

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

MARA DARCANHY

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria Creusa De Araújo Borges, Mara Darcanchy, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-051-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Internacional. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

Nos dias 27, 28 e 29 de novembro de 2024, foi realizado o XXXI Congresso Nacional do CONPEDI. Sob a perspectiva do tema geral "Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias", pesquisadores dos programas de pós-graduação em Direito se reuniram em Brasília, Distrito Federal, para socializar suas pesquisas e promover o conhecimento avançado sobre situações concretas as quais exigem possíveis respostas na perspectiva da inovação jurídica. Nesse cenário, o GT DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I objetivou promover a socialização das pesquisas jurídicas, desenvolvidas nos programas de pós-graduação e na graduação no Brasil, com ênfase na internacionalização e com aporte em debate qualificado, coordenado pelos professores doutores Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba); Mara Darcanchy (Centro Universitário Facvest); Vladimir Oliveira da Silveira (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul). Ressalta-se, nesse debate, a configuração de uma agenda de investigação alimentada pelas demandas contemporâneas que emergem das necessidades de proteção internacional das pessoas vulneráveis em contextos de violações de direitos humanos, como é o caso dos impactos das mudanças climáticas e da não proteção do meio ambiente. Evidencia-se, nessa agenda, que os temas clássicos são, também, revisitados com a adoção de novas abordagens teórico-metodológicas e, simultaneamente, novas temáticas emergem, exigindo soluções doutrinárias, jurisprudenciais e normativas.

Evidencia-se, no campo do GT DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I realizado em Brasília/Distrito Federal, a atualização do debate, sintetizando os avanços no campo com a incorporação de uma nova agenda de pesquisa, bem como a problematização de institutos clássicos abordados sob perspectivas interdisciplinares e sob novas lentes metodológicas.

Boa leitura!

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba)

Profa. Dra. Mara Darcanchy (Centro Universitário Facvest)

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)

A CONVENÇÃO 169 SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: SEU STATUS NORMATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DESAFIOS DE SUA EFETIVIDADE

CONVENTION 169 ON INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION: ITS NORMATIVE STATUS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND THE CHALLENGES OF ITS EFFECTIVENESS

Daize Fernanda Wagner ¹

Resumo

O presente artigo objetiva apresentar a posição que a Convenção 169 da OIT ocupa no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, retoma os estudos do direito internacional acerca dos tratados de direitos humanos, seu processo de formação e incorporação no direito interno brasileiro. Seguindo nesse objetivo, apresenta a maneira como o Supremo Tribunal Federal decidiu casos que debateram a posição dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento. Apresenta o conteúdo da Convenção 169 da OIT e relembra sua antecessora, a Convenção 107 da OIT. Apesar do grande avanço que a Convenção 169 da OIT representa, no sentido de assegurar direitos humanos para os indígenas em nosso país, sua efetividade ainda representa um grande desafio para esses povos e para os três poderes que integram a república brasileira. Trata-se de pesquisa que utiliza abordagem qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à técnica de análise de conteúdo, é pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e de obras jurídicas sobre o tema.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Povos indígenas, Convenção 169 da OIT, Efetividade, Tratado de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present the position that ILO Convention 169 addresses in the Brazilian legal system. So that, it reviewed the studies of international law on human rights treaties, their process of formation and incorporation into Brazilian domestic law. Following this goal, it presents the way in which the Federal Supreme Court ruled cases that debated the position of international human rights treaties in our legislation. It presents the content of ILO Convention 169 and recalls its predecessor, ILO Convention 107. Despite the great progress that ILO Convention 169 represents in ensuring human rights for indigenous peoples in our country, its effectiveness still represents a great challenge for these peoples, and for the three powers that make up the Brazilian Republic. This research uses a qualitative approach, based

¹ Professora no Centro de Ciência Jurídica da UFSC e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amapá. Doutora em Direito pela UFMG. E-mai: daize.wagner@ufsc.br.

on bibliographic and documentary research. As for the technique of content analysis, it is theoretical research, which analyzes the contents of legislative texts, jurisprudence, and legal works on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, Indigenous peoples, Ilo convention 169, Effectiveness, Human rights treaty

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir a posição que a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ocupa no ordenamento jurídico brasileiro. A Convenção está em vigor no Brasil há mais de vinte anos e pode ser considerada uma das principais normas jurídicas a reconhecer e assegurar direitos aos povos indígenas em nosso país.

Ela está alinhada à Constituição Federal de 1988 (CF/88) e, junto com esta, assegura de maneira inovadora direitos próprios aos povos indígenas, se comparada com as normas que as antecederam. Todavia, apesar disso, sua aplicação ainda é bastante tímida.

Quando se pensa sua incidência para pessoas indígenas, a exemplo do que ocorre no âmbito de atuação dos tribunais de justiça estaduais que atuam em relação a delitos que possam envolver indígenas, são raras as vezes nas quais a Convenção 169 da OIT é efetivamente aplicada. Da mesma maneira, quando se pensa sua incidência no que se refere aos direitos coletivos dos indígenas. Exemplo disso é o direito à consulta livre, prévia e informada que deve ser realizada aos povos indígenas sempre que possam ser atingidos por alguma medida administrativa ou legislativa. Além de ser bastante incomum sua realização, quando ocorrem, não raro, têm sua profundidade e eficácia amplamente questionadas.

Considerando tal cenário, objetiva-se retomar o debate acerca do status normativo da Convenção 169 da OIT e sua caracterização como tratado internacional de direitos humanos, que foi recepcionado pelo Brasil.

A metodologia utiliza abordagem qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. Este estudo se vincula à vertente jurídico-sociológica, na medida em que se propõe a discutir a efetividade de normas jurídicas, sobretudo da Convenção 169 da OIT. Quanto à técnica de análise de conteúdo, é pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e de obras jurídicas sobre o tema.

