

Assessoria Jurídica

A Convenção nº 169 da OIT



Brasília/ DF, 29 de setembro de 2021



A Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais

- A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi fundada em 1919 (Tratado de Versalhes) e tem estrutura tripartite (representantes dos governos, empregadores e trabalhadores), contando hoje com 187 Estados-membros;
- A Convenção nº 169 foi aprovada em 27.06.1989;
- Baseada na Convenção nº 107 da OIT, de 05.06.1957;
- *“Reconhecendo 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”;*



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, **sem obstáculos** nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.
2. Não deverá ser empregada **nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos** e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. **Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.**
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania **não deverá sofrer nenhuma deterioração** como consequência dessas medidas especiais.

PREOCUPAÇÕES:

- Ampla e virtualmente ilimitada proteção dos direitos dos povos indígenas
- Soberania nacional? Outros direitos fundamentais? Risco de autogoverno?



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

PREOCUPAÇÕES:

- A “*autoidentificação*” é uma declaração com efeitos soberanos?
- Os problemas da “*autodeclaração*” na questão dos Quilombolas (ADI nº 3.239).



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

PREOCUPAÇÕES:

- Quebra do princípio da isonomia, especialmente em matéria penal;
- Tratamento mais benéfico do que a legislação nacional dedica à sua população em geral.



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, 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.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

PREOCUPAÇÕES:

- Conceito de “terras” e “territórios” e sua incompatibilidade com o art. 20, XI; e art. 231, § 2º da CF;
- ADI nº 5905 (Governo de Roraima)



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

PREOCUPAÇÕES:

- Abrangência da necessidade de consulta (mesmo para legislações que não apenas tratam dos índios? – Exemplo da ADI nº 6.062);
- Valor da consulta (há um poder de veto? – PET 3388 EmbDecl - AGU) ;
- Quais são “suas instituições representativas”? (CNPI – Decreto nº 8.593/2015)



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Controvertidos

Strategic Plan for Engagement

“Plano Estratégico de Engajamento”

- Em 25.03.2019, a 335^a Sessão do Conselho de Administração da OIT, aprovou solicitação para que o Diretor-Geral:
 - (a) “implementasse o plano estratégico”,
 - (b) considerasse esse plano, bem como suas orientações, nas futuras discussões da OIT de propostas de programas e orçamento; e
 - (c) “apresentar relatório sobre a implementação do plano estratégico no próximo debate de acompanhamento do Órgão Dirigente, em novembro de 2020, sobre a estratégia acerca dos direitos dos povos indígenas para o desenvolvimento inclusivo e sustentável.”
- O Plano Estratégico de Engajamento foi aprovado durante a 334^a Sessão , em novembro de 2018;
- O Brasil foi o único país, dentre 48, que votou contra a implementação do Plano Estratégico.

PREOCUPAÇÕES:

- Não se tem clareza do que é esse “Plano” e o que significa para as realidades nacionais;
- Há um temor de que sua implementação funcione como mais um instrumento político da OIT para a radicalização da Convenção e constrangimento dos países;



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Esquecidos

- DIREITO INDÍGENA AO TRABALHO (ART. 20 DA CONVENÇÃO)

- A Convenção prevê “*medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego*” e “acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão”;

No Brasil, há grande esforço do Ministério Público e das ONGs para manter as comunidades indígenas fora da oferta de emprego, marginalizadas do mercado formal e excluídas da atividade produtiva sob o argumento de que essa integração prejudicaria a manutenção de seus costumes e tradições

Resultado: marginalização e pobreza das comunidades



Convenção nº 169 da OIT

Pontos Esquecidos

- REGIME DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

- A Convenção, para caracterizar a terra indígena, utiliza-se de expressões como “*terras que ocupam ou utilizam de alguma forma*” ou “*terras que tradicionalmente ocupam*” (art. 7º (1); art. 13 (1) (2); art. 14 (1) e (2); art. 16)

No Brasil, apesar da decisão do STF na PET nº 3.388 (Raposa Serra do Sol) fixando a tese de que a Constituição de 1988 prestigiou a “*Teoria do Fato Indígena*” (as terras indígenas são aquelas que as comunidades indígenas **ocupavam** em 05.10.1988), há grande pressão do Ministério Público e ONGs para se retornar a tese da “*Teoria do Indigenato*” (terras indígenas são todas aquelas que já foram dos índios, mesmo que em tempos imemoriais) – **RE nº 1.017.365 (relator Ministro Edson Fachin)**

Resultado: absoluta insegurança jurídica e intensificação dos conflitos no campo

Convenção nº 169 da OIT

Pontos Esquecidos

- HIPÓTESE DE REASSENTAMENTO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS (ART. 16 DA CONVENÇÃO)

- A Convenção trabalha com a hipótese de **reasentamento** desses povos quando necessário. Quando o retorno dessas comunidades às suas terras não for possível, a Convenção fixa que “*esses povos deverão receber terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente*”;
- Pela Convenção, a população não-indígena realocada para disponibilização dessa nova terra, “*deverão ser indenizadas plenamente por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.*”

A legislação brasileira não prevê o reassentamento das comunidades indígenas, mas sim hipótese muito mais amena e branda: a criação de reserva indígena (art. 26, parágrafo único, “a”, da Lei nº 6.001, de 19.12.1973 e art. 231, § 6º, da CF). A criação de reserva indígena exige plena indenização dos antigos proprietários e, por isso, conta com forte oposição da FUNAI, do Ministério Público e das ONGs.

Resultado: Intensificação dos conflitos no campo



Convenção nº 169 da OIT

Implementação no Brasil

- Convenção nº 169, de 27.06.1989, entrou em vigor em 05.09.1991
- Países que ratificaram a Convenção: Argentina, Bolívia, Brasil, República Centro-Africana, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Ilhas Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicarágua, Paraguai, Peru, Venezuela e somente 4 países desenvolvidos (Dinamarca, Holanda, Noruega, Espanha e Luxemburgo) – **dos 187 países-membros da OIT, apenas 23 assinaram a Convenção**
- Internalizada por meio do **Decreto Legislativo nº 143, de 20.06.2002**, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19.04.2004 (reafirmada pelo Decreto nº 9.759, de 11.04.2019)
- Efeitos a partir do depósito, pelo Brasil, do instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT, o que ocorreu em 25.07.2002
- Início da vigência no Brasil em 25.07.2003, um ano após o depósito (art. 38 (3))



Convenção nº 169 da OIT

Possibilidade de Denúncia

Artigo 39

1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de **dez anos contados da entrada em vigor** mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito **um ano após** o registro.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, **ficará obrigado por um novo período de dez anos** e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.



Convenção nº 169 da OIT

Possibilidade de Denúncia

- 05.09.2011 – Data a partir da qual o Brasil poderia denunciar a Convenção nº 169, por meio de ato-comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (art. 39, (1))
- 05.09.2012 – Data-limite para a denúncia da Convenção nº 169 naquela janela (art. 39 (2))
- Nova janela para a denúncia da Convenção nº 169 se abriu entre **05.09.2021 e 05.09.2022**
- Art. 39 – a Denúncia somente pode ocorrer de 10 em 10 anos, contados da data de criação do texto (05.09.1991), e por um prazo de 1 ano
- Com a denúncia, os efeitos de sua não aplicação no Brasil somente ocorrerão a partir de 05.09.2023 (art. 39 (1), *in fine*)
- Não há a previsão de possibilidade de o país signatário restringir os efeitos da Convenção (**reservas**). A ratificação significa a **vigência integral da Convenção** e sua denúncia significa o cancelamento integral de sua vigência

Memorando de 1951 submetido ao Tribunal Internacional de Justiça para genocídio



Convenção nº 169 da OIT

Instrumentalização de Denúncia

- Polêmica: a denúncia se faz por ato do Poder Executivo ou é necessária a aprovação do Poder Legislativo?
- Caso da Denúncia da Convenção nº 158 da OIT (Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador)
 - (a) Decreto nº 2.100, de 20.12.1996 (durante o Governo FHC)
 - (b) Denúncia registrada na OIT em 20.11.1996;
 - (c) Não houve revogação do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.1992 (que aprovou a convenção)
- ADI nº 1.625 (STF), atualmente com pedido de vista do Ministro Dias Toffoli;
 - (a) Processo está parado desde 14.09.2016;
 - (b) Resultado parcial:
 - = 2 votos pela validade suficiente do Decreto 2.100 (NJ e TZ);
 - = 2 votos pela necessidade de o Congresso “ratificar” a denúncia (MC e AB);
 - = 2 votos pela constitucionalidade do Decreto 2.100 (JB e RL).



Convenção nº 169 da OIT

Instrumentalização de Denúncia

- Razões da denúncia:
 - A Convenção nº 169 **cria burocracias e retira a operacionalidade** das políticas de defesa dos direitos indígenas
 - A Convenção nº 169 **torna difícil a convivência da Política Indigenista com outras questões fundamentais** (agropecuária, infraestrutura, Forças Armadas, etc)
 - Todos os direitos indígenas previstos na Convenção nº 169 **já são protegidos** pela Constituição de 1988
 - Vários de seus **conceitos são incompatíveis** com dispositivos da Constituição de 1988
 - A Convenção nº 169 contém **“armadilhas” interpretativas** que vem sendo utilizadas para alimentar movimentos militantes e prejudicar a obtenção de soluções práticas e de convívio (ações do MP, Partidos de Oposição, ONGs)
 - A Convenção nº 169 alimenta **discursos radicais** que prejudicam o diálogo e compromete a segurança jurídica



Convenção nº 169 da OIT

Instrumentalização de Denúncia

- Estratégia – Aprovação do PDL nº 177, de 2021 (Deputado Alceu Moreira)
 - Na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (sem relator)
 - Deverá ainda passar pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias e pela CCJC

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O Presidente da República fica autorizado, previamente, a denunciar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19 de Abril de 2004.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.”

