Uma outra decisão pertinente ao tema sob exame foi tomada na mesma COP 9 sob o n. IX/12⁵⁷ e trata do “Acesso e repartição de benefícios”. Nessa decisão, há também expressa menção às Diretrizes de Bonn, como um ponto de partida para as discussões relacionadas com a elaboração e negociação de um regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios que, como já vimos, é um dos principais e mais complexos temas enfrentados pelas Partes no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica. Do mesmo modo que na Decisão n. IX/13 antes comentada, aqui também foi incluído um documento anexo, contendo um rol de *componentes* principais de um “regime internacional”, para apreciação e discussão das partes. Entre estes, o “consentimento fundamentado prévio” dos titulares dos conhecimentos tradicionais, incluídas as comunidades indígenas e locais, quando ocorra o respectivo acesso. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também é invocada em tais decisões, entre outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e direitos culturais.

Finalmente, e nada obstante os avanços antes mencionados, após seis anos de negociações, em outubro de 2010, foi aprovado documento de importância ímpar para o desenvolvimento do terceiro objetivo da CDB antes referido, durante a realização da

56 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Tkarihwaí:ri*, op.cit.

57 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/12, Bonn, 19-30 May 2008, Access and benefit-sharing. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11655&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

Décima Conferência das Partes (COP 10), passada no Japão. Trata-se do Protocolo de Nagoya sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivam de sua Utilização, conferindo maior certeza e transparência jurídicas tanto para os provedores como para os usuários de recursos genéticos. Duas são as novidades importantes do Protocolo: a) obrigações concretas que cada parte deverá assumir para assegurar o cumprimento da legislação ou requisitos regulamentares *nacionais* da parte que proporciona os recursos genéticos; e b) obrigação de cumprir condições de cooperação mutuamente acordadas⁵⁸.

Segundo o entendimento de Nilo L. Saccaro Jr., do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Protocolo de Nagoya traz normas que esclarecem e detalham questões relativas à repartição de benefícios. Assim, a definição de benefícios monetários e não-monetários é clarificada, bem como as modalidades de contratos que devem ser utilizados entre as partes, além de dar as diretrizes básicas para a criação de mecanismos internacionais de cooperação, monitoramento e regulação, enfatizando a necessidade de conformidade das legislações nacionais (CDB, 2010)⁵⁹.

Espera-se, também que em relação ao acesso aos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e locais, as disposições do Protocolo fortaleçam a capacidade dessas comunidades para se beneficiarem do uso de seus conhecimentos, inovações e práticas. Tanto em seu Preâmbulo quanto em vários artigos, o Protocolo refere-se aos povos indígenas e populações locais e aos seus saberes tradicionais, por exemplo, o Artigo 3º (Âmbito), Artigo 5º (Participação Justa e Equitativa

58 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Protocolo de nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/Protocol.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

59 Cf. SACCARO JR., Nilo L. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. In: SCIELO. *Ambiente & Sociedade*, v. 14, n. 1, Campinas, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://search.scielo.org/?view=mobile&output=site&lang=pt&from=1&sort=&format=abstract&count=20&fb=&page=1&q=Ambiente+%26Sociedade>>. Acesso em: 1º set. 2014.

dos Benefícios), Artigo 7º (Acesso aos Conhecimentos Tradicionais Associados aos Recursos Genéticos).

Em relação ao consentimento prévio e fundamentado, vem ele expressamente referido no Artigo 6º, de maneira ampla tanto para as partes – países de origem – quanto para as comunidades indígenas e locais. Ali se estabelece que cada parte adotará medidas com vistas a assegurar que se obtenha o “consentimento fundamentado prévio” ou a aprovação e participação das comunidades indígenas e locais para o acesso aos recursos genéticos, quando estas tenham o direito estabelecido à outorga desses recursos⁶⁰.

Enfim, pode-se dizer, tanto com fundamento nos documentos oficiais gerados a partir das Conferências das Partes da CDB quanto com base na literatura especializada e a partir da análise sumária dos elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado” já detectados, que se mostra ele essencial para a implementação da Convenção como um todo e, em especial, no tocante às disposições que interessam às populações indígenas e locais, voltadas à proteção dos conhecimentos tradicionais.

No entanto, parece que as dificuldades já detectadas podem ser ainda maiores para realização do PIC no contexto do *acesso aos recursos genéticos*, em razão, sobretudo, da *complexidade*⁶¹ de que se reveste

60 Entendo que o Protocolo de Nagoya merece um estudo aprofundado de todos os seus dispositivos, o que refoge aos objetivos mais singelos deste estudo. Tendo em vista os avanços significativos por ele trazidos no tema complexo do acesso aos recursos genéticos, incluídos aqueles associados aos conhecimentos tradicionais de povos indígenas e outras comunidades tradicionais, é de grande importância que seja ratificado pelo CN brasileiro, ainda mais levando-se em conta que já tramita em regime de urgência perante o Congresso o PL n. 7.735/2014, pretendendo a substituição da legislação nacional de regência, MP n. 2.186-16/2001, cercado de sérios questionamentos como já referimos em nota 9 deste artigo.

61 Confira-se a interessante narrativa reproduzida no artigo de Cristiane Fontes (Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: mais proteção já!. Jul. 2004. *Instituto Sócio Ambiental-ISA*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/esp/tradibio/>>. Acesso em: 12 out. 2008): “Durante sua apresentação sobre conhecimento tradicional na 24ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), realizada de 12 a 15/6, Daniel Munduruku, diretor-presidente do Inbrapi, afirmou: ‘As ONGs indígenas

a matéria. Assim, por exemplo, maior é o grau de dificuldade para compreensão, pelas comunidades tradicionais, das informações a serem repassadas pelos pesquisadores interessados no acesso a esses bens e valores. Também a compreensão das estruturas legais que regulamentam a utilização desses recursos pode demandar conhecimento especializado tanto de âmbito nacional quanto internacional (por exemplo, as leis que tratam da propriedade intelectual). Por fim, é também mais difícil exercer-se o controle sobre tais atividades de acesso, com vistas a impedir o uso não autorizado (sem o PIC) de recursos e CTs associados, porque também mais difíceis de serem aquelas detectadas, em razão de sua natureza preponderantemente intangível⁶².

No respeitante aos povos indígenas e comunidades tradicionais, pondera Anne Perrault que os principais elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, na prática, podem ser identificados independentemente do contexto considerado, visto que a aplicação do PIC envolve basicamente os mesmos *direitos* para esses grupos, quer dizer, *os direitos que ensejam a sua participação na gestão dos recursos existentes nas terras que ocupam tradicionalmente*⁶³.

Desse modo e, nada obstante as especificidades antes apontadas, alguns padrões já podem ser identificados também no campo dos recursos genéticos e têm sido articulados por várias comuni-

e os próprios indígenas detentores desse saber, assistem, às vezes de forma pacífica, às vezes não, a discussão que não lhes entra na cabeça por mais preparados que sejam. Tais discussões envolvem conceitos e paradigmas mentais que não fazem parte do universo epistemológico dos nossos povos. Temas como propriedade, bioprospecção, patentes, marcas, direitos conexos, estão fora das muitas relações que temos desenvolvido ao longo dos séculos, conosco mesmos e com a natureza. E todos sabem que, para um povo indígena, coisas que estão fora das relações, estão fora de nossa mente”.

62 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 4, Summer 2004. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1>. Acesso em: 8 jan. 2009.

63 Cf. *ibid.*, p. 4.

dades tradicionais. O PIC, como já vimos, comporta “processo de consulta” (mas não apenas isso) por meio do qual um *diálogo* aberto deve ser estabelecido entre a comunidade e os indivíduos interessados nas atividades a serem realizadas em seus territórios tradicionais, com a utilização de recursos genéticos e CTs associados. Pela clareza da exposição e tendo em vista a importância desse estudo para a conceituação do consentimento livre, prévio e informado, arrolo a seguir os elementos do PIC identificados por Anne Perroult⁶⁴ em sua obra já citada:

- a) o interessado deve obter o CLPI de todas as comunidades atingidas e de acordo com o respectivo direito costumeiro;
- b) a obtenção do CLPI deve ser precedida de discussões comunitárias com base em informações relevantes à tomada de decisão e de modo apropriado, tanto escrito como oral e em linguagem acessível à cultura local;
- c) as informações relevantes pressupõem a divulgação dos objetivos propostos pela pesquisa ou investigação, quais as consequências ou efeitos previsíveis no âmbito social, econômico e ambiental para a comunidade local; o potencial para aplicações comerciais, quantidade do recurso procurado, a duração da atividade e a área geográfica específica da prospecção; divulgação das informações financeiras e jurídicas, origem do dinheiro a ser aplicado, responsáveis pelo gerenciamento da atividade, quais os benefícios a serem compartilhados e de que modo; divulgação de impactos ambientais e outros sobre a atividade local; divulgação de atividades anteriores do interessado no acesso, incluindo a descrição de eventual plano de consentimento anterior, cumprimento de seus objetivos, efeitos sobre a comunidade etc;
- d) toda a comunidade deve ser notificada das atividades propostas pelo interessado no acesso e as decisões informadas devem obedecer ao modo tradicionalmente reconhecido e culturalmente

⁶⁴ Cf. *ibid.*, p. 5.

adequado. Os debates deverão ensejar a participação ativa de todas as populações locais afetadas pelo projeto;

- e) o consentimento deve ser parte de um processo conduzido ao longo de todo o planejamento, concepção, implementação e avaliação do projeto. Deve pautar-se em um diálogo substancial por meio do qual a comunidade pode optar por dar ou não o seu consentimento; e
- f) os líderes comunitários podem revogar o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

Cabe-nos ainda, neste momento, identificar as principais causas que podem levar à inação dos Governos no tocante à adoção de um regime legal, protetivo, de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. É considerado por alguns uma limitação da Convenção da Diversidade Biológica o fato de sujeitar a proteção dos direitos indígenas ao que disponha a legislação nacional de cada parte, sendo que os povos indígenas e comunidades tradicionais não dispõem de qualquer recurso, no âmbito da CDB, no caso de descumprimento dessa regra⁶⁵.

Portanto, a ausência de leis e regulamentos que tratem da matéria em nível nacional é um dos obstáculos à implementação desse dispositivo da CDB, inclusive no tocante ao cumprimento do direito de participação e consentimento livre, prévio e informado. De outro lado, muitas leis e regulamentos existem mas que não fornecem diretrizes suficientes e seguras, especialmente para a implementação do CLPI. A regulamentação excessiva, por sua vez, muitas vezes pode ser um obstáculo posto por alguns Governos que, por diversos motivos, não têm interesse em facilitar esse acesso. São ainda limitações à implementação do CLPI: a falta de procedimentos comunitários articulados, a falta de vontade de conceder o acesso por parte das populações indígenas e tradicionais, a morosidade dos procedimentos e seu custo excessivo, bem ainda a diferença de expectativas entre aque-

⁶⁵ Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 24.

les que dão e aqueles que utilizam os recursos genéticos, sobretudo quando inseridos em culturas significativamente diferentes, como é o caso dos povos indígenas⁶⁶.

Em síntese, os seminários e decisões mais recentes ocorridos no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica até aqui estudados demonstram a intenção da comunidade de Estados signatários de buscar um aperfeiçoamento do sistema de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por meio de vários mecanismos, entre os quais, como vimos, o desenvolvimento dos conceitos e compromissos do artigo 8º, “j”, incluindo a definição dos elementos do conceito de consentimento livre, prévio e informado, que permita a sua aplicação em termos práticos. Este parece ser, ainda hoje, o maior desafio para a Convenção da Diversidade Biológica⁶⁷.

Evidentemente, apenas a partir de um diálogo respeitoso, franco e de “boa fé” entre todas as partes envolvidas – povos e comunidades tradicionais, Governos nacionais e comunidade científica –, poderá ocorrer a superação de todas as barreiras jurídicas, políticas e econômicas inter-relacionadas que dificultam a aplicação do direito de consulta e consentimento livre, prévio, e informado, baluarte do sistema de proteção dos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, visto como legítima expressão do anseio desses povos de exercer o controle dos acontecimentos que os afetam, na dicção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

5 Prós e contras sobre a inserção do direito ao consentimento livre, prévio e informado no sistema de proteção internacional dos direitos humanos

Os processos participativos, gênero de que podem ser consideradas espécies a “consulta” (prevista na Convenção n. 169 da OIT) e o

⁶⁶ Cf. PERRAULT, Anne, op. cit., p. 7.

⁶⁷ Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent, cit., p. 7.

“consentimento” (previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Convenção da Diversidade Biológica), ambos livres, prévios e informados, estão na base do sistema de direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais.

A Constituição Federal trata da matéria no § 3º do art. 231, que regula o aproveitamento de recursos hídricos e da pesquisa e lavra mineira em terras indígenas, o que somente poderá ocorrer com autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades indígenas”.

Apesar da lacônica expressão, é certo que podemos considerar o consentimento livre, prévio e informado como integrante do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, dispondo de aplicabilidade imediata, tudo em conformidade com o art. 5º, §§ 1º e 2º de seu texto.

Isto porque, é inegável, o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) possui uma fundamentalidade intrínseca, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. No presente caso, o elemento nuclear desse princípio da dignidade reside, sobretudo, nos bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos.

Nesse contexto, tais direitos de consulta e consentimento, livres, prévios e informados, uma vez que tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos) e não à pessoa individual, embora esta não possa ser também descartada em casos específicos, podem ser identificados com os “direitos fundamentais de terceira dimensão”, também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade.

Pode-se dizer, ainda, que o CLPI contempla em suas entranhas o direito de participação (no sentido de uma posição ativa do indivíduo) na atividade estatal e na condução do interesse público.

De qualquer sorte, não se pretende aqui, perscrutar a natureza do direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais à consulta e ao consentimento, livres, prévios e informados, tema que, por si só, exigiria espaço próprio e pesquisa acadêmica aprofundada, o que refoge aos objetivos mais genéricos do presente estudo.

No entanto, não há como não deixar de aqui registrar algumas considerações, que entendemos significativas, no tocante à inserção desses direitos no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo Shannah Metz⁶⁸, o direito à consulta ou consentimento livre, prévio e informado coloca-se como uma resposta à história de exclusão dos povos indígenas dos processos de tomada de decisões que os afetam e aos seus territórios e reflete uma nova realidade sócio-política global em que os povos indígenas detêm força política e capacidade técnica.

Obviamente, tal resposta, merecedora de elogios, dá-se no âmbito do sistema universal de direitos humanos, como não poderia deixar de ser, uma vez embutido o respectivo direito em documentos integrantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, elaborados normalmente em conferências das Nações Unidas e suas agências especializadas, como visto anteriormente.

No entanto, são também expressivas as limitações constantes desses documentos aos anseios maiores dos povos indígenas e tribais, limitações estas de que são expoentes, a nosso ver, a impossibilidade de dizer “não” dentro do processo de consulta livre, prévia e informada prevista na Convenção n. 169 da OIT, bem ainda a limitação à expressão “povos”, com redução da autonomia, do direito ao autogoverno e do direito consuetudinário, submetidos aos ditames das normas de direitos humanos, estranhas àqueles grupos (modelo ocidental universalista). Tal limitação também se encontra posta no art. 46 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no artigo 4º do Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da OEA.

Diante desse quadro, seria possível dizer que o reconhecimento desse direito no cenário jurídico do direito internacional estaria de

68 Cf. SHANNAH METZ. *Indigenous people' right to free prior informed consent (FPIC) and project governance*. Collaboratory for Research on Global Projects, Stanford University, May 17, 2006. Disponível em: <http://crgp.stanford.edu/events/crgp_seminar_series.html>. Acesso em: 19 jan. 2009.

acordo com o que Boaventura de Souza Santos⁶⁹ denomina “uma nova arquitetura de direitos humanos” ou “uma concepção intercultural das políticas emancipatórias de direitos humanos”. Segundo essa abordagem, uma de suas normatividades originárias (ur-direito)⁷⁰ seria justamente o “direito à organização e participação na criação de direitos”.

Para esse autor,

[...] a supressão do sexto ur-direito tem sido o fundamento da norma e da dominação capitalistas [...]. O direito à organização é um direito primordial, sem o qual nenhum dos outros direitos poderia ser minimamente viável [...]. Baseados neste ur-direito, os povos indígenas fundamentam as suas lutas pelo direito de seguir os seus próprios direitos. Desta forma, o direito originário à organização e o direito originário a criar direitos constituem duas dimensões inseparáveis do mesmo direito [grifo nosso].

O autor refere ainda que “O direito à organização, concebido como direito primário, é uma formulação politicamente fundada do mais abstracto ‘direito a ter direitos’ proposto por Hannah Arendt (1968)”⁷¹.

Embora possa se enxergar uma distância ainda grande entre o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado posto nos documentos internacionais de direitos humanos e aquele concebido acima por Boaventura de Souza Santos, cremos que, em tese, essa tipologia de “direito primário”, “normatividade originária”, está de acordo com o *status* do direito em questão e o seu reconhecimento como verdadeiro “princípio” nos documentos jurídicos até aqui citados.

69 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PROVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 36-45.

70 Segundo o autor, “[...] a construção de uma concepção intercultural e pós imperial de direitos humanos é, em primeiro lugar e antes de mais, uma tarefa epistemológica. É necessário escavar nos fundamentos reconhecidos como tal para tentar encontrar os fundamentos deles, subterrâneos, clandestinos e invisíveis. Designo estes fundamentos malditos e suprimidos como *ur*-direitos, normatividades originárias que o colonialismo ocidental e a modernidade capitalista suprimiram da maneira mais radical, de forma a erigirem sobre as suas ruínas, a estrutura monumental dos direitos humanos fundamentais” (Ibid, p. 37).

71 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., nota de rodapé n. 48, p. 44.

Numa outra ordem de considerações, interessante abordar a questão, ainda que sucintamente, sob o ângulo de uma classificação recorrente na doutrina especializada, a dos *direitos* e suas *garantias*, que se apresenta de maneira bastante evidente no campo da proteção dos direitos humanos.

Segundo Christian Courtis, no seu artigo “Os direitos sociais em perspectiva”⁷², a noção de “garantia” remete à existência de “mecanismos, métodos ou dispositivos” que asseguram a efetividade dos direitos, funcionando como verdadeiros “instrumentos” que tornam possível a exigibilidade dos direitos sociais. O autor traz também uma distinção entre *garantias de caráter social* e *garantias de caráter institucional*, distinguindo uma categoria com base em quem detém a atribuição para a proteção do respectivo direito. Enquanto nas garantias de caráter institucional, a proteção do direito é confiada a uma instituição, especialmente de caráter público (v.g. garantias políticas e garantias jurisdicionais), nas garantias de caráter social o instrumento ou mecanismo e proteção do direito se confia ao titular do direito, seja este individual ou coletivo. Melhor explicando:

As garantias de caráter social estão vinculadas centralmente com a própria tutela que fazem os titulares de seu direito [...] consistem em grande medida no exercício de direitos que torna possível expressar-se na esfera pública e participar na esfera política. Quer dizer, um grupo importante dos chamados direitos civis e políticos tem uma conexão especial com os direitos sociais, tanto que tais direitos, como a liberdade de expressão, a livre manifestação, a liberdade de imprensa, a liberdade de associação – e sua manifestação particular no campo sindical, quer dizer, a liberdade de agremiação –, o direito a formar partidos políticos e sindicatos, o direito ao voto, o direito de petição, são direitos que funcionam como instrumentos de incidência no âmbito da determinação e controle cidadão das políticas sociais, quer dizer, das políticas públicas destinadas a satisfazer direitos sociais⁷³.

72 COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. p. 196-197.

73 Ibid., p. 196-197. Tradução livre do espanhol.

O mesmo autor refere-se a uma dimensão um pouco mais contemporânea dessas garantias de caráter social e que por vezes é chamada de “direito de participação”. Tal direito englobaria segundo ele,

[...] uma série de mecanismos que acrescentam as possibilidades dos membros de uma comunidade de incidir mais diretamente no desenho e execução de políticas públicas, por vias distintas. Entre eles se encontram os chamados mecanismos semidiretos de participação, como a iniciativa popular, o referendo ou o plebiscito. Em um plano similar se encontram o direito a ser consultado antes da tomada de certas decisões (como as que afetam, por exemplo, os povos indígenas), o direito a participar em audiências públicas também prévias à tomada de decisões políticas e o direito a participar na formulação do orçamento (é o caso das experiências do denominado “orçamento participativo”) [grifo nosso]⁷⁴.

Aliás, Christian Courtis deixa claro na obra mencionada que:

Frente a todas estas garantias, o papel dos *standards* internacionais em matéria de direitos humanos é fundamental. O fortalecimento da interpretação destes direitos tem o efeito de robustecer os mecanismos de participação e controle cidadão das políticas sociais do governo, que são um dos instrumentos privilegiados de satisfação de direitos sociais⁷⁵.

A nosso sentir, a distinção entre garantias e direitos, no contexto apresentado, não conduz a nenhum juízo de acessoriedade ou mera instrumentalidade entre os direitos *garantidores* e os direitos *garantidos*, possuindo ambos o mesmo *status* jurídico. Até mesmo porque, embora consagrada nos documentos jurídicos internacionais a classificação em direitos civis e políticos de um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais de outro, é certo que a indivisibilidade e a interdependência de tais direitos são hoje reconhecidas e fazem parte de uma concepção contemporânea de direitos humanos segundo a qual todos os direitos humanos são importantes e merecem o mesmo grau de proteção.

74 COURTIS, op. cit., p. 197.

75 Ibid., p. 198, tradução livre do espanhol.

Daí porque nos parece inteiramente procedente a crítica manifestada pelo Prof. Marcus Orione Gonçalves Correia⁷⁶ a propósito da caracterização dos direitos sociais como “direitos-meio”, manifestada nos seguintes termos:

Assim, não conseguimos entender como Maria Paula Dallari Bucci que os direitos sociais sejam “direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração” (confira-se o artigo denominado O conceito de políticas públicas em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3). A despeito dos belos exemplos trazidos à colação para ilustrar a afirmação, entendemos que o direito social é um fim em si mesmo e não mero instrumento para o gozo de direitos individuais. Aliás, a visão dos direitos sociais como se fossem meras garantias de direitos individuais diminui-lhes a extensão e os coloca na mesma lógica procedimental das garantias em geral – veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* como mera garantia do direito à liberdade de locomoção. Assim, os direitos sociais vivem e possuem lógica jurídica própria, não sendo dependentes para a sua consolidação e construção de sua metodologia dos direitos individuais. Pelo contrário, muitas das vezes, é impossível atribuir-se aos direitos sociais a lógica de interpretação, por exemplo, dos direitos individuais. Ao se transformá-los em meros instrumentos para obtenção dos direitos individuais, pode-se inclusive atribuir aos direitos sociais a mesma dinâmica de consolidação de pensamento destes, o que é totalmente inadmissível. Assim, direitos sociais não são garantias, mas direitos por si só – o que nos leva mesmo a outras conclusões. Nesta linha de pensamento, por exemplo, os direitos do trabalhador do art. 7º. da Constituição Federal não são meras garantias, mas direitos em si. Aliás, direitos como ao adicional noturno ou de hora extraordinária, ao 13º salário ou a férias remuneradas não são instrumentais, nem garantidores de direitos individuais. São direitos em sua plenitude. Compõem, ressalte-se, o núcleo mesmo dos direitos fundamentais sociais do trabalhador.

76 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p.

Trago para comparação a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao se referir sobre a distinção também traçada entre os direitos e garantias fundamentais na constituição brasileira, pertencente à tradição do direito constitucional luso-brasileiro. Para o autor a constituição de 1988 não estabeleceu um regime jurídico distinto para as garantias fundamentais em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos, razão pela qual, gozam eles a mesma dignidade em nossa ordem constitucional⁷⁷.

Assim,

[...] o que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. Não é portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental. É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido⁷⁸.

Ainda é Ingo Wolfgang Sarlet quem invoca, na obra já mencionada, a lição de J. Miranda (Manual IV, p. 90-91), “para quem em diversas garantias parece ocorrer um desdobramento do direito fundamental em dois elementos diversos, o direito propriamente dito e, como elemento secundário, a garantia”⁷⁹.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 197-198.

⁷⁸ Ibid., p. 198-199.

⁷⁹ Ibid., p. 199.

Como se vê, o tema é complexo. Entretanto, independentemente da caracterização que se possa atribuir à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, seja como direito ou garantia, ou como direito-garantia, vimos que isso não altera a sua principal característica: de serem autênticos direitos fundamentais subjetivos, do que decorre a “possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”⁸⁰.

Além disso, no plano nacional, estão sujeitos tais direitos ou garantias ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, por força do § 2º do art. 5º da CF que os inclui no catálogo de direitos e garantias expressos na Constituição. Razão pela qual, não só se encontram resguardadas, no plano constitucional, a sua identidade e permanência contra o legislador infraconstitucional (cláusulas pétreas), bem como ainda têm garantida a sua aplicabilidade imediata por conta do § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Por fim, se é verdade que determinadas categorias históricas conformadoras do sistema universal dos direitos humanos, à primeira vista, podem se mostrar incompatíveis com o surgimento de novos sujeitos de discursos políticos dissonantes dos valores universais, em geral, engendrados pela emergência da alteridade cultural, étnica, racial e de gênero na arena pública, esses novos sujeitos de direitos coletivos – entre os quais podem ser incluídas as populações indígenas, quilombolas e outras populações ditas tradicionais – contradiriam o campo jurídico ocidental, constituído em torno do sujeito de direito individual⁸¹.

É interessante acompanhar, entretanto, como esses sujeitos de direitos coletivos constituídos com base nas suas especificidades cul-

⁸⁰ Cf. *ibid.*, p. 170.

⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

turais e que, à primeira vista, contradizem os princípios universalistas da agenda dos Direitos Humanos, passam a reivindicar novos direitos de cidadania em “demandas de reconhecimento” perante o Estado.

A pauta dos Direitos Humanos passa, então, a ser retomada criticamente como instrumento de luta por grupos minoritários historicamente discriminados contra as formas de opressão e exclusão social. Com vistas a melhor situar esse deslocamento ocorrido no campo jurídico, uma vasta literatura pode ser consultada⁸².

Aliás, esse entendimento vem expresso pela socióloga Azelene Kaingang em artigo constante da publicação intitulada “um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”⁸³:

Mesmo sabendo que as normas internacionais são instrumentos criados pelos Estados e para os Estados, é preciso reconhecer que há uma progressiva preocupação com a situação em que vivem os Povos Indígenas e com a forma como são pensados, para eles, no sistema das Nações Unidas, os mecanismos de proteção de seus direitos. É fato que, apesar da resistência de alguns Governos, os Povos Indígenas passaram a ser reconhecidos

82 A discussão está referida preliminarmente em BOBBIO, Norberto op. cit.; OLIVEIRA, Isabel Assis Riveiro de. Direitos subjetivos – base escolástica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 41, out. 1999; ESTEVA, Gustavo. Derechos humanos como abuso de poder. *Kwira*, n. 44, oct./dec. 1995; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988; FONSECA, Cláudia; CARDELLO, Andréa. Direitos dos mais ou menos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; PRICE, Richard. Quilombolas e direitos humanos no Suriname. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; SOUSA, R. Silva de. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Orgs.). *Antropologia e direitos humanos - Prêmio ABA/FORD*. Niterói: EDUFF, 2001; STUCCHI, Deborah. *Percurso em dupla jornada: o papel da perícia antropológica e dos antropólogos nas políticas de reconhecimento de direitos*. 2005. Tese (Doutorado). IFCH/UNICAMP, Campinas, 2005.

83 KAINGANG, Azelene. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 19. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

pela comunidade internacional como sujeitos de Direitos específicos em âmbito internacional. A partir daí, iniciou-se um processo de inserção desses direitos específicos no direito internacional dos direitos humanos [...]. Os pontos que mais tensionaram as discussões durante todos esses anos foram o direito à livre determinação, o direito à autonomia sobre suas terras, territórios e recursos naturais; os direitos coletivos, o direito à restituição e o direito ao consentimento prévio, livre e informado.

Em outro artigo da mesma publicação antecitada, a advogada indígena, coordenadora do departamento jurídico do Conselho Indígena de Roraima, Joênia Wapichana, compartilha de idêntico entendimento. Segunda sua visão⁸⁴,

[...] é preciso considerar os Povos Indígenas como protagonistas de seus direitos para haver condições para que digam ao Estado como deve ser a implementação de seus direitos, mudando, então, o paradigma da relação “Estado versus tutelados”, já que estamos em um Estado democrático e de direitos, no qual constitucionalmente são reconhecidas as diferenças culturais. A utilização de mecanismos internacionais de direitos humanos impulsiona o verdadeiro reconhecimento dos Povos Indígenas como povos, permite um diálogo de iguais para com o Estado e permite fazer com que os Povos Indígenas determinem as prioridades, participem e influenciem nas políticas públicas que lhes dizem respeito como verdadeiros sujeitos de direito.

Como já referimos no início deste trabalho, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos já existe um projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas que vem sendo debatido por um Grupo de Trabalho especialmente designado pela Organização dos Estados Americanos – OEA para tal finalidade. O texto consolidado desse projeto, preparado pela Presidência do GT, data de 17 de junho de 2003, sofreu sua última atualização em 20 de abril de 2012⁸⁵ e contém, até o presente, 39 artigos.

84 Cf. WAPICHANA, Joênia. A implementação dos instrumentos internacionais – desafios e fortalecimento dos povos indígenas. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 32-33.

85 Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o

Referido documento dispõe sobre a aplicação dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos e a afirmação dos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos para os povos indígenas, tratando de questões importantíssimas para afirmação dos direitos desses povos, tais como: autodeterminação, autoidentificação, direitos coletivos, personalidade jurídica, discriminação racial, direito de participação, consulta e consentimento livre prévio e informado, identidade cultural, entre outros.

Portanto, também no plano interamericano, o protagonismo dos povos indígenas, com o apoio do próprio sistema regional, deverá ser fundamental para o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos desses povos, à semelhança do inédito processo de negociação que culminou com a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas e que parece refletir, na atualidade, o conjunto de reivindicações desses grupos em todo o mundo⁸⁶.

Enfim, estas as considerações que reputamos relevantes trazer a lume, inclusive no tocante à visão atual de algumas entidades e lideranças representativas da luta dos povos indígenas e comunidades tradicionais pela afirmação de seus direitos perante os Estados nacionais, com o apoio do direito internacional dos direitos humanos.

6 Conclusão

Como já anotamos anteriormente, nada obstante os progressos identificados em relação ao reconhecimento dos direitos específicos dos povos indígenas – e a promulgação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é uma prova concreta disso –, existe ainda uma carência de mecanismos que tornem possível efetivamente avaliar a relação entre reconhecimento de direitos

“REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

86 Essa a opinião de KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 16.

e os impactos que as respectivas políticas e programas provocam no seio dessas comunidades. Os esforços para a construção de um sistema global para o desenvolvimento de indicadores sobre o conhecimento tradicional indígena fazem parte dessa preocupação e partem de duas premissas: a) o envolvimento direto dos povos indígenas na formulação dos instrumentos (questionários) e sua aplicação, assim como na análise e disseminação dos resultados; b) a necessidade de implementar leis e programas que garantam o respeito pelo consentimento livre, prévio e informado das comunidades que fornecem as informações e mesmo dos indivíduos que participem de um projeto de pesquisa, garantida a confidencialidade dos dados⁸⁷.

Portanto, diante da importância que é conferida aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado como manifestação da mais legítima aspiração dos povos indígenas e das comunidades tradicionais à autodeterminação desses grupos, urge debruçar-se sobre seus elementos conceituais, buscando também identificar o conjunto de práticas que efetivamente permitam a aplicação e o exercício desses direitos. Para tanto, a criação de alguns *standards* (padrões) e também a formulação de indicadores, como antes referidos, podem ser de grande utilidade para o fortalecimento da interpretação desses direitos, na linha da argumentação anteriormente exposta.

87 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4, *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit.