

Ano 6 • Número 10  
Junho de 2009

Edição em Português

● ANUJ BHUWANIA

“Crianças muito más”: “Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura em Madras de 1855

● DANIELA DE VITO, AISHA GILL E DAMIEN SHORT

A tipificação do estupro como genocídio

● CHRISTIAN COURTIS

Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina

● BENYAM D. MEZMUR

Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança

DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM MOVIMENTO:  
*MIGRANTES E REFUGIADOS*

● KATHARINE DERDERIAN E LIESBETH SCHOCKAERT

Respostas aos fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária

● JUAN CARLOS MURILLO

Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados

● MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul

● JOSEPH AMON E KATHERINE TODRYS

Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global

● PABLO CERIANI CERNADAS

Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos



SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Está disponível na internet em <www.revistasur.org>

A Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos está indexada no International Bibliography of the Social Sciences (IBSS).

CONSELHO EDITORIAL

**Christof Heyns**

Universidade de Pretória (África do Sul)

**Emilio García Méndez**

Universidade de Buenos Aires (Argentina)

**Fifi Benaboud**

Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)

**Fiona Macaulay**

Universidade de Bradford (Reino Unido)

**Flavia Piovesan**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

**J. Paul Martin**

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

**Kwame Karikari**

Universidade de Gana (Gana)

**Mustapha Kamel Al-Sayyed**

Universidade do Cairo (Egito)

**Richard Pierre Claude**

Universidade de Maryland (Estados Unidos)

**Roberto Garretón**

Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)

**Upendra Baxi**

Universidade de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

EDITORAS EXECUTIVAS

Daniela Ikawa e Juana Kweitel

EDIÇÃO

Flavia Scabin, Thiago Amparo e Elaine Silva

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Clara García Parra y Rebecca Dumas

CIRCULAÇÃO

Mila Dezan

IMPRESSÃO

Profil Editora Gráfica Ltda.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República

São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908

Tel/Fax: 55 11 3884-7440

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.revistasur.org>

Agradecemos pelo apoio financeiro da Fundação Ford, do Fundo das Nações Unidas para a Democracia e da Fundação das Nações Unidas.

SUR – REDE UNIVERSITÁRIA DE DIREITOS HUMANOS é uma rede de acadêmicos com a missão de fortalecer a voz das universidades do Hemisfério Sul em direitos humanos e justiça social e promover maior cooperação entre estas e as Nações Unidas.

A SUR é uma iniciativa da Conectas Direitos Humanos, uma organização internacional sem fins lucrativos com sede no Brasil. (Websites: <www.conectas.org> e Portal: <www.conectasur.org>.)

COMISSAO EDITORIAL

**Alejandro M. Garro**

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

**Antonio Carlos Gomes da Costa**

Modus Faciendi (Brasil)

**Bernardo Sorj**

Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)

**Bertrand Badie**

Sciences-Po (França)

**Cosmas Gitta**

PNUD (Estados Unidos)

**Daniel Mato**

Universidade Central da Venezuela (Venezuela)

**Ellen Chapnick**

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

**Ernesto Garzon Valdés**

Universidade de Mainz (Alemanha)

**Fateh Azzam**

Representante Regional, Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (Líbano)

**Guy Haarscher**

Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)

**Jeremy Sarkin**

Universidade de Western Cape (África do Sul)

**João Batista Costa Saraiva**

Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)

**José Reinaldo de Lima Lopes**

Universidade de São Paulo (Brasil)

**Juan Amaya Castro**

Universidade para a Paz (Costa Rica)

**Lucía Dammert**

FLACSO (Chile)

**Luigi Ferrajoli**

Universidade de Roma (Itália)

**Luiz Eduardo Wanderley**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

**Malak El Chichini Poppovic**

Conectas Direitos Humanos (Brasil)

**Maria Filomena Gregori**

Universidade de Campinas (Brasil)

**Maria Herminia de Tavares Almeida**

Universidade de São Paulo (Brasil)

**Miguel Cillero**

Universidade Diego Portales (Chile)

**Mudar Kassis**

Universidade Birzeit (Palestina)

**Paul Chevigny**

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

**Philip Alston**

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

**Roberto Cuéllar M.**

Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)

**Roger Raupp Rios**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

**Shepard Forman**

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

**Victor Abramovich**

Universidade de Buenos Aires (UBA)

**Victor Topanou**

Universidade Nacional de Benin (Benin)

**Vinodh Jaichand**

Centro Irlandês de Direitos Humanos,

Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

## SUMÁRIO

ANUJ BHUWANIA	<b>7</b>	“Crianças muito más”: “Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras de 1855
DANIELA DE VITO, AISHA GILL E DAMIEN SHORT	<b>29</b>	A tipificação do estupro como genocídio
CHRISTIAN COURTIS	<b>53</b>	Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina
BENYAM D. MEZMUR	<b>83</b>	Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança
<b>Direitos Humanos das Pessoas em Movimento: <i>Migrantes e Refugiados</i></b>		
KATHARINE DERDERIAN E LIESBETH SCHOCKAERT	<b>107</b>	Respostas a fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária
JUAN CARLOS MURILLO	<b>121</b>	Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados
MANUELA TRINDADE VIANA	<b>139</b>	Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul
JOSEPH AMON E KATHERINE TODRYS	<b>163</b>	Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global
PABLO CERIANI CERNADAS	<b>189</b>	Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos

# APRESENTAÇÃO



Como temos feito nas últimas edições, também neste número da nossa revista, destacamos um tema ao qual dedicamos cinco dos nove artigos que compõem o número dez da Revista Sur. Trata-se do problema dos milhões de migrantes e refugiados que se encontram em situações de extrema penúria em muitos países espalhados pelo mundo. O artigo de Katherine Derderian e Liesbeth Schockaert do *Médecins sans Frontières* descreve com pinceladas realistas a terrível tragédia humana dos refugiados, além de discutir, sob o ponto de vista dos direitos humanos, a diferenciação entre refugiados políticos e econômicos, segundo os critérios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cuja generosa orientação e patrocínio possibilitaram a realização da presente edição. Os critérios e os fundamentos do sistema de proteção de refugiados oferecido pelo ACNUR são explicados no artigo de Juan Carlos Murillo.

Além desses dois artigos que abordam aspectos gerais, publicamos matérias que tratam de problemas específicos, todos relacionados a direitos humanos de refugiados e migrantes:

**Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia**, de Manuela Trindade Viana, enfoca os problemas relacionados aos deslocados internos na Colômbia, país no qual se concentram 25% dos deslocados internos existentes no mundo (11,5 milhões).

**Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global**, de Joseph Amon e Katherine Todrys, da *Human Rights Watch* denuncia o desrespeito comum às leis que garantem acesso à saúde a populações não permanentes de migrantes e refugiados;

**Controle migratório europeu em território africano**, de Pablo Ceriani Cernadas, analisa as desumanas políticas de controle da imigração de africanos, efetuadas por Estados europeus e organismos da União Européia nas costas e águas de países norte-africanos.

Por fim, completam o N° 10 da nossa revista os trabalhos de Anuj Bhuvania (“Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras de 1855); de Daniela De Vito, Aisha Gill e Damien Short (A tipificação do estupro como genocídio); de Christian Courtis (Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina); e, por fim, de Benyam E. Mezmur (Adoção internacional como medida de último recurso). O primeiro constitui uma

veemente defesa de que as modernas práticas de tortura policial na Índia são uma herança colonial, como demonstra a análise do “Madras Torture Commission Report de 1855”. O segundo descreve as implicações teóricas da tipificação de estupro como uma espécie de genocídio. O terceiro apresenta alguns casos emblemáticos de aplicação do Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes na América Latina. Por fim, o quarto trata dos problemas das políticas de adoção de crianças africanas por famílias de outros continentes.

Esperamos que os artigos deste número contribuam para enriquecer o debate e para a solução de alguns dos crescentes problemas associados ao deslocamento de vastos contingentes humanos expulsos de seus ambientes por guerras, perseguições e totalitarismos políticos, mas também por causas econômicas, cujas conseqüências em detrimento dos direitos humanos de suas vítimas são igualmente dramáticas.

Gostaríamos de agradecer aos seguintes professores e parceiros pelo apoio na seleção dos artigos deste número: Carina du Toit, Carlos Ivan Pacheco Sánchez, Florian Hoffmann, Gaim Kibreab, Glenda Mezarobba, Guilherme da Cunha, Iniyan Ilango, Jeremy Sarkin, José Francisco Sieber Luz Filho, Juan Amaya Castro, Laura Pautassi, Malak Poppovic, Paula Miraglia, Rajat Khosla, Renata Reis, Roberto Garretón e Upendra Baxi.

Conforme publicado em nosso website, assumimos a partir deste número novas regras para citações e referências bibliográficas, com o intuito de tornar mais fluida a leitura dos artigos. Sendo recente esta mudança, contamos com a compreensão de todos em caso de eventuais incorreções. Neste sentido, gostaríamos de agradecer as seguintes pessoas que contribuíram para a formatação destes artigos: Clara Garcia Parra, Elaine Silva, Flavia Scabin, Mila Dezan, Rebecca Dumas e Thiago Amparo.

Finalizamos destacando o apoio e a orientação do ACNUR para a publicação desta edição. A presente parceria surgiu a partir da pesquisa e desenvolvimento do “Plano Mexicano de Ação para Fortalecer a Proteção Internacional de Refugiados na América Latina” e está orientada a favorecer a cooperação com instituições acadêmicas dedicadas à pesquisa, promoção e formação do direito internacional dos refugiados.

Em particular agradecemos aos Escritórios do ACNUR na Argentina e Brasil, bem como à Unidade Legal Regional para as Américas pela sua colaboração.

***Os editores.***



## CHRISTIAN COURTIS

Christian Courtis é professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e professor convidado do Departamento de Direito da ITAM (México). Foi professor e pesquisador visitante em universidades da América Latina, Estados Unidos e Europa. Tem atuado como consultor da Organização Mundial/ Pan-americana de Saúde, UNESCO, Divisão de Desenvolvimento Social da ONU, CEPAL e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Foi diretor do Projeto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Comissão Internacional de Juristas (Genebra).

Entre os livros que escreveu e editou estão *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (Trotta, Madri, 2002, em co-autoria com Victor Abramovich); *Derechos Sociales: Instrucciones de Uso* (Fontamara, México, 2003); *El Umbral de la ciudadanía. El Significado de los Derechos Sociales en el Estado Social Constitucional* (del Puerto, Buenos Aires, 2006, em co-autoria com Victor Abramovich); *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales* (del Puerto, Buenos Aires, 2006); *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local. La Experiencia de Una Década* (del Puerto, Buenos Aires, 2007); *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability* (Comisión Internacional de Juristas, Genebra, 2008) e *El Mundo Prometido. Escritos sobre Derechos Sociales y Derechos Humanos* (Fontamara, México, 2009).

E-mail: courtis@itam.mx

## RESUMO

---

O artigo apresenta alguns casos emblemáticos da aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina. O trabalho discute um número reduzido de casos sobre temas diversos e que representam diferentes países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos selecionados foram aqueles que apresentaram perspectivas particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: outubro de 2008. Aprovado em: junho de 2009.

## PALAVRAS CHAVE

---

Convenção 169 – Organização Internacional do Trabalho – Povos Indígenas e Tribais – Cortes – América Latina – Aplicação de Tratados Internacionais.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.  
Este artigo está disponível *online* em <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# ANOTAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS POR TRIBUNAIS DA AMÉRICA LATINA

Christian Courtis

Este trabalho apresenta alguns casos emblemáticos de aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina<sup>1</sup>. Escolhi um número reduzido de casos que cobrem temas diversos e representam distintos países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desde já cabe esclarecer que é considerável a experiência de aplicação da Convenção 169 na América Latina e que alguns países já contam com um acúmulo importante de sentenças na matéria. Por este trabalho não ter nenhuma pretensão de exaurir a questão, a perspectiva adotada é simplesmente a de selecionar um punhado de casos particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

## 1. Alguns dados sobre o contexto legal dos países da região

A região da América Latina e do Caribe foi onde se registrou a maior quantidade de ratificações da Convenção 169 – catorze, até a data de elaboração deste trabalho<sup>2</sup>. Isso não é casual: muitos países da região são multilíngues e multiculturais e, em alguns casos, a população indígena constitui a maioria da população, ou uma porcentagem significativa dela. Além da ratificação da Convenção 169, e acompanhando o processo de reformas constitucionais que ocorreram a partir do final da década de 1980, um grande número desses países incorporou em suas constituições disposições sobre direitos dos povos e comunidades indígenas.

---

*Ver as notas deste texto a partir da página 79.*

Não é de se estranhar, portanto, que algumas dessas modificações constitucionais e legais tenham causado impactos na jurisprudência de distintos países. Alguns fatores comuns – aplicáveis em diferente medida em cada país, mas que, não obstante, marcam uma tendência regional – podem ajudar a entender esse panorama.

### *1.1 Relação entre processos de reforma constitucional e de transição ou consolidação democrática*

Uma porcentagem significativa dos países da região passou por uma transição de regimes autoritários para a vigência de instituições democráticas, no período que vai de meados dos anos 80 ao início da década de 2000 (GARGARELLA, 1997, pp. 971-990; SERNA DE LA GARZA, 1998; UPRIMNY e GARCÍA VILLEGAS, 2004). Em muitos desses casos, esse processo foi acompanhado por reformas constitucionais substantivas. Em outros, embora não tenham passado exatamente por um trânsito de um regime autoritário para um democrático, as reformas constitucionais acompanharam importantes processos de mobilização e renovação política. A maioria dessas reformas constitucionais culminou em uma quantidade significativa de novos direitos e de inovações institucionais, como as comentadas nos pontos que seguem.

### *1.2 Expansão da justiça constitucional*

Embora a noção de justiça constitucional não seja estranha a muitas das jurisdições dos países da região, é certo que durante parte do século XX o emprego do controle jurídico de constitucionalidade não era generalizado na região. Muitas das reformas constitucionais que tiveram curso na última década do século XX reforçaram o controle constitucional, via criação de tribunais constitucionais especializados ou de turmas constitucionais nos tribunais superiores de justiça e de supremas cortes, como também por meio da previsão expressa na Constituição de ações constitucionais – como a ação de amparo ou a ação de inconstitucionalidade. Isso levou a uma notória expansão do emprego da jurisdição constitucional, até então inédita em muitos dos países da América Latina (BAZÁN, 2007, p. 37-61).

### *1.3 Ratificação e concessão de status legal privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos*

Outra inovação experimentada em muitos dos países da região esteve ligado com a valorização privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos. Por um lado, muitos dos países da região aumentaram o número de ratificações desses tratados durante o período em questão – como meio de reforçar a mensagem de aceitação do Estado de Direito e da vigência dos direitos fundamentais por oposição ao passado autoritário e caracterizado pela violação massiva dos direitos humanos. A ratificação de tratados internacionais pode ser entendida como a confirmação da confiança no sistema internacional de direitos humanos, que, no passado, constituiu

o foro no qual se podia denunciar as graves violações a esses direitos e, ao mesmo tempo, como mensagem à comunidade internacional sobre o novo compromisso do Estado com a vigência do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

Além disso, a ratificação de uma quantidade importante de tratados de direitos humanos, tanto regionais como globais, se insere no contexto da prevalência de uma tradição monista nas relações entre o direito internacional e o direito interno. Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados também fazem parte do direito interno, e que à lista expandida de direitos fundamentais consagrados pelas novas constituições foi agregado uma lista de direitos reconhecidos naqueles tratados<sup>3</sup>.

