

3 A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O PLURALISMO JURÍDICO

José Augusto Segundo Neto

Juiz do Trabalho do TRT da Sexta Região. Especialista em Decisão Jurídica pela UFPE. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

INTRODUÇÃO

A regulação dos direitos dos povos indígenas e tribais surge na agenda internacional em fins do século XIX. Em que pese inexistir um mandado específico em relação aos povos indígenas, o fato de a OIT ter adotado convenções que não se limitam a temas laborais possui razões históricas.

Enquanto que a preocupação central da Sociedade das Nações era esclarecer as normas vigentes entre os Estados e manter o *status quo* internacional a fim de salvaguardar a Paz, a problemática indígena não passou despercebida da OIT, organismo internacional que procura fomentar a justiça social, fazendo viva a disposição preambular de sua constituição “*a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social*”.

A QUESTÃO INDÍGENA E A OIT

Historia José Manuel Lastra (2008) que em 1921 a OIT efetuou estudos para analisar as condições em que sobrevivem as populações indígenas. Esta organização, em 1926 por meio do Conselho de Administração instituiu uma Comissão de Expertos em Trabalho Indígena, cujo objetivo era formular normas internacionais dirigidas a estes trabalhadores. Os frutos dos esforços realizados por esta Comissão, intituíram as bases para elaborar a Convenção nº 29 sobre o trabalho forçado, em 1930. Posteriormente surgiu em 1936, a Convenção nº 50, acerca do recrutamento dos trabalhadores indígenas e, mais adiante, em 1939 foi firmada a Convenção nº 64, relativa à regulamentação dos contratos escritos de trabalho dos trabalhadores indígenas, tempos depois, em 1947, foi elaborada a Convenção nº 86, referente à duração máxima dos contratos de trabalho dos trabalhadores indígenas. Com a experiência obtida, a OIT insistiu no tema da nova conta para o ano de 1955, ao expedir, na Trigésima Oitava Reunião, a Convenção nº 104, dirigida à abolição das sanções penais por incumprimento do contrato de trabalho por parte dos trabalhadores indígenas.

Na busca da promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas, a OIT celebrou tratado que definem os direitos exclusivamente laborais dos trabalhadores indígenas e os relacionados com direitos coletivos – não só laborais, representados pelas Convenções nº 107 e nº 169.

A Convenção nº 107 caracterizava-se por indicar uma política indigenista de integração nacional (monocultural), ou seja, considerava os povos indígenas como transitórios, pois os Estados tinham por obrigação sua integração à cultura nacional. (MOLINA, 2014, p. 328).

Na conferência nº 76, de 27 de junho de 1989, com 328 votos a favor, um contra e 49 abstenções, foi aprovado o texto da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais que, junto com a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas,

constitui um dos corpos legais fundamentais do Direito Internacional indígena. (MOLINA 2014, p. 329)

Para Virginia Leary (1999)¹,

A Convenção nº 169 da OIT é uma Convenção de trabalho internacional atípica porque difere de outras convenções da OIT no seguinte: (1) sua temática e (2) a participação (apesar de limitada) em sua redação de atores não governamentais que não fossem organizações de trabalhadores ou empregadores (é dizer, as organizações indígenas). O alcance dos programas de assistência técnica da OIT em apoio ao Convenio também é um aspecto excepcional dentro da Organização.

Com a transição da Convenção nº 107 para a Convenção nº 169, abandonou-se a teoria integracionista e paternalista passando-se a reconhecer as culturas e as visões de mundo desses povos assim como sua plena participação nos processos decisórios e de outros fatores que lhes dizem respeito de modo a se garantir o direito a determinar suas próprias prioridades. (PIPER, 2001, p 14-15).

CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

Além do preâmbulo, resumindo as considerações mais importantes que estiveram presentes quando de sua elaboração, a

¹ “(...) el Convenio No. 169 de la OIT es un convenio de trabajo internacional atípico porque difiere de otros convenios de la OIT en lo siguiente: (1) su temática y (2) la participación (aunque limitada) en su redacción de actores no gubernamentales que no fueran organizaciones de trabajadores o empleadores (es decir, las organizaciones indígenas). El alcance de los programas de asistencia técnica de la OIT en apoyo al Convenio también es un aspecto excepcional dentro de la Organización”.

estrutura da Convenção nº 169 da OIT se integram por oito partes de conteúdo e duas de disposições gerais e finais: I. Política geral (arts. 1º - 12); II. Terra (arts. 13-19); III. Contratação e condições de emprego (arts. 20); IV. Formação profissional, artesanaria e indústrias rurais (arts. 21-23); V. Segurança social e saúde (arts. 24-25); VI. Educação e meios de comunicação (arts. 26- 31); VII. Contatos e cooperação através das fronteiras (art. 32); VIII. Administração (arts. 33); IX. Disposições gerais (arts. 34-35); X. Disposições finais (arts. 36-44).

Em relação à estrutura formal da Convenção aprovada no Brasil, há equívoco em sua confecção, pois o texto aprovado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, consta na epígrafe no artigo 21 o termo “Indústria Rural”, sem qualquer referência à expressão “Parte III” ou ao título “Formação profissional, artesanaria e indústrias rurais” na forma aprovada pela 76ª Conferência da Organização Internacional².

A convenção destina-se aos governos dos países que a firmaram: “*deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade*”. (art. 2º).

Em relação aos sujeitos de direitos, foi adotado o termo *povos* no lugar de *populações*, usada na Convenção nº 107. Os governos resistiram à utilização desse termo, por associá-lo ao conceito de *autodeterminação* ou *livre determinação* (LEARY, 1999, p 28). Por essa razão foi acrescido o art. 1.3: “*A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.*”. Assim, a expressão “povos indígenas” tem um significado particular, limitado aos termos do acordo.

2 http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Também controverso o uso da expressão *territórios* por temor que fosse interpretado como um atentado à soberania dos Estados independentes, o que pacificou a utilização da expressão “terras e territórios”, mantendo-se intacta a importância do vínculo entre a cultura e as vidas dos povos indígenas e suas terras. (LEARY, 1999, p 31).

Já os artigos 6.1 e 7.1 expressam que os governos devem estabelecer meios que permitam aos povos interessados participar na tomada de decisões em todos os níveis administrativos e legislativos. O espírito de consulta e participação, com indicação de hipóteses em que são obrigatórias, é a pedra angular, nos dizeres de Elina Mereminkaya (2011, p 235)..

A Convenção nº 169 também orienta que os governos deverão respeitar “*a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação*”³ e Define território indígena como aquele que “*abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma*”⁴.

A CONVENÇÃO 169 E O PLURALISMO JURÍDICO

Em relação à conjuntura indígena, o contexto da última década do século XX foi marcada pelo questionamento internacional aos 500 anos do descobrimento/invasão das Américas; pela adoção da Convenção nº 169 da OIT; pelos movimentos de reivindicação de direitos dos povos indígenas e, em consequência dos processos de redemocratização dos países da região, pelas reformas constitucio-

3 Art. 13.1 da Convenção nº 169 da OIT

4 Art. 13.2. da Convenção nº 169 da OIT

nais de vários países latino-americanos. No que Raquel Fajardo (2004, p. 172) denomina de “Horizonte Pluralista” houve uma tendência nas reformas constitucionais empreendidas de países que formam a Comunidade Andina das Nações: Colômbia, Peru, Bolívia, Equador e Venezuela, destacando-se o reconhecimento: a) do caráter pluricultural do Estado/Nação/República; b) dos direitos dos povos indígenas e das comunidades camponesas; c) do direito indígena e a jurisdição especial.

Os povos indígenas foram reconhecidos como sujeitos políticos e não como objeto de políticas ditadas por outros, ou seja, como sujeitos com direitos a controlar e auto definir suas próprias instituições.

No Brasil, o Congresso Constituinte de 1988 incluiu o Capítulo VIII (Dos Índios) ao Título VIII (Da Ordem Social). Entretanto, foi tímido no enfrentamento de questões relacionadas com a plurinacionalidade, multiculturalidade, interculturalidade e pluralidade jurídica.

Registra Raquel Fajardo (2003) que os países andinos que incluíram alguma forma de do reconhecimento do direito e jurisdição especial indígena foram Colômbia (1991), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999). Na realidade, a primeira mudança desses textos constitucionais está no reconhecimento do caráter pluricultural e multiétnico da configuração estatal da nação, o que é premissa ao reconhecimento da pluralidade linguística e jurídica.

