**GRUPO DE TRABALHO 5: LITÍGIO, ADVOCACY E DIREITOS HUMANOS**

**BREVE PANORAMA SOBRE A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO N. 169 DA OIT POR TRIBUNAIS DA AMÉRICA LATINA EM CASOS ENVOLVENDO COMUNIDADES INDÍGENAS**

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar um breve panorama de casos que envolveram comunidades indígenas em que houve a aplicabilidade da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tendo como base um trabalho de Christian Courtis. Metodologicamente, recorreram-se a fontes bibliográficas primárias, secundárias, documentais e ao método dedutivo. O art. 1º da Convenção n. 169 da OIT trata de quem pode ser considerado povo tribal e indígena, sendo que Yrigoyen Fajardo (2009) trata que o direito internacional identifica os povos indígenas por dois elementos objetivos e um subjetivo, sendo os primeiro feitos históricos e atuais, e o segundo é a autoconsciência da própria identidade, que vincula ambos os feitos. Contudo, existem problemas no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e tribais, que incluem ideias equivocadas de barbárie, selvageria (BELTRÃO *et al.,* 2010), “inferioridade” e “incapacidade” como heranças da colonização dos “irmãos menores” pelos “irmãos maiores” (YRIGOYEN FAJARDO, 2009, p. 05). Findo o colonialismo, se gestou um neocolonialismo interno nos países com matizes distintas na América Latina, que não se refletiu necessariamente em melhoras nas condições dos povos indígenas e tribais dentro dos novos Estados (RÁBAGO DORBECKER, 2014, p. 371). Como consequências de concepções equivocadas sobre os povos indígenas temos a tutela indígena (YRIGOYEN FAJARDO, 2009, p. 05) que cria instrumentos para afastar a capacidade dos povos de controlar o seu destino. Porém, com as crescentes injustiças, insurge-se o protagonismo/ativismo dos povos indígenas em prol dos seus direitos (GARCIA SERRANO, 2011, p. 220), que tem sido uma constante histórica surpreendente (RÁBAGO DORBECKER, 2014, p. 381). Assim, a pauta indígena tem girado entorno do reconhecimento da pluralidade de culturas, cosmovisões indígenas, sensibilidades jurídicas e pluralismo jurídico, ao direito à autonomia, à auto-organização, aos costumes, línguas, crenças e tradições culturais, às terras tradicionalmente ocupadas (BELTRÃO *et al.,* 2010, p. 10), ao direito à consulta prévia, livre e informada (RÁBAGO DORBECKER, 2014; YRIGOYEN FAJARDO, 2009). É importante esclarecer que as cosmovisões indígenas “[...] resumem um vínculo indissolúvel entre as concepções de mundo, a vinculação com a Mãe Terra e com todos os recursos naturais que há nela, sendo uma concepção holística do entorno, que abarca também a dimensão do sagrado” (CRUZ, 2005, p. 2), abrindo espaço para sensibilidades jurídicas diversas, que “[...] traduzem conceito de justiça específico, o sentido de Direito particular a cada cultura, variando conforme o saber local” (ASSIS, 2012, p. 48), expressando assim um pluralismo jurídico com “[...] variedade de conceitos de justiça que convivem (e conflitam) no mesmo território (ASSIS, 2012, p. 48)”. Deste modo, é possível estabelecer uma metodologia para a análise de sistemas jurídicos diferenciados e a tradução intercultural do poder imaginativo de cada sensibilidade jurídica para gerenciar o diferente, objetivando o diálogo que possibilite a compreensão do “outro” e a melhoria da compreensão das culturas e do direito em que se está inserido. Refuta-se, assim, o discurso da hegemonia de produção e regulamentação nas categorias jurídicas estatais, abrindo espaço para que sistemas jurídicos diferenciados possam ser percebidos em sua dignidade de representação e aplicabilidade (ASSIS, 2012). Conforme Yrigoyen Fajardo (2009), as fontes dos direitos indígenas e tribais são: a) a Convenção n. 169 da OIT; b) a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007; c) as Decisões dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos); d) as Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e) as Constituições dos Países da América Latina; f) as Decisões dos Tribunais dos Países. Antes de adentrar nas decisões que envolveram povos indígenas na América Latina, há de se lembrar que seu contexto traz heranças da colonização, transição de regimes autoritários, reformas constitucionais, bem como a valorização dos tratados internacionais de direitos humanos como contrariedade ao passado colonizador e autoritário. Com base nas análises de Christian Courtis (2009), inicia-se com o Caso *Yakye Axa* vs. Paraguai, no qual houve reivindicação de titulação do território ancestral de uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco paraguaio, vivendo em situação de extrema pobreza. Seus territórios ancestrais se encontravam sob a propriedade privada de terceiros. Imputou-se ao Estado a violação dos direitos à vida, à propriedade privada, ao devido processo e à proteção judicial. De acordo com Courtis (2009), a decisão da Corte Interamericana optou pelo alcance do direito de propriedade e de melhoria de condições de vida – e dos direitos à vida e ao devido processo e à proteção judicial usando a Convenção 169 (arts. 13 e 16.4). Vale ressaltar que a mesma interpretação foi usada nos Casos *Sawhoyamaxa* vs. Paraguai e *Saramaka* vs. Suriname. Em termos de tribunais locais, houve o caso da Comunidade *Quera y Aguas Calientes* (Argentina), no qual houve um pedido de usucapião iniciado por uma comunidade indígena, cuja particularidade era a reivindicação de titulação coletiva ou comunitária da terra, em nome da comunidade como sujeito titular – e não de seus membros individuais (Courtis, 2009). O tribunal considerou a ocupação pacífica por mais de vinte anos, como também a posse pré-hispânica de seus territórios. Na Colômbia, de acordo com Courtis (2009), a Sentença SEU-039/97 tratou de um *leading case* continental relacionado à comunidade *U’wa* contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia por caracterizar que os demandados violaram os direitos da comunidade ao não efetuar de maneira completa e séria o processo de consulta prévia à concessão de uma licença da exploração de hidrocarbonetos dentro de seu território. A Corte Constitucional colombiana destacou que não somente os indivíduos membros das comunidades indígenas são sujeitos de direitos, mas que a Constituição reconhece que também o é a comunidade como coletivo. Depois, tratou que os interesses de exploração de recursos naturais para garantir um desenvolvimento sustentável e o direito de conservação da identidade cultural, étnica, econômica e social das comunidades assentadas nos territórios a serem explorados devem ser harmonizados (COURTIS, 2009). Há de se destacar que a Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu a importância de consulta aos povos indígenas. Assim, a Corte afirmou que trata-se de um direito fundamental, já que esse é o mecanismo mediante o qual se assegura a subsistência da comunidade como grupo social, afirmando que a Convenção 169 faz parte do chamado “bloco de constitucionalidade”, requerente de interpretação integrada dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Política e nos demais instrumentos normativos que integram esse bloco. O mesmo entendimento foi aplicado em sentenças locais posteriores (COURTIS, 2009). No Equador, o Tribunal Constitucional lidou com o Caso Arcos vs. *Dirección Regional de Minería*, sendo este um recurso de amparo – iniciado pelo Defensor do Povo, representando os direitos de comunidades indígenas *chachis* e de comunidades afrodescendentes da província de Esmeraldas – dirigida contra uma concessão de mineração, por parte das autoridades governamentais, à uma empresa privada para “prospectar, explorar, aproveitar, beneficiar, fundir, refinar e comercializar minerais” existentes em um terreno situado no território das comunidades. Entre outros agravos, a demanda se funda no descumprimento da obrigação de consulta prévia às comunidades afetadas, invocando-se nesse sentido o artigo 15 da Convenção 169 da OIT (COURTIS, 2009). O Tribunal Constitucional confirmou a sentença de primeira instância e ordenou a suspensão da concessão de mineração impugnada, dando por provado, que a concessão afetaria ambientalmente os centros *chachis* e os povos negros que habitam determinada zona e alteraria substancialmente os seus modos de vida. O tribunal ressaltou que tanto a Constituição como a Convenção 169 da OIT requer a realização de uma consulta prévia (COURTIS, 2009). Outro caso ocorreu na Argentina, com demanda apresentada pelo Defensor do Povo contra o Estado nacional e a Província do Chaco, denunciando a situação de extrema miséria de comunidades da etnia *toba*, habitantes da província. A Corte Suprema de Justiça considerou que as afirmações do Defensor do Povo eram verossímeis e ordenou liminarmente ao Estado (COURTIS, 2009). Na Colômbia, a Sentença T-704/06, o tribunal teve de considerar um pedido de tutela, iniciada pela associação de chefes de uma comunidade indígena em situação de extrema pobreza contra autoridades municipais e nacionais. Conforme Courtis (2009), a comunidade denunciou a omissão das autoridades envolvidas em tornar efetiva a entrega de remessas orçamentárias destinadas à comunidade e correspondentes a um período de quatro anos. Apontou o autor que o tribunal decidiu que o Estado foi obrigado a desenvolver ações positivas para o pleno gozo desses direitos pelas comunidades indígenas, enfatizando a estreita relação entre o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais e o gozo do direito à subsistência e identidade cultural. Isso se traduz na obrigação de dar às comunidades indígenas, em especial àquelas mais desatendidas, os recursos necessários para satisfazer tais direitos (COURTIS, 2009). Na Costa Rica, a Corte Suprema deu decisão positiva a uma comunidade indígena ante um recurso de amparo promovido pela Associação de Desenvolvimento da Reserva Indígena de *Guaymí de Osa*, na qual se denuncia a omissão das autoridades administrativas em prestar colaboração necessária para reparar uma ponte arrasada pelas fortes chuvas naquela região (COURTIS, 2009). A população da Reserva Indígena de *Guaymí* ficou incomunicável por vários dias e foi obrigada a cruzar o rio a nado ou a cavalo. Segundo Courtis (2009), as autoridades não atenderam ao pedido, com a desculpa de que não foi prorrogado o posto de mestre de obras, que era necessário para realizar a reparação solicitada. A Associação alegava a violação, entre outras normas, do artigo 6 da Convenção 169 da OIT (COURTIS, 2009). Na Guatemala, houve o respeito pelas decisões judiciais das comunidades indígenas em matéria de direito penal determinou a suspensão de casos do sistema jurídico estatal quando, sobre a mesma questão, já houver resolução por parte das autoridades comunitárias, por aplicação do princípio *ne bis in idem (*COURTIS, 2009). Na Bolívia, na SentençaConstitucional 295/03, o tribunal teve que atender a um pedido de tutela constitucional interposta por um casal de uma comunidade indígena a quem a comunidade havia imposto – embora ainda não executado – a sanção de expulsão e a ameaça de corte do fornecimento de energia e de água (COURTIS, 2009). Após uma audiência e uma perícia antropológica, o tribunal deu por acolhida as demandas da comunidade. Critica-se o fato de Courtis (2009) não ter feito menção a casos brasileiros emblemáticos. Assim, no Brasil valeria citar por exemplo: a) o caso do PET 3388, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou válidos a portaria e o decreto presidencial que homologaram a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima (BRASIL, 2013); b) O primeiro julgamento em sede de Tribunal do Júri composto inteiramente por membros de uma comunidade indígena a etnia Macuxi, no interior da supracitada reserva (COSTA, 2015); c) Caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil (PAIVA E HEEMANN, 2015), dentre outros. Se conclui que entre entraves e progressos na América Latina, a Convenção n. 169 da OIT é“[...] modelo inspirador de reformas constitucionais e legais em matéria indígena na região” (COURTIS, 2009, p. 56), porém, ainda há muito o que evoluir, tratando-se de um processo lento, complexo e longe de ser finalizado.

**Palavras-Chave:** Convenção n. 169 da OIT, Tribunais na América Latina, Comunidades Indígenas.

**Referências**

BELTRÃO, Jane Felipe; LIBARDI DE SOUZA, Estella; MASTOP-LIMA, Luiza de Nazaré; FERNANDES, Rosani de Fatima. “Povos indígenas, narrativas e possibilidades de diálogo frente ao ‘humanismo’ etnocêntrico” *In* CANCELA, Cristina Donza; MOUTINHO, Laura; SIMÕES, Júlio (Orgs.). *Raça, etnicidade, sexualidade e gênero em perspectiva comparada*. São Paulo, Terceiro Nome, 2014.

BUOB CONCHA, Luis Carlos. “Direito à água: entendendo seus componentes econômico, social e cultural como fatores de desenvolvimento para os povos indígenas”. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 17, dez. 2012, p. 41-61. Disponível em: [www.scielo.br/**sur**](http://www.scielo.br/sur)**.**

COSTA, Emilly. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. 2015. Disponível em:

COURTIS, Christian. “Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina”. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 10, jun. 2009, p. 53-81. Disponível em: [www.scielo.br/**sur**](http://www.scielo.br/sur)**.**

CRUZ, Rodrigo de la. *Descripción de la comprensión corriente del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas como un asunto metodológico, en las actividades relacionadas con pueblos indígenas: significado y desafíos*. United Nations, Departament of Economic and Social Affairs, *mimeo*, 2005.

GARCIA SERRANO, Fernando. “La participación política del movimento indígena ecuatoriano; balance crítico (1990-2007)” *In* CHENAUT, Victoria; GÓMEZ, Magdalena; ORTIZ, Héctor; SIERRA, María Teresa (Coords.). *Justicia y Diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización.* México/Ecuador, Ciesas/Flacso, La Casa Chata, 2011, p. 219-235.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel. “Formación histórica del derecho a la consulta previa, libre e informada y su horizonte de posibilidades en América Latina” *In* LOPES, Ana Maria D’Ávila;

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “De la tutela a los derechos de libre determinación del desarollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación”. *Amazônica – Revista de Antropologia*, v. 1, n. 2, set. 2009, p. 368-405. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/index>.