2 A CONVENÇÃO 169 DA OIT: TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção 169 da OIT é um tratado internacional de direitos humanos que se aplica aos povos indígenas e outros povos tradicionais, a exemplo dos quilombolas, seringueiros, ribeirinhos, ciganos etc. A própria Convenção 169 da OIT estabelece que se aplica a todos esses povos e comunidades, conforme prescreve seu artigo 1º. Ainda que se reconheça que sua

incidência seja muito mais vasta, aqui se vai tratar apenas de alguns aspectos da Convenção e apenas em convergência com os povos indígenas.

A Convenção se insere no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, num campo que passou a ser identificado como Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este “consiste no conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas” (Ramos, 2018, p. 36).

Esse sistema passou a se fortalecer sobretudo após a II Guerra Mundial, numa tentativa de resposta a suas atrocidades¹. Está fundado, sobretudo, na crença da relativização da soberania dos Estados nacionais em casos de violações de direitos humanos e na crença de que as pessoas devem ter direitos protegidos em âmbito internacional. A ideia é a de que a proteção aos direitos humanos não deve se dar apenas em âmbito nacional, restrita à soberania dos Estados (Piovesan, s.d.; Ramos, 2018).

[A] aceitação da internacionalização dos direitos humanos obriga o Estado a aplicá-los também de acordo com os parâmetros internacionais. De que adiantaria um Estado acatar o “devido processo legal”, a proteção da intimidade, da integridade física, entre outros direitos, se pudesse aplicar tais comandos ao sabor de uma teoria geral nacional? Teríamos, indiretamente, o retrocesso e a implantação de direitos internacionais nacionais. Pelo contrário. Devemos, então, interpretá-los de acordo com uma teoria geral internacional. (Ramos, 2018, p. 14)

Além disso, esse sistema possui um aspecto normativo global, encabeçado pela Organização das Nações Unidas (ONU), caracterizando, então, um sistema normativo global, no qual se insere a Convenção 169 da OIT. Além dele, há também um sistema normativo regional, do qual são exemplo o sistema interamericano, o sistema europeu e o sistema africano de proteção aos direitos humanos.

Eles não são dicotômicos entre si, mas sim complementares, tendo em vista que seu objetivo é assegurar a máxima proteção aos direitos humanos. Tanto o sistema global, quanto o regional, congregam normas de proteção geral, que são aquelas aplicáveis a todas as pessoas indistintamente. Além delas, há ainda as normas de proteção especial, que são aquelas que se dirigem às especificidades de pessoas e grupos, a exemplo de minorias étnicas, das crianças, das mulheres, dos idosos, dos povos indígenas etc. (Piovesan, s.d.; Ramos, 2018).

A natureza jurídica da Convenção 169 da OIT é de tratado internacional. “Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e

¹Ramos apresenta ainda outras motivações que levariam os Estados a se submeterem ao sistema internacional de direitos humanos, como a busca de legitimidade política na arena internacional, num anseio de se distanciarem de seu passado ditatorial e de sistemática violação dos direitos humanos. Para o autor, essa seria uma das possíveis motivações de países com passados ditatoriais, a exemplo do Brasil (Ramos, 2018).

destinado a produzir efeitos jurídicos” (Rezek, 2014, p. 38). Segundo Silva (2010, p. 73), “os tratados são instrumentos jurídicos essenciais para a Sociedade Internacional, por abordarem as matérias mais importantes entre os Estados. [...] Constituem o principal instrumento de cooperação em relações internacionais.” Os tratados são, por excelência, expressão de consenso (Piovesan, 2018). A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados define tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (Brasil, 2009).

Necessário esclarecer que a terminologia adotada não é relevante para caracterizar uma norma de direito internacional como tratado. Isso está explícito na parte final do artigo 2º, item “a”, da Convenção de Viena sobre Tratados. Assim, tanto em consideração à Convenção de Viena, quanto aos autores do campo do direito que tratam do assunto, tem-se que a Convenção 169 da OIT é tratado internacional (OIT, 2021).

Além disso, é de direitos humanos, na medida em que se refere a vários aspectos da vida dos povos indígenas e de outros povos tradicionais. Assegura direitos para que possam viver a vida da maneira que vale a pena, ou seja, para que tenham vida digna – tanto no presente quanto no futuro.

Portanto, com Baldi; Ribeiro (2015) e Silva (2019), afirma-se que a Convenção 169 da OIT é tratado internacional de direitos humanos. No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se manifestou acerca da natureza dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH). Na Opinião Consultiva n. 02, de setembro de 1982, a Corte IDH afirmou que os TIDH são especiais em relação aos demais tratados internacionais. A justificativa para esse entendimento reside no fato de que os TIDH resguardam direitos e garantias das pessoas em face de Estados nacionais e não de Estados entre si.

Ou seja, de regra, os tratados entre Estados servem a uma lógica de vantagens e obrigações recíprocas entre os contratantes. Por outro lado, os TIDH pressupõem uma submissão dos Estados a deveres em relação a todos os seres humanos. Nessa direção afirma a Opinião Consultiva:

[...] os tratados modernos de direitos humanos, em geral, e a Convenção Americana em particular, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, celebrados com base no intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Tem por objeto e finalidade a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, independentemente da sua nacionalidade, tanto perante o seu próprio Estado como perante os demais Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados de direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica dentro da qual, para o bem

comum, assumem diversas obrigações, não em relação a outros Estados, mas às pessoas sob sua jurisdição. [...] (Corte IDH, 1982, p. 8-9, traduzimos)².

Essa natureza especial dos TIDH aparece também na Convenção de Viena sobre Tratados, promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009. O artigo 60, item 5, da Convenção estabelece as regras para que um tratado possa ter sua execução suspensa ou mesmo extinta em razão de seu descumprimento por uma das partes. Todavia, esses dispositivos não têm aplicabilidade em relação aos TIDH, ou seja, o descumprimento das obrigações assumidas por um dos Estados contratantes não autoriza os demais a também descumprir, suspendendo ou extinguindo sua execução.

Na mesma direção também já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Reino Unido contra Irlanda, cuja sentença afirmou, no ano de 1978, que os tratados de direitos humanos, diferentemente de outros tratados, criam obrigações objetivas, que estabelecem direitos às pessoas e não aos Estados.³

Essa natureza diferenciada dos TIDH em relação aos tratados ditos tradicionais também aparece na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), sobretudo no parágrafo terceiro do artigo 5º, que foi introduzido no texto constitucional através da Emenda Constitucional n. 45/2004, e diz que “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).

Essa caracterização da Convenção 169 da OIT como TIDH é importante, pois há algum tempo se estabeleceu um debate jurídico acerca do status normativo dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A depender de seu status, um tratado pode ter sua força normativa potencializada ou mitigada em relação a outras normas do ordenamento jurídico brasileiro.

² Do original: “[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[...]” (Corte IDH, 1982, p. 8-9).

³ Do original: “ 239. However, the Irish Government's argument prompts the Court to clarify the nature of the engagements placed under its supervision. Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a "collective enforcement". By virtue of Article 24 (art. 24), the Convention allows Contracting States to require the observance of those obligations without having to justify an interest deriving, for example, from the fact that a measure they complain of has prejudiced one of their own nationals.” (ECHR, 1978, p. 60).

3 STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A CF/88 foi a primeira a estabelecer que os “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). Este é o texto originário do parágrafo segundo do artigo 5º da CF/88. Daí poderia se depreender que os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo da Convenção 169 da OIT, têm a mesma importância e status que aqueles previstos no próprio texto da constituição. Todavia, não foi dessa maneira que o assunto se desenvolveu, dando ensejo a grandes debates teóricos entre juristas.

Entre estes, alguns efetivamente entendem e defendem que os direitos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos integram e complementam o catálogo dos direitos previstos constitucionalmente. Por consequência, aos direitos previstos nos tratados dever-se-ia estender o mesmo regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (Piovesan, 2018).

Para além desse entendimento, há autores que defendem que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia supraconstitucional, a exemplo de Accioly (2009).

Também há aqueles que entendem que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, ou seja: estão posicionados abaixo da CF/88, mas acima das demais leis. Por fim, há o entendimento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos são equivalentes às leis federais. Essas duas últimas compreensões aparecem em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

A propósito, as decisões do STF acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos têm se modificado bastante ao longo do tempo. Até o ano de 1977, havia o entendimento que consagrava o primado do direito internacional em relação ao direito interno (Brasil, 1977, p. 15). Segundo esse entendimento, uma vez ratificado um tratado internacional, as normas internas com ele incompatíveis não mais poderiam ser aplicadas. Esse entendimento pode ser verificado, entre outras decisões, na Apelação Cível n. 7.872, julgada em 1943, sob a relatoria do Ministro Philadelpho Azevedo, e na Apelação Cível n. 9.587, julgada em 1951, sob a relatoria do Ministro Orozimbo Nonato (Brasil, 2008).

Todavia, em junho de 1977, o STF, ao decidir o Recurso Extraordinário (RE) n. 80.004, acolheu, por maioria, o entendimento de que os tratados se equiparam juridicamente às leis

ordinárias federais.⁴ Por consequência, a eles se aplicaria a regra segundo a qual norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Significa dizer que, se uma lei federal posterior a um tratado internacional ratificado pelo Brasil for em sentido contrário deste, aplicar-se-á a lei federal em detrimento do tratado, a despeito do compromisso internacionalmente assumido pelo país (Brasil, 1977).

Essa decisão foi muito criticada, pois representava um descumprimento da Convenção de Viena sobre os Tratados. Em seu artigo 27, a Convenção estabelece que o Estado-parte não pode invocar o direito interno para descumprir um tratado do qual seja signatário.

Na época, o Ministro Cordeiro Guerra sustentou, em seu voto dissidente no RE 80.004, que a decisão tomada não afastava a possibilidade de o Brasil sofrer as consequências pelo descumprimento do tratado no plano internacional (Brasil, 1977, p. 51).

Todavia, ainda assim, o STF reiterou sua decisão em vários outros julgados, mesmo após a entrada em vigor da CF/88. Exemplo disso foi a decisão tomada, por maioria, no Habeas Corpus (HC) n. 72.131, oriundo do estado do Rio de Janeiro, no ano de 1995⁵.

Até o ano de 1999, há várias outras decisões do STF nas quais sustentou-se o mesmo entendimento: de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil se equiparavam às leis ordinárias federais e, por consequência, a eles aplicava-se o princípio segundo o qual norma posterior revoga norma anterior com ela incompatível⁶. Ou seja, um entendimento em desconformidade com a Convenção de Viena sobre Tratados, artigo 27, e com a CF/88, artigo 5º, inciso II. Essas decisões do STF foram muito criticadas por diferentes juristas. Todavia, tais críticas não foram suficientes para ensejar uma mudança no entendimento majoritário da Corte.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º da CF/88, que estabelece que “[o]s 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). Ao que tudo indica, o objetivo desse acréscimo ao texto da CF/88 era pôr fim à polêmica acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2008, no julgamento do RE n. 466.343, o STF teve oportunidade de rever o tema e decidiu, por maioria, acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes. Este sustentou a

⁴ O RE 80.004 debatia direito cambiário – se um decreto posterior à Lei Uniforme de Genebra (Tratado internacional ratificado pelo Brasil) poderia ser aplicado num conflito envolvendo formalidades necessárias a uma nota promissória (Brasil, 1977).

⁵ O HC 72.131/RJ refere-se a um pedido de prisão civil por dívida.

⁶ Nessa direção, por exemplo, as decisões do STF no RE n. 206.482; no HC n. 76.561, julgado pelo Plenário do STF em 27/05/1998; na ADI n. 1.480-3, julgada em 04/09/1997; e no RE n. 243.613, julgado em 27/04/1999.

necessidade de revisitar criticamente a jurisprudência da Corte sobre o assunto. Em seu voto, o Ministro lembrou as decisões anteriores acerca da temática e, então, afirmou:

[...] É preciso ponderar, no entanto, se no contexto atual em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. [...] Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente (Brasil, 2008, p. 42; 47).

A partir daí, concluiu pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriores à EC 45/2004, aprovados pelo Congresso sem o quórum qualificado estabelecido no parágrafo terceiro do artigo 5º da CF/88 (introduzido pela EC 45/2004)⁷. Ou seja, estariam abaixo da constituição, mas acima das leis ordinárias. Em seu longo e erudito voto, assim considerou o Ministro:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção aos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...] Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada (Brasil, 2008, p. 55-56)

O Ministro se referia ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, esse entendimento passou a ser extensível aos demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC n. 45/2004 e aos posteriores à emenda, desde que sem o quórum estabelecido no parágrafo terceiro do artigo 5º da CF/88.

Nesse julgamento, restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam status constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Interessante mencionar o voto do Ministro Celso de Mello, que modificou seu entendimento a partir deste julgamento. Para tanto, traçou uma longa justificativa acerca do papel do Poder Judiciário e dos juízes para a concretização dos direitos e garantias previstos internacionalmente, “sob pena de se tornarem palavras vãs” (Brasil, 2008, p. 111-112).

⁷ Ao que tudo indica, a primeira vez que o argumento da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos teriam status normativo supralegal foi apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no RHC n. 79.785/RJ. Na época, esse entendimento foi vencido e não prosperou.

Assim, o Ministro Celso de Mello reviu seu posicionamento explicitado em decisões anteriores, nas quais defendia que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil tinham paridade com as leis ordinárias federais. Finaliza por defender que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004 têm status constitucional. Da mesma maneira, os tratados ratificados depois da EC 45/2004 com o quórum especificado no parágrafo terceiro do artigo 5º da CF/88. Os tratados ratificados entre a promulgação da CF/88 e a EC 45/2004 são materialmente constitucionais, pois integram o bloco de constitucionalidade. O bloco de constitucionalidade “é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita em função dos valores e princípios nela consagrados” (Brasil, 2008, p. 133).⁸

Assim fazendo, o Ministro Celso de Mello conclui seu voto dizendo “evoluo” (Brasil, 2008, p. 149). Essa noção de evolução é usada por diferentes Ministros em diferentes decisões do STF, significando que o Ministro ou mesmo a Corte mudou de entendimento e que alterou, então, sua jurisprudência.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes se manifesta novamente para afirmar que os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC 45/2004 têm status supralegal – e não constitucional – pois seu fundamento de validade é a própria CF/88. Ou seja, “eles se incorporam ao nosso direito nos termos da Constituição” (Brasil, 2008, p. 174). Este restou sendo o entendimento vencedor e que passou a ser reproduzido em julgados posteriores do STF e em diferentes decisões de instâncias inferiores.

Ainda no ano de 2008, o tema da hierarquia dos tratados foi debatido novamente pelo STF no julgamento do HC n. 87.585-8. Neste restou vencedor esse mesmo entendimento, que prevalece até o presente momento.

Assim, em síntese, é possível afirmar que as decisões do STF acerca do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos têm oscilado de maneira marcante, cabendo destacar quatro momentos, conforme Quadro 1.

⁸ No julgamento da ADI n. 3.239, em 08/02/2018, que debatia a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que estabelece o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras quilombolas de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88, o Ministro Celso de Mello defendeu, mais uma vez, o status constitucional da Convenção 169 da OIT.

Quadro 1 – Panorama da jurisprudência do STF acerca do status normativo dos TIDH

Referência	Entendimento dominante
Até o ano de 1977, a exemplo da Apelação Cível n. 7.872, julgada em 1943, e da Apelação cível n. 9.587, julgada em 1951	Consagrava o primado do direito internacional sobre o direito interno
RE 80.004, julgado em 1977	Equiparou os tratados internacionais às leis ordinárias federais
HC 72.131, julgado em 1995	Manteve a paridade entre tratados internacionais e leis ordinárias federais, mesmo após a entrada em vigor da CF/88, artigo 5º, § 2º
RE 466.343, julgado em 2008	Conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC n. 45/2004 hierarquia de supralegalidade. Por consequência, assim também aos tratados ratificados posteriormente à emenda, sem observância ao quórum estabelecido no artigo 5º, § 3º, da CF/88. Àqueles cujo quórum de aprovação seguiu este trâmite, dá-se status de emenda constitucional.

Fonte: Brasil, 2008; Piovesan, 2018.

Trazendo o debate para a compreensão do status normativo da Convenção 169 da OIT, é possível afirmar que ela é um tratado internacional sobre direitos humanos dos povos indígenas que, tendo sido ratificada pelo Brasil em 2002, possui, nos termos da jurisprudência dominante do STF, status de supralegalidade: ela está abaixo da CF/88, mas acima de leis ordinárias federais, como é o caso do Estatuto do Índio, Lei n. 6.001 de 1973.

Se se considerar o entendimento defendido por parte dos Ministros do STF, como Celso de Mello, e por autores do direito internacional, a exemplo de Piovesan (s.d.) e Mazzuoli (2009), a Convenção 169 da OIT possui status constitucional, já que ratificada antes da EC 45/2004. De qualquer maneira, resta evidenciado que a Convenção 169 da OIT é tratado internacional de direitos humanos que ostenta status normativo privilegiado em nosso ordenamento.

4 O PROCESSO DE FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE TRATADOS NO BRASIL

No plano nacional, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário tornam-se obrigatórios a partir da ratificação, sem que seja necessário qualquer outro ato legislativo intermediário que assegure a vigência desse tratado internamente. Significa dizer que as pessoas podem invocar diretamente os direitos assegurados internacionalmente pelo tratado e que condutas e atos violadores desses direitos tornam-se proibidos, devendo ser coibidos, sob pena de invalidação.

Além disso, a partir da entrada em vigor do tratado, todas as normas jurídicas preexistentes cujo conteúdo seja incompatível com o tratado perdem automaticamente a

vigência. Da mesma forma, os tribunais e juízes estão obrigados a respeitar o conteúdo do tratado, materializando-o em suas decisões.

Como afirma Ramos (2018, p. 14), “a teoria geral internacional dos direitos humanos não só pode como deve ser utilizada pelos julgadores nacionais, pois o Brasil é obrigado a respeitar o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Por consequência, as decisões judiciais que não tenham observado o conteúdo do tratado são recorríveis⁹ (Piovesan, 2018, p.168).

O processo de incorporação dos tratados foi previsto na CF/88, nos artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII. Para que um tratado internacional produza efeitos sobre a ordem jurídica brasileira é necessário que se conjuguem vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, num processo que tem três fases. Inicialmente, o Poder Executivo vai negociar o tratado em âmbito internacional (ou aderir a um tratado já negociado por outras partes), vai assiná-lo e enviar ao Congresso Nacional (Piovesan; Cruz, 2021).

É o Congresso que tem a competência para decidir de modo definitivo sobre tratados. Caso aprove tal celebração, o faz através da emissão de um decreto legislativo. Após, o Chefe do Poder Executivo ratifica o tratado e notifica os demais Estados-parte através do depósito do instrumento de ratificação no respectivo órgão internacional competente para recebê-lo. No caso da Convenção 169, foi a OIT. Uma vez que o tratado tenha entrado em vigor, é a partir da ratificação que ele passa a ser obrigatório no plano nacional e internacional (Piovesan; Cruz, 2021).

No plano do direito internacional, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece, no item 1 do artigo 2º, que ratificação é o consentimento expresso pelo Estado-parte de que se obriga a cumprir aquele tratado. (Brasil, 2009). No caso da Convenção 169 da OIT, o artigo 38 determina que ela entrará em vigor doze meses após o registro de sua ratificação.

Seguindo esse percurso, a Convenção 169 da OIT foi aprovada, em 1989, por 328 votos favoráveis contra 49 abstenções. O Brasil foi um dos países que se absteve. A vigência internacional da Convenção iniciou-se em 5 de setembro de 1991, doze meses após o registro da segunda ratificação, realizada pelo México (Ramos; Abramo, 2011).

O Brasil, por seu turno, aprovou o citado tratado por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e o ratificou perante a OIT no dia 25 de julho de 2002. Desse

⁹ Segundo o artigo 105, inciso III, alínea “a”, compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgar, em recurso especial, as decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais que tenham contrariado ou negado vigência a tratados (BRASIL, 1988).

modo, em conformidade com o item 3, do artigo 38, a Convenção n. 169 apenas entrou em vigor no território nacional a partir do dia 25 de julho de 2003 (Ramos; Abramo, 2011).

Ela foi promulgada através do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Posteriormente, em novembro de 2019, este Decreto foi revogado pelo Decreto Presidencial n. 10.088, que consolidou vários atos normativos oriundos da OIT que haviam sido ratificados pelo Brasil, dentre os quais está a Convenção 169 da OIT (Brasil, 2019).

Esse processo de consolidação de atos normativos é a reunião de diferentes atos normativos que tratem de um mesmo assunto numa única norma. Os atos normativos que foram reunidos são revogados e substituídos pela norma única. A consolidação não altera o alcance e nem interrompe a força normativa das normas que foram reunidas. (Brasil, 1998).

Assim, para que se tenha melhor compreensão do que a aprovação da Convenção 169 representou, importante tratar, ainda que brevemente, da Convenção 107 da OIT, que lhe antecedeu e que é fruto de outro momento histórico e de outra compreensão acerca dos povos originários.

5 A CONVENÇÃO 107 DA OIT: ANTECESSORA DA CONVENÇÃO 169

A Convenção 107 da OIT foi a primeira a abordar os direitos dos povos indígenas de maneira mais ampla. Provavelmente, este tenha sido seu maior mérito, além do fato de ter sido ela a primeira norma de direito internacional a oferecer um status aos povos indígenas e tribais em países independentes (Figuerola, 2009).

A OIT, desde sua criação em 1919, demonstrou preocupação com os indígenas, na medida em que eram mão de obra disponível e explorada nos países colonizados. Ou seja, a motivação para que a OIT se ocupasse dos indígenas estava fundada em reflexões econômicas. Em grande parte dos Estados integrantes da OIT, sobretudo aqueles com passado colonial, os povos indígenas representaram um contingente numericamente elevado da força de trabalho (Kayser, 2010).

No ano de 1921, a OIT conduziu estudos acerca da situação dos trabalhadores indígenas e, em 1926, seu Conselho de Administração criou um Comitê de Especialistas em Trabalho Nativo, cujo objetivo era formular padrões internacionais para a proteção dos trabalhadores indígenas. Seu trabalho serviu de base para várias convenções, a exemplo da Convenção n. 29 sobre o Trabalho Forçado, aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1930 (OIT, 1988). Embora tenha demonstrado tal preocupação, foi somente com a

Convenção 107 que a OIT apresentou um regramento mais amplo acerca dos direitos dos indígenas.

A Convenção n. 107 Concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e de Outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes era composta por 38 artigos, divididos em 8 partes, que dão uma ideia da amplitude dos aspectos regradados: I – princípios gerais; II – terras; III – recrutamento e condições de emprego; IV – formação profissional, artesanato e indústrias rurais; V – segurança social e saúde; VI – educação e meios de informação; VII – administração; e VIII – disposições gerais. A Convenção 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 (Brasil, 1966).

A denominação da Convenção já elucida seu propósito de proteger e integrar os indígenas. Seus considerandos iniciais também deixam claro seu objetivo de contribuir para a gradual integração das populações indígenas em suas respectivas sociedades nacionais. Segundo o documento, então, essa seria uma maneira de melhorar suas condições de vida e de trabalho e, assim, superar os fatores que os mantiveram à margem do progresso ou, nas palavras da própria convenção, em “estágio menos adiantado” (Brasil, 1966).

Tal pretensão integracionista está estampada ao longo de toda a Convenção 107 e deixa clara a compreensão então vigente – de que os indígenas estavam em estágio primitivo e atrasado de desenvolvimento e que, à medida que fossem incorporados à respectiva sociedade nacional, iriam evoluir e abandonar seu modo próprio de viver.

A Convenção 107 referia as populações indígenas e outras populações tribais e semitribais. Segundo seu texto, seriam semitribais os grupos ou pessoas que estariam próximos de perder suas características tribais, mas que ainda não estivessem totalmente integrados à sociedade nacional. Aqui também fica evidente o objetivo integracionista então vigente.

A atuação paternalista em relação aos indígenas, que os enxergava de maneira inferior e infantilizada, fez com que a Convenção 107 sofresse sérias críticas, cada vez mais contundentes, até a necessidade de sua revisão.

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” (Ramos; Abramo, 2011, p. 6).

Após 30 anos de vigência, já no final da década de 1980, a Convenção 107 estava evidentemente anacrônica (Figueroa, 2009). A OIT reconheceu que a Convenção 107 já não estava de acordo com os desenvolvimentos do direito internacional. Além disso, não atendia às demandas dos povos indígenas de serem respeitadas suas próprias instituições e de terem o controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural (OIT, 1988).

A partir das demandas dos povos indígenas e da recomendação de uma Comissão de Peritos nomeados pela OIT para analisar a situação, a OIT optou por realizar a revisão parcial da Convenção 107, resguardando tanto quanto possível sua estrutura original (OIT, 2021, p. 7). Por consequência, a revisão resultou na Convenção 169 da OIT, que modificou sua antecessora em quase todas as partes essenciais (Kayser, 2010). A Convenção 169 consagrou o direito de os povos indígenas manterem sua cultura e, assim, seu direito à diferença.

6 O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Convenção 169 Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, foi adotada na 76ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 27/06/1989, em Genebra. Ela 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.

Desde que foi adotada, a Convenção tem servido de referência para que outros organismos internacionais, a exemplo dos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), interpretem seus próprios instrumentos de proteção aos direitos humanos, sempre que direcionados aos povos indígenas (Figueroa, 2009).

A Convenção 169 da OIT passou a representar a conquista de vários direitos coletivos aos povos indígenas, a exemplo do direito de participação, consulta e consentimento prévio, livre e esclarecido, direito à livre determinação e direito ao autorreconhecimento ou autoidentificação (Silva, 2019).

Na mesma direção aponta Yrigoyen Fajardo (2013) que, a partir do desenvolvimento do direito internacional, destaca pelo menos quatro tipos de direitos relacionados aos poderes que os povos indígenas têm para tomar decisões acerca de assuntos que lhes dizem respeito. Todos

esses direitos encontram na Convenção 169 da OIT a origem de seu reconhecimento internacional.

Segundo a autora, o primeiro deles é a possibilidade de decidir autonomamente ou de livremente determinar o seu modelo de desenvolvimento. Esse direito foi estabelecido inicialmente no artigo 7.1 da Convenção 169 da OIT e posteriormente foi fortalecido pela Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 3º (Yrigoyen Fajardo, 2013).

Os demais direitos referem-se às maneiras dos povos indígenas se relacionarem com o Estado: participação em todos os ciclos das políticas públicas; consulta prévia em relação a medidas legislativas ou administrativas que possam lhes atingir; consentimento livre, prévio e informado quando seus direitos possam ser colocados em risco (Yrigoyen Fajardo, 2013).

Por fim, o direito ao consentimento livre, prévio e informado é um direito específico, também estabelecido na Convenção 169 da OIT, que constitui um requisito adicional ao exercício de outros direitos, como a participação ou a consulta prévia, para que o Estado possa tomar uma decisão em matérias que possam afetar direitos fundamentais dos povos indígenas (Yrigoyen Fajardo, 2013).¹⁰

Os direitos coletivos dos povos indígenas são os que mais se destacam e que mais ganharam visibilidade a partir da Convenção 169 da OIT. Todavia, para além deles, há também direitos que se aplicam às pessoas integrantes dos povos indígenas, ou seja, aos indígenas considerados individualmente, a exemplo dos artigos 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Convenção 169 da OIT.

A Convenção 169 da OIT trouxe grandes mudanças também quanto ao tratamento penal aos indígenas no âmbito do direito internacional. Dentre os direitos estabelecidos aos indígenas frente ao sistema de justiça criminal estatal destacam-se o direito a intérprete (artigo 12), o dever de as autoridades judiciárias considerarem os costumes e as características culturais dos povos indígenas em matéria penal, bem como seus direitos consuetudinários (artigos 8.1, 9.2 e 10.1), a preferência pela aplicação de penas não privativas de liberdade (artigo 10.2).

¹⁰ Nesse ponto, a autora faz a diferenciação entre o consentimento como “finalidade” de um processo de consulta e o consentimento como “requisito” para que o Estado tome uma decisão. Segundo ela, o “consentimento como objetivo do processo de consulta significa que o Estado deve organizar os procedimentos de forma que visem obter o consentimento ou o acordo. No entanto, se mesmo com tais procedimentos de boa fé, tal consentimento ou acordo não for alcançado, a consulta permanece válida e o Estado tem o poder de decidir. Por outro lado, existem outras situações em que o consentimento não é apenas o horizonte ou a finalidade de um procedimento, mas sim um requisito para que o Estado tome uma decisão. É o caso de situações previstas em lei [como em remoções dos povos de suas terras] e outras em que os direitos fundamentais dos povos, como a integridade ou a subsistência, podem ser postos em risco, conforme estabelecido pela jurisprudência do Sistema Interamericano.” (Yrigoyen Fajardo, 2013, p. 241).

A partir da ratificação da Convenção 169 da OIT, sua observância tornou-se obrigatória e, assim, qualquer norma inferior que com ela seja incompatível deve ser objeto de controle de convencionalidade.

Todas as normas que estão abaixo da CF/88 devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual “Estado Constitucional e Humanista de Direito”, passar por dois níveis de aprovação: a CF/88 e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A esse procedimento dá-se o nome de controle de convencionalidade (Mazzuoli, 2009, p. 115).

Uma norma jurídica que não esteja de acordo com um tratado internacional ratificado pelo Brasil até pode ser considerada vigente, na medida em que seja compatível com aspectos formais de sua elaboração/produção. Todavia, não poderá ser considerada válida, pois não passará imune a um dos dois limites verticais materiais existentes – a CF/88 e os tratados internacionais em vigor no plano interno. Portanto, uma norma jurídica de direito interno que não esteja compatível com um tratado de direito ratificado pelo Brasil será considerada inválida (Mazzuoli, 2009)¹¹. Portanto, tal procedimento deve ser aplicado também em relação à Convenção 169 da OIT.

7 DESAFIOS À EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Convenção 169 da OIT ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Existem mecanismos para assegurar sua aplicação, a exemplo do controle de convencionalidade a cargo dos integrantes do Poder Judiciário. Ela está há mais de vinte anos em vigor em nosso país. A despeito disso tudo, sua efetividade ainda padece e representa um grande desafio.

Uma das razões possíveis pode ter relação com o fato de as normas de direito internacional, sobretudo as de direitos humanos, não serem incorporadas de maneira automática no âmbito interno. Muito além de todo o procedimento formal para que a norma ingresse e entre em vigência no direito interno, há um papel importante que é desempenhado por diferentes atores sociais, políticos e jurídicos, que vão contribuir de maneira ativa para que as normas internacionais tenham aplicação no plano interno. Nesse sentido, para Abramovich (2009):

¹¹ Vários autores distinguem duas dimensões de regularidade ou legitimidade de uma norma jurídica. Uma, a que chamam vigência ou existência, tem relação com a forma dos atos normativos e depende da conformidade ou correspondência com aspectos formais sobre sua formação/elaboração, como por exemplo, ter sido publicada na imprensa oficial e ter cumprido o período de *vacatio legis*. A outra, a que chamam validade, diz respeito a adequação da norma jurídica à Constituição ou aos tratados internacionais de direito ratificados pelo governo brasileiro. Aqui, o critério tem relação com o significado ou conteúdo da norma, que deve ser compatível com a CF/88 e com os tratados internacionais ratificados pelo país. Assim, dentre outros, Mazzuoli (2009), Ferrajoli (1999); Gomes (2008); Gomes; Vigo (2008).

[...] essas normas internacionais se incorporam no âmbito nacional pela ação dos Congressos, governos, sistemas de justiça e também com a participação ativa de organizações sociais que promovem, demandam e coordenam essa aplicação nacional com as diversas instâncias do Estado. A aplicação de normas internacionais no âmbito nacional não é um ato mecânico, mas um processo que envolve também diferentes tipos de participação e deliberação democrática e inclui uma ampla margem para a releitura ou reinterpretação dos princípios e normas internacionais em função de cada contexto nacional. (Aramovich, 2009, p. 25)

No caso específico da Convenção 169 da OIT, pode-se citar como exemplo dessa mobilização que objetiva pôr em marcha a aplicação da norma internacional em âmbito interno, a atuação dos povos indígenas. Eles têm agido em várias frentes – através de suas lideranças e organizações, a exemplo da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

Assim, têm se manifestado e exigido o cumprimento da consulta através de procedimentos adequados e por meio de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

O direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado é considerado pedra angular da Convenção 169 (Glass, 2019). Para assegurar sua efetividade, então, vários povos indígenas têm elaborado documentos com orientações claras ao Estado e aos não-índios acerca da maneira pela qual devem ser consultados: são os Protocolos de Consulta Prévia, Livre e Informada. O povo Wajãpi, no estado do Amapá, foi o primeiro a elaborar seu Protocolo, em agosto de 2014 (IEPE, s.d.). Depois dele, vários outros foram sendo elaborados e adotados¹², demonstrando justamente a importância da mobilização dos atores sociais, jurídicos e políticos na aplicação da norma de direito internacional no direito interno.

No que se refere a efetividade da norma internacional de direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário, o papel dos magistrados desponta, sobretudo através do controle de convencionalidade que podem e devem realizar a cada caso concreto a que são chamados a julgar. Para além disso, são relevantes as resoluções que têm sido expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Resolução n. 287/2019 estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Essa resolução é acompanhada por um Manual que pretende orientar sua aplicação aos magistrados e servidores públicos que integram o Poder Judiciário. Há ainda a Resolução n. 453/2022, que instituiu o Fórum Nacional

¹² Exemplo da aplicação dos Protocolos e, portanto, de sua força vinculante pode ser observado na decisão do TRF da Primeira Região na Apelação Cível n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA, que reconheceu o dever do estado do Pará de consultar o Povo Juruna previamente e suspendeu o procedimento de licenciamento ambiental de empreendimento da Mineradora Belo Sun (BRASIL, 2017).

do Poder Judiciário para monitoramento e efetividade das demandas relacionadas aos Povos Indígenas (FONEPI), que tem o objetivo de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento do sistema judicial quanto ao tema. Por fim, a Resolução n. 454/2022 estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas.

Tais resoluções são importantes iniciativas do CNJ, órgão de cúpula do Poder Judiciário, no sentido de assegurar que a Convenção 169 da OIT seja efetivada. Todavia, o que se observa nas práticas dos integrantes dos três poderes da República, é que há grande resistência em assegurar a efetividade da Convenção 169 da OIT. Muitos são os interesses que com ela conflitam e, assim, fragilizam os direitos que ela visa assegurar aos povos indígenas. Exemplo disso é o interminável debate em torno do chamado marco temporal, que objetiva restringir os direitos territoriais dos povos indígenas e que não encontra guarida no texto constitucional e nem na normativa internacional de direitos humanos direcionada aos indígenas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção 169 da OIT é o mais importante tratado internacional de direitos humanos para os povos indígenas, vigente há mais de vinte anos em nosso país. Todavia, desde sua aprovação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro tem enfrentado inúmeras e variadas resistências.

Por um lado, tem-se a clareza de seu status normativo: no mínimo, tendo por parâmetro a decisão majoritária do STF, é norma supralegal. Ou seja, tem prevalência em relação a outras normas que tratam de aspectos da vida dos povos indígenas, a exemplo do vetusto Estatuto do Índio.

Apesar disso, não se reflete na atuação dos Poderes que integram a República brasileira em sua plenitude. A Convenção 169 da OIT ainda é pouco mencionada em decisões judiciais em tribunais de justiça estaduais, que têm competência para julgar a maioria dos casos criminais envolvendo indígenas individualmente. Por consequência, o direito à diferença dos indígenas no sistema de justiça criminal também não é adequadamente reconhecido e resguardado.

Da mesma maneira, quando se observam medidas administrativas ou legislativas que podem atingir povos indígenas, observa-se que os processos de consulta livre, prévia e informada que deveriam ocorrer quase nunca ocorrem. Por outro lado, quando ocorrem, como no caso da construção da Hidrelétrica Belo Monte, são amplamente criticados por não

assegurarem verdadeiramente o direito à consulta livre, prévia e informada tal como estabelecido pela Convenção 169 da OIT.

Por fim, várias medidas legislativas, a exemplo do PL 490, pretendem limitar direitos territoriais assegurados aos indígenas pela CF/88 também passam ao largo do que determina a Convenção 169 da OIT. Nesse cenário, resta aos indígenas seguir em suas mobilizações, lutando para que a Convenção 169 da OIT seja efetivamente assegurada. Os desafios são cotidianos e gigantescos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto. **Tratado de direito internacional público**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ABRAMOVICH, Víctor. **Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 maio 2020.

BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação de retrocesso social. **Revista Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58824.html#:~:text=Conven%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%B4bre%20a%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20a,e%20Semitribais%20de%20Pa%C3%ADses%20Independentes. Acesso em: 27 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004, julgado em 01 jun. 1977. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105783/false>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-1, julgado em 23 de nov. 1995. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97253/false> Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.530, julgado em 16 dez. 1999. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778357>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343, julgado em 03 dez. 2008. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em 14 set. 2021.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva n. 2, de 24 de setembro de 1982**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

ECHR. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Ireland v. the United Kingdom**. Judgement of 18 January 1978 (Nº 91). HUDOC - Human Rights Documentation. Disponível em: https://www.cvce.eu/en/obj/judgement_of_the_european_court_of_human_rights_ireland_v_the_united_kingdom_18_january_1978-en-e07eaf5f-6d09-4207-8822-0add3176f8e6.html. Acesso em 26 ago. 2021.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009, p. 13-48.

GLASS, Verena et al. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

IEPÉ – INSTITUTO DE PESQUISA E FORMAÇÃO INDÍGENA. Documentário sobre o Protocolo de Consulta Wajãpi é lançado em Macapá. Disponível em: https://institutoiepe.org.br/2019/04/video-sobre-o-protocolo-de-consulta-wajapi-e-lancado-em-macap%C3%A1/?gclid=CjwKCAjwloCSBhAeEiwA3hVo_Wv_vg6mx_ZzlBf7qiKiCyOlXq8cOYYxqjEsbooIgFCxFbTKldgXxxoCEZUQAvD_BwE. Acesso em 27 mar. 2022.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Dia do Índio: Entenda a importância da Convenção N. 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais. 19 abr. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_781508/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (N. 107). Volume VI, 1988. Disponível em: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?docid=alma992532493402676&context=L&vid=41ILO_INST:41ILO_V1&lang=en&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=Everything. Acesso em: 20 ago. 2024.

PIOVESAN, Flavia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em 24 ago. 2021.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flavia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de Direitos Humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Christian; ABRAMO, Laís. Introdução. In: **ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). In: GRASS, Verena et al. (Org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019, p. 47-107.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: autonomía, participación, consulta y consentimiento. **Justiça & Democracia – Revista de la Academia de la Magistratura**, n. 11/2013, p. 233-246. Disponível em: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/191>. Acesso em: 01 fev. 2022.