Por último, embora de maneira não uniforme, em muitos dos países da região concedeu-se aos tratados de direitos humanos um status legal privilegiado, ao menos com respeito à lei ordinária (CORA, 2003). Em alguns casos, se lhes deu hierarquia constitucional<sup>4</sup>, em outros, são considerados parte do denominado “bloco de constitucionalidade” (UPRIMNY, 2001), e em outros ainda, concede-se a eles uma hierarquia intermediária – inferior à Constituição, mas superior à legislação ordinária.

#### *1.4 Fortalecimento do sistema regional de direitos humanos*

Essa relação renovada entre direito constitucional local e direito internacional dos direitos humanos viu-se especialmente escorada pelo fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Praticamente todos os países da região ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um dos efeitos dessa expansão foi, naturalmente, um considerável aumento da atividade dos órgãos do sistema – a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – através de casos recebidos e resolvidos, de países membros e de variedade temática. Simultaneamente, os países que passaram a participar do sistema regional de direitos humanos tiveram que aprender a acolher internamente as decisões e os critérios interpretativos estabelecidos pelo sistema regional. O processo é lento e complexo, e está longe de ser concluído. Entretanto, teve como consequência uma maior permeabilidade de muitos tribunais locais na recepção da jurisprudência interamericana – especialmente a estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso pode explicar uma familiaridade gradual às invocações das esferas internacionais de direitos humanos por parte dos tribunais locais.

#### *1.5 Reconhecimento constitucional de novos direitos*

O último elemento que destacaremos aqui é o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nas constituições da região. As reformas constitucionais da região caracterizaram-se pela expansão da lista de direitos fundamentais e princípios substantivos, que incluiu direitos de todo o rol conhecido (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, direitos coletivos, direitos de minorias, direitos ambientais). Nesse contexto, insere-se também o reconhecimento constitucional de

direitos dos povos indígenas – temática que dificilmente poderia ter sido ignorada, tendo em vista o peso e o grau de mobilização política dos povos e comunidades indígenas em muitos países da região (SIEDER, 2002; BARIÉ, 2003; FLORES JIMÉNEZ, 2004; BONILLA, 2006).

Muitas das cláusulas constitucionais que reconhecem direitos dos povos indígenas tomaram como inspiração os padrões internacionais sobre o tema, entre os quais destacamos, como exemplo privilegiado, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

## **2. A influência da Convenção 169 nos países da região**

Embora esses fatores variem de país para país e não consigam explicar completamente o fenômeno analisado, ao menos oferecem alguns elementos para entender o êxito que a Convenção 169 teve na América Latina em comparação com outras regiões do globo, nas quais se registram um menor número de ratificações. Parte de sua influência foi refletida por seu caráter de modelo inspirador de reformas constitucionais e legais em matéria indígena na região – de modo que muitos dos conceitos articulados por ela, como “povo e comunidade indígena”, “auto-identificação”, “territórios tradicionais”, “autonomia”, “consulta”, “usos e costumes”, entre outros – aparecem acolhidos, de uma ou de outra, em constituições e em normas legais nos diferentes países da região (BARIÉ, 2003, p. 58-62).

Todavia, o mais importante para este trabalho é o fato da influência da Convenção 169 não ter se limitado ao papel de “legislação modelo” a ser seguida pelos poderes políticos locais. A Convenção 169 foi empregada e invocada pelas próprias comunidades e povos indígenas e por outros atores – tanto órgãos públicos como organizações da sociedade civil – que atuam em defesa dos direitos e interesses dessas comunidades. Parte da utilização desse instrumento internacional consistiu, justamente, no litígio perante os tribunais locais e, quando foi possível, perante órgãos do sistema regional de direitos humanos.

## **3. Alguns critérios para entender a seleção dos casos expostos neste trabalho**

Como disse, este trabalho recolhe, de maneira seletiva e sem pretensão de exaustividade, algumas sentenças judiciais que fizeram uso da Convenção 169 da OIT. As sentenças provêm tanto de tribunais nacionais como da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Escolhi agrupar as sentenças tematicamente, para, assim, mostrar certas linhas de convergência entre os tribunais de distintos países da região e o tribunal regional de direitos humanos.

No entanto, é útil colocar esses casos em contexto para entender devidamente a seleção. Tendo em vista a procedência distinta dos casos e a diversidade de sistemas legais e de tradições jurídicas locais, o panorama é variado. Cabe esclarecer desde já que o grau de desenvolvimento da aplicação da Convenção 169 pelos tribunais locais da região varia notoriamente: em alguns países, os casos são poucos e a aplicação da Convenção 169 pelos tribunais locais é incipiente, enquanto que

em outros – entre os quais se destacam a Colômbia e a Costa Rica – a riqueza e variedade de casos é enorme<sup>5</sup>. De todo modo, creio que, embora sejam poucos os casos aqui examinados, o leitor poderá ter uma idéia da variedade de casos existentes se explicarmos algumas variáveis que merecem ser levadas em consideração.

### *3.1 Sentenças regionais/sentenças nacionais*

A Convenção 169 foi aplicada tanto pelos tribunais locais de diversos países<sup>6</sup>, como por órgãos do sistema regional de direitos humanos, isto é, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No primeiro caso, trata-se – com algumas exceções, como a de Belize – de aplicações da Convenção 169 enquanto norma incorporada ao direito interno dos países envolvidos. No segundo, ao contrário, é importante ressaltar que os órgãos interamericanos não têm competência para resolver controvérsias baseadas em violações da Convenção 169, uma vez que a base de sua competência é fundamentalmente a dos instrumentos regionais de direitos humanos. Não obstante, os órgãos regionais de direitos humanos utilizaram a Convenção 169 da OIT como norma interpretativa, destinada a especificar as obrigações dos Estados estabelecidas por outras normas internacionais (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem) quanto à sua aplicação aos povos e comunidades indígenas ou à seus membros. Assim, por exemplo, interpretam o direito de propriedade ou o direito ao devido processo, quando estão em jogo os direitos de povos e comunidades indígenas, à luz do estabelecido na Convenção 169.

Embora a seleção de casos que comento neste trabalho consista em sua maior parte em jurisprudência nacional, inclui também alguns casos de suma transcendência decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não somente pelo interesse que possa gerar a interpretação feita por esse tribunal, mas também porque a jurisprudência regional tem muitas vezes impacto ulterior na jurisprudência local dos países que fazem parte do sistema regional de direitos humanos.

### *3.2 Países de tradição monista/países de tradição dualista; hierarquia normativa da Convenção*

Uma outra questão está vinculada ao modo de incorporação da Convenção ao direito interno, e sua hierarquia normativa, no caso de incorporação direta de direito internacional (ou seja, nos países de tradição monista). A tradição dominante na América Latina é a monista – isto é, a incorporação de um tratado internacional ao direito interno, uma vez que tenha sido devidamente ratificado. No entanto, é preciso lembrar que há também na região países pertencentes à tradição do *common law*, que predomina o dualismo. Entre eles, um caso interessante é o de Belize, que registra um caso de invocação da Convenção 169 em tom interpretativo ou persuasivo, mesmo quando não se trata de um país parte da Convenção<sup>7</sup>.

É antes uma segunda pergunta, que deriva da tradição monista das relações entre direito internacional e direito interno, que capta algumas diferenças

significativas entre os países da região que tiveram experiências de aplicação judicial da Convenção 169. Aqui, é preciso dizer, que existem diferentes aproximações entre as distintas jurisdições que, em alguns casos, se refletem nas sentenças comentadas.

Em alguns países, aos tratados internacionais de direitos humanos e à Convenção 169 foi atribuída uma categoria similar à da constituição. Entre esses países destacam-se Bolívia e Colômbia, que fizeram esta assimilação da Convenção 169 à Constituição por via do emprego da noção de “bloco de constitucionalidade”. De acordo com essa noção, a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno obriga o intérprete constitucional a ler conjuntamente os direitos fundamentais incluídos na constituição e os direitos humanos incluídos em tratados internacionais. Ambos os grupos de direitos devem complementar-se e sustentar-se mutuamente, formando uma unidade em que prima – em caso de diferenças entre uma fonte e outra – a interpretação *pro homine*, isto é, aquela que reconhece maior abrangência aos direitos.

A solução que a reforma constitucional argentina de 1994 deu à questão é diferente, mas tem resultados similares: concedeu hierarquia constitucional a uma série de tratados internacionais de direitos humanos expressamente listados, além de conceder ao Congresso a faculdade de elevar a hierarquia constitucional de outros tratados através do voto de uma maioria qualificada (ARGENTINA, Constituição Nacional, artigo 75, inciso 22). Contudo, a Convenção 169 não faz parte dessa lista. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela atribui hierarquia constitucional a todos os tratados de direitos humanos (REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Constituição, artigo 23), embora, na prática, os tribunais estejam menos inclinados a aplicar diretamente tratados do que em outros países. Fica também aberta a questão de se a Convenção 169 da OIT é considerada um tratado de direitos humanos – questão que não foi discutida ainda nesses termos. O caso da Costa Rica é peculiar: embora o texto da Constituição atribua aos tratados internacionais hierarquia superior à lei e inferior à Constituição (COSTA RICA, Constituição Política, artigo 7), a turma constitucional da Suprema Corte interpretou que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, e que podem até primar frente à ela, quando garantirem mais direitos ou garantias às pessoas<sup>8</sup>.