O Equador, por exemplo, segundo o artigo 1º de sua Constituição (1988)⁵ é reconhecido como um Estado democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico.

Registra Raúl Llasag Fernandez (2008. P. 182 e ss.) que o princípio da plurinacionalidade se sustenta no reconhecimento de todas as diversidades, sejam elas étnicas, culturais ou de outra natureza, acrescentando que esse princípio implica a obrigação estatal

5 Art. 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

de garantir o direito a viver como povos diferentes em seu próprio território, com suas particularidades visões, crenças, formas de organização sócia, política, econômica e jurídica, tomando importância o princípio da complementariedade (o ser humano é parte do todo e da natureza).

A interculturalidade, por seu turno, funda-se na necessidade de construir relações entre as diversidades, como também entre práticas, lógicas e conhecimentos distintos dessas diversidades, com o afã de construir a unidade na diversidade. (WALSH, 2002, FERNANDEZ, 2008, p. 185).

Nesse sentido multicultural, o seguinte considerando extraído do preâmbulo da Convenção nº 169, no qual se reconhece “*as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram*”.

Uma das consequências dos princípios da plurinacionalidade e multiculturalidade está no reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, possibilitando uma articulação democrática com o sistema judicial nacional e os poderes do Estado. (FAJARDO 2003).

A título de exemplo, os textos constitucionais colombiano e peruano reconhecem a função jurisdicional e a autoridade das comunidades indígenas de acordo com seu direito consuetudinário: A Constituição da Colômbia de 1991, em seu artigo 246⁶ estabelece que “As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários a Constituição e leis da República”

6 «*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial com el sistema jurídico nacional*”

No mesmo sentido, a Constituição peruana de 1993, artigo 149⁷: “*As autoridades das Comunidades campesinas e nativas com o apoio das Rondas Campesinas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial de conformidade com o direito consuetudinário sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa*”.

As normas constitucionais acima lançadas seguem as orientações traçadas nos artigos 8.2 e 9.1 da Convenção n^o 169 da OIT.

Observe-se que o reconhecimento de órgãos de resolução de conflitos indígenas, suas normas e procedimentos limitam-se aos direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional.

Como dito alhures, no Brasil a discussão sobre multiculturalidade e pluralismo jurídico é bastante tímida, em que pese o último censo (IBGE, 2010) ter levantado uma população indígena de aproximadamente 896.917 distribuídos em 305 etnias que falam 274 línguas diferentes alocados, em sua maioria, em 695 áreas reconhecidas como terras indígenas.

Apesar do acanhamento brasileiro em validar o sistema jurídico formado pelo direito consuetudinário vigente em determinada Comunidade, a sentença proferida nos autos do Processo n^o 0090.10.000302-0 (0000302-88.2010.8.23.0090)8 9 na Comarca de Bonfim/RR excepciona a regra geral. Analisando fato típico ocorrido em 20 de junho de 2009 na comunidade indígena do Manoá, onde o acusado DENILSON (Índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu

7 “*Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*”

8 Disponível em http://www.tjrr.jus.br/tjrr-siscom-webapp/pages/proc_texto_inteiro.jsp?comrCodigo=90&numero=1&listaProcessos=009010000302&tipoRetorno=html&procAno=10&procNumero=302&movNumero=101&cCom=90&cNum=1

9 <http://www.radaroficial.com.br/d/5512341282095104>

facadas na vítima ALANDERSON (Índio), seu irmão, que veio a falecer, foi declarado que o Estado Nacional não teria direito à pretensão punitiva.

Após o ocorrido, em 26 de junho de 2009, os Tuxauas e membros do Conselho da comunidade indígena do Manoá se reuniram para analisar o caso e punir o índio Denilson, como de fato ocorreu. No dia 6 de abril de 2013, reuniram-se novamente lideranças indígenas Tuxauas de várias comunidades e, após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON várias penalidades além dessas: afastamento da Comunidade Manoá por mais 5 (cinco) anos para a Região Wai Wai; cumprir o regimento interno do Povo Wai Wai; participar do trabalho comunitário; participar de reuniões e eventos desenvolvidos pela Comunidade; não comercializar sem a permissão da Comunidade juntamente com a Tuxaua; aprender a cultura a a língua Wai Wai.

Com efeito, o Estado substitui os particulares e traz para si o direito de punir, agindo por meio de órgãos próprios. Entretanto essa regra pode ser excepcionada em conformidade com o descrito na Convenção nº 169 da OIT, na norma indicada no artigo 57 da Lei nº 6.001/73¹⁰ e no artigo 231 da Constituição Federal. A autoridade judiciária prolatora da decisão, no que chamou de “Duplo jus Puniendi”, declarou que não poderia ser aplicado o direito estatal quando a Comunidade indígena soluciona o caso aplicando seus usos e costumes (direito consuetudinário indígena).

Nos fundamentos da sentença foi consignado que “*o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária*”, ou seja, o Estado só atua nos casos em que a nação indígena não julgar seu integrante.

10 Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais e disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

CONCLUSÃO

É possível a coexistência do direito nacional e consuetudinário, sendo aquele subsidiário a este. E isso ganha peso quando trabalhamos com o fenômeno do pós-positivismo, onde as fontes melhor se equilibram, mitigando a lei frente aos princípios jurídicos. Não é inviável o reconhecimento de um sistema normativo próprio das comunidades ancestrais no interior de um mesmo espaço social. E, mais do que isso, ao existir uma dupla normatividade há uma violência em potencial, qual seja, a possibilidade de um indígena sofrer dupla punição: a que impõe o sistema positivo dominante e aquela imposta pelo seu grupo étnico.

No atual desenvolvimento dos direitos humanos impõe-se a aceitação de um sistema normativo próprio a uma comunidade indígena, como reflexo de uma sociedade multicultural, reconhecendo essa comunidade enquanto sujeito político, capaz, inclusive de criação de norma jurídica de natureza penal, de forma autônoma, independente e, talvez, antagonista ao sistema penal vigente no Estado nacional. A visão intercultural e o caráter pluralista da justiça, positivado pelo direito internacional dos direitos humanos, faz viva as normas previstas na Convenção nº 169 da OIT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo nacional de 2010**. IBGE. Censo 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rr> Acessado em 30/06/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acessado em 10/06/2015.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm Acessado em 25/05/2015

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. Disponível em http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm Visualizada em 15/08/2015.

EQUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador 2008. Disponível em http://www.inocar.mil.ec/web/images/lotaip/2015/literal_a/base_legal/A._Constitucion_republica_ecuador_2008constitucion.pdf Acessado em 15 de agosto de 2015.

FAJARDO, RAQUEL YRIGOYEN. Variaciones sobre la justicia comunitaria *In* El otro derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia

_____. **Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.** 2003. Disponível em <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). Acessado em 10/06/2015.

FERNÁNDEZ, Raul Llasag. La jurisdicción indígena em el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. *In* **La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad** AULEDA, Carme Castells; AIRES, Buenos.. Disponível em http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/eventos/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/LA_Jurisdiccion_Indigena.pdf Visualizado em 20/08/2015.

LASTRA, José Manuel Lastra. El convenio 169 em la legislación mexicana: impacto y perspectivas. *In* **Revista Letras Jurídicas**, nº 15, Jan. 2015. Mexico: Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana

LEARY, Virginia A. **La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas.** San José, (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

MEREMINSKAYA, Elina. El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales Derechos Internacional y experiencias comparadas. **Estudios públicos** n° 121, verano 2011. Disponível em http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2077.html , Acessado em 10/08/2015.

MOLINA, José Rodrigo Urrutia. **Principales aspectos relativos a la implementación del convenio núm. 169 da OIT** In Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo. **Madrid: Dykinson. 2014**

PERU. CONSTITUCION POLITICA DEL PERU – 1993. Disponível em <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf> Acessado em 15/08/2015.

PIPER, Gillian. Convenio núm. 169: 10 años después los pueblos indígenas y tribales y la OIT. In **Trabajo, Revista de la OIT.** Núm. 40, Agosto 2001.

OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. **Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169).** Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Disponível em _____

_____ Convenção n° 169. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/513> Com acesso em 29/08/2015.