

O HISTÓRICO DA CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: DA SUA CONSTRUÇÃO À CONSOLIDAÇÃO NO ENTRECHO LATINO-AMERICANO

THE HISTORY OF THE CONVENTION NO. 169 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION: FROM ITS CONSTRUCTION TO THE CONSOLIDATION IN THE LATIN AMERICAN CONTEXT

Priscila Caneparo dos Anjos

Professora (UNICURITIBA) de Direito Internacional Público, Direito Humanos, Direito Constitucional e Ecopolítica Internacional. Coordenadora do Grupo "Sistema ONU" (UNICURITIBA) - melhor classificação entre as equipes brasileiras no 11th Nelson Mandela World Human Rights Moot Court Competition (2019). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Doutora em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015).
E-mail: pricaneparo5@yahoo.com.br

Recebido em: 10/06/2020

Aprovado em: 05/05/2021

RESUMO: A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho representa a solidificação dos direitos humanos dos povos tribais e indígenas em um contexto global. Fruto do histórico de reivindicações e lutas sociais frente à consolidação dos direitos humanos, engloba, em seu bojo, direitos especialmente vinculados às terras das populações tradicionais, bem como o seu regime de exploração. Influenciada pela Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, tratou de cimentar o direito à autodeterminação dos povos e contribuir significativamente para a correta aplicação de tal direito em solos latino-americanos. Assim, passa-se, neste trabalho, à análise conjunturas nesta delimitação especial, das ações, frente às três esferas de poder, que vêm sendo tomadas, chegando-se, em seu ápice, à análise do caso brasileiro frente à consolidação da Convenção em referência.

Palavras-chave: Convenção n. 169 da OIT. Direito à Autodeterminação dos Povos. Povos Tribais e Indígenas.

ABSTRACT: The Convention no. 169 of the International Labor Organization represents the solidification of the human rights of tribal and indigenous peoples in a global context. As a result of the history of social demands and struggles in view of the consolidation of human rights, it encompasses, in its core, rights especially linked to the lands of traditional populations, as well as their exploitation regime. Influenced by the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, it sought to cement the right of peoples to self-determination and to contribute significantly to the correct application of this right in Latin American soils. Thus, this work analyses the situations in this special delimitation of actions, in front of the three spheres of power,

which have been taken, reaching, at its peak, the analysis of the Brazilian case in view of the consolidation of the Convention in reference.

Keywords: Convention no. 169 of ILO. Right to Peoples' Self-Determination. Tribal and Indigenous Peoples.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Perspectivas históricas da proteção internacional dos direitos humanos. 2 A proteção internacional adicional aos povos tribais e indígenas. 2.1 A declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas. 2.2 A convenção n. 169 da organização internacional do trabalho (OIT). 2.3 A aplicação da convenção n. 169 da OIT nos estados da América Latina. 3 A postura brasileira frente à convenção n. 169 da OIT. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, históricos que são por sua própria natureza, abarcam uma gama de complexidade que não se pode decifrar a partir de um estudo superficial.

Frutos de narrativas de lutas memoráveis ao longo das ações sociais, são eles que consolidam a vertente prática da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, a partir de tal compreensão, cada momento histórico ilumina, de maneira mais incisiva, determinadas pretensões da sociedade. Assim, em contexto recente, chega-se à terceira geração dos direitos humanos, englobando, nesta perspectiva geracional, os direitos de autodeterminação dos povos.

A autodeterminação dos povos, como não poderia deixar de ser, comporta uma outra imensidão de temas, sendo um deles a garantia de proteção dos povos indígenas. Mas esta proteção, quando o Estado não cumpre seu papel primário na promoção, proteção e garantia dos direitos humanos, desenrola-se em um processo de institucionalização da temática no cenário internacional, conglobando, nesta perspectiva, os pactos e convenções, produto lógico dos esforços das organizações internacionais.

Neste cenário, surgem, então, os esforços da Organização Internacional do Trabalho para estabilizar alguns dos direitos dos povos indígenas – mais especificamente, o seu direito às terras tradicionalmente ocupadas e todos aqueles deste decorrentes -, produzindo, como resultado, a sua Convenção n. 169.

Claramente, brota o entendimento de que o documento internacional em referência vem a contribuir, em uma simbiose dialógica de influência recíproca, na construção de documentos e decisões de outras organizações internacionais acerca dos direitos indígenas, tais como Organização das Nações Unidas e Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Todavia, para que a previsão internacional dos direitos dos povos indígenas sobrepuja-se da teoria para a prática, é indispensável que os Estados venham a partilhar de esforços, frente aos órgãos governamentais, para garantir com que tais direitos sejam plenamente exercíveis. Assim, o Estado poderia, de fato, estar novamente alinhado para com a sua responsabilidade primária na temática dos direitos humanos.

No caso brasileiro, é passível de se compreender que muitos dos esforços legislativos restaram em vão frente aos direitos indígenas e que a prática, historicamente, fora consolidada em uma política indigenista, resultado das escolhas do poder político. Não obstante, a esperança repousou no Poder Judiciário brasileiro que, em alguns casos, tratou de cimentar o estatuto constitucional do indígena e também o enraizamento das bases nacionais para que a Convenção n. 169 da OIT tenha eficácia prática frente às populações indígenas.

Assim, a partir do aporte da construção histórica do cenário institucional dos direitos humanos dos povos indígenas, da análise do direito comparado, dos principais documentos internacionais sobre a temática e das condenações do sistema interamericano que examinaram os

direitos em referência, objetiva-se, neste artigo, pavimentar o caminho para se compreender a atual postura do judiciário brasileiro sobre o conteúdo em questão.

Para tanto, utilizar-se-á de recursos bibliográficos, nacionais e estrangeiros, documentos de organizações internacionais, decisões de cortes estrangeiras latino-americanas e de cortes internacionais. Por fim, alude-se ao fato de que a pesquisa empregará o método histórico, uma vez que, como objetivo central, visa a análise da consolidação do tema em território latino-americano e, também, o método dedutivo, objetivando compreender a postura do Poder Judiciário brasileiro, se encontra-se ou não de acordo com os principais almejos da proteção internacional dos direitos dos povos indígenas e, mais, confirma a aplicação prática da Convenção n. 169 da OIT em solos nacionais. Passa-se ao estudo.

1 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, para a correta e completa compreensão acerca da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa, em termos, sobre os povos tribais, há de se destacar o seu histórico de proteção frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Neste sentido, há de se destacar, ainda que brevemente, a existência, pela perspectiva histórica dos direitos humanos, de gerações e/ou dimensões, atrelados ao entrecho de lutas históricas e ações sociais que demandaram a sua consolidação frente a um regime internacional de proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos de primeira geração¹, reconhecidamente como sendo aqueles atrelados à axiologia dos direitos civis e políticos, eclodiram a partir das revoluções liberais norte-americana e francesa, consolidando, nestes momentos, a democracia, como regime indispensável para a efetivação dos direitos humanos.

Percebe-se que as Declarações preocupavam-se com liberdades públicas, requerendo postura abstencionista do Estado: o indivíduo desfrutava dos direitos sem contar necessariamente com uma ação estatal. Estes direitos são conhecidos e classificados como direitos de primeira geração.²

Ocorre que, com o incremento da economia de mercado, irrompeu-se um novo quadro, denominado de capitalismo, vindo a postura negativa do Estado não mais corresponder às necessidades populares. Demanda-se, a partir de então, uma postura positiva frente à situação que se desenhava.

Em um primeiro momento, pensou-se que o capitalismo aperfeiçoaria a proteção dos direitos humanos³. Entretanto, o ser humano se tornou uma mercadoria quase que descartável aos prumos do capitalismo, reclamando pelo mínimo de condições materiais. Despontam, nesta circunstância, movimentos socialistas, contrapondo-se ao modo de produção e ao liberalismo capitalista. Como fruto das críticas socialistas e como resposta às reivindicações populares, desenvolveram e fortificaram-se, nos Estados ocidentais, os direitos chamados de segunda geração - direitos sociais, econômicos e culturais.

Posteriormente, com a ocorrência de duas grandes guerras, consecutindo no maior flagelo, destruição e atrocidades humanas já registradas na história, os direitos humanos adquiriram novos contornos e amplitudes.

Neste entendimento, salienta-se que os direitos humanos de terceira geração acabam por abarcar uma titularidade comunitária, cuja qual se transmutara em direitos dos povos tribais, em

² Ampara-se este estudo no termo "gerações" para designar as diversas etapas de consolidação dos direitos humanos. Para tanto, concorda e segue o entendimento de Vladimir Oliveira da Silveira.

³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

uma terminologia própria atrelada à autodeterminação dos povos. Ainda que não exaustivamente, a autodeterminação dos povos está indubitavelmente atrelada à sistemática da proteção internacional dos direitos humanos, reputada a sua existência frente ao rol de direitos humanos designados como de terceira geração.

Posto que a sociedade continuou a se alterar, os direitos humanos, igualmente, acompanharam esta transmutação. Cada vez mais, povos e Estados, a partir de uma relação de interdependência, vincularam-se uns aos outros, mas a situação não consecutira, imperiosamente, em um maior respeito e efetividade aos direitos humanos.

Assim, indispensavelmente se comprovou a necessidade de aprimoramento de documentos específicos que versassem sobre a proteção dos povos tribais e indígenas frente ao regime internacional de proteção dos direitos humanos – ponto este que se segue à análise.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL ADICIONAL AOS POVOS TRIBAIS E INDÍGENAS

Inicialmente, faz-se importante destacar o que vem a ser os povos tribais e indígenas para a doutrina mais qualificada sobre o assunto e, após, passar-se-á ao estudo acurado dos principais documentos e mecanismos de implementação de tais direitos frente ao sistema internacional.

Destarte, expõe-se que os povos, para serem considerados como indígenas e/ou tribais, devem estar presentes em um determinado território antes de sua conquista ou colonização, tendo perdurado, em termos de habitação, desde aquela época. Evidentemente, alguns traços peculiares, para considerar parcela da população como indígena e/ou tribal, serão observadas a partir de uma perspectiva de ordenamento jurídico nacional, mas indubitável permanece o fato de que tais povos merecem proteção destacada.

Ademais, muitos dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos englobam os direitos de tais populações frente aos direitos das minorias. Estar-se-á protegendo suficientemente tais parcelas societárias, assim sendo? Ser-lhe-á a proteção específica, pensando sempre no princípio *pro homine*⁴?

Com base em tais questionamentos, combinados à previsão genérica do conceito de povos tribais e/ou indígenas, infere-se à seguinte passagem:

Indigenous peoples are the original inhabitants of a territory before this was conquered or colonised and who continue to live there. From the point of view of human rights, it is important to ponder on the following issues: (1) the criteria for indigenous identity and whether any particular protection is warranted in countries primarily inhabited by indigenous peoples; (2) whether the term “peoples” implies a right of self-determination; (3) whether there is a need for special human rights rules in addition to those that apply to all persons under general international law; and (4) whether indigenous rights are collective rights.⁵

Numa análise mais acurada em relação a todos os pontos acima mencionados, passa-se à investigação dos documentos internacionais de suma relevância para a compreensão da salvaguarda dos povos indígenas em contexto brasileiro – a ser pontuado em momento posterior neste estudo.

⁴ Para melhor compreensão, destaca-se: *O princípio pro homine é um elemento central do direito internacional dos direitos humanos. Não é um conceito abstrato e filosófico, mas sim um princípio criado pelos próprios Estados, estabelecido por instrumentos de direitos humanos e fortalecido pelas cortes internacionais. Esse princípio estabelece uma regra imperativa a todos os atores do direito internacional.* RIBEIRO, Dilton; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Princípio Pro Homine Como Um Aspecto Fundamental Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos.** *Meridiano 47 - Journal of Global Studies* 17. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/5228>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

⁵ BANTEKAS, Ilias; OETTE, Lutz. **Internacional human rights law and practice.** Second edition. Cambridge: United Kingdom, 2016. p. 474.

Um primeiro e imprescindível documento que trabalha com a perspectiva da denominação concreta dos povos indígenas vem a ser a Convenção 169, OIT. Em seu artigo 1º, conclui-se que os povos tribais ou indígenas serão aqueles atrelados a condições sociais, culturais e econômicas específicas, bem com os descendentes de populações que já habitavam a terra antes da conquista ou colonização, possuindo, dentro da comunidade, consciência própria de sua identidade e direitos advindos de um regime de direito internacional.

Ocorre que muitos autores⁶ consideram a definição em referência passível de críticas, visto não trabalhar de maneira definitiva para com a caracterização, em um contexto global, sobre a delimitação e determinação das populações indígenas e tribais. Assim, outros dois documentos são levantados pela doutrina: primeiro, a declaração do Relator Especial para Povos Indígenas das Nações Unidas (ONU), José Martínez Cobo⁷; e o segundo, em relação à Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁸.

Em relação à declaração da Relatoria Especial da ONU, as comunidades indígenas possuem uma noção de perpetração de sua história, considerando-se diferentes de seus conquistadores e/ou colonizadores. Ademais, constituem-se, ainda hoje, em parcelas não dominadas dentro daquelas sociedades, bem como pretensas ao gozo de sua preservação, desenvolvimento de suas tradições, nos mais variados âmbitos, e transmissão às futuras gerações.

Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identities, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.⁹

Em relação à proteção dos direitos humanos na África, frisa-se sua construção a partir de marcas advindas de circunstâncias históricas, influências das tradições locais e valores das civilizações que ali vieram a prosperar, com inúmeras diversidades culturais e marcas características do sofrimento do processo de descolonização e da luta pela autodeterminação de seus povos.

Deveras, no sistema africano prepondera o direito dos povos, tendo em vista que a própria civilização africana se desenvolvera de maneira tribal. Com a proclamação da Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (*Carta de Banjul*), em 26 de junho de 1981, é que o sistema africano realmente se consolidou. Resposta aos abusos cometidos ao povo africano na década de 1970, o referido tratado fora o primeiro documento internacional que previu o direitos dos povos à preservação do equilíbrio ecológico (art. 24), bem como a providência de estabelecer direitos não apenas de indivíduos, mas da comunidade, correlacionando-se à ideia de povos como comunidades tradicionais, dispostas ao gozo da autodeterminação (art. 20).

No que tange à institucionalização do sistema africano, denota-se importante o conhecimento de seus dois órgãos frente a um processo de consolidação dos direitos dos povos tribais e indígenas hodiernamente, quais sejam: a Comissão e a Corte Africana de Direitos

⁶ Neste sentido, destaca-se a posição de Ilias Bantekas, Lutz Oette e Hurst Hannum.

⁷ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1986), para. 379. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2020.

⁸ CARTA DE BANJUL. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/acesso-a-informacao/internacional/carta-africana>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

⁹ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1986), para. 379. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2020.

Humanos e Direitos dos Povos. Esta última tem se destacado de maneira precisa em relação à autodeterminação dos povos e a consolidação dos direitos das populações tradicionais, especialmente no que tange a direitos já consagrados em documentos internacionais, tais quais o direito à propriedade. No caso da população *Ogiek*, sublinha-se o seguinte entendimento:

The African Court on Human and People's Rights was similarly expansive in a case involving indigenous rights, which had been forwarded to it by the commission on behalf of the Ogiek people, who had been denied recognition of their right to their traditional communal homeland. (...)

The court found violations of the prohibition against discrimination and the Ogieks' rights to land, religion, culture, control over natural resources, and development.¹⁰

Incontestavelmente, estes dois documentos foram cruciais para o desenvolvimento do conceito, bem como a estruturação do pensamento internacional frente ao regime do direito dos povos. Não obstante, outros documentos, a partir de então, vieram a surgir, contribuindo, em suma, à posição do Supremo Tribunal Federal frente ao regime internacional de terras indígenas. Neste momento, passa-se à exploração.

2.1 A declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹¹ fora adotada a partir da Resolução 61/178, de 20 de dezembro de 2006, do Conselho de Direitos Humanos, vindo a ser proclamada, oficialmente, em 13 de setembro de 2007, fora um marco inegável à consolidação dos direitos de tais populações comunitárias em plano internacional.

Ainda que sua natureza jurídica seja de *soft law*¹², em seu Artigo 1, estabelece que os indígenas partilharão da fruição dos direitos individuais e coletivos, previstos, especificamente, na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Outrossim, assenta, primorosamente, em seu Artigo 3, a relação umbilical entre o direito dos povos indígenas para com a autodeterminação dos povos. Em suma: vislumbra-se que, para consolidar quaisquer de seus outros direitos, deve-se ter em mente que a perspectiva do regime jurídico de proteção dos indígenas deve encontrar-se nas bases da autodeterminação dos povos.

Em relação, inclusive, à autodeterminação dos povos, depreende-se que por intermédio de seu exercício, as populações indígenas terão autonomia governamental, cumprindo-se, então, os termos de seu Artigo 5, cujo qual estabelece o amplo direito das populações indígenas em *conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais*. Constata-se, assim, a amplitude de direitos que vêm assegurados, a partir das bases de autodeterminação, a tais populações tradicionais.

O exercício da autodeterminação dos povos indígenas se dá por meio do que a DDPI define como autonomia ou autogoverno, isto é, a capacidade de deliberar e decidir livremente sobre seus assuntos internos e locais, sem a submissão ao jugo

¹⁰ HANNUN, Hurst. **Rescuing Human Rights: a radically moderate approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. pp. 112 e 113.

¹¹ **DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS**. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2020.

¹² No entendimento da European Center for Constitutional and Human Rights, diz-se que *the term soft law is used to denote agreements, principles and declarations that are not legally binding. Soft law instruments are predominantly found in the international sphere. UN General Assembly resolutions are an example of soft law*.

de outros grupos (sejam outros povos, classes sociais ou quaisquer segmentos de uma população). O conceito define que os povos indígenas não podem ser submetidos a decisões e ações que firam suas condições de existência coletiva, livre e digna, assim como quaisquer outros povos ou indivíduos. A garantia de tal liberdade é acompanhada do direito de “conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas sociais e culturais” (DDPI, Artigo 5), o que não exclui em hipótese alguma o direito de participar plenamente de um Estado nação (DDPI, Artigos 5 e 6).¹³

Em relação ainda aos termos da Declaração, encaixa-se o destaque ao seu Artigo 26, que determina a garantia do direito às suas terras. Assinala que tal direito também abarca a obrigação estatal, frente a um regime efetivo de proteção de tal direito, bem como o respeito ao regime de posse de terras indígenas.

Combina-se a este entendimento, as previsões doutrinárias, cujas quais estabelecem que o direito ao território das populações indígenas recai, especificamente, ao direito às terras, territórios e recursos das parcelas territoriais ocupadas tradicionalmente por tais comunidades. Neste ponto, inclusive, repousa o entendimento que qualquer ação em suas terras deverá reclamar uma autorização prévia dos povos indígenas, e com uma respectiva compensação.¹⁴

Por fim, enfatiza-se que a Organização das Nações Unidas, frente ao trabalho de seu Conselho de Direitos Humanos, tratou de institucionalizar a temática mediante a criação de um Mecanismo, compostos por *experts*, objetivando estudar e propor ações práticas nas cinco regiões geopolíticas mundanas, em relação às populações tradicionais indígenas. O Mecanismo fora criado já em 2007, concomitantemente à proclamação da Declaração dos Povos Indígenas, tendo aporte técnico e financeiro do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, e contando com cinco *experts* no tema. Em consonância com o entendimento do documento *Avis thématiques du Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones*¹⁵, frisa-se:

Sous l’effet de la résolution 6/36, le Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones, a été établi en 2007 par le Conseil des droits de l’homme en tant que mécanisme d’experts subsidiaire au Conseil. Il se compose de cinq experts en matière de droits des peuples autochtones, généralement issus de chacune des cinq régions géopolitiques du globe – l’origine autochtone étant un critère importante dans leur nomination. Au titre de son mandat, le Mécanisme d’experts a vocation à fournir au Conseil en matière de droits des peuples autochtones, essentiellement sous forme d’études et de recherches, de la manière et dans la forme voulues par le Conseil. Il peut également présenter des propositions du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme assure le secrétariat du Mécanisme d’experts et fournit en outre un appui technique et financier.

Basicamente, dos anos de 2009 a 2013, o Mecanismo de *experts* tratou de assuntos variados, tais como: i. o direito à educação como uma realidade aos povos indígenas (A/HRC/12/33); ii. o direito de participação dos povos indígenas nas tomadas de decisões (A/HRC/18/42); iii. a função da língua e da cultura na promoção da proteção dos direitos e da

¹³ GUERREIRO, Antonio. **Os direitos humanos e os direitos dos povos indígenas: por um posicionamento público das universidades**. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-os-direitos-dos-povos-indigenas-por-um>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 671.

¹⁵ NATIONS UNIES – HAUT-COMISSARIAT. **Avis thématiques du Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones – Compilation (2009 – 2013)**. Genève: Nations Unies, 2019.

identidade das populações indígenas (A/HRC/21/53); iv. o direito de participação dos povos indígenas nas tomadas de decisões em relação às indústrias extrativistas (A/HRC/21/55); v. o direito do acesso à justiça para a promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas (A/HRC/24/50).

Indiscutivelmente, o Mecanismo vem a trabalhar com uma perspectiva prática de implementação da Declaração. Ainda que sem força vinculante, a Declaração vem a ser um instrumento indispensável em um processo de consolidação dos direitos dos povos tradicionais indígenas, servindo, em ambiente internacional, como um aporte teórico para atuais e futuras discussões no palco das negociações de tratados em tal temática, bem como para a consolidação de instituições voltada à sua plena efetivação. Não obstante, em cenário local, frente às políticas públicas nacionais, a Declaração vem a servir como uma grande norteadora axiológica ao processo de edificação dos direitos humanos – e de direitos fundamentais – dos povos indígenas.

2.2 A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Conferência Internacional do Trabalho, realizada pela Organização Internacional do Trabalho, na data de 27 de junho de 1989, adotou a Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais¹⁶. Objetivando respeitar os aclames indígenas, a grande justificativa, nos termos do preâmbulo da Convenção para a sua adoção, fora, de fato, os *desdobramentos ocorridos na situação de povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo (...), com vistas a corrigir a orientação assimilacionista das normas anteriores*, bem como prevenindo o reconhecimento das *aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem (...)*.

Como fruto da revogação/revisão da Convenção n. 107 da OIT sobre Populações Indígenas e Tribais, de 1957, a Convenção n. 169 da OIT abarca, em seu bojo, 44 artigos, destacados a partir das seguintes partes: i. política geral; ii. terras; iii. contratação e condições de emprego; iv. indústrias rurais; v. seguridade social e saúde; vi. educação e meios de comunicação; vii. contatos e cooperação através das fronteiras; viii. administração; ix. disposições gerais; x. disposições finais.

Dois pontos da Convenção são indispensáveis para a correta compreensão de sua aplicação nos tribunais nacionais, especialmente aqueles latino-americanos, quais sejam: a caracterização dos povos indígenas e a relação de tais povos para com as suas terras.

Em relação à determinação de determinada parcela populacional como povos indígenas, a Convenção elege dois grandes argumentos: o primeiro deles abarca suas próprias condições (sociais, culturais, econômicas) e sua regência por suas peculiares tradições, que repousariam na ideia de uma legislação especial frente ao Estado de Direito. Em segundo lugar, a Convenção elege o *vínculo histórico e cultural* do povo em alusão, para assim o caracterizar como povo indígena, visto a sua descendência, bem como a perpetuação de suas particulares instituições.

Aprofundando o estudo na questão dos povos indígenas e suas terras, pode-se dizer que, há, incontestavelmente, a proteção do direito de propriedade de suas terras em seu aspecto amplo: tanto em relação à propriedade como título, bem como em relação à posse de tais terrenos (art. 14, Convenção 169, OIT). Não se pode perder de vista que os conceitos tradicionais de propriedade e posse devem ser atualizados para corresponder corretamente às demandas de tais parcelas da população: existe, aqui, uma dimensão coletiva de tal direito.

¹⁶ **CONVENÇÃO N. 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Constata-se, nesta altura, que o direito à propriedade das populações indígenas denota-se, no mesmo monte, a obrigação do Estado em garanti-lo. Especificamente em relação à Convenção n. 169, OIT, o encargo do Estado repousa em: i. realizar consultas prévias, livres e informadas, com a finalidade de obter o consentimento dos povos antes de iniciar qualquer tipo de projeto nas terras (art. 6); ii. proteger especialmente os recursos naturais existentes nas terras e territórios dos povos indígenas, cujos quais têm o direito de participar do uso, administração e conservação de tais recursos, assim como determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras, territórios e recursos (art. 15); e iii. levar em conta que os recursos do subsolo existentes nas terras dos povos indígenas são propriedade do Estado, porém, os povos têm direito a serem consultados antes daquele autorizar ou empreender a prospecção ou exploração destes recursos, bem como direito de participar da repartição dos benefícios advindos de tal atividade (art. 15).¹⁷

Aprofundando, ainda, o estudo neste assunto, diz-se que o art. 14 da Convenção em alusão também impõe a obrigação aos Estados de respeitarem a *relação com as terras para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas*, assegurando, de tal forma, *os direitos de propriedade e de posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam*.

Incontestável se demonstra, então, que a Convenção n. 169 da OIT, possuindo força jurídica vinculante para aqueles Estados que a ratificaram ou aderiram-na, deva requerer, igualmente, esforços para que suas previsões tenham efetividade nas órbitas jurídicas nacionais, com a estruturação de políticas públicas e de harmonização das previsões legislativas às normas da Convenção. Ou seja, não basta, apenas, que o Direito Internacional vislumbre a necessidade de garantia dos direitos dos povos indígenas: é requisito de ordem que os Estados desenvolvam um robusto aparato em seus ordenamentos jurídicos nacionais, possibilitando a pavimentação do caminho que tende a levar à concretização dos termos da Convenção.

2.3 A Aplicação da Convenção n. 169 da OIT nos Estados da América Latina

De antemão, evidencia-se o papel atribuído à Organização Internacional do Trabalho (*International Labour Organization*): criada em 1919, destacou-se por consolidar padrões internacionais para o trabalho – condições, equiparação de gênero e salário, entre outros. Fora crucial para o processo de internacionalização dos direitos humanos por contar com convenções de observância obrigatória aos Estados que da Organização participavam¹⁸, sendo a Convenção n. 169 um de tais instrumentos aptos a consolidar os direitos humanos de terceira geração, especialmente o direito à autodeterminação dos povos indígenas que, a partir da perspectiva nacional, passa-se à investigação.

O primeiro caso a ser analisado é o do Equador. Em relação a este Estado, evoca-se que a ratificação da Convenção n. 169 da OIT ocorrera em 15 de maio de 1998¹⁹, encontrando-se plenamente vigente no ordenamento jurídico equatoriano. Ocorre que, neste cenário, e entendendo que aquele Estado, desde sempre, partilhou de uma visão extremamente centrada nas populações

¹⁷ GALVIS, María Clara; RAMÍREZ, Angela. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Washington D. C.: Due Process of Law Foundation, 2017.

¹⁸ No ensinamento de Antonio Casse: *Imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada e um de seus objetivos fora o de regulamentar as condições dos trabalhadores em âmbito mundial. Os Estados foram encorajados a não apenas elaborar e aceitar as Convenções Internacionais (relativas à igualdade de remuneração no emprego para mulheres e menores, à jornada de trabalho noturno, à liberdade de associação, dentre outras), mas também a cumprir novas obrigações internacionais*. CASSE, Antonio. **Human Rights in a Changing World**. Philadelphia: Temple University Press, 1990. p. 172.

¹⁹ **Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314. Acesso em: 15 de maio de 2020.

tradicionais e na proteção ao meio ambiente, é inegável que a Convenção n. 169, OIT, vieram a influenciar na elaboração de sua nova Constituição, aprovada em julho de 2008 – especialmente em relação à necessidade ou não de consentimento prévio informado das comunidades indígenas sobre empreendimentos em seus territórios.²⁰

Contando com tal caracterização, a Constituição do Equador inova quando traz, em seu bojo, o conceito de *Pacha Mama*²¹, a partir do entendimento da postura do homem frente à natureza e vice-versa. Neste sentido, incontestável se demonstra o enaltecimento das culturas tradicionais, como as indígenas, no bojo da proteção dos direitos elencados no rol da Constituição. Em outras palavras, as organizações indígenas, sua cultura e seu modo de organização societária foram abarcadas ao universo jurídico constitucional e enaltecidas em uma regulamentação própria do novo Estado de Direito equatoriano. Na dicção de Eduardo Gudynas²²:

O conceito de Pacha Mama abriu as portas para uma entrada substantiva da visão indígena sobre o meio ambiente na Constituição do Equador. Essa possibilidade se deveu, em parte, à pressão política dos movimentos indígenas do país, à sua boa organização na época e à constância de seu discurso. Recordemos que as organizações indígenas equatorianas mantiveram durante uma primeira etapa do governo um apoio crítico ao presidente Rafael Correa e participaram da Assembleia Constituinte – embora depois tenham se distanciado, assim como outros movimentos sociais. Essa situação também permitiu incorporar as ideias do Bem Viver à Carta. Tais opções plurais ofereceram oportunidades de promover uma ruptura com o programa da modernidade e do antropocentrismo – que está na base da atual crise ambiental.

Toda esta conjuntura fática, que contribuiu para a promulgação de uma nova Constituição equatoriana em um regime de consolidação dos direitos dos povos indígenas, também teve o aporte jurisdicional do Tribunal Constitucional do Equador: no caso *Arcos v. Dirección Regional de Minería*, com sentença prolatada em 13 de agosto de 2002²³, o Tribunal entendeu que a uma determinada concessão de mineração, pelas autoridades governamentais, infringiu a previsão da Convenção n. 169 da OIT, no dever de consulta prévia às comunidades tradicionais afetadas pela exploração da atividade mineradora. Em entendimento correlato à decisão, cita-se:

Um último exemplo provém do Tribunal Constitucional do Equador. Também esse tribunal teve que considerar, no caso **Arcos v. Dirección Regional de Minería**, um recurso de amparo – iniciado pelo Defensor do Povo, representando os direitos de comunidades indígenas chachis e de comunidades afrodescendentes da província de Esmeraldas – dirigida contra uma concessão de mineração, por parte das autoridades governamentais, à uma empresa privada para "prospectar, explorar, aproveitar, beneficiar, fundir, refinar e comercializar minerais" existentes em um terreno situado no território das comunidades. Entre outros agravos, a demanda se funda no descumprimento da obrigação de consulta prévia

²⁰ GUDYNAS, Eduardo. **Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais**. São Paulo: Elefante, 2019.

²¹ No entendimento de Eduardo Gudynas: *É um conceito originado nos Andes centrais, particularmente dos povos aimará, quéchua e kichwa. Expressa um modo de entender e sentir o meio ambiente e o papel do ser humano no meio ambiente*. GUDYNAS, Eduardo. **Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais**. São Paulo: Elefante, 2019. p. 141.

²² GUDYNAS, Eduardo. **Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais**. São Paulo: Elefante, 2019. pp. 96 e 97.

²³ **EQUADOR**, Tribunal Constitucional, nº. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentença de 13 de agosto de 2002.

às comunidades afetadas, invocando-se nesse sentido o artigo 15 da Convenção 169 da OIT.²⁴

Outro país que merece o devido destaque vem a ser a Colômbia. Tendo sido um dos primeiros Estados em um entrecho de América Latina a aderir à Convenção n. 169, OIT, em 7 de agosto de 1991²⁵, a Colômbia ainda é objeto de diversas críticas, em solos internos e internacionais, ao regime de consolidação e efetivação da Convenção, com especial destaque à previsão e concretização dos instrumentos de consulta aos povos indígenas.

Sem embargos, a Constituição colombiana de 1991²⁶, em seu art. 7º, estabelece que o Estado reconhecerá e protegerá a diversidade étnica e cultural da Nação colombiana. Ademais, prevê a consideração dos grupos étnicos como sujeitos de direitos, com direito à sua própria língua (art. 10), à identidade cultural (art. 68), ao patrimônio cultural (art. 72), à representação política própria (art. 176) e à autonomia territorial dos chamados *territórios indígenas* (arts. 286, 320, 321, 329 e 330).

Ocorre que, dentre os direitos fundamentais aos povos indígenas, a Constituição colombiana não previu o instrumento de consulta, deixando claro, apenas, que quando a temática versar sobre as entidades territoriais indígenas, dever-se-á observar a Lei Orgânica – mais especificamente, a Lei Orgânica do Ordenamento Territorial (Lei 1454/2011) –, que prevê a participação dos representantes das comunidades indígenas. Ainda que o ordenamento jurídico colombiano conte com a pretensa lei, há muita crítica na doutrina que entende que tal instrumento normativo não atende às demandas da Convenção n. 169 da OIT. Destaca-se:

Entre los derechos en sustancia indígenas, la Constitución colombiana no menciona la consulta, sea indígena o étnica, ni tan siquiera cuando se encuentra con pie para hacerlo. Cuando trata de las entidades territoriales indígenas, dispone que la regulación de su encaje con otras entidades que concurren en la composición del ordenamiento territorial habrá de efectuarse con intervención de parte indígena: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas (...)” (art. 329). He aquí un caso neto de consulta para el Convenio que la Constitución ni siquiera identifica por su nombre. Cómo deba sustanciarse sigue siendo una incógnita pues la actual Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454/2011) aplaza el tratamiento de lo concerniente a las entidades indígenas. Con referencia expresa ahora precisamente a consulta, contiene la previsión de una “ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la

²⁴ COURTIS, Christian. **Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 in indigenous peoples.** Sur, Rev. int. direitos humanos., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52-81, June 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 de maio de 2020.

²⁵ **Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989** (No. 169). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314. Acesso em: 15 de maio de 2020.

²⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

participación de los representantes de las comunidades indígenas” (art. 37, par. 2o). Aun sin consulta, la Ley ya les afecta.²⁷

O *leading case* na Corte Constitucional da Colômbia em relação à Convenção n. 169 da OIT fora o caso apresentado pelo Defensor do Povo, representando grupos da comunidade indígena U'wa, contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia Inc., com sentença de 3 de fevereiro de 1997²⁸.

Neste caso fora levantada a falta de consulta prévia efetiva e adequada à população indígena, quando, então, o governo concedeu a licença da exploração de hidrocarbonetos dentro do território indígena. Na decisão, a Corte colombiana destacou o fato de que a Convenção n. 169 da OIT integraria o chamado *bloco de constitucionalidade* e, assim sendo, deveria a Constituição boliviana, já que anterior à Convenção, ser interpretada a partir das premissas axiológicas e normativas que nesta última se observam. Por fim, adequou seu entendimento às previsões da Convenção, estabelecendo que o Estado colombiano deveria reverter o caso de violação aos direitos dos povos indígenas por não ter realizado, de forma coerente, correta e convencional, a consulta prévia a tal população.

Na sentença **SEU-039/97**, verdadeiro *leading case* continental sobre a questão, a Corte Constitucional teve que examinar uma ação de tutela (equivalente a *amparo*, na Colômbia) apresentada pelo Defensor do Povo em representação de um grupo de integrantes da comunidade indígena U'wa, contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia Inc., por considerar que os demandados violaram os direitos da comunidade ao não efetuar de maneira completa e séria o processo de consulta prévia à concessão de uma licença da exploração de hidrocarbonetos dentro de seu território. De acordo com a demanda, realizou-se somente uma reunião com alguns líderes da comunidade, o que não satisfaz o trâmite de consulta adequada. (...) Em sua decisão, a Corte Constitucional destaca que não somente os indivíduos membros das comunidades indígenas são sujeitos de direitos, mas que a Constituição reconhece que também o é a comunidade como coletivo. Depois, diz que os interesses de exploração de recursos naturais para garantir um desenvolvimento sustentável e o direito de conservação da identidade cultural, étnica, econômica e social das comunidades assentadas nos territórios a serem explorados devem ser harmonizados. A forma de harmonização e equilíbrio desses interesses é através da criação de um mecanismo de participação das comunidades na tomada de decisões que as afetem, que o tribunal identifica como um dos mecanismos de participação previstos na Constituição Política. A Corte afirma que trata-se de um direito fundamental, já que esse é o mecanismo mediante o qual se assegura a subsistência da comunidade como grupo social, afirmando que a Convenção 169 faz parte do chamado "bloco de constitucionalidade", que requer a interpretação integrada dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Política e nos demais instrumentos normativos que integram esse bloco. Em consequência, a interpretação harmônica da Constituição e da Convenção 169 exige o direito à consulta dos povos indígenas para a exploração dos recursos. A consulta deve buscar o conhecimento pleno da comunidade sobre o projeto e os efeitos que causaria em seu entorno social, cultural, econômico e político, como também a avaliação de suas vantagens e desvantagens. As comunidades afetadas devem ser ouvidas e, se não existir acordo, a atuação da administração não deve ser autoritária ou arbitrária, mas objetiva, razoável e proporcional. Em todo caso,

²⁷ CLAVERO, Bartolomé. **Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos**. IN: Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015. pp. 21 e 22.

²⁸ **COLÔMBIA**, Corte Constitucional. Sentença SEU-039/97, de 3 de fevereiro de 1997 (Magistrado: Antonio Barrera Carbonell).

deven ser arbitrados os mecanismos necessários para mitigar, corrigir ou restaurar os efeitos que as medidas da autoridade causem ou possam gerar em detrimento da comunidade ou de seus membros.²⁹

Interessante, do mesmo modo, é o estabelecimento, pela Corte Constitucional colombiana, de quais seriam os pressupostos básicos para a efetivação da consulta aos povos tradicionais, visto que, por seu entendimento, a Convenção n. 169 da OIT não determinou, de maneira precisa, os *standards* para a correta realização das consultas. Neste sentido, destacou, na sentença 891/2002, que não seria necessário um exame rígido do procedimento, bastando o mero consentimento acordado frente às populações indígenas. É este o entendimento, acerca da decisão em referência, que estabelece Bartolomé Clavero³⁰:

En el repaso que se está realizando, la referencia viene a continuación dándose por hecho que en el tratado internacional no hay directrices para definirse el estándar: “Aún cuando ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución previeron un procedimiento para la realización de la consulta, en esta sentencia [891/2002] la Corte empieza a establecer los presupuestos básicos de la consulta previa en relación con la expedición de medidas legislativas, en particular considerando la importancia de garantizar una efectiva participación de los grupos étnicos, que no se limita a una simple labor de información, sino a propiciar espacios de real concertación con estas comunidades en los asuntos que los afectan”. Lo que ya deja marcada una pauta: “Este tipo de análisis se reiteran en otras sentencias relativas a medidas legislativas. (...) En todo caso, se estableció que no era necesario realizar un examen rígido del procedimiento que empleó el Gobierno para llegar a la fórmula de la concertación teniendo en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución lo prevén, y porque para la ejecución de la ley se requería una nueva aprobación por parte de las comunidades indígenas”. Esto último resulta cierto al no estarse requiriendo el acuerdo o consentimiento requerido como objetivos de la consulta por parte del Convenio 169.

Em suma, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia deixa claro que as regras sobre consulta prévia idealizadas pela Convenção n. 169 da OIT foram estabelecidas de maneira geral por intermédio de sua jurisprudência, relatando, igualmente, que é exigível do legislador a obrigação de realizar um procedimento não previsto na Constituição colombiana e nem sequer na Lei Orgânica do Congresso. Também, entendeu, de maneira definitiva, que não seria razoável e proporcional conceder o alcance retroativo à instituição da consulta prévia estabelecida em sua sentença de constitucionalidade 030/2008, que anulou a Lei Geral Florestal (Lei 1021/2006) e que viera, por ocasião, sistematizar os critérios que deverão ser aplicados no âmbito das consultas prévias, bem como definiu seu conteúdo em alcance. Em termos:

Relevante fue a continuación la Sentencia de Constitucionalidad 030/2008 pues, por deficiencia de consulta en los términos referidos, es anulada una importante norma, la Ley General Forestal (Ley 1021/2006). Es la sentencia que “sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa”, así como “avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación

²⁹ COURTIS, Christian. **Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 in indigenous peoples**. Sur, Rev. int. direitos humanos., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52-81, June 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 de maio de 2020.

³⁰ CLAVERO, Bartolomé. **Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos**. IN: Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015. p. 28

de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Constitución Política, art. 330)". Obsérvese que el fundamento último de la consulta sigue residenciándose, de modo no poco forzado como habrá podido apreciarse por la cita de dicho artículo, en la Constitución y no en el Convenio. Pero éste cobra ahora alguna significación: "La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades".³¹

Basicamente, o entendimento que se depreende da dicção do caso colombiano é que, não obstante a Colômbia ter aderido à Convenção n. 169 da OIT já na década de 90, mais especificamente em 1991, o instituto da consulta prévia a possibilitar, convencionalmente, a exploração dos recursos minerais das terras indígenas só viera a ser consagrado, na jurisprudência e na prática colombiana no ano de 2008, quando então a sua Corte Constitucional estabeleceu os *standards* garantidores do direito à consulta prévia às populações indígenas. No entanto, no lapso temporal de 1991 até 2008, todas as explorações que ocorreram sem a devida consulta prévia foram legitimadas, gerando, inegavelmente, uma grave e sistemática violação aos direitos dos povos indígenas no universo colombiano e, igualmente, à segurança jurídica das Convenções que trabalham com a consolidação dos direitos humanos naquele cenário.

Ainda neste ponto, elucidam alguns autores, tal como Bartolomé Clavero³², a postura supremacista e o exercício de um ativismo judiciário inadmissível por intermédio da Corte Constitucional Colombiana, quando ela, diante da presença de direitos convencionalmente previstos à população indígena, interpreta em dissonância ao princípio *pro homine* e, igualmente, estabelece as bases de sua proteção a partir da perspectiva colonizadora das populações tradicionais.

Adentrando à situação dos povos indígenas no sistema interamericano, far-se-á um recorte a partir da perspectiva dos principais casos que resultaram na condenação dos Estados na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Destaca-se que a compreensão da Corte é que os casos de violações dos direitos dos povos indígenas, inegavelmente, vêm a comportar nítidas, sérias e objetivas violações do seu direito à propriedade, previsto no art. 21 da Convenção Interamericana. É este, igualmente, o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, para este último órgão, é só a partir da

³¹ CLAVERO, Bartolomé. **Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos**. IN: Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015. pp. 28 e 29.

³² Em suas palavras: La Corte que está requiriendo consulta de otras instituciones del Estado no se entiende a sí misma vinculada a nada semejante a los efectos de la decisión jurisdiccional, bien que en el de la ejecución ha venido a abrir espacio, sobre todo enfrentándose con situaciones que llama de estado de cosas inconstitucional⁴⁹. Lo requerido es la consulta previa, no la ulterior. ¿Y de qué serviría su empleo por Congreso y por Gobierno si el ordenamiento como está determinándose en por vía jurisprudencial que se entiende exenta? La Corte, con la presunción supremacista de que la antropología profesional representa a los pueblos indígenas mejor que ellos mismos, ni siquiera concibe la posibilidad de recurrir a la consulta. Queda otro interrogante. ¿Dice la Corte Constitucional la última palabra respecto a todo lo emprendido sin la debida consulta, inclusive su propia jurisprudencia, antes de 2008? ¿La seguirá diciendo mientras que el Congreso y el Gobierno no asuman con todas sus consecuencias obligaciones derivadas del derecho internacional sobre pueblos indígenas? Ahora comprobaremos que éste no sólo se reduce hoy, ni mucho menos, al Convenio 169. CLAVERO, Bartolomé. **Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos**. IN: Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015. pp. 36 e 37.

devida promoção do direito de propriedade de suas terras que os indígenas poderão, igualmente, desfrutar do exercício de outros direitos, tais como o direito à alimentação adequada, o direito à vida, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre tantos outros. Nesta perspectiva:

The Commission is emphatically stating that indiginous peoples possess full property rights over their ancestral lands irrespective of whether the state has registered or titled such land or whether the group has satisfied any formal property requirements. The fact that they constitute property rights distinguishes them from mere access rights or privileges that can be withdrawn or sold to third parties at any time by the government. This is a development that is certainly far more progressive than the legislation applicable in many industrialised nations. The property rights of indigenous peoples involve a particupar positive obligation on states. Hence, if na indiginous group enjoys the land for its hunting and fishing needs the state must preserve and sustain the relevant ecosystem. Equally, if a group believes in its spiritual attachment to a lake this must not be exploited in such a way as to deplete or pollute its waters. (...)³³

A partir de tais considerações, adentra-se, agora, aos principais casos envolvendo os povos indígenas no sistema interamericano, visando, em uma perspectiva prática, possibilitar um campo frutífero ao desenvolvimento de bases que comportem a aplicação prática da Convenção n. 169 da OIT.

Concentrando-se nos casos equatorianos, no Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, a Corte apontou a responsabilidade do Estado pela violação aos direitos à consulta, à propriedade coletiva indígena, à identidade cultural, à vida, à integridade pessoal, à garantia judicial e proteção judicial. Condenou o Equador em reparações pecuniárias, na adoção de medidas legislativas, administrativas e de outra índole que garantam o direito à consulta prévia aos povos indígenas e na implementação de programas e cursos obrigatórios que contemplem padrões nacionais e internacionais dos direitos humanos dos povos e comunidade indígenas. Nitidamente, neste ponto, a Corte entendeu que o Equador havia violado, ainda que não constem em seus termos, a Convenção n. 169 da OIT frente ao regime de consulta prévia das populações indígenas

No caso subsequente, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, com sentença de 31 de agosto de 2001, a Nicarágua violou os direitos de proteção judicial e de propriedade sobre as terras tradicionais dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni³⁴. Como forma de reparação, ordenou-se que a adoção, em seu direito interno, em conformidade com a Convenção Americana, de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que fossem necessárias à criação de um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas; delimitação, demarcação e garantia de titularidade das terras da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni; e reintegração de custas e gastos.³⁵

³³ BANTEKAS, Ilias; OETTE, Lutz. **Internacional human rights law and practice**. Second edition. Cambridge: United Kingdom, 2016. p. 483.

³⁴ Esclarece-se a situação: a comunidade Awas Tigni é uma comunidade indígena situada na costa atlântica da Nicarágua. Nos anos 90, o governo nicaraguense concedeu à companhia sul-coreana SOLCARSA direitos de exploração madeireira sobre os territórios da comunidade, apesar do reconhecimento, por parte de sua Constituição e de outras leis posteriores, do direito dos povos indígenas em desfrutar de suas terras tradicionais. A comunidade socorreu-se, sem êxito, às instâncias judiciais, locais e nacionais, para revogar a dita concessão. Disponível em: www.tiempodelosderechos.es/component/content/article/9-proyectos/0132-el-caso-de-la-counidad-indigena-awas-tigni-contra-nicaragua-derechos-humanos-entre-lo-local-y-lo-global.html. Acesso em: 15 de maio de 2020.

³⁵ **CASO DE LA COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA**. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

Incontestavelmente, a Corte Interamericana, ainda que indiretamente, deu suporte teórico, mediante sua sentença, para que as previsões contidas na Convenção n. 169 da OIT fossem efetivadas no Estado da Nicarágua. Ocorre que, em 23 de maio de 2012, a Assembleia Nacional da Nicarágua realizou a reforma eleitoral, mas nenhum dos pontos previstos na sentença de Yatama – especificamente quanto aos direitos políticos indígenas e de outras etnias – fora abordado, não garantindo o cumprimento integral desta sentença.

No Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros³⁶³⁷, o Panamá fora responsabilizado, em 14 de outubro de 2014, por violar o direito à propriedade coletiva, por não delimitar, demarcar e dar titularidade das terras ao povo Kuna e das comunidades Ipetí e Piriati do povo Emberá e, também, por outorgar título de propriedade individual sobreposto à propriedade da comunidade Piriati de Emberá, limitando o gozo efetivo de seu direito de propriedade. A Corte condenara o Panamá nos seguintes termos: i) demarcação das terras que correspondem às Comunidades Ipetí e Piriati Emberá, devendo titularizar as terras de Ipetí como propriedade coletiva da comunidade; ii) deixar sem efeito o título de propriedade privada outorgado à pessoa ali descrita, localizada dentro do território da Comunidade Emberá de Piriati; e iii) pagamento das quantias fixadas na sentença, por danos materiais, não materiais e reintegração de custas e gastos.

O governo do Panamá reconheceu esta sentença internacional apenas em 11 de agosto de 2015, quando então, por intermédio de um Decreto Executivo, designou-se o Ministério da Economia e Finanças como a entidade encarregada, em nome da República do Panamá, de executar o trâmite para o pagamento das obrigações pecuniárias impostas pela Corte³⁸. Entretanto, o país ainda não apresentou um plano de ação para o cumprimento das outras medidas, comprovando, igualmente, o descaso para a correta aplicação prática, também, da Convenção n. 169 da OIT.

Nas ocorrências atreladas aos grupos indígenas – Casos Comunidad Indígena Yakye Axa, Comunidad Indígena Sawhoyamaya e Comunidad Indígena Xákmok Kásek -, a Corte reconheceu o descumprimento dos direitos, pelo Paraguai, à vida, à propriedade e do acesso à justiça. As situações, que contam com grandes semelhanças, acarretaram na obrigação do governo paraguaio em reconhecer as terras destas comunidades, tal como adotar medidas jurídicas que se demonstrem necessárias para a criação de mecanismos eficazes para a demanda por terras indígenas e que garantam seu registro e sua consequente documentação.

Ocorre que os termos sentenciados não foram cumpridos integralmente; em realidade, sequer as condenações de cunho pecuniário foram pagas em sua totalidade. A situação das comunidades indígenas no Paraguai, ainda que com estas três condenações, continua muito precária. Não há medicamentos, postos de saúde e nem qualquer amparo governamental em locais próximos a estas comunidades - há uma falta de alinhamento entre o Poder Executivo e Legislativo para cumprimento efetivo das condenações da Corte, bem como para o controle da efetivação da Convenção n. 169 da OIT.

Quanto ao Caso de la Comunidad Moiwana, o Suriname violara os direitos à integridade pessoal, à circulação e residência, propriedade, garantias e proteção judicial da comunidade. Os

³⁶ **CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DE BAYANO Y SUS MIEMBROS VS. PANAMÁ.** Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

³⁷ Para melhor compreensão, discorre-se brevemente sobre o caso: por consequência da autorização concedida pelo Panamá para a construção de uma represa hidroelétrica na zona do Alto Bayano, em 1972, os territórios dos povos Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano foram inundados. Entre os anos de 1973 e 1975, estes povos foram realocados pelo Estado em terras alternativas, mediante Decreto do Poder Executivo³⁷. Não obstante, desde 1971, o Panamá se comprometera, em diversas oportunidades, em indenizar os povos indígenas afetados por esta obra. Ademais, a do ano de 1990, a presença de terceiros não indígenas nos territórios criou conflitos nestas terras alternativas previstas às comunidades indígenas.

³⁸ **GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Gabinete reconoce obligaciones del Estado con pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emerá de Baya.** Disponível em: <https://www.presidencia.gob.pa/Noticias/Gabinete-reconoce-obligaciones-del-Estado-con-pueblos-indigenas-Kuna-de-Madugandí-y-Embera-de-Baya>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

termos da condenação repousaram na investigação, identificação e julgamento dos responsáveis, na localização dos restos mortais daqueles que foram assassinados, na adoção de medidas indispensáveis para assegurar a todos os membros indígenas o direito de propriedade sobre seus territórios tradicionais, na criação de mecanismos para delimitar, demarcar e titularizar suas terras, no dever de garantir a segurança dos membros da comunidade que decidam regressar à aldeia, na criação de um fundo de desenvolvimento comunitário, na construção de um monumento em lugar público apropriado e no pagamento das quantias fixadas em sentença.³⁹

Lastimavelmente, o Suriname cumpriu apenas com a construção do memorial, tendo a Corte lhe imposto, em relatório sobre a supervisão do cumprimento da sentença, a necessidade de implementação interna dos outros termos de sua condenação, haja vista a falta de explicação razoável para a demora nos provimentos pelo Estado.

No Caso Pueblo Saramaka, ainda envolvendo o Estado do Suriname, a Corte previu a violação dos seguintes direitos: propriedade, reconhecimento da personalidade jurídica e proteção judicial. Para repará-los, ordenou a necessidade de delimitação, demarcação e outorga de título coletivo do território aos seus membros; o reconhecimento legal de sua capacidade jurídica coletiva, com o propósito de garantir-lhes o exercício e gozo do seu direito de propriedade coletiva; a eliminação ou modificação das disposições legais que lhes impedem a proteção de seu direito de propriedade; a adoção de medidas legislativas, administrativas ou de outra índole para que o povo venha a ser efetivamente consultado nas ações que afetem seu território; a realização de estudos de impacto ambiental e social por entidades tecnicamente capacitadas e independentes; a tradução da sentença ao holandês; e, finalmente, o pagamento das quantias sentenciadas, como forma de financiamento, indenizações e reintegração por custas e gastos⁴⁰. Mediante relatório de supervisão de cumprimento de sentença, a Corte previu que o Estado só cumprira com a tradução da sentença ao holandês e com o pagamento dos montantes determinados, não tendo realizado, efetivamente, as outras medidas em solos nacionais.

A Relatoria Especial da ONU para os Direitos dos Povos Indígenas visitou o Suriname em 2011 justamente para lhe prover assistência técnica no desenvolvimento de medidas legislativas e administrativas necessárias para assegurar os direitos de suas comunidades indígenas. Infelizmente, o Suriname não implementou, até o momento, quaisquer das recomendações propostas por aquela entidade. Pior ainda: viera a questionar, em foros internacionais, como compatibilizaria as medidas assecuratórias dos direitos dos povos indígenas com o desenvolvimento nacional e de outros grupos étnicos do país.⁴¹

Por fim, feita a análise a partir da perspectiva de tribunais internos dos países latino-americanos e das principais decisões que versam sobre os direitos dos povos indígenas no sistema interamericano – e sua devida interligação para o cenário de implementação da Convenção n. 169 da OIT – passa-se, agora, à análise da conjuntura brasileira frente aos direitos dos povos indígenas especificados na Convenção acima mencionada.

4. A POSTURA BRASILEIRA FRENTE À CONVENÇÃO N. 169 DA OIT

Conforme consta nos dados da Organização Internacional do Trabalho⁴², o Brasil aderiu à sua Convenção n. 169 em 22 de julho de 2002, tendo ocorrido a promulgação, em âmbito nacional, por intermédio do Decreto n. 5.051, de 19 de Abril de 2004, cujo qual, posteriormente,

³⁹ **CASO COMUNIDAD MOIWANA VS. SURINAM.** Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

⁴⁰ **CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM.** Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

⁴¹ FOREST PEOPLES. A REPORT ON THE SITUATION OF INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES IN SURINAME AND COMMENTS ON SURINAME'S 13TH -15TH PERIODIC REPORTS. Disponível em: www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2015/07/suriname-shadow-2015-final.pdf. Acesso em: 24 de abril de 2020.

⁴² **RATIFICATIONS FOR BRAZIL.** Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102571. Acesso em: 16 de maio de 2020.

viera a ser revogado, porém, consolidada, em termos de atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal (sobre *promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil*), pelo Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019⁴³.

Cabe ressaltar que a postura brasileira em relação ao cumprimento do documento internacional em questão não é absolutamente exemplo para estado algum: um ano após a consolidação no ordenamento jurídico nacional, uma associação profissional, especificamente, o Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal (SENGE/DF), lançou uma reclamação no Conselho de Administração da OIT frente ao descumprimento brasileiro de diversos artigos da Convenção n. 169 por conta da promulgação da Lei 11.284/06 (gestão de florestas públicas para a produção sustentável), cuja qual não contou com a consulta prévia e sequer a participação indígena para a feitura de seus termos.⁴⁴

Por consequência, o Conselho de Administração da OIT, entendeu, em sua manifestação não-vinculativa ao Estado (recomendação), que o Brasil havia, de fato, desrespeitado os artigos da Convenção n. 169, uma vez que observou-se a não adoção de medidas necessárias à implementação das consultas prévias aos povos indígenas, uma vez que a lei em referência traria impacto em suas terras tradicionais.

Outro exemplo que pode ser citado como aplicação prática da Convenção n. 169 da OIT em território nacional fora a situação do povo indígena Munduruku, onde ocorreram, do período de 24 a 30 de setembro de 2014, oficinas justamente para idealizar a forma de consulta prévia às populações indígenas sem que estas venham a ferir a sua cultura, seu direito à autodeterminação e, especialmente, considerando, em seu bojo, o direito à diferença, tão caro às comunidades tradicionais. Tais oficinas foram idealizadas para que houvesse uma consulta prévia que atendesse aos anseios indígenas frente à instalação das hidrelétricas no rio Tapajós, tendo ficado determinado que cada povo indígena apresentaria seus respectivos protocolos de consulta, sendo, por fim, atendida à demanda da Convenção n. 169 de consulta prévia pelo próprio entendimento indígena. Em termos:

As seguintes perguntas foram realizadas: Quem participa? Quem organiza? Quem decide? Como decide? De qual apoio precisa? E quem responde ao governo? Seguidas a cada pergunta vieram as respostas, algumas geraram um tempo maior de discussão e reflexão que possibilitaram a elaboração da minuta do protocolo de consulta. Foi adotada a seguinte dinâmica para sua redação: a partir das respostas fornecidas pelos Munduruku, a antropóloga Daniela Alarcon sistematizava as informações em um texto corrido, sempre perguntando aos indígenas se estavam de acordo com a redação. (...)

O principal resultado obtido com as oficinas foi a elaboração e aprovação pelos povos indígenas e beiradeiros dos seus respectivos protocolos de consulta, instrumento considerado importante para a resistência à imposição da instalação do complexo de hidrelétricas no Tapajós.⁴⁵

Infelizmente, o Poder Executivo Federal ainda não chegou a implementar o idealizado pelas comunidades indígenas, mas tal ação sistêmica fora importante justamente para contrabalancear a argumentação brasileira de que as populações indígenas não estariam dispostas

⁴³ **DECRETO N. 10.088, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 16 de maio de 2020.

⁴⁴ WAGNER, Daize Fernanda. **Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

⁴⁵ MOURA, Aldebaran; CARVALHO, Guilherme; GOMES, João; MOTA, Marco; GAYOSO, Solange; SILVA, Stefany Rafaela Ferreira e. **O desafio dos *pariwat* em rede.** IN: Revista de Debate da FASE. 2018, Ano 42, n. 128. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Proposta-No-128-Para-Site-2.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

a dialogar – e, assim, não possibilitar com que as consultas prévias fossem implementadas. Comprova-se, de fato, que a Convenção n. 169 comporta a abertura material idealizada pelos indígenas, quando então estes, como no caso brasileiro, atendendo às demandas de consolidação de outros direitos, vêm a propor seus próprios meios de consultas prévias – o que se exige, indiscutivelmente, frente a todo aparato internacional de proteção dos direitos indígenas, que o governo federal venha a acatar.

Ademais, as Organizações Não-Governamentais, tal qual o *Greenpeace*, vêm, constantemente, alertando para com os casos de descumprimento brasileiro em relação à Convenção n. 169 da OIT, tendo em vista não ocorrerem consultas prévias às populações indígenas quanto às explorações de petróleo e gás natural na bacia do rio Amazonas. Em seu entendimento, destaca-se:

O princípio da consulta prévia é o coração da Convenção nº 169 e o que, infelizmente, vem sendo violado repetidamente pelo Estado brasileiro. Um exemplo, dentre vários, é o atual oferecimento de blocos de exploração de petróleo e gás natural na bacia do rio Amazonas, área sensível do ponto de vista socioambiental. Essa atividade ameaçaria diversas Terras Indígenas, muito próximas aos blocos a serem perfurados. Os povos indígenas da região não foram consultados de nenhuma forma. Inclusive, o Ministério Público Federal do Amazonas se manifestou contrário à oferta dos blocos porque isso fere os preceitos da Convenção.⁴⁶

Infelizmente, a postura do governo federal brasileiro vem sendo lastimável frente à Convenção n. 169, tendo, até mesmo, ameaçado denunciar o referido instrumento normativo internacional.⁴⁷ Assim sendo, indiscutivelmente se demonstra o papel do Poder Judiciário nacional para vir, de forma definitiva, afirmar, proteger e consolidar os direitos indígenas previstos na Convenção n. 169 da OIT, podendo, por intermédio de tal Poder e tendo em vista a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana, garantir o pleno exercício de todas as previsões do instrumento em destaque em solos nacionais. A partir de então, passa-se ao exame da postura do Supremo Tribunal Federal em relação à Convenção n. 169 da OIT.

Essencialmente, ao longo da história, coube ao STF pronunciar-se a respeito dos direitos indígenas em diversos momentos. Os casos mais emblemáticos, cujos quais reportam-se à consolidação do tema de forma frontal em termos de ordenamento pátrio, bem como influências às Cortes da América Latina, são os seguintes⁴⁸:

- Caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, *DJE* de 1º-7-2010)
- Caso Terra Indígena “Limão Verde” (**ARE 803.462 AgR** rel. min. **Teori Zavascki**, 2ª T, j. 9-12-2014, *DJE* 29 de 12-2-2015)
- **AI 814.128 AgR-ED**, rel. min. **Luiz Fux**, 1ª T, j. 23-6-2015, *DJE* 156 de 10-8-2015.

⁴⁶ GREENPEACE BRASIL. **Convenção 169 faz 15 anos diante do risco de retrocessos aos direitos indígenas**. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/convencao-169-faz-15-anos-diante-do-risco-de-retrocessos-nos-direitos-indigenas/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

⁴⁷ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. **Só na OIT, país pode deixar convenção sobre povos indígenas**. Disponível em: <https://cnf.org.br/so-na-oit-pais-pode-deixar-convencao-sobre-povos-indigenas/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1634>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

- **AI 307.401 AgR**, rel. min. **Cezar Peluso**, 1ª T, j. 5.4.2005, *DJ* de 29-4-2005.
- **PSV 92**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, P, j. 24-9-2015, *DJE* 194 de 29-9-2015.
- **Recurso Extraordinário 1.017.365**, rel. min. Edson Fachin, *DJ* de 07-05-2020

Irrefutável vem a ser o valor de tal construção jurisprudencial frente ao esforço – ou a falta deste - na consolidação dos termos da Convenção n. 169 da OIT no Brasil. Por óbvio, diversos pontos ainda permanecem deficientes de densidade prática no contexto brasileira, mas não se pode negar que decisões possibilitam com que haja uma solidificação do terreno arenoso que até então a proteção dos direitos indígenas vinha encontrando no espectro brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da vasta análise exposta neste trabalho, depreendem-se algumas conclusões que, neste momento, passam-se a ser investigadas.

Incontestavelmente, os direitos dos povos indígenas vieram, a partir de uma longa história de ações sociais e lutas, a serem consolidados no âmbito da terceira geração dos direitos humanos. Numa perspectiva coletiva e transindividual, é nítido que o papel da cooperação e solidariedade orquestram a consolidação de tais direitos no cenário internacional.

Ademais, é a partir do descortinamento das instituições internacionais que se possibilitou com que os direitos dos povos indígenas e das populações tradicionais viessem a ser alicercados no palco dos documentos internacionais. Inegavelmente, a Convenção n. 169 da OIT vem a figurar como atora principal neste enredo.

Enaltecido o seu protagonismo, porém, frente aos direitos dos índios e das populações tribais, comprova-se que esta sofrera influências e confluências do pensamento internacional presente em outros documentos, tais como a Convenção africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), Relatoria Especial para Povos Indígenas das Nações Unidas (1986). Ainda, com um vínculo indissociável palco internacional, ainda viera a motivar a adoção de outros documentos, tal como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), e a construção, dentro do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de um Mecanismo de *Experts* para estudar e propor ações às populações indígenas tradicionais.

É evidente que a Convenção n. 169 da OIT não estagnou frente ao regime da consolidação dos direitos dos povos indígenas: ainda que indiretamente, influenciou na construção dos ordenamentos jurídicos nacionais – Bolívia, Equador e Colômbia, apenas para citar alguns exemplos – e possibilitou, através de um método dialógico, que a Corte Interamericana viesse a condenar Estados latino-americanos por violações aos direitos dos povos indígenas e populações tradicionais.

Ora, aqueles mais avisados podem se questionar, não estariam estas condenações atreladas apenas às violações dos documentos que estão abarcados em tal sistema regional de proteção? A resposta, permeando a premissa do do princípio *pro homine*, é não: interpreta-se, sim tais pactos e convenções regionais a partir da base axiológica presente na Convenção n. 169 da OIT, que vem, incontrovertidamente, protege e garante direitos às populações indígenas no que tange instrumentos que efetivem a sua consulta quanto à exploração de suas terras e, igualmente, o próprio direito ao usufruto e gozo destas originariamente ocupadas.

No corolário da questão em solos nacionais, o Brasil já estabeleceu, no art. 231 de sua Constituição, datada do ano de 1988, os direitos dos povos indígenas, garantindo e assegurando-lhes o *status*, igualmente, de direitos fundamentais. Sucede-se que a execução de tais direitos não se coadunou com o colorido de sua previsão.

Ainda que tendo o Brasil internalizado a Convenção n. 169 da OIT em 2004, e contando com o aporte constitucional, fora necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para garantir a eficácia concreta do estatuto constitucional do indígena brasileiro. Assim, por intermédio da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, o STF consolidou o entendimento de que a posse das áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas estaria abarcada, diretamente, pelas previsões constitucionais e, em conclusão ao estudo aqui exposto, indiretamente, também efetivada na Convenção n. 169 da OIT.

Finalmente, a partir da perspectiva teórica, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, em última análise, no julgamento supramencionado, acabou por garantir eficácia tanto à Constituição brasileira de 1988, como também à Convenção n. 169 da OIT. Na outra linha, a partir de uma perspectiva prática, talvez tal decisão do STF venha a corroborar com uma virada copernicana: de uma política indigenista, há, hoje, indícios para acreditar o que Brasil caminha, a passos lentos, para uma real efetivação dos direitos dos povos indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANJOS FILHOS, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. IN: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da; TAVARES, André Ramos et al. (orgs.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009.

BANTEKAS, Ilias; OETTE, Lutz. *Internacional human rights law and practice*. Second edition. Cambridge: United Kingdom, 2016.

CARTA DE BANJUL. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/acesso-a-informacao/internacional/carta-africana>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

CASO COMUNIDAD MOIWANA VS. SURINAM. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CASO DE LA COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DE BAYANO Y SUS MIEMBROS VS. PANAMÁ. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CASO DEL PUEBLO SARAKAMA VS. SURINAM. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.
CASSESSE, Antonio. *Human Rights in a Changing World*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

CLAVERO, Bartolomé. Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos. IN: Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. Só na OIT, país pode deixar convenção sobre povos indígenas. Disponível em: <https://cnf.org.br/so-na-oit-pais-pode-deixar-convencao-sobre-povos-indigenas/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

CONVENÇÃO 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 14 de maio de 2020.

COURTIS, Christian. Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 in indigenous peoples. Sur, Rev. int. direitos humanos., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52-81, June 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 de maio de 2020.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2020.

DECRETO N. 10.088, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 16 de maio de 2020.

EQUADOR, Tribunal Constitucional, nº. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentença de 13 de agosto de 2002.

FOREST PEOPLES. A REPORT ON THE SITUATION OF INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES IN SURINAME AND COMMENTS ON SURINAME'S 13TH -15TH PERIODIC REPORTS. Disponível em: www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2015/07/suriname-shadow-2015-final.pdf. Acesso em: 24 de abril de 2020.

GALVIS, María Clara; RAMÍREZ, Angela. Manual para defender os direitos dos povos indígenas. Washington D. C.: Due Process of Law Foundation, 2017.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Gabinete reconoce obligaciones del Estado com pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emerá de Baya. Disponível em: <https://www.presidencia.gob.pa/Noticias/Gabinete-reconoce-obligaciones-del-Estado-con-pueblos-indigenas-Kuna-de-Madugandi-y-Embera-de-Baya>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

GREENPEACE BRASIL. Convenção 169 faz 15 anos diante do risco de retrocessos aos direitos indígenas. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/convencao-169-faz-15-anos-diante-do-risco-de-retrocessos-nos-direitos-indigenas/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

GUDYNAS, Eduardo. Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais. São Paulo: Elefante, 2019.

GUERREIRO, Antonio. Os direitos humanos e os direitos dos povos indígenas: por um posicionamento público das universidades. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-os-direitos-dos-povos-indigenas-por-um>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

HANNUN, Hurst. *Rescuing Human Rights: a radically moderate approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*, Ijuí: Editora Unijui, 2005.

MOURA, Aldebaran; CARVALHO, Guilherme; GOMES, João; MOTA, Marco; GAYOSO, Solange; SILVA, Stefany Rafaela Ferreira e. O desafio dos *pariwat* em rede. IN: *Revista de Debate da FASE*. 2018, Ano 42, n. 128. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Proposta-No-128-Para-Site-2.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

NATIONS UNIES – HAUT-COMISSARIAT. *Avis thématiques du Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones – Compilation (2009 – 2013)*. Genève: Nations Unies, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314. Acesso em: 15 de maio de 2020.

RIBEIRO, Dilton; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Princípio Pro Homine Como Um Aspecto Fundamental Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies* 17. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/5228>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

THE AGE OF HUMAN RIGHTS JOURNAL. El Caso de la comunidad indígena Awas Tingni contra Nicaragua: derechos humanos entre lo local y lo global. Disponível em: www.tiempodelosderechos.es/component/content/article/9-proyectos0132-el-caso-de-la-counidad-indigena-awas-tigni-contra-nicaragua-derechos-humanos-entre-lo-local-y-lo-global.html. Acesso em: 15 de maio de 2020.

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1986), para. 379. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2020.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>. Acesso em: 15 de maio de 2020.