

## OS POVOS TRIBAIS DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

### THE TRIBAL PEOPLES OF ILO CONVENTION 169

Carlos Frederico Marés de Souza Filho\*

**Resumo:** A Convenção 169 da OIT tem como destinatário os povos indígenas, quilombolas e demais povos tradicionais existentes nos Estados independentes. Historicamente a OIT tratou estes povos como trabalhadores que deveriam ser integrados ao mercado de trabalho e, portanto, objeto de políticas públicas de pleno emprego. A partir de 1989 houve uma mudança de postura da OIT para definir direitos de existência coletiva e garantia de territorialidade capaz de manter o modo de vida destes povos, sejam conceituados como indígenas ou tribais. No Brasil o reconhecimento destes direitos aos povos indígenas e quilombolas é claro na legislação, mas assim não é para outros tradicionais, que igualmente têm estes direitos e necessitam de reconhecimento, nos exatos termos da Convenção.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Povos e Comunidades Tradicionais; Socioambientalismo; direitos territoriais.

**Abstract:** The Convention 169/ILO is in order to the indigenous peoples, quilombolas and other traditional peoples existing in the independent states. Historically, the ILO has treated these peoples as workers who should be integrated into the labor market and therefore the subject of full employment public policies. Since 1989 there has been a shift in the ILO's position to define rights of collective existence and guarantee of territoriality capable of maintaining the way of life of these peoples, whether considered as indigenous or not. In the Brazilian case the recognition of these rights to the indigenous and *quilombolas* is clear, but not always, mistakenly, is recognized to the other traditional peoples.

**Keywords:** Human Rights; Traditional Peoples and Communities; Socioenvironmentalism; territorial rights.

#### 1. PRELIMINARES

A legislação brasileira sobre povos e comunidades tradicionais, à exceção de povos indígenas e quilombolas, é intencionalmente imprecisa e deixa parecer que os direitos se resumem a pequenas concessões de benefícios discricionários dos Poder Público como a criação de reservas extrativistas ou de desenvolvimento sustentável e, o

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Integra o Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde é professor titular de Direito Agrário e Socioambiental. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Contato: [carlosmares@terra.com.br](mailto:carlosmares@terra.com.br).

que é ainda pior, o próprio conceito de povos e comunidades tradicionais, muito impreciso, possibilita interpretações e negações de reconhecimento por parte de particulares e do Estado.

Esta intencionalidade negativa causa muita dificuldade no exercício dos direitos porque possibilita aos agentes da administração o não reconhecimento da existência de povos e comunidades. Como a legislação é esparsa, não concentrada e não constitucionalizada, e pouco conhecida pelos destinatários dos direitos, não tem sido aplicada e os direitos destes povos violados sem cerimônia. Muitas vezes os direitos são considerados inexistentes pelo poder público e pelos particulares.

Mas a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) por si só é suficiente para garantir estes direitos dos povos e comunidades tradicionais, especialmente porque ela é a norma que deve orientar a interpretação das normas nacionais sobre o tema que, por sua vez, deve ser interpretada de acordo com a Constituição federal como veremos. Raramente, porém tem sido aplicada.

A Convenção, que foi publicada como Lei nacional brasileira pelo Decreto Executivo nº 5.051/04, tem sido aplicada para povos indígenas e quilombolas, não sem dificuldades e reticências, mas muitas vezes têm sido ignorada para os demais povos tradicionais, apesar de claramente a eles ser dirigida. Por isto este trabalho tem como objetivo demonstrar que os povos e comunidades tradicionais não indígenas nem quilombolas são destinatários desta Lei Internacional em igualdade de condições. É que os direitos ali consagrados devem ser respeitados para todos os povos e comunidades tradicionais, chamados pela OIT de povos indígenas e tribais

## **2. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O ‘TRABALHO INDÍGENA’.**

A Organização Internacional do Trabalho após a Primeira Guerra Mundial passou a ter preocupação com as populações nativas dos países coloniais, a quem chamou de ‘indígenas’, na acepção de gentes cuja gênese ou nascimento era a do local ou território colonizado. Claro que esta preocupação estava voltada para a África, Ásia e América e todos os naturais destas regiões eram chamados genericamente de indígenas. Estava claro que por indígena, na América, não estavam designados apenas os originários, que estavam aqui quando do início da colonização, mas também os trazidos a força ou enganados por maliciosos contratos de recrutamento. O termo genérico utilizado pela OIT era ‘trabalhadores indígenas’.

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

A preocupação era com o trabalho escravo ou a ele assemelhado, por isso a aprovação da Convenção nº 29, relativa ao trabalho forçado ou obrigatório, de junho de 1930, que entrou em vigor em 1935. O conceito de trabalho forçado ou obrigatório era: “todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de uma pena qualquer e para o qual o indivíduo não se ofereceu voluntariamente” (OIT, 1930). A Convenção deixava claro que esta categoria estava proibida aos trabalhos privados podendo, em casos especiais, haver trabalhos forçados públicos.

Depois da Convenção nº 29 a OIT ainda aprovou três outras Convenções e três Recomendações sobre ‘trabalhadores indígenas’. E, em 1936, numa mesma sessão foi aprovada uma Convenção e uma Recomendação sobre o tema. A Convenção nº 50 que trata do recrutamento de ‘trabalhadores indígenas’, e a Recomendação nº 46, que recomenda aos países que se abstenham de recrutar trabalhadores e desenvolvam formas de oferecimento espontâneo de mão de obra, o que significa o fim do recrutamento forçado e adoção de práticas de convencimento. A Convenção nº 50 estabelecia no artigo 2 que:

“a expressão **trabalhadores indígenas** compreende os trabalhadores que pertencem ou estão assimilados às populações indígenas de territórios dependentes dos Membros da Organização, assim como os trabalhadores que pertencem ou estão assimilados às populações indígenas dependentes dos territórios metropolitanos dos Membros da Organização” (OIT, 1936) (grifos no original)

O tema voltaria em 1939 quando a Convenção entrou em vigor com mais uma recomendação, a de nº 58 para estabelecer a duração máxima dos contratos escritos dos trabalhadores indígenas e ainda mais uma Recomendação, a de nº 59, adotada na mesma sessão que tratava da necessidade dos Países Membros organizarem um serviço de inspeção de trabalho.

Mais duas Convenções tratariam do tema. A convenção nº 64 e a nº 65, adotadas na mesma sessão, 25ª, realizada em 27 de junho de 1939, e que tratavam a primeira sobre os contratos de trabalhos dos ‘trabalhadores indígenas’ e a segunda sobre as sanções penais permitidas e proibidas aos ‘trabalhadores indígenas’<sup>1</sup>.

Estas Convenções e Recomendações estavam voltadas para os territórios dependentes coloniais, mas também às antigas colônias que, transformadas em Estados Nacionais mantinham uma relação de conflito com as populações locais, especialmente

na América Latina. Dito de forma diferente, são um reconhecimento de que os países latino-americanos mantinham um processo colonial interno não só com os povos originários mas com um grande número de outros povos ou comunidades que viviam e sobreviviam à margem da sociedade hegemônica fundada no contrato, na propriedade individual e na produção para o mercado. O esforço da OIT, neste sentido, era resolver essa colonialidade no embalo do pleno emprego proposto pela economia dominante na época<sup>2</sup>.

Na América Latina a palavra indígena acabou sendo adotada apenas para os povos originários, como finalmente em 1957 a própria OIT reconheceria com a Convenção 107. Em 20 de junho de 1910, portanto antes deste movimento da OIT, o Brasil criava o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN – pelo Decreto n.º 8.072, que estabelecia entre suas finalidades exercer vigilância para que os índios não fossem coagidos a prestar serviços a particulares e, admitindo que o trabalho poderia ser contratado livremente, velar para que os contratos fossem cumpridos. Com isto estava estabelecida a chamada tutela que apareceria estranhamente no Código Civil de 1916, chamada de tutela orfanológica, alterada e regulamentada pelo Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928 e, finalmente, estabelecida com caráter autoritário em 1973 pela Lei n.º 6.001 (MARÉS, 1998, p. 92-108). Em 1940 os Estados Americanos por meio de um Tratado criaram o Instituto Indigenista Interamericano, no México, para tratar dos assuntos relativos aos povos indígenas, no sentido de originários, com ancestralidade anterior à colonização, deixando de fora todos os demais<sup>3</sup>.

Diferente disso, os povos indígenas originários e outros povos não integrados diretamente ao sistema econômico de mercado como empregados assalariados<sup>4</sup>, eram uma preocupação da OIT que adotou medidas para atingir o pleno emprego, no começo do século XX, como vimos acima, mantendo uma limitação ao recrutamento e trabalho forçados. Estes povos eram considerados mão de obra disponível que não estavam à procura de emprego, portanto fora do mercado de trabalho, por outro lado, o que não está dito nas múltiplas convenções e recomendações, eram ocupantes de terras chamadas de improdutivas<sup>5</sup> que, por sua vez, deveriam ser também incorporadas à produção de bens e capitais. Está claro que a incorporação das pessoas no mercado de trabalho levaria a incorporação de seus territórios ao mercado de terras o que poderia significar um duplo ganho para o chamado desenvolvimento capitalista. Quem sabe um triplo ganho, porque tenderia a aumentar a demanda de

## Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

produtos industrializados. As áreas ocupadas pelos povos tradicionais, em geral, estavam fora do mercado de terras porque as comunidades não eram, juridicamente, proprietárias, mas meras ocupantes, nos termos das leis civis. Portanto, a inclusão destas comunidades e povos no mercado de trabalho, transformados em indivíduos não proprietários, geraria a desconstituição da comunidade e, em consequência, a perda da área que ocupavam e o aumento de terras disponíveis. Terra e trabalho foi o binômio da exploração colonial que não se alterou no século XX. A modernização destes espaços coloniais haveria de ser feita pela inclusão, assimilação, integração das pessoas, indivíduos integrantes das comunidades, ao mercado de trabalho, como trabalhadores livres, liberando, por outro lado as terras para a exploração capitalista.

Por isto mesmo esta preocupação não era somente voltada à América Latina e aos povos camponeses que mantinham sua autossustentência com forte tradição étnica, mas também para as colônias africanas mantidas pelos países europeus e cuja organização do trabalho era precária e muito próxima à escravidão (NASH, 1976). O conjunto de medidas adotadas pela OIT na primeira metade do século XX não resultou grandes mudanças no espectro colonial, nem nas colônias africanas e asiáticas, nem na colonialidade latino-americana onde os Estados Nacionais independentes continuaram a manter forte colonização aos povos originários e outros formados no processo de exploração escravagista ou mesmo de trabalhadores mais ou menos livres e que tinham a possibilidade de buscar terras, ainda que não proprietárias, para prover seu sustento.

Foi assim que, finalmente, em 1957 a OIT adotou a Convenção nº 107, sobre a “Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, que foi promulgada no Brasil em 1966 pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho, distinguindo dois grupos, os indígenas, ou originários, e os tribais e semitribais, que se constituíram no processo colonizador<sup>6</sup>. No Brasil, alguns anos depois foi sancionada a Lei nº 6.001, em 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, com preocupações parecidas, mas voltada exclusivamente aos povos chamados de indígenas<sup>7</sup>. A partir deste ponto a palavra ‘indígena’ firmou-se na América Latina para designar somente os povos e comunidades que tivessem uma ascendência aos habitantes do continente anteriores a chegada da colonização, tendo como marca o ano de 1492.

A Convenção 107 e a Lei brasileira tinham muitas coisas em comum, especialmente a ideia de que os povos e populações deveriam ser integrados como indivíduos por meio do trabalho assalariado no campo ou na cidade, rompendo com os laços comunitários e identitários. A Convenção era explícita “proteção e integração” e a Lei expressa em vários dispositivos que o objetivo do Estado em relação aos índios é “a sua integração no processo de desenvolvimento”. Esta concepção aplicada desde a época colonial promovia a destruição dos povos tradicionais porque pretendia a integração individual e o rompimento dos laços étnicos, sociais e culturais que formam a argamassa do que se pode chamar de povo ou comunidade ou ainda o vago nome de “populações” como insiste em chamar algumas vezes o legislador brasileiro. O auge dessa política de integração forçada se deu no final da ditadura brasileira, 1978, com a proposta de emancipação dos povos indígenas. Na gramática da ditadura emancipar os indígenas significava retirar-lhes a condição de indígena (ISA, 1978). Este processo não é nada diferente do que se fez durante todo o período colonial e na transição europeia ao capitalismo, liberação das terras e imposição do trabalho individual, com o fim das coletividades. No caso dos indígenas era muito difícil chamar de liberação ou usar a liberdade como argumento para a transformação de sua vida social, intrinsecamente livre, por isso o uso do substantivo ‘emancipação’, que tem o mesmo sentido, mas de mais difícil compreensão.

Essa ideia de liberdade ou emancipação estava no foco da OIT. Tanto que as primeiras regras para a adoção do trabalho indígena se dava em nome da extinção do trabalho forçado ou similar a escravidão. Logo em seguida à edição da Convenção 107/OIT as guerras anticoloniais da África promoveram a libertação de quase todos os países e no final da década de 1970 já eram consideradas inaplicáveis as regras da Convenção naquele continente, porque, teoricamente, os povos chamados de indígenas em territórios coloniais haviam assumido e constituído os Estados Nacionais. É bem verdade que o processo colonial africano foi destruidor das organizações sociais tribais e semitribais, dividindo, destruindo e gerando guerras intestinas e, quando afinal se deram as independências, o peso da destruição foi, e está sendo, tão forte que ainda são sentidas consequências nefastas e de difícil restauração (MEREDITH, 2011).

Por outro lado, enquanto os africanos começavam construir suas independências, os povos indígenas da América iniciavam um decidido esforço de reorganização política para reagir às concepções integracionistas e assimilacionistas das

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

legislações nacionais e das normativas internacionais reclamando a manutenção das etnias, comunidades e territorialidades (MARÉS, 2017).

Ao escrever a Convenção 107 a OIT estava completando o processo colonial destrutivo de todos os povos, grupos, etnias, comunidades, camponeses que ainda insistiam em viver, na maior parte das vezes bem, fora do sistema capitalista, produzindo e provendo suas necessidades e, quem sabe, um excedente para gozar as benfeitorias da sociedade envolvente. Por isso a Convenção era destinada aos Estados Nacionais, para uso e legitimação dos Estados Coloniais Africanos e Nacionais da América Latina, especialmente. Uma espécie de legitimação prévia e edulcorada, da destruição das etnias, encerrando o ciclo iniciado no século XVI denunciado por Bartolomé de Las Casas (LAS CASAS, 1990).

Está claro que para adotar estas medidas a OIT não procedeu a nenhuma consulta aos povos que, na maior parte das vezes, desconheciam seu conteúdo e não sabiam que os Estados Nacionais haviam ratificado tal Convenção. 20 anos depois, porém, os povos indígenas da América passaram a se organizar de forma diferente para enfrentar os Estados Nacionais e para isso tiveram que tomar conhecimento dos sistemas normativos e se depararam com a Convenção 107, entendendo que não bastaria alterar as leis nacionais, mas era necessário se insurgir dispositivos como estes da OIT e reclamar normas internacionais mais claras de proteção. A partir daí, e das organizações que em cada país foi se formando, passaram a enfrentar a discussão sobre seus direitos em cada Estado Nacional e Também no âmbito internacional, reclamando inclusive Declarações de Direitos da OEA e da ONU que acabaram sendo firmadas no século XXI.

Os povos indígenas do Brasil não ficaram fora dessa forte organização latino-americana e participaram de cada passo do movimento. Do ponto de vista nacional era reivindicada, em cada país, a inclusão nas constituições nacionais dos direitos territoriais, sociais e culturais, incluindo o conhecimento sobre a biodiversidade e a ela associado. O momento era apropriado porque em muitos países havia discussão sobre a elaboração de novas constituições democráticas para a superação das ditaduras que assolaram o continente na metade do século, portanto, com os processos constituintes abertos, as organizações indígenas tiveram oportunidade de reivindicar e influir. Internacionalmente as reivindicações se multiplicaram em várias outras frentes,

OIT, ONU, OEA, UNESCO, etc. Na OIT pela revogação da Convenção 107. Na ONU e na OEA pela formalização de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, principalmente, na UNESCO, pelo reconhecimento do patrimônio cultural indígena.

### 3. ALTERAÇÕES NAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS

Até o final do século XX tinha havido pouca participação indígena na formulação das constituições e nas leis dos Estados Nacionais da América Latina, nem mesmo onde os indígenas haviam sido decisivos no processo de transformação, como nos casos do México na revolução que resultou a Constituição de 1917 (MARVÁN LABORDE, 2017) e nas revoluções na Bolívia, que resultaram na Constituição de 1938 (GOTKOVITZ, 2011)<sup>8</sup>. A maior parte dos Estados Nacionais Latino Americanos, porém, omitiam até mesmo a existência dos indígenas nas constituições e na prática política exercida. Os outros povos estavam ainda mais invisibilizados.

As mudanças nas constituições nacionais do final do século XX, porém, foram notáveis, a partir da Constituição Brasileira de 1988 até a Boliviana de 2009. Praticamente todas as constituições do continente reconheceram a existência dos povos e incluíram seus direitos como direitos coletivos de manter a sua vida segundo seus usos, costumes e tradições, que significa sua organização social com estruturas hierárquicas e juridicidade, e os direitos territoriais pertinentes. Não por acaso os povos estiveram presentes acompanhando cada passo o que ocorria, embora em poucos processos participando como constituintes, como na Colômbia. Deve ficar claro que para todos estes países, o conceito de indígena ou originário era o de ter vinculação étnica com os povos existentes antes da colonização e não mais no de “trabalhadores indígenas” do começo do século como a OIT se referia. Portanto, por indígenas as constituições entenderam os povos chamados equivocadamente de ‘índios’.

Poucos países tiveram entre os constituintes representantes indígenas, mas, mesmo assim, os povos se fizeram ouvir e, às vezes, de forma espetacular. Este movimento mudou a concepção de constituição a ponto de a doutrina passar a chamar de “novo constitucionalismo latino-americano”, muitas vezes acompanhado de adjetivos como democrático, transformador, popular, etc. (TÁRREGA, 2016). Juridicamente houve um rompimento com a ordem anterior de integracionismo e assimilacionismo. Do ponto de vista da teoria constitucional, apesar da enorme resistência dos juristas influenciados pelas ideias europeias, foi se criando uma sensação popular de constituições que diretamente interferem na vida nacional, especialmente em relação



Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

aos direitos coletivos dos povos, do meio ambiente, da proteção do patrimônio cultural e dos conhecimentos tradicionais. Os termos e as normas constitucionais passaram a ser objeto de conversas nas rodas populares e nas aldeias, o rígido sistema de exclusividade dos direitos individuais dava lugar ao reconhecimento de direitos coletivos e até mesmo do entendimento de Estados Plurinacionais e Multiétnicos, como no Equador (2007) e Bolívia (2009).

Estes avanços sofreram reações dos setores conservadores muitas vezes alojados nos gabinetes da Administração, da chamada Administração da Justiça representada pelos Tribunais e do Poder Legislativo, em contraposição os movimentos dos povos se mantiveram atentos para pôr em prática os direitos estabelecidos.

Além disso, estas mudanças essenciais do constitucionalismo latino-americano nem sempre vem sendo percebido pelos juristas do continente, viciados na interpretação da lei individual e propriedade privada e com dificuldade de entender o que seja um direito coletivo ou, ainda mais distante, o que seja um sujeito coletivo de direitos. Entretanto, é perfeitamente entendido por outros ramos do conhecimento, pelas ciências sociais e pelos povos que passaram a dar importância às Constituições não pelo que o Estado e as leis possam fazer por eles, mas pela possibilidade de enfraquecer a repressão estatal e lhes estabelecer limites.

Na esfera internacional, ainda no século XX, A OIT aceitou a reivindicação indígena de deslegitimar a velha e integracionista Convenção 107 e aprovou uma nova Convenção em 1989 que levou o número de 169, que, como a anterior, incluiu também os povos não indígenas, que chamou de tribais, repetindo a nomenclatura de 1957. A diferença é que esta Convenção foi escrita de costas para a África, praticamente toda independente, com baixa participação nas discussões e insignificante adesão<sup>9</sup>. Isso comprova que a nova Convenção foi escrita pensando na situação e por reivindicação dos povos da América Latina, apoiados por povos da Europa e da Ásia, principalmente pelo povo Sami, do norte europeu.

#### **4. OS POVOS TRIBAIS NÃO INDÍGENAS E A CONVENÇÃO 169**

Quem lê a Convenção 169 da OIT sem saber que ela foi uma espécie de autocrítica ao integracionismo da Convenção anterior, a 107, que tratava os direitos dos povos como direito a adquirir um trabalho assalariado individual por meio de contrato

ao preço de abandonar a ideia de coletivo e de tribal, não entende porque justamente a Organização Internacional do Trabalho teria que garantir direitos territoriais, culturais, de manutenção de sociedades independentes, auto reconhecidas e com forte autodeterminação, independentes dos sistemas de pleno emprego hegemônicos nos Estados Nacionais modernos. Mas foi exatamente para desfazer a ideia de integração pelo trabalho iniciada no século XX e culminada com a Convenção 107.

De fato, como visto, a Organização Internacional do Trabalho impulsionou regras que tendiam a eliminar os coletivos étnicos e culturais incentivando a negociação trabalhista individual, apostando no chamado pleno emprego. Na concepção da primeira metade do século XX pleno emprego significava nenhum indivíduo sem um contrato de trabalho assalariado. Este integracionismo, na Convenção 107, era dirigido especialmente aos chamados “trabalhadores indígenas” que englobavam todos os nacionais não integrados, tribais, camponeses, quilombolas, etc. Era voltado para tudo aquilo que a modernidade considera não trabalho, como os trabalhos de autossustentação e trabalhos domésticos.

O fato é que a OIT, na Convenção 107, estava preocupada com a inclusão dos homens indígenas, tribais e semitribais individualmente, esquecidas suas vinculações étnicas, culturais e coletivas, como trabalhadores assalariados. O passaporte para o ingresso na modernidade era o contrato de trabalho e o preço era abandonar a comunidade. Neste sentido foram também as reformas agrárias do período: transformar a terra em espaço dos capitais para que os camponeses e indígenas fossem transformados em trabalhadores assalariados e não produzissem de forma coletiva para a autossustentação. Talvez essa tenha sido a grande razão para a separação entre indígenas e tribais ocorrida na Convenção 107. Esta é uma questão muito latino-americana. O colonialismo estabelecido no continente desde o século XVI promoveu a substituição das gentes e da natureza seja para produzir novas e populares mercadorias, como o açúcar, seja para extrair riquezas minerais como o ouro e a prata. Tudo com base no trabalho escravo indígena (no sentido de local) ou estrangeiro, especialmente africano. A vinda de estrangeiros africanos, asiáticos ou europeus em sistema direto de escravidão ou semiescravidão por leoninos contratos, criou novos trabalhadores locais que, na concepção antiga do OIT, também foram chamados de “trabalhadores indígenas” porque eram tão forçados a trabalhar quanto os de ancestralidade anterior à colonização. Por outro lado, a estes novos “trabalhadores indígenas” havia terra abundante, mas proibida, de tal forma que para acessá-la tinham que fazê-lo em grupos

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

e o mais escondidos possível. Isto foi formando novas comunidades como os quilombolas e outros grupos de camponeses que não poucas vezes resistiram à integração das terras e de seu trabalho com guerras camponesas, como Canudos e Contestado.

Os Estados Nacionais latino-americanos começaram a reconhecer direitos aos de ancestralidade pré-existentes, com muita reticência, é verdade, mas se omitiram no reconhecimento dos povos formados no processo colonial, daí ter sido oportuno fazer a diferenciação. Aos de ancestralidade anterior chamavam de índios ou silvícolas<sup>10</sup>, como o fez a Lei brasileira de 1973 e aos demais não chamavam, os considerando na maior parte das vezes ocupantes irregulares ou ilegais de terras públicas, posseiros que deveriam ser retirados à força e integrados na produção capitalista.

A Convenção 169 faz a mesma distinção da 107 entre povos de origem anterior a colonização e povos originados posteriormente à “conquista, colonização ou estabelecimento das fronteiras atuais” em qualquer tempo, mas traz uma substancial diferença. Enquanto a Convenção 107 estabelecia que se aplicava aos “**membros** das populações tribais ou semitribais de países independentes...”, indígenas ou não, a 169 estabelece que se aplica “aos **povos** em países independentes...” (sem grifos nos originais). Portanto, a primeira tratava de pessoas, indivíduos e seus direitos individuais, especialmente contratuais, já que o objetivo era a integração, assimilação por meio do contrato de trabalho. A Segunda trata do direito dos povos, coletividades, comunidades. Portanto trata do direito à manutenção da situação histórica anterior à colonização ou criada enquanto o processo colonial se desenvolvia. A Convenção trata de países independentes e não mais territórios coloniais, embora a colonialidade continue (LANDER, 2000). Isto quer dizer que os processos e políticas coloniais que tentam abolir são aqueles desenvolvidos por Estados em seus próprios territórios e não por metrópoles em suas colônias. Dito de forma diferente, são os direitos das sociedades tradicionais em oposição a ação da sociedade hegemônica, capitalista, no território de um Estado Nacional constituído e independente, membro da Organização Internacional.

Por isso os povos indígenas passaram a reivindicar a revogação da Convenção 107, fortemente trabalhista no sentido de promover a integração pelo contrato de trabalho, para que fosse substituída por uma de predominante proteção aos

direitos coletivos, está claro que foi uma transformação radical. A OIT teve que se debruçar sobre o que isto significaria, deixando de tratar das relações de trabalho integradoras e se preocupando com os direitos coletivos dos povos, inclusive o de não se submeter a regras empregatícias e de manter a vida segundo os chamados usos, costumes e tradições em um território que lhes propicie esta condição.

Apesar das reivindicações terem partido de movimentações indígenas, a OIT manteve o conceito ampliado para além daqueles de ancestralidade anterior a conquista, como, de resto sempre tratou desde seus inícios com o conceito de “trabalhadores indígenas”, separando, agora, como já fizera em 1957, as categorias “indígena” e “tribais”, sem nenhuma diferenciação de direitos. Tanto os indígenas como os tribais têm os mesmos direitos e a ambos se aplica o conjunto da Convenção. A diferença entre um e outro é somente o período da etnogênese, se anterior ou posterior a conquista.

As leis brasileiras evitaram o termo ‘*povos*’ utilizado pela Convenção 169 e trataram todos como populações, comunidades, grupos, etc, acrescentados de tradicionais, ou não. Durante as discussões para a aprovação da Convenção no Senado brasileiro houve a tentativa de retirar os termos ‘*povo*’ e ‘*território*’ pelo temor de afrontar a soberania nacional, mas a emenda não foi aceita<sup>11</sup> (ISA, 2017). O Brasil demorou onze anos para aprovar a Convenção, em boa parte sob o argumento destes dois termos e mais ainda pelo fato da Convenção reconhecer a ‘propriedade’ coletiva das terras indígenas e tribais, o que se alegava ser contraditória com a natureza pública federal das terras indígenas estabelecida na Constituição brasileira. O debate foi muito intenso com a participação ativa de técnicos da OIT que demonstravam ser estes conceito relativos às legislações nacionais pertinentes e em especial a palavra ‘povo’ havia sido esclarecida no corpo da Convenção que não tinha o mesmo significado que adquiria no Direito Internacional, como povos com direitos à autodeterminação de se constituir em Estados. Sendo assim, os termos ‘povos’, ‘território’ e ‘propriedade’, devem ser entendidos nos limites da Constituição brasileira e interpretada não pela ótica do direito internacional e direito civil, mas como categorias de direito público brasileiro, coletivo.

O termo povos tribais utilizado na Convenção 169, diferenciando de povos indígenas deve ser entendido no mesmo sentido que populações, grupos ou comunidades tradicionais não indígenas usadas pelas leis brasileiras. Por isso não cabe nenhuma dúvida que a Convenção 169 da OIT, publicada pelo Decreto nº 5.051, de 19

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

de abril de 2004 se aplica a todos os povos considerados populações e comunidades tradicionais pelas diversas leis brasileiras, sejam indígenas, quilombolas e demais comunidades “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições” (BRASIL, 2004), como define o artigo 6º da Convenção.

## **5. POSIÇÃO HIERÁRQUICA DA CONVENÇÃO 169/OIT NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

A Convenção 169/OIT é um tratado de direitos humanos conforme o entendimento do Direito Internacional, por isso mesmo a violação a seus postulados e garantias podem, e tem sido, discutidos nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, no caso brasileiro e latino-americano, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 5º, § 2º da Constituição brasileira, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos seriam admitidos pelo Brasil com natureza de norma constitucional, estando, portanto no topo da hierarquia legal. Estabelecia o artigo que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Em 2004, porém, por meio da Emenda Constitucional 45, foi acrescentado um 3º parágrafo ao artigo 5º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). Isso significa, contrario senso, que aqueles que não forem aprovados com este qualificado quorum não podem ser equiparado à emenda constitucional e, portanto, não tem a hierarquia da Constituição. É o caso da Convenção 169/OIT.

O Supremo Tribunal Federal tem julgados mais antigos, sempre por maioria, considerando que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos quando ratificados pelo Brasil ingressam no sistema com a hierarquia de Leis Ordinárias, portanto concorrendo com as demais leis na aplicação dos casos concretos, podendo por elas serem revogados. Mais recentemente, porém, em 2008, para dirimir uma

contradição entre a norma nacional e o Pacto da Costa Rica, acentou outro entendimento, por cinco votos a quatro, decidindo que os Tratados de Direitos Humanos teriam que ser considerados submetidos à Constituição, mas estariam acima das normas legais, em um status supralegal, ou, no dizer do Ministro Gilmar Mendes que elaborou o acórdão: “...os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”<sup>12</sup>.

Ocorre que em 1969, portanto 50 anos antes desta discussão no STF, a ONU havia aprovado a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que foi elaborada para reger o cumprimento dos Tratados Internacionais pelos Estados Nacionais. Dado a sua complexidade e o temor de alguns Estados Nacionais de sofrer diminuição em sua soberania, a Convenção somente teve o número de aderentes suficiente para entrar em vigor em 1980. O Brasil aderiu em 2009, um ano depois do acórdão citado, por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro. O artigo 27 estabelece que: “Uma parte (Estado Nacional) não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado” (BRASIL, 2009), qualquer que seja a Lei ou o Tratado. Quando o STF decidiu pela supra legalidade dos Tratados de Direitos Humanos o Brasil ainda não havia aderido e nem promulgada a Convenção de Viena de 1969. Hoje, portanto, com muito maior razão se deve aplicar esta supra legalidade que significa que as Leis Ordinárias ou Complementares não podem ser invocadas para o descumprimento de qualquer Tratado, ainda mais se for de Direitos Humanos. No âmbito internacional sempre se alegou que a partir do momento em que a Convenção de Viena entrou em vigor em 1980 nenhum país poderia mais alegar existência de lei nacional para descumprir Tratado Internacional porque este é um princípio das relações internacionais amistosas e de boa fé.

Essa relação dos Estados Nacionais com os tratados que aderem é complexa e incide na segurança jurídica internacional, para um Estado não cumprir uma Convenção ou Tratado que espontaneamente aderiu tem que denunciá-lo e, em geral, estas denúncias têm protocolos próprios, portanto mesmo antes do Brasil aderir à Convenção de Viena, ao firmar tratados e contratos bilaterais obviamente não poderia alegar normas internas para inadimplir sem denunciar os acordos firmados. Isto tem uma implicação jurídica de hierarquia legal imediata. Um Tratado aderido e firmado pelo Estado Brasileiro não pode ser contrário à sua Constituição, isto significa que a interpretação do Tratado ou Convenção internalizado deve passar pelo filtro constitucional ou auxiliar na própria interpretação da Constituição, que por ela mesma é

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

cogente e aplicável, independentemente de existência de norma infraconstitucional. As duas normas, constitucional e convencional, deve conviver harmonicamente, sem confrontos, assim devem ser aplicadas e interpretadas, uma e outra.

Do ponto de vista jurídico, portanto, a Convenção 169/OIT é norma supralegal brasileira. A sua aplicação não pode ser afastada por nenhum ato legal, seja Lei Complementar, Lei Ordinária, Medida Provisória, Decreto, Portaria, etc. Isto significa que a conduta do Poder Público em especial da Administração Pública não pode deixar de observar os critérios estabelecidos na Convenção 169 sob alegação de que outras leis lhe são incompatíveis. Dito de uma maneira mais clara, os Tratados aos quais o Brasil aderiu não podem ser desconsiderados internamente, muito especialmente se tiver teor de direitos humanos. Significa que o comportamento da Administração Pública e do Estado Brasileiro em relação aos povos indígenas e tribais (povos, populações e comunidades tradicionais) devem ser regidos cuidadosamente pela Convenção 169 da OIT, pelos demais tratados, como a Convenção da Biodiversidade, o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, entre outros. Mas o Tratado específico e que estabelece os direitos e os processos de realização dos direitos é a Convenção 169 de OIT. Ainda, as leis nacionais não podem contradizer as normas da Convenção e por elas deverão ser interpretadas.

## **6. OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS.**

A Convenção 169 reconhece a existência e garante direitos a todos os povos, indígenas, tribais, quilombolas e demais povos ou populações e comunidades tradicionais. Os direitos reconhecidos podem ser agrupados em dois: o de ser e o de estar em sua territorialidade. O **ser** é o direito à existência enquanto grupo, coletivo, comunidade, com sua forma de organização própria, suas hierarquias, cultura, religiosidade, sentimento e misticismo e escolha livre de suas opções futuras. O direito de **estar** é o direito à territorialidade, à terra, ao território. Isso significa o direito de estar em uma terra específica, no lugar onde a natureza influenciou sua cultura e foi por ela modificada em balanço de harmonia. Estes dois grupos de direitos são umbilicalmente ligados, a existência de um depende do outro, por isso um povo desterritorializado usa toda sua força para a reconquista do território e posteriormente para sua manutenção e integridade. Claro que a partir destes dois direitos nascem e se

desenvolvem outros, como o conhecimento associado à biodiversidade, as formas específicas de alimentação, trabalho e provisão das necessidades físicas e culturais, etc. Para garantir estes dois direitos a Convenção 169/OIT estabeleceu dois pressupostos.

O primeiro é a forma de reconhecimento da existência do povo indígena ou tribal. Segundo a Convenção, a qualificação de um povo, população ou comunidade, sempre lembrando que a convenção usa o termo povo, é dado pela consciência que tem de si mesmo: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (BRASIL, 2004), estabelece o artigo 1º, nº 3. Portanto, o reconhecimento do ser, do direito de ser, que é efetivamente a partir do qual florescem todos os outros, tem como pressuposto a autoconsciência do existir coletivo. Isto significa o reconhecimento pela autoidentificação ou auto-atribuição. Aliás seria totalmente impróprio imaginar que o reconhecimento da existência de um povo dependesse de um ato externo ou de identificação técnica ou científica, segundo critérios e cultura de outro povo. Esta discussão está totalmente superada, mas esteve presente no final da década de 70 do século XX, quando os militares no Brasil tentaram introduzir “critérios de indianidade”, renovando a teoria de Lombroso, tentando estabelecer critérios e caracteres físicos para determinar quem seria ou não membro de um povo ou cultura, isto mesmo depois do Estatuto do Índio (Lei 6001/73) consagrar a autoidentificação indígena como critério de reconhecimento de direitos. Portanto, o critério da auto-atribuição é o único capaz de reconhecer o grupo humano titular das normas da Convenção e as demais leis protetoras das populações tradicionais. Aliás a leitura da Convenção deixa isso reafirmado em várias passagens além do explícito artigo 1º, 3.

O direito de ser é direito coletivo, de coletividade, portanto é ela, a coletividade que tem que se declarar como tal e quem dela faz parte, é a consciência de ser coletivo e de ser diferente da sociedade hegemônica e das outras sociedades. Não é um direito individual que se vincula ao titular por fatores concretos, como filiação, contrato ou cidadania. Neste caso o coletivo, povo, população ou comunidade tem que se identificar como tal e identificar seus integrantes que podem ou não aceitar essa condição, é uma questão de consciência, diz a Convenção. É a consciência de existir e não de estar enquadrado no termo da Convenção ou da Lei. A Convenção e a Lei são externas ao povo, por isso, muitas vezes o povo não tem consciência do conceito legal, mas sim de sua existência coletiva. Por isso não se trata de identificação com o



conceito, com o *nomen juris*, mas com sua própria existência. Pode ser que um povo indígena não saiba que a sociedade envolvente ou hegemônica o chame de indígena, mas nem por isso deixa de ser indígena no conceito da Lei. Igual argumento vale para todos os povos, foi a Lei quem lhes deu um nome genérico que eles somente saberão quanto e se tiverem acesso à Lei, que, de resto, é obrigação do poder público fazer conhecer.

Todas as Leis brasileiras que se referem a povos tradicionais adotam a consciência ou autoidentificação como critério de reconhecimento, desde a Lei nº 6001/73, Estatuto do Índio, Lei de Unidades de Conservação Lei nº 9.985/00, Norma relativa às Terras Quilombola Decreto n.º 4.787/03, Política Nacional para Povos e Comunidades Tradicionais Decreto nº 6.040/07, Lei Florestal, Lei nº 12.651/14, Lei de Acesso ao Patrimônio Genético e Proteção aos Conhecimentos Tradicionais, Lei n.º 13.123/15.

O segundo pressuposto para a concretização destes direitos é o que se chama de **consulta prévia e informada**, ou, consulta prévia, livre, informada e de boa-fé. A Convenção estabelece em vários artigos que as medidas administrativas e legislativas dos Estados Membros que possam colidir ou afetar os direitos dos povos tradicionais devem ser precedidos de consulta aos interessados. Mas é no artigo 6º, nº 1, alínea a) que a determinação é explícita: “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (BRASIL, 2004). Esta consulta, esclarece a Convenção, deve ser feita com boa-fé e com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

A discussão do alcance desta consulta e de sua forma específica tem sido objeto de amplos debates nacionais e internacionais com a direta participação dos povos interessados, alguns casos já chegaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em geral a discussão é travada em três pontos, o como deve ser feita a consulta, isto é, o procedimento, a existência da boa-fé no que significa o pleno conhecimento dos povos acerca da medida legislativa ou administrativa e seu alcance e relevância e, finalmente o sentido da palavra consentimento (SILVA, 2017).

Estes dois direitos, de ser e de estar são, portanto, estruturados sobre os dois pressupostos, a autoidentificação e a consulta previa.

## 7. QUEM SE AUTO-IDENTIFICA?

Como descrito acima, a única forma possível de reconhecer um povo tradicional é a consciência que ele mesmo tem de si mesmo, isto é, de ser um grupo diferenciado da sociedade nacional e dos outros grupos existentes. Entretanto, esta consciência não é do nome pelo qual as leis e tratados os chamam. As palavras “indígena” “quilombola” “povos tradicionais” “tribais” são criações ocidentais, modernas, hegemônicas, atribuídas a grupos de comunidades e povos que podem não saber como são chamados pelos outros. É o caso exemplar dos indígenas que se identificam como povo, mas são chamados pelos outros por nomes nem sempre condizentes com sua identificação. Durante muitos anos o povo Panará foi chamado de Krenacore ou Kreen-Akrore, mas este nome era como seus inimigos os chamavam, depreciativamente por isso se rebelaram contra o nome que lhes foi dado (ISA, 2018).

A autoidentificação ou autoconsciência ou auto-atribuição, etc. tem que ser entendida como a consciência de ser um grupo diferenciado, de ver a sociedade hegemônica e os outros grupos como diferentes, como outros. David Kopenawa, o grande pensador Yanomami, sempre se refere aos outros, aos brancos, quando fala de coisas fora do mundo Yanomami, é evidente a consciência de si, como povo, como grupo diferenciado (KOPENAWA; ALBERT, 2015). Isto é muito fácil verificar em relação aos povos indígenas, mas mesmo se for formulada a pergunta “você se auto identifica como indígena?” talvez a resposta seja negativa, embora haja a absoluta consciência de que pertence a um grupo diferente, talvez até não haja a consciência de que sua ancestralidade seja anterior à colonização, porque responderá que sempre esteve ali, simplesmente, pode nem saber quando começou a colonização.

Isso se dá também com os outros povos, os não indígenas. A sua consciência é de que é um grupo humano diferente e que tem que se auto proteger contra os outros, quem quer que seja estes outros, brancos, hegemônicos, Estado, proprietários, outros povos tradicionais, etc. Também é relativamente fácil reconhecer os quilombolas, mas antes de que a sociedade hegemônica os reconheça, eles mesmo tem consciência de que são grupos diferentes, embora possam não ter conhecimento da palavra quilombola, que lhes foi atribuída como categoria genérica. Então se pode dizer, nestes dois casos que não é a consciência de ser indígena ou quilombola que os

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

caracteriza e os fazem sujeitos coletivos dos direitos estabelecidos na Convenção 169, mas a consciência de serem um grupo, povo, segundo a convenção, diferente dos outros. Quem estabelece os nomes categóricos de indígenas e tribais é a Convenção, a Lei, a sociedade hegemônica.

Exatamente a mesma situação é a dos povos que a sociedade hegemônica não chama nem de indígena nem de quilombola, mas que vivem em grupo diferenciado, de forma coletiva, com lógicas internas próprias e com consciência de serem diferentes da sociedade nacional ou hegemônica e de outros grupos, como os indígenas e quilombolas, etc. À pergunta “são vocês um grupo tribal?” provavelmente responderão que não, mas saberão dizer com precisão quem faz parte de seu grupo e dirão simplesmente que são pescadores, seringueiros ou que vivem da coleta de castanha. Não é a palavra tribal que os caracteriza, mas a consciência de ser um grupo, comunidade, com relações solidárias e diferenciadas dos demais, ainda quando não conheçam os demais.

Portanto, a consciência ou auto-atribuição é de ser um grupo diferente dos demais e não do enquadramento que a sociedade hegemônica lhe atribui como categoria. Todos estes povos têm em comum viverem de forma coletiva, com cultura e organização própria, segundo suas tradições, suas leis internas de convivência e de se manterem socialmente agrupados mesmo que mantenham relações com a sociedade hegemônica. A divisão entre indígenas e tribais, quilombolas, faxinalenses ou seringueiros é meramente didática, para entendimento das origens e das necessidades.

A partir disso se pode dizer que há povos que já estavam ou já existiam ancestralmente no continente antes da chegada da colonização europeia, aos quais se dá o nome de indígenas ou originários. Mas há muitos povos que se formaram no processo de colonização com etnogênese própria e especialíssima. O destaque destes povos são os chamados quilombolas ou comunidades remanescentes de quilombos, ligados à rebeldia contra a escravidão, formados durante a escravidão ou não, foram se constituindo em comunidades o mais longe possível da sociedade hegemônica, escravocrata e racista (TÁRREGA; OLIVEIRA, 2017). Tão invisíveis que somente em 1988, quando a Constituição lhes garantiu direitos territoriais, saíram a luz do dia, lentamente, reivindicando sua existência como povo e como território.

Muitos outros também foram se autocriando, organizados pelas mais diferentes razões e com duas formas principais: extrativistas ou camponeses. Ambos somente conseguiram sobreviver graças a forte unidade de grupo e solidariedade interna. Exemplo dos extrativistas, os seringueiros, levados à extração da borracha pela ação do Estado, mas abandonados à própria sorte foram construindo comunidades capazes de lutar pela natureza que lhes dava o sustento e razão de existir. Muitos outros extrativistas se formaram, desde as quebradeiras de coco babaçu, coletoras de mangaba, pescadores artesanais, ribeirinhos, etc. Os camponeses, que se dedicam a plantar e criar também são inúmeros, cada qual com sua forma de organização produtiva e social, sempre coletiva, como os faxinalenses, geraizeiros, fundos de pasto, etc. O Decreto nº 8.750/16 que institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais listou no artigo 4º, § 2º 28 ‘segmentos’ de povos e comunidades tradicionais ou de povos indígenas e tribais<sup>13</sup>. Mas esta lista não é completa e não se sabe quantos mais podem existir, porque há uma enorme variação de nomes de grupos que se parecem muito mas que estão em locais distintos, como a diferença entre beradeiros, que não estão na lista e ribeirinhos, que estão na lista. O nome extrativista pode designar muitos povos que se diferenciam pelo que coletam.

Todos, incluindo indígenas e quilombolas exercem algum tipo de agricultura e algum tipo de extrativismo e coleta, ora dependendo mais das plantações, ora das coisas que a natureza, sempre generosa, oferece. Tomemos o exemplo dos pescadores artesanais, podem ser considerados extrativistas coletores porque tem em sua atividade central e estão organizados para a pesca, mas como povo também plantam e trabalham a terra porque dela também dependem para viver. Isto reforça a ideia de que as divisões e categorias criadas pela Convenção e pela Lei tem apenas o sentido de não deixar nenhum povo fora da proteção jurídica que estabelece, por isso nomes tão genéricos como indígenas, tribais ou populações tradicionais. Todos tem uma relação especial com a terra. No território de cada um está impregnada a cultura que, por sua vez, foi formada a partir da natureza e das condições próprias de vida que o território ofereceu. Todos se formaram e desenvolveram a partir da natureza e com ela, portanto todos a mantêm como fundamento da própria vida. (ALMEIDA, 2006)

Finalmente há os ciganos, grupos que se distinguem destes e da sociedade nacional e que também são tradicionais, incluídos na lista do Decreto. Na América Latina pelo menos três povos ciganos convivem com e nos Estados Nacionais, Rom, Calón e Sinti (MOONEN, 2000).

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

Todos serão povos indígenas ou tribais com os direitos que a Convenção estabelece sempre e quando se identificam e tenham consciência de sua vida coletiva, diferente da sociedade hegemônica.

## **8. A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE, INFORMADA E DE BOA-FÉ**

A consulta prévia, livre, informada e de boa fé é processo exigido pela Convenção 169/OIT para a garantia dos direitos de ser e estar dos povos indígenas e tribais e passou a se constituir, ela mesma, em um dos principais direitos estabelecidos na Convenção. Estabelece o artigo 6º que os Estados Nacionais deverão consultar os povos interessados cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. No mesmo artigo ficou estabelecido que estas consultas deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Está claro que estas consultas são devidas a todos os povos indígenas e tribais ou a todos os povos e comunidades tradicionais, que deve ser prévia, livre e informada. Isto quer dizer que os povos devem dispor de todas as informações e conhecer todas consequências das medidas legislativas e administrativas que poderão ser tomadas, mas mais do que isso, a Convenção exige que a consulta seja realizada com procedimentos apropriados e, particularmente, através das instituições representativas dos povos. O objetivo da consulta é chegar ao consentimento do povo para a atividade determinada pelo ato normativo ou administrativo. Expressamente estabelece a Convenção no artigo 6º, nº 2: “As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (BRASIL, 2004).

Além disso determina que os Estados Nacionais estabeleçam: “os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.” (BRASIL, 2004).

Os povos tradicionais, portanto, é que devem desenvolver e ter iniciativas de instituições próprias para responder às consultas e os Estados Nacionais devem prover os meios e os recursos para esse fim. Este conjunto de preocupações que teve a

Convenção em relação à consulta tem duas pontas claramente visíveis, por um lado a proteção dos direitos dos povos e de suas opções de desenvolvimento e autonomia, quer dizer é o povo que tem que dizer se pretende aceitar alterações em suas condições de vida ou não. Por outro lado, se a consulta é marcada em todas as suas fases pela boa-fé as propostas têm que ser sempre muito bem informadas e os povos têm que ter o tempo necessário para entendê-las corretamente.

As vezes os Estados Nacionais e os empreendedores não entendem o artigo 6º da Convenção e imaginam que a consulta pode se dar com um chefe tribal ou com o órgão estatal de responsável pela proteção dos direitos ou ainda com uma exposição das maravilhas tecnológicas da modernidade. Não se trata disso. Se trata de uma consulta profunda sobre alterações que ocorrerão na vida dos povos. Os povos entenderam este dispositivo melhor do que os Estados. Por isso não aceitaram que os Estados Nacionais formulassem os termos desta consulta em leis ou decretos gerais, mas passaram a defender a ideia de que cada povo deveria descrever como gostaria de ser consultado, em que tempo, em que circunstância e amplitude. Passaram então, cada povo, elaborar o passaram a chamar protocolos de consulta (CEPEDIS, 2018)<sup>14</sup>.

Esta decisão de formular os próprios protocolos de consulta como leis internas a cada povo, cogentes para os Estados Nacionais que desejem consultá-los cumprindo a obrigação da Convenção toma corpo em toda América Latina, tem repercussões profundas nas relações dos povos com os Estados Nacionais. É uma inovadora forma de relacionamento entre povos e Estado. Somada às constituições latino-americanas, esta iniciativa dos povos promovem uma revisão tanto na chamada Teoria do Direito, como na Teoria do Estado na América Latina.

## 9. CONCLUSÃO

Os povos indígenas e tribais são povos e comunidades tradicionais, conforme consta de leis brasileiras, que também podem se chamar de sociedades tradicionais, e que são sociedades com condições sociais, culturais e econômicas que os diferenciam e distinguem da sociedade nacional hegemônica, e que se regem, total ou parcialmente, por seus próprios costumes, tradições, hierarquias e economia interna, mantendo leis de convivência. São reconhecidos por sua autoconsciência de grupo.

Estes povos, embora divididos em indígenas e tribais pela Convenção 169, não têm diferenças de direitos, porque todos têm direitos a existir e a viver em um território determinado onde possam reproduzir-se cultural e economicamente. As

Os povos tribais da Convenção 169 da OIT

diferenças que a Lei brasileira estabelece para os indígenas e os quilombolas e que estão expressas na Constituição federal não minoram os direitos estabelecidos pela Convenção a todos os outros, muito especialmente a autoidentificação e a consulta prévia.

Assim, a questão não é ter um *nomen juris* geral, mas ser um grupo ou comunidade com as características acima definidas, reivindicando os direitos de existir e estar num lugar determinado, ainda quando não saibam que uma lei internacional e cogente ao Estado brasileiro os protege.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Quilombolas, Quebradeiras de Coco Babaçu, Indígenas, Ciganos, Faxinalenses e Ribeirinhos: movimentos sociais e a nova tradição. **Proposta (Rio de Janeiro)**, Rio de Janeiro, v. 29, n.107/108, p. 25-38, 2006.

CEPEDIS, **Observatório de Protocolos de Consulta**. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/>. Acesso em: 20.ago.2018.

GOTKOVITZ, Laura. **La revolución antes de la revolución: luchas indígenas por tierra em Bolívia 1880-1952**. La Paz: Plural. 2011.

ISA. **O golpe da emancipação dos índios**. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=166261>. Acesso em: 20.ago.2018.

ISA. **Panará**. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Panar%C3%A1>. Acesso em: 20.ago.2018.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu: palavras de um xamã Yanomami**. São Paulo: Cia das Letras. 2015.

LANDER, Edgardo (editor). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000.

LAS CASAS, Bartolomeu. **Brevíssima Relação da destruição das Índias**. Tradução de Júlio Henriques. São Paulo: Antígona. 1990.

MARÉS, Carlos. A essência socioambiental do constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Vol 41, nº 1. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v41i1.47551>. Acesso em: 20.ago.2018.

MARÉS. Carlos. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá. 1998.

MARVÁN LABORDE, Ignácio. **Como hicieran la constitución de 1917**. México: Fondo de Cultura Económica. 2017.

MEREDITH, Martin. **The State of África: a history of the continent since independence**. Simon & Schuster: London. 2011.

MOONEN, Frans. **Rom, Cinti e Calon: Os assim chamados ciganos**. Recife: Núcleo de Estudos Ciganos. 2000.

NASH, June, DANDLER, Jorge and HOPKINS, Nicholas S. **Popular Participation in Social Change: Cooperatives, Collectives, and Nationalized Industry**. De Gruyter: Berlin, 1976.

OIT. **Convenio 50: Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas**. Adoptada em la 20ª reunión, 20 de junio de 1936, entrada em vigor en 8 de septiembre de 1939.

QUIJANO, Aníbal. A colonialidade do saber. In LANDER, Edgardo (editor). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000.

SILVA, Liana Amim Lima da. **Consulta prévia como afirmação do direito à livre determinação dos povos tradicionais**. Tese de doutoramento disponível na Biblioteca de Teses da PUCPR. Curitiba: PPGD/PUCPR. 2017.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco et alii (org). **Estados e Povos na América Latina Plural**. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2016.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco, OLIVEIRA, Daniel Gonçalves de. Terra versus território: pensar conflitos sobre territorialidades quilombolas a partir da realidade Kalunga. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**. Vol. 41, N. 2 (2017).

---

Artigo recebido em 20 de setembro de 2018 e aceito em 31 de dezembro de 2018

---

---

<sup>1</sup> Todas estas convenções e recomendações, a exceção da Convenção 29 que continua em vigor, foram derogadas por sessões recentes, as recomendações em 2002 e 2004 e as Convenções em 2018. Todas as Convenções e Recomendações citadas neste texto têm como fonte as páginas web da OIT da ILO, em sua versão em inglês.

<sup>2</sup> O termo colonialidade é utilizado no sentido que usa Aníbal Quijano (Quijano, 2005).

<sup>3</sup> O Brasil aderiu a este tratado em 1943.

<sup>4</sup> Aqueles que não são assalariados nem estão em busca de emprego. Vivem comunitariamente.



<sup>5</sup> As terras dos povos tradicionais não rendem mercadorias reprodutoras de capitais, nem ela mesma pode ser transformada em mercadoria, por estarem fora do mercado de terras, por isso são estranhas ao sistema e consideradas nefastas.

<sup>6</sup> A versão em língua portuguesa desta Convenção tem uma história interessante. Em 1960 houve a sua aprovação em Portugal pelo Decreto- Lei nº 43.281, publicado no Diário Oficial português em 29 de outubro de 1960, em sua versão francesa e uma tradução, que foi a versão adotada pela OIT para a língua portuguesa. No Brasil a Convenção foi ratificada em 1966, com uma tradução que não é a oficial da OIT, trata-se de uma tradução feita no Brasil para valer como Lei interna. As diferenças de traduções não são substanciais, mas guardam um relativo interesse linguístico. A versão portuguesa utiliza a palavra aborígine, a brasileira indígena, a francesa aborigènes, a inglesa indigenous, a alemã eingeborene, mas, apesar das diferenças todos os termos podem ser considerados sinônimos de nativo. Mas isto marca uma mudança de terminologia, porque todos estes termos se referem a pessoas e grupos que descendem de populações que habitavam o país antes da colonização, portanto originários, e não aqueles povos que se constituíram no processo colonizador, que passaram a ser chamados de tribais ou semi-tribais.

<sup>7</sup> Na Lei Brasileira a palavra índio que nada tem a ver com indígena, passou a designar o indivíduo, enquanto a coletividade continuou a ser chamada de indígena. Na Lei 6001/73 a palavra índio é apresentada como sinônimo de silvícola e o termo comunidade indígena como grupo tribal.

<sup>8</sup> Ambos casos as constituições foram escritas com forte influência dos camponeses e indígenas que estiveram em armas durante o processo revolucionário, mas ainda não havia uma unidade indígena reivindicativa continental.

<sup>9</sup> O primeiro, e até o momento único, país africano a ratificar a Convenção foi a pequena República Centro-Africana, que o fez em 2010.

<sup>10</sup> A palavra índio se refere ao erro de Cristóvão Colombo ao imaginar que havia chegado às Índias pelo Ocidente, por isso Índias Ocidentais, e silvícola para amenizar, quem sabe, o termo selvagem.

<sup>11</sup> A ratificação da Convenção não permite aprovação parcial ou com censura, portanto a proposta na realidade era para não ser aprovada a Convenção

<sup>12</sup> RE 349703/ RS - Rio Grande do Sul. Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 03/12/2008.

<sup>13</sup> São eles, sendo o último um conjunto de todos: I - povos indígenas; II - comunidades quilombolas; III - povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; IV - povos ciganos; V - pescadores artesanais; VI – extrativistas; VII - extrativistas costeiros e marinhos; VIII – caiçaras; IX – faxinalenses; X – benzedeiros; XI – ilhéus; XII – raizeiros; XIII – geraizeiros; XIV – caatingueiros; XV – vazanteiros; XVI – veredeiros; XVII - apanhadores de flores sempre vivas; XVIII – pantaneiros; XIX – morroquianos; XX - povo pomerano; XXI - catadores de mangaba; XXII - quebradeiras de coco babaçu; XXIII - retireiros do Araguaia; XXIV - comunidades de fundos e fechos de pasto; XXV – ribeirinhos; XXVI – cipozeiros; XXVII – andirobeiros; XXVIII - caboclos; e XXIX - juventude de povos e comunidades tradicionais.

<sup>14</sup> Os protocolos de consulta e sua repercussão no Direito Estatal é objeto de uma pesquisa em curso pelo Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades tradicionais e sociedade hegemônica, ligado ao Programa de Pós Graduação em Direito da PUCPR.