Em outros países da região em que se colocou a questão da hierarquia normativa de tratados de direitos humanos no direito interno, a tendência foi a de lhes atribuir hierarquia inferior à Constituição e superior à legislação ordinária. É o caso do Equador (artigo 425<sup>9</sup>) e da Guatemala (artigo 46). É também o caso da Argentina, para os tratados internacionais não incluídos na lista *numerus clausus* de tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional – como acontece com a Convenção 169. No México e no Brasil, embora o texto constitucional não seja muito claro a esse respeito, abre-se lentamente passagem para a interpretação da hierarquia supra legal, ainda que infraconstitucional, dos tratados internacionais, apesar desta tese ainda não tenha sido consagrada definitivamente<sup>10 11</sup>.

Em todo caso, e além da solução concreta adotada, cabe dizer que a tendência normativa e jurisprudencial da região foi a de outorgar um maior peso aos tratados internacionais de direitos humanos e considerá-los mais frequentemente nas sentenças judiciais.

### 3.3 *Tipos de ações judiciais*

Outro fator que nos permite compreender o alcance da aplicação da Convenção 169 por tribunais da América Latina (e, em alguns casos, do Caribe) é a ampla variedade de ações judiciais em que se registra seu emprego. Mais ainda, dentro dessa variedade de ações, a Convenção foi usada como argumento da parte que propõe a demanda judicial, mas também como exceção ou como justificativa de defesas de fundo – em alguns casos, por órgãos estatais.

Assim, por exemplo, a Convenção 169 foi invocada em ações de inconstitucionalidade, em ações de amparo ou tutela constitucional, em controvérsias entre poderes, em ações político-eleitorais, em ações de nulidade em matéria contencioso-administrativa, em ações civis ordinárias (nas quais são discutidos assuntos de propriedade ou despejo, por exemplo), em ações penais, em ações que tramitam no foro agrário, entre outras. Em alguns países – como Chile, Colômbia e Guatemala –, permite-se que atores qualificados requeiram um parecer sobre a compatibilidade entre a constituição e um tratado ou outra norma ao tribunal ao qual foi atribuído o controle de constitucionalidade: nesses casos, a Convenção 169 foi objeto dessa consulta no tribunal ou corte constitucional.

No que diz respeito à variedade de utilização da Convenção 169 pelas partes em um processo, como dissemos, em um número significativo de casos é a comunidade indígena, seus membros ou quem os representa, que a invoca. Em vários casos, quem invoca a Convenção é o Defensor do Povo – naquelas hipóteses em que a legislação lhes concedeu legitimação para iniciar processos judiciais em defesa dos direitos humanos, de coletivos específicos ou dos denominados interesses coletivos ou interesses difusos. Em alguns casos penais, quem trouxe à colação a Convenção 169 foi o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Em outra série de casos, a Convenção é empregada como argumento por autoridades públicas – legislativas ou administrativas – como elemento de justificativa de medidas de política pública adotada. Assim, por exemplo, em uma sentença de constitucionalidade da Corte Constitucional da Colômbia, é o Congresso que justifica a insistência sobre uma lei ante a objeção presidencial, destacando que as disposições questionadas têm o objetivo de cumprir com as obrigações internacionais que emanam da Convenção 169<sup>12</sup>. Em um caso do Tribunal Constitucional boliviano, é a autoridade administrativa encarregada da reforma agrária que invoca, como defesa, a Convenção 169<sup>13</sup>.

Em resumo, a experiência dos tribunais da América Latina mostra uma grande riqueza das possibilidades de invocação da Convenção 169, que não se esgotam em absoluto no litígio de caráter constitucional.

### 3.4 *Temas*

Se a variedade de ações é grande, a variedade temática é ainda maior. As áreas temáticas em que a Convenção 169 é relevante e nas quais foi utilizada como critério interpretativo ou decisório são numerosas.

Pode-se, contudo, dizer que uma porcentagem importante dos casos decididos

pelos tribunais da região versa sobre conflitos relativos às terras e territórios indígenas e à exploração das riquezas naturais situadas nelas e, entre eles, vários se refere à consulta e participação da comunidade em decisões relativas a esses temas.

Outra porcentagem dos casos refere-se às relações entre direito penal estatal e direito penal consuetudinário, ao menos de dois modos: quanto ao limites do emprego do direito penal estatal uma vez exercida a justiça penal comunitária, e quanto ao limites do emprego do direito penal consuetudinário indígena pela constituição e pelos instrumentos de direitos humanos.

Por último, registram-se também casos que versam sobre uma variedade de outros aspectos: o direito à educação e à saúde dos membros das comunidades indígenas, o respeito de sua autonomia política e sua forma de escolher autoridades, o respeito de sua identidade cultural e símbolos culturais, e a configuração dos órgãos estatais responsáveis por executar as obrigações que a constituição e a Convenção 169 fixam em matéria de povos e comunidades e povos indígenas.

### *3.5 Diferentes formas de invocação da Convenção 169 pelos tribunais*

Por último, também existem diferenças no uso que os diferentes tribunais da região fazem da Convenção 169. Algumas dessas diferenças são consequência do distinto status que a Convenção tem no direito interno, mas esse fator não chega a explicar completamente a variedade de formas de invocação registradas. Ao menos duas variáveis podem ser úteis para captar as diversas matizes e ilustrar mais claramente a questão.

Por um lado, existe uma diferença entre os casos nos quais os tribunais aplicam diretamente as normas da Convenção 169, e aqueles em que a Convenção é utilizada como instrumento ou padrão interpretativo de outras normas. Essa diferença não corresponde exatamente à de distinção entre monistas ou dualistas: embora a maioria dos países da região adote um regime monista no que tange às relações entre direito internacional e direito interno – e, por conseguinte, incorporam ao direito interno os tratados internacionais devidamente ratificados –, muitos tribunais da região não costumam aplicar diretamente as normas internacionais – talvez pela primazia de uma tradição legalista, proveniente da cultura da codificação. Mesmo nesses casos, a Convenção 169 abriu caminho como ferramenta interpretativa de outras normas – às vezes, de normas constitucionais e, em outros casos, de normas legais e de outras normas infraconstitucionais.

Uma segunda distinção útil, que tem alguma vinculação com a primeira, embora não coincidam completamente, é a do uso da norma ou padrão interpretativo oferecido pela Convenção 169 como argumento principal para decidir uma questão, e seu uso “como complemento”, isto é, seu emprego como argumento suplementar ou simplesmente ilustrativo. Com efeito, embora em muitos casos o critério oferecido pela Convenção 169, ou pela interpretação de uma norma nacional à luz ou em harmonia com a Convenção 169 – denominada muitas vezes de “interpretação conforme” – constitua o fundamento da decisão, em muitos outros a Convenção é citada, já decidida a questão, como argumento que pode reforçar ou complementar o critério decisório – ou seja, acrescenta algum peso argumentativo às razões que

foram formuladas baseadas em outra norma. Em alguns casos, os juízes parecem construir um argumento em duas fases: a primeira com base em normas nacionais e a segunda, quando indica que a solução elaborada com base no direito nacional não viola, mas está em conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Trata-se, no entanto, de matizes distintos que vão colorindo a introdução gradual de critérios provenientes do direito internacional no direito interno. Em um ou outro caso, os juízes nacionais cobraram maior consciência da necessidade de assumir seriamente as obrigações internacionais do Estado, e em traduzi-las em critérios de decisão judicial em caso de conflito.

#### 4. Comentários sobre casos

Escolhi agrupar alguns casos exemplificativos a partir de critérios temáticos, levando em consideração questões que são indicativas da relevância da Convenção 169 da OIT para as reivindicações dos povos e comunidades indígenas, e que têm figurado em decisões judiciais de distintos países. Assim, comentarei casos relacionados a quatro grupos temáticos: a) reivindicações de titulação coletiva de terras ancestrais dos povos e comunidades indígenas; b) direito conferido aos povos e comunidades de serem consultados antes das tomadas de decisões que possam afetar seus direitos e interesses; c) as obrigações positivas do Estado em situações de extrema carência dos povos e comunidades indígenas; e d) aplicações da Convenção 169 em relação ao direito penal.

##### *4.1. As reivindicações de titulação coletiva de terras ancestrais dos povos e comunidades indígenas*

Não é de se estranhar que uma das reivindicações mais importantes dos povos e comunidades indígenas seja o reconhecimento da titularidade de suas terras ancestrais. A terra constitui um dos traços identitários dos povos e comunidades indígenas, definidor de seu modo de vida e de sua cosmovisão. A terra tem, para os povos e comunidades indígenas, um significado religioso e, além disso, constitui a base de sua economia, geralmente pautada pelos ciclos da natureza. Uma característica particular das reivindicações indígenas sobre a terra é a reclamação de sua propriedade coletiva, em nome do povo ou da comunidade como sujeito titular, e não em termos de propriedade individual dos membros da comunidade. Na América Latina, a terra ancestral dos povos e comunidades indígenas foi objeto frequente de despojo e de espoliação por parte de autoridades estatais e de terceiros. A intrínseca relação dos povos e comunidades indígenas com a terra mostra que o reconhecimento de sua propriedade coletiva constitui uma condição para a própria sobrevivência desses povos ou comunidades em si.

Tendo em vista a importância do tema, a jurisprudência da região não ficou alheia a essas reivindicações, nas quais a invocação da Convenção 169 da OIT desempenhou um papel relevante. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, empregou a Convenção 169 como padrão interpretativo do direito

de propriedade para aqueles casos em que está em jogo uma reivindicação sobre o território ancestral de povos e comunidades indígenas<sup>14</sup>.

No caso *Yakye Axa*<sup>15</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou uma reivindicação de titulação do território ancestral de uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco paraguaio, vivendo em situação de extrema pobreza. Seus territórios ancestrais se encontram sob a propriedade privada de terceiros. No caso, alegou-se que a falta de ação efetiva do governo do Paraguai para reconhecer a personalidade jurídica da comunidade indígena e, em especial, para lhe conceder a titularidade de suas terras ancestrais, levou a comunidade a se assentar, na espera da resposta à suas reivindicações, em um lugar inóspito, em condições de vida precárias. A falta de acesso a serviços sanitários e a meios de subsistência causou a morte de muitos membros da comunidade. Dadas as condições do assentamento, as crianças da comunidade se viram privadas de alimentação, saúde, vestimentas e educação adequadas. Imputou-se ao Estado a violação dos direitos à vida, à propriedade privada, ao devido processo e à proteção judicial.

No que aqui interessa, a Corte Interamericana considerou que, para efeito de interpretação do alcance do direito de propriedade – e dos direitos à vida e ao devido processo e à proteção judicial – quando se trata de povos indígenas, deve-se apelar para a Convenção 169<sup>16</sup>. Nesse sentido, o tribunal recorda que “a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade, sua sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão para as gerações futuras”<sup>17</sup>. Em particular, a Corte destaca que

*[...] o citado anteriormente tem relação com o expresso no artigo 13 da Convenção nº. 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão “respeitar a importância especial que tem para as culturas e valores espirituais dos povos interessados 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”<sup>18</sup>.*

No caso, a Corte considera que o tempo transcorrido desde o início das reivindicações da comunidade, sem que o Estado tenha efetivado a titulação de seus territórios ancestrais, configurou uma violação do direito de propriedade da comunidade.

Além disso, o tribunal interamericano se respalda na Convenção 169 para determinar o alcance das medidas que o Estado deve adotar para restituir à comunidade a titularidade de suas terras ancestrais, tendo em vista a situação de ocupação dessas terras por proprietários privados. A esse respeito, a Corte invoca o artigo 16.4 da Convenção 169, que diz que quando o retorno dos povos a suas terras ancestrais não for possível,

*esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e estatuto jurídico sejam pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.*

A Corte acrescenta que o pagamento de uma justa indenização não fica sujeita a critérios meramente descritivos do Estado, mas deve ser – conforme uma interpretação integral da Convenção 169 da OIT e da Convenção Americana – consensuais com os povos interessados, de acordo com seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário<sup>19</sup>.

A Corte Interamericana repetiu essa doutrina nos casos **Sawhoyamaxa**<sup>20</sup> e **Saramaka**<sup>21</sup>.

Alguns tribunais locais também tiveram que resolver questões similares. Um caso resolvido pelos tribunais ordinários argentinos oferece um bom exemplo de interpretação da lei comum – neste caso, da noção de propriedade do Código Civil – à luz dos padrões estabelecidos pela Convenção 169 da OIT. Trata-se do caso da comunidade de **Quera y Águas Calientes**<sup>22</sup>, da província de Jujuy, no norte da Argentina, quando um tribunal da justiça civil e comercial teve que decidir sobre um pedido de usucapião (prescrição aquisitiva) iniciado por uma comunidade indígena. A particularidade do pedido era a reivindicação de titulação coletiva ou comunitária da terra, em nome da comunidade como sujeito titular – e não de seus membros individuais.

A demanda aponta a titularidade de direitos da comunidade como tal, fazendo referência a normas da Constituição argentina e ao conceito de povo indígena, a partir do artigo 1 da Convenção 169 da OIT. Aponta também a relação especial, cultural e espiritual que o indígena tem com a terra e com os territórios que ocupa de forma coletiva, reconhecida pela citada Convenção da OIT, da qual a Argentina é parte.

Por sua vez, o Estado provincial pede que se recuse a demanda, dizendo que a comunidade adquiriu sua personalidade jurídica comunitária somente em 1996, de modo que não pode ter transcorrido o período de vinte anos necessário para a prescrição aquisitiva.

O tribunal considerou que somente o ato que formaliza o reconhecimento jurídico da personalidade da comunidade pode comprovar sua preexistência: no momento em que solicitou sua personalidade jurídica, o povo devia acreditar que possuía comunidade lingüística, religião, conservação de seus costumes, identificação com o grupo, vontade de pertencer à comunidade do solo e eleição livre de seus representantes, entre outros requisitos. De modo que a outorga de personalidade é meramente declarativa e não constitutiva da personalidade jurídica da comunidade, o tribunal destaca que, a partir da reforma constitucional de 1994,

*a norma constitucional pretende que a outorga da personalidade jurídica sirva para tornar operativo um direito já existente, isto é, a norma que concede o direito à propriedade de terras tradicionais, na verdade, não constitui tal direito, mas simplesmente reconhece a sua preexistência e buscar torná-lo efetivo, garantindo, entre outros direitos, a propriedade comunitária da terra. Em outras palavras, reconhece-se que as comunidades aborígenes são preexistentes ao Estado Nacional [...], sendo atribuídas a estas comunidades, como medida de precaução, as terras 'que tradicionalmente já ocupam', com vistas a garantir de maneira evidente o direito à propriedade de suas terras – direito esse historicamente exercido por tais comunidades e não somente a partir de sua constituição como pessoas jurídicas.*

O interessante neste caso é que um tribunal civil e comercial, acostumado a decidir litígios individuais de propriedade e societários, teve que aplicar diretamente normas constitucionais e a Convenção 169 para ajustar as instituições do direito privado à noção de sujeito coletivo preexistente a seu reconhecimento jurídico (isto é, a comunidade indígena) e à noção de propriedade coletiva ou comunitária da terra. Para isso, teve que fazer uma interpