

DEZ ANOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA CONVENÇÃO 169 DA OIT NO BRASIL: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE

Daize Fernanda Wagner¹

RESUMO

O presente artigo trata da ratificação e aplicação efetiva da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Brasil. Questiona a efetividade de tal norma internacional no plano interno, usando como metodologia a pesquisa documental. Para tanto, trata da OIT e do histórico da aprovação da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em substituição à Convenção 107 Sobre Proteção e Integração de Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes. Aborda o processo de ratificação da Convenção 169 no Brasil, dando especial ênfase aos debates ocorridos no Senado Federal. Apresenta os pontos criticados e os avanços reconhecidos à Convenção 169 pelos indígenas e suas organizações representativas. Ao final, analisa a reclamação apresentada contra o Brasil perante o Conselho de Administração da OIT em razão da aprovação da Lei de Gestão de Florestas Públicas, Lei n. 11.284/2006, e suas consequências. Apesar de todas as críticas recebidas, é possível identificar importante contribuição da Convenção 169 da OIT para a defesa dos interesses e direitos dos povos indígenas no Brasil.

PALAVRAS CHAVE

Organização Internacional do Trabalho; Convenção 169; Povos indígenas e tribais; Efetividade no Brasil.

TEN YEARS AFTER THE APPLICATION OF THE ILO'S CONVENTION IN BRAZIL: A VIEW UNDER THE PERSPECTIVE OF EFFECTIVENESS

ABSTRACT

This article discusses the ratification and the effective application of the ILO's Convention no. 169 by Brazil. Debate the effectiveness of this international instrument as an internal issue, using as methodology the documentary research. In this sense, ILO and the historical process of approval of the Convention no. 169 about indigenous and tribal peoples, in substitution to the Convention 107 on protection and integration of indigenous populations and other tribal populations and semitribals in the independent countries. It discusses about the process of ratification of the Convention nr. 169 in Brazil, highlighting to the debates which were held in the Federal Senate. It presents the criticized aspects and the progresses recognized to the Convention 169 by the Indians and their representative organizations. At the

¹ Professora no curso de Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), Mestre em Direito pela Ludwig Maximilians Universität (LMU), em Munique, Alemanha, Doutoranda em Direito na Universidade Federal de

end, it analyzes the complaint presented against Brazil in the ILO's Council of Administration because of the approval of the law for public forests management, Law nr. 11.284/2006, and their consequences. In spite of all the received critics, it is possible to identify important contribution of the ILO's Convention no. 169 for the defense of the interests and rights of the indigenous peoples in Brazil.

KEYWORDS

International Labour Organization; Convention 169; Indigenous and tribal peoples; Effectiveness in Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a aplicação da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no ordenamento jurídico interno brasileiro. Assim, pretende enfrentar o seguinte questionamento: em que medida as normas da Convenção 169 da OIT têm aplicação efetiva no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos povos indígenas? Para responder a tal questionamento, partiremos de breve histórico da Convenção 169 da OIT, abordaremos seu processo de recepção no ordenamento jurídico brasileiro, as críticas e pontos favoráveis da Convenção 169 da OIT e sua aplicação. A metodologia aplicada é a análise documental, com pesquisa bibliográfica e de julgados sobre o assunto.

Passados dez anos desde a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil, cumpre fazer um balanço do período, avaliando o que representou avanço e o que ainda é necessário avançar, no sentido de assegurar efetividade a tão importante norma internacional, que está em conformidade com os valores que iluminam a ordem jurídica brasileira a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Atualmente, é pacífico o entendimento jurisprudencial junto às cortes superiores brasileiras e também em outros países que ratificaram a Convenção 169 da OIT, a exemplo da Colômbia, de que a Convenção 169 da OIT aplica-se tanto aos povos indígenas quanto aos quilombolas, ambos reconhecidos como minorias étnicas pela CF/88. Nesse sentido, os artigos 215, 216 e 231 da CF/88 estabelecem a diversidade cultural como valor constitucional, a ponto de caracterizar o Brasil como país pluriétnico, como defende Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (2002). Segundo esta autora, a diversidade cultural passou a ser reconhecida expressamente pela CF/88, ao revelar “ o espaço ontológico do outro, do

diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal.” (PEREIRA, 2002, p. 43) Segundo tal autora, ao reconhecer a diversidade cultural como valor constitucional, a CF/88 o fez de forma absolutamente explícita, pois impôs ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, ao apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, nos termos do art. 215, *caput* e parágrafo primeiro. (PEREIRA, 2002, p. 43) Apesar da amplitude de aplicação da Convenção 169 da OIT no Brasil, limitaremos nossa análise a sua aplicação em relação aos povos indígenas, pois constituem nosso objeto de pesquisa.

A chamada questão indígena é alvo de calorosos debates políticos e jurídicos, sempre embalados por forte carga ideológica, a contrapor, em apertada síntese, duas visões conflitantes: de um lado, os defensores do desenvolvimento econômico nacional, fundado também na exploração irrestrita dos recursos naturais, mesmo quando localizados em terras ocupadas tradicionalmente por indígenas; de outro, os defensores da proteção e respeito aos povos indígenas enquanto importante minoria no país. É tendo esse embate, aqui tratado apenas superficialmente, como pano de fundo, que os direitos assegurados aos indígenas no Brasil vêm sendo tratados.

Tal conflito ideológico acaba desviando o foco da verdadeira questão a ser enfrentada, que é a falta de efetividade aos direitos já assegurados aos indígenas. Quando observamos a proteção jurídica assegurada aos povos indígenas, ao longo da história brasileira, é possível verificar o incremento de proteção a direitos dessa parcela da população nacional, especialmente a partir da CF/88, como aponta Carlos Frederico Marés de Souza Filho em sua obra *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Todavia, esse reconhecimento aos povos indígenas nos textos legais ainda não se faz sentir plenamente no cotidiano.

Ao que parece, vivenciamos o discurso dissociado da efetividade: em tese, os direitos aos indígenas são amplamente assegurados, como faz a CF/88, nos artigos 231 e 232, mas efetivamente o que ocorre não condiz com a garantia estampada nesses dispositivos constitucionais. Da mesma forma, normas internacionais às quais o Brasil aderiu, como é o caso da Convenção 169 da OIT, objeto de nossa análise, seguem no mesmo compasso, pelo menos por enquanto.

1 POVOS INDÍGENAS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

O direito internacional público foi um dos ramos do direito nos quais a proteção às chamadas minorias recebeu atenção especial. Quando do estabelecimento dos Estados nacionais, como forma de assegurar a existência desses grupos minoritários, receberam atenção e proteção diferenciadas, conforme entendimento de Pierré-Caps (2004, p. 174).

Os povos indígenas, de maneira geral e especialmente no Brasil, atendem a noção de minoria, não só pelo seu número reduzido², mas também por enquadrarem-se no critério da diferenciação étnica, religiosa ou linguística, conforme o conceito de minoria forjado na práxis do direito internacional, a partir da redação do artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (KAYSER, 2010, p. 326).

Nesse ponto, a Convenção 169 define três critérios fundamentais para determinar os grupos aos quais ela se aplica:

A existência de condições sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da sociedade nacional; a presença de uma organização social regida total ou parcialmente por regras e tradições próprias, e a auto-identificação, entendida como a consciência que tem o grupo social de sua identidade tribal. Este último critério é fundamental na identificação e reconhecimento dos grupos tribais que fazem parte de um país. (OIT, 2011)

Dessa forma, os indígenas, tanto na ordem jurídica brasileira quanto na ordem jurídica internacional, recebem atualmente atenção diferenciada que se justifica.³

2 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919. Como ensina Roberto Luiz Silva (2010, p. 396-397), é pessoa jurídica de Direito Internacional Público, com sede em Genebra. Foi prevista na Parte XIII do Tratado de Versalhes e constituída como órgão autônomo da Sociedade das Nações, tendo assim permanecido até 1946. A partir daí transformou-se em organismo especial da ONU, que tem como objetivo atingir a paz universal por meio da justiça social. Internamente, a OIT conta com os seguintes

² Conforme dados da FUNAI, de 2008, atualmente os indígenas representam apenas 0,25% do total absoluto da população nacional.

³ Segundo os dados da FUNAI em 2008, há em torno de 460 mil índios distribuídos entre 225 povos indígenas, vivendo em 116 terras indígenas. Além destes, há uma estimativa de que 100 a 190 mil índios estejam vivendo fora das terras indígenas. No que se refere à população total, esta era de 186.000.000 habitantes em 2006.

órgãos: Conferência Internacional do Trabalho, Conselho de Administração, Repartição Internacional do Trabalho e o Comitê de Liberdade Sindical (SILVA, 2010, p. 397).

A OIT é o único dos organismos vinculados ao sistema das Nações Unidas do qual participam diretamente atores não-governamentais, em razão de sua composição tripartite: há membros representantes dos Estados, mas também de organizações de trabalhadores e de empregadores de diferentes países ao redor do mundo (SILVA, 2010, p. 397). O Brasil é um dos dez países que possui assento permanente no Conselho de Administração da OIT (SILVA, 2010, p. 398).

Em seu trabalho legislativo, a OIT se utiliza de convenções, recomendações e resoluções. As convenções são tratados multilaterais abertos (SILVA, 2010, p. 400), e, portanto, devem ser objeto de ratificação pelos Estados-membros para que possam produzir efeitos jurídicos na ordem interna.

Dentre suas convenções, nosso estudo se volta para a análise da Convenção n. 169, que trata sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76^a Conferência Internacional do Trabalho, em 1989.

3 A CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Convenção 169 da OIT foi aprovada em substituição à Convenção 107. Esta foi a primeira Convenção da OIT a tratar amplamente dos direitos dos povos indígenas. Antes dela havia convenções que tratavam de assuntos específicos envolvendo os povos indígenas, mas de forma pontual. Assim, por exemplo, a Convenção n. 50 da OIT tratava do recrutamento de trabalhadores indígenas, a Convenção n. 65, de 1939, tratava sobre as sanções penais, a Convenção n. 105, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado etc. (KEPPI, 2001, p. 5). Ou seja, de maneira geral, a OIT, através de suas Convenções, que são seu principal instrumento legislativo, sempre procurou tratar de aspectos relacionados à melhoria de vida e dignidade dessa parcela da população.

Foi a partir da Convenção 107 que a OIT passou a reger de forma mais ampla assuntos vinculados aos povos indígenas. Essa convenção recebeu o nome de Convenção Relativa à Proteção e Integração das Populações Indígenas e de Outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes. Era composta de 38 artigos, divididos em oito partes, assim: I – princípios gerais, II – terras, III – contratação e condições de emprego, IV – formação profissional, artesanato e indústrias rurais, V – seguridade social e saúde, VI –

educação e meios de comunicação, VII – administração e VIII – disposições gerais. A Convenção 107 da OIT foi aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo n. 20, de 30/04/1965 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 58.824, de 14/07/1966, tendo iniciado sua vigência em 18/06/1966.

Pela sua denominação já é possível verificar que seus dois principais focos eram a proteção e a integração das populações indígenas. Nesse sentido, logo em suas considerações iniciais deixa claro seu objetivo de contribuir para a integração gradual das populações indígenas na respectiva sociedade nacional, como forma de melhorar suas condições de vida e trabalho. Essa pretensão integracionista aparece ao longo de toda a Convenção e refletia o entendimento vigente naquele momento histórico, de que os povos indígenas eram atrasados em relação aos demais membros da comunidade nacional e deveriam, a medida que fossem aprendendo sobre a sociedade envolvente, integrar-se a ela, e abandonar seu modo de viver indígena, primitivo. A ideia então vigente era de que essa integração era necessária para o progresso dessa população, que, então, sairia do atraso e da ignorância, e passaria a progredir. Essa compreensão acerca dos povos indígenas e tribais se manteve durante a década de 1950 até meados da década de 1970. Como expressam Christian Ramos e Laís Abramo na introdução à publicação brasileira da Convenção 169 (2011, p. 6):

No bojo da revolução social e cultural que ocorreu em quase todo o mundo nas décadas de 1960 e 1970, os povos indígenas e tribais também despertaram para a realidade de suas origens étnicas e culturais e, conseqüentemente, para seu direito de serem diferentes sem deixarem de ser iguais.

Conscientes de sua importância e sob a orientação de sólidas organizações de promoção de seus interesses e proteção de seus direitos, esses povos passaram a assumir, eles próprios, o direito de reivindicar, acima de tudo, sua identidade étnica, cultural, econômica e social, rejeitando, inclusive, serem chamados de “populações”.

Interessante notar que a Convenção 107 da OIT refere as populações indígenas e outras populações tribais e semitribais. Em seu art. 1º, parágrafo 2º, delimita que o termo semitribal compreende os grupos e pessoas que estão próximos de perder suas características tribais, mas que ainda não estão integrados na coletividade nacional. Essa referência também deixa claro o objetivo integracionista da Convenção 107.

Foi justamente esse olhar paternalista em relação aos indígenas, que os via de forma infantilizada e inferior, e se traduzia no ideal integracionista, que fez com que a Convenção 107 da OIT sofresse críticas cada vez mais contundentes até que, sob pressão de grupos de interesse e representantes de povos indígenas, houve a necessidade de revisá-la. Isso ocorreu através da Convenção 169 da OIT, Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais

em Países Independentes, na 76ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 27/06/1989, em Genebra (OIT, 2011, p. 7).

A Convenção 169 é composta por 44 artigos, divididos em dez partes, que tratam de temas variados envolvendo o cotidiano dos povos indígenas. Assim, a primeira parte trata da política geral, a segunda da terra, a terceira da contratação e condições de emprego, a quarta da formação profissional, artesanato e indústrias rurais, a quinta da seguridade social e saúde, a sexta da educação e meios de comunicação, a sétima parte trata dos contratos e cooperação além-fronteiras, a oitava da administração, a nona das disposições gerais e a décima parte trata das disposições finais. Pelo que se observa, a convenção abarca amplo leque de assuntos diversos, que vão desde o direito dos povos indígenas de serem consultados e de opinarem sobre medidas que possam lhes atingir, até seu direito à terra, formação profissional, educação e assistência à saúde.

O artigo 1º da Convenção 169 estabelece a quem ela se aplica:

1. A presente Convenção aplica-se a:

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional.

A Convenção n. 169 da OIT foi, a um só tempo, festejada e criticada. Por um lado, recebeu fortes críticas dos indígenas brasileiros e de suas organizações representativas no Brasil, pois para estes não avançou em vários pontos que almejavam. (KAYSER, 2010, p. 349) Nesse sentido, não houve o reconhecimento expresso do direito à autodeterminação dos autóctones, como desejavam, o que parece ser a maior crítica à Convenção. Em grande medida havia e ainda há grande receio de que o reconhecimento à autodeterminação dos povos autóctones pelos Estados nacionais possa implicar em uma possível reivindicação futura de independência em relação ao respectivo Estado nacional.⁴ Nesse sentido aponta a

⁴ Assim, inclusive, há manifestação de vários senadores durante os debates sobre a ratificação da Convenção 169 da OIT no Senado Federal.

doutrina especializada, com análise de alguns autores de que, se a Convenção 169 da OIT tivesse feito menção ao reconhecimento à autodeterminação dos povos indígenas e tribais, muito provavelmente, não teria sido aceita e nem ratificada pela maioria dos Estados-parte. Talvez, por isso, tenha sido mesmo prudente o texto da Convenção 169 não ter abordado tal tema, conforme infere Kayser (2010). Assim agindo, foi possível avançar em vários outros pontos igualmente importantes para a defesa e consolidação de direitos aos povos indígenas que, do contrário, não teriam sido resguardados.

Outra crítica apresentada à Convenção é que o princípio de consulta previsto no artigo 6º não estabelece de que forma deverá ocorrer a consulta e possibilita que ocorra através de instituições representativas dos indígenas. Para alguns, a consulta através das instituições representativas poderiam não zelar pela efetiva opinião dos indivíduos indígenas supostamente representados. No Brasil, a consulta prévia ainda carece de mecanismo permanente para torná-la efetiva, nos termos previstos no art. 6º da Convenção 169, pois não há ainda norma que estabeleça como ela deve ocorrer e quais os procedimentos a serem adotados para tanto. Muito embora não haja a necessidade dessa regulamentação para que a consulta prévia seja realizada efetivamente, sua regulamentação é importante, pois torna a regra clara e possibilita seu maior conhecimento. Importante que a regulamentação, quando ocorrer, preveja mecanismos de consulta direta aos povos atingidos, interessados no assunto sob consulta, para além das entidades representativas. Assim entendemos, pois nem sempre essas entidades possuem condição de representar efetivamente o povo atingido, por não possuir os mesmos elementos de informação, os mesmos costumes e cultura que o povo atingido.

A proibição de remoção das terras foi igualmente objeto de críticas, já que tal proibição não é absoluta e a vincula a situação excepcional, sem dizer o que caracteriza tal excepcionalidade. Fica a cargo do respectivo governo caracterizar a situação ensejadora da remoção. Além disso, não estabeleceu o retorno dos indígenas a suas terras, passado o motivo que justificou a remoção.

No que se refere ao controle pelos indígenas dos recursos naturais de seus territórios também restou limitado. Em muitos Estados-parte, como é o caso do Brasil, os povos indígenas não têm controle sobre os recursos do subsolo, pois estes pertencem ao Estado. Assim, de maneira geral, segundo avaliação de organizações representativas dos interesses indígenas e destes próprios, a Convenção 169 da OIT poderia ter avançado muito mais na proteção de seus direitos e interesses.

Por outro lado, a Convenção 169 foi festejada pelos povos indígenas brasileiros e suas organizações representativas, tendo assinalado importante avanço em relação a sua antecessora, a Convenção 107 da OIT.

Nessa direção, o uso do termo “povo” em substituição ao termo “populações” é apresentado como importante ajuste que vai além da mera semântica, pois implica em reconhecer a permanência em lugar da transitoriedade dessa parcela da população. O objetivo já não é mais assimilá-los à sociedade nacional, mas sim reconhecê-los e respeitá-los em suas diferenças, que não são transitórias, mas integram o que eles são enquanto pessoas, é parte de sua identidade pessoal e de grupo.

Outro importante avanço da Convenção 169 em relação a sua antecessora é o reconhecimento à autoidentificação, ou seja, os Estados-parte não podem negar a identidade a um povo indígena ou tribal que se reconhece a si próprio como tal.

Enquanto a Convenção 107 da OIT era identificada com seus objetivos de proteção e integração dos povos indígenas, a Convenção 169 pode ser identificada com os objetivos do respeito e participação. Assim, esta Convenção está alinhada tanto com o respeito à diferença, quanto com o direito de participação dos povos indígenas e o direito de consulta a esses povos em relação a todas as ações legislativas e administrativas que possam afetá-los de alguma forma. Têm direito de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento, levando em conta tudo que afete sua forma de vida, cultura, crença, valores, instituições e sua relação com a terra que habitam.

Por fim, importante aspecto da Convenção 169 da OIT é o que refere o direito às terras que tradicionalmente ocupam. Em verdade, nesse ponto a Convenção não inova em relação a sua antecessora, mas segue tratando de forma peculiar a relação dos índios com a terra, em franco reconhecimento de que o território é espaço necessário e fundamental para que os povos indígenas possam se desenvolver, reproduzir e viver da forma como escolherem, mantendo-se “diferentes, mas iguais” (OIT, 2011).

4 RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

A Convenção 169 da OIT entrou em vigor em 05/09/1991, tendo sido aprovada, em 1989, por 328 votos favoráveis contra 49 abstenções. O Brasil foi um dos países que se absteve. Ela foi ratificada pelo Brasil somente em 2002, entrando em vigor doze meses

após sua ratificação. Adentrou nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004.

A Convenção 169 da OIT sofreu grande resistência para sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no Senado Federal, onde permaneceu onze anos em debate.

Keppi (2001) relata o processo de ratificação da Convenção 169 pelo Brasil, dando especial ênfase aos debates ocorridos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Se, por um lado, na Câmara a aprovação se deu por unanimidade em ambas as comissões nas quais tramitou, sendo aprovada também no plenário daquela casa em 1993, o mesmo não ocorreu no Senado. Neste, o trâmite da Convenção foi bem mais tortuoso e debatido. Havia um grupo de senadores que defendiam a aprovação integral do texto da Convenção e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro sem restrições. Todavia, outro grupo de senadores questionava diferentes dispositivos da Convenção que, segundo sua análise, estabeleceriam proteção jurídica aos indígenas incompatível com o previsto na CF/88.

Em síntese, é possível dizer que a polêmica girou em torno de alguns artigos da Convenção 169. Assim, havia posições contrárias ao teor dos artigos 16, 17 e 32, bem como questionamentos quanto aos artigos 14 e 15 da Convenção 169.

Ao observarmos as oposições apresentadas à recepção da Convenção 169 da OIT no Brasil, é possível verificar que não se sustentam juridicamente. Ao que tudo indica, a argumentação apresentada no Senado estava em muito motivada por interesses diversos daqueles dos povos indígenas, especialmente os de ordem econômica e o intuito de exploração de recursos nas terras ocupadas pelos povos indígenas. Nesse sentido, Kayser (2010, p. 350) lembra que o então relator, Senador Bernardo Cabral (PFL-AM), emitiu parecer com recomendação de que a Convenção 169 não fosse ratificada, justamente com base nesses argumentos: que a CF/88 conteria normas de proteção mais amplas do que os artigos 16 e 17 da Convenção 169 e de que as regulamentações dos artigos 14 e 32 da Convenção seriam inconstitucionais.

O artigo 14 da Convenção 169 estabelece que “Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. (...)” Para um dos relatores, esse artigo contrariaria a CF/88, na medida em que essa assegura aos indígenas a posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam, mas a propriedade das mesmas é da União, nos termos do art. 20, XI, CF/88. Essa contrariedade à Convenção 169 da OIT pode facilmente ser superada pela própria leitura completa de seu artigo 14. Ele não estabelece que haja a necessidade de reconhecimento do direito de propriedade sobre as

terras que ocupam aos povos indígenas. O modelo jurídico a ser adotado, posse, propriedade ou outro, é de competência e escolha do respectivo Estado-parte. A Convenção indica que haja o reconhecimento e a proteção do espaço físico ocupado pelos povos indígenas, facultando aos Estados-parte utilizar o modelo jurídico interno mais apropriado para tanto.

Outro ponto de polêmica foi o art. 15 da Convenção 169. A parte inicial desse artigo estabelece que “O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. (...)”. A partir daí houve o entendimento de que contrariava o previsto na CF/88, na medida em que esta estabelece que os recursos naturais do subsolo, no Brasil, pertencem à União, nos termos do art. 20, IX, CF/88. Assim, a redação do art. 15 da Convenção 169 da OIT poderia induzir a compreensão de que os recursos naturais do subsolo seriam de propriedade dos indígenas. Tal argumento não se sustenta quando observamos a totalidade da redação do artigo 15 da Convenção, que em seu parágrafo segundo estabelece que:

Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses estariam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. (...)

Ora, a própria redação desse parágrafo reconhece a possibilidade de que nos Estados-parte a propriedade dos recursos naturais pode ser do próprio Estado, como ocorre no Brasil no que se refere aos recursos minerais e do subsolo. Assim, também esse argumento apresentado cai por terra.

No que se refere ao artigo 32 da Convenção 169, a contrariedade de alguns senadores se referia à possibilidade de que povos indígenas estabelecessem relações transfronteiriças que pusessem em risco a soberania nacional. Tal temor também não se sustenta. Diz o artigo 32:

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.

Como o próprio texto do artigo 32 refere, caberá aos Estados-parte tomar as medidas, inclusive celebrando acordos internacionais. Ora, tais medidas são fruto e expressão da própria soberania nacional. Portanto, descabido o temor de movimentos separatistas fundados nesse dispositivo da Convenção 169. Quer parecer que essa argumentação estava vinculada à tentativa de manipular a opinião pública contrariamente aos interesses e direitos

dos povos indígenas, especialmente os que dizem respeito às terras que tradicionalmente ocupam. Tal celeuma, à época, foi relacionada à discussão da demarcação das terras indígenas dos ianomâmis, na região entre os estados de Roraima e Amazonas, na fronteira com a Venezuela, que resultou inclusive em graves conflitos entre os ianomâmis e garimpeiros, com o genocídio de índios, conforme relatado por Barreto (2006, p. 113). À época havia o discurso na grande mídia de que os ianomâmis pretendiam separar seu território do Brasil e fundar uma nação própria. Como o próprio decurso do tempo demonstrou, tal discurso não encontrou amparo na realidade fática.

Por fim, também os artigos 16 e 17 da Convenção 169 da OIT receberam crítica no Senado. Estes dispositivos tratam da remoção dos povos indígenas das terras que ocupam e da possibilidade de alienarem tais terras, respectivamente. Segundo o art. 16, a retirada dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam pode ocorrer, mas sempre em caráter excepcional e, preferencialmente, com o consentimento dos povos envolvidos. Já o art. 17 da Convenção 169 da OIT possibilita aos indígenas a transmissão de seus direitos sobre a terra. Ambos os assuntos já estavam tratados de forma diversa na CF/88 e, por isso, alguns senadores argumentaram que nesse ponto a Convenção 169 não poderia ser recepcionada por ser inconstitucional. Também aqui a contrariedade não prospera, já que a remoção dos povos indígenas de suas terras, no Brasil, conforme dispõe o art. 231, parágrafo 5º, pode ocorrer apenas excepcionalmente, após deliberação do Congresso Nacional, e com previsão de retorno dos povos a suas terras após cessada a ameaça ou risco que justificou sua remoção. Nesse ponto, inclusive, a CF/88 estabelece regramento mais rigoroso e benéfico aos indígenas. No que se refere ao art. 17 da Convenção, a CF/88, art. 231, parágrafos 4º e 6º, estabelece que as terras indígenas são inalienáveis. Portanto, onde a CF/88 já regrou, resguardando de forma mais favorável direitos aos povos indígenas, prevalece tal regramento, não cabendo falar em inconstitucionalidade da Convenção 169 por isso. Nesse sentido, inclusive, a própria Convenção 169 traz cláusulas de flexibilidade, que são os artigos 34 e 35 que estabelecem que:

Art. 34. A natureza e alcance das medidas a serem adotadas para dar cumprimento à presente Convenção deverão ser definidos com flexibilidade, levando em consideração as condições características de cada país.

Art. 35. A aplicação das disposições da presente Convenção não afetará adversamente direitos e vantagens garantidos aos povos interessados no âmbito de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, leis nacionais, sentenças, costumes ou acordos.

Portanto, percebe-se que os argumentos utilizados por uma parcela dos membros do Senado Federal para se opor à recepção da Convenção 169 no Brasil não têm

sustentação jurídica e, ao que tudo indica, estava mais vinculada a interesses de ordem política e econômica, que não representavam o interesse e a proteção almejada pelos povos indígenas. Além disso, estavam em franco desacordo com o texto constitucional.

A CF/88, anterior à Convenção 169 da OIT, já trazia reconhecimento jurídico inovador aos povos indígenas no Brasil. Portanto, a recepção da Convenção 169 da OIT não representava grande ruptura na ordem jurídica interna, pois essa mudança de paradigma já havia sido realizada pela CF/88. O grande mérito da recepção da Convenção 169 da OIT, portanto, é o compromisso no plano internacional assumido pelo Brasil em relação a seus povos indígenas, agora em conformidade com o previsto no âmbito interno.

5 EFETIVA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 OIT NO BRASIL

A partir da recepção da Convenção 169 da OIT no direito brasileiro, sua aplicação efetiva passou a ser objeto de atenção. Cumpre salientar que, pelo regramento existente na OIT, não é possível aos povos indígenas apresentarem diretamente reclamações à organização quando entenderem que um Estado não esteja cumprindo uma Convenção a qual tenha aderido. Segundo os artigos 26 a 34 da Constituição da OIT, que regulamentam o processo de reclamações dos Estados-parte, somente um Estado pode enviar reclamação sobre infração cometida por outro Estado em relação a uma Convenção. Da mesma forma, nos termos do art. 24 da Constituição da OIT, também podem apresentar reclamação as associações profissionais de empregados ou empregadores quando entenderem que um dos Estados-parte não tenha assegurado de forma satisfatória o cumprimento de uma Convenção a qual tenha aderido. Essa reclamação é informada ao Estado envolvido, que pode se posicionar quanto a ela. Isso já ocorreu em relação ao Brasil, que foi denunciado ao Conselho de Administração da OIT pelo descumprimento da Convenção 169 da OIT.

Em 18 de outubro de 2005, o Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal (SENGE/DF) apresentou reclamação contra o Estado brasileiro perante o Conselho de Administração da OIT, por descumprimento a vários dispositivos da Convenção 169, em razão da aprovação da Lei n. 11.284, de 02/03/2006, que trata da gestão de florestas públicas para a produção sustentável (OIT, 2006).

A reclamação foi apresentada com base nos artigos 24 e 25 da Constituição da OIT, pois a lei teria sido aprovada sem ter sido dada oportunidade aos povos indígenas que poderiam ser afetados por ela de se manifestar sobre seu conteúdo, conforme estabelece o art.

6º da Convenção 169 da OIT. Como a lei trata do uso sustentável de florestas públicas, tal uso poderia afetar povos indígenas, na medida em que há várias áreas de floresta pública em sobreposição com terras indígenas. Assim, considerando as áreas de sobreposição, os povos indígenas deveriam ter sido consultados sobre a lei antes mesmo de sua aprovação, o que não ocorreu, segundo o SENGE/DF. A partir da reclamação, que foi aceita, foi composta comissão tripartite para apreciá-la. O governo brasileiro enviou também seus informes sobre o caso.

Ao final, a comissão tripartite fez onze recomendações, que foram adotadas pelo Conselho de Administração da OIT e compuseram a decisão final sobre o caso. As recomendações, em síntese, apontaram para a necessidade de o governo brasileiro atender ao conteúdo dos artigos da Convenção 169 citados, principalmente no sentido de adotar medidas necessárias a completar a consulta sobre o impacto das concessões madeireiras previstas na Lei 11.284/2006 aos povos indígenas suscetíveis de serem afetados por elas (OIT, 2006). De maneira geral, o caso ilustra a forma de atuação da OIT na observância e aplicação da Convenção 169.

A partir da análise desse caso específico é possível afirmar que, muito embora possam ser realizadas inúmeras críticas à Convenção 169 da OIT, por não ter sido tão incisiva quanto à defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas e tribais, reputamo-la como efetivamente positiva, na medida em que o Estado-parte pode ficar exposto no plano internacional se vier a ser reconhecido pela OIT seu descumprimento às disposições do referido documento.

No caso específico da Lei n. 11.284/2006, fica evidente que essa fiscalização externa é importante para rever procedimentos legislativos e administrativos internos, e, assim, assegurar efetivamente o respeito aos direitos já conquistados por essa parcela minoritária da população brasileira que são os povos indígenas. O olhar externo da OIT e de outros organismos internacionais quanto a assuntos envolvendo direitos humanos impõe certo constrangimento moral ao Estado-parte, o que pode fazê-lo envidar esforços no sentido de evitar tal constrangimento, especialmente se se tratar de Estado-parte que tem assento permanente no Conselho de Administração da OIT, como é o caso do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão indígena está em grande parte vinculada à terra, aos direitos sobre a terra e territórios indígenas. Nesse ponto reside o maior embate e a maior dificuldade em tornar efetiva a norma constitucional de proteção aos povos indígenas. Sendo a terra necessária a sua continuidade, é para esse ponto que se deve dar especial atenção, já que os direitos assegurados aos indígenas sofrem ameaça constante, especialmente quando em jogo interesses de ordem econômica, de exploração de recursos naturais e energéticos localizados nas terras que tradicionalmente ocupam. Nesses conflitos de interesses, é muito frequente o esquecimento do direito de consulta e manifestação assegurados aos povos indígenas pela Convenção 169 da OIT e pela CF/88 quanto às ações que possam lhes atingir. Novo capítulo dessa conflitualidade latente parece se desenhar quanto à exploração de petróleo no Brasil, conforme relatos da existência de sobreposição de blocos para leilão de petróleo pela Agência Nacional de Petróleo (ANP) sobre terras indígenas⁵.

A análise retrospectiva após dez anos de entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil indica que, em grande medida, as expectativas em torno das inovações dessa norma na ordem jurídica interna restaram frustradas. Ao observarmos várias publicações anteriores à efetiva ratificação da Convenção pelo Brasil, havia grande especulação sobre os avanços que poderia trazer ao resguardo dos interesses e direitos indígenas no país, especialmente no que se referia ao direito de consulta aos povos indígenas.

Todavia, ao observarmos o ordenamento jurídico brasileiro anterior à ratificação da Convenção 169, percebemos que as expectativas não se concretizaram efetivamente. Com efeito, a própria CF/88, anterior à ratificação da Convenção 169 pelo Brasil, já havia inovado significativamente a ordem jurídica interna quanto à proteção dos direitos dos povos indígenas, ao dedicar capítulo próprio para tanto. Depois do avanço da lei maior, pouco foi realizado em termos legislativos, mesmo com o ingresso da Convenção 169 da OIT no ordenamento jurídico pátrio. O maior efeito da ratificação da Convenção 169 da OIT no Brasil parece ter sido simbólico, de mero reforço às normas já existentes. Certamente que a mudança de paradigma em relação à Convenção 107 da OIT, que lhe antecedeu, é digna de nota. O reconhecimento do direito à diferença dos povos indígenas e tribais e a superação do paradigma assimilacionista são relevantes e importantes para reforçar tal avanço também na ordem jurídica interna brasileira, muito embora a própria CF/88 já o havia feito. É nesse sentido que o principal efeito da ratificação da Convenção 169 da OIT no Brasil parece ter sido principalmente simbólico.

⁵ Nesse sentido aponta notícia veiculada no Jornal do Dia, edição de 01/11/2013, em Macapá, que tem como manchete “Blocos de petróleo leiloados podem estar em terras indígenas e de conservação”.

O que se fazia necessário era, e continua sendo, a efetiva aplicação das normas estabelecidas, em cumprimento ao sentido que expressam, de proteção a essa minoria da população. Nesse ponto, muito ainda temos a avançar.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.
- INSTITUTO SOCIO AMBIENTAL. *A Convenção 169 da OIT no Brasil*. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil#notas. Acesso em: 19 nov 2013.
- KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- KEPPI, Jandira. *A ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil*. Rio Branco: 2001. Disponível em: http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/história_ratifica_c169_brasil.pdf Acesso em 25 nov 2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011.
- _____. *Informe do Comitê encarregado de examinar a reclamação em que se alega o descumprimento pelo Brasil da Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais da OIT, de 1989, apresentada em virtude do art. 24 da Constituição da OIT pelo Sindicato dos Engenheiros do Distrito Federal (SENGE/DF)*. Disponível em: http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/OIT%20Reclamación%20contra%20Brasil%20marzo%202009.pdf . Acesso em: 20 nov 2013.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O Estado Pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. *Além da Tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002, p. 41-48. Disponível em: <http://laced.etc.br/site/arquivos/04-Alem-da-tutela.pdf> . Acesso em 17 fev 2014.
- PIERRÉ-CAPS, Stéphane. A questão das minorias no direito internacional. In: ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 169-211.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SOUZA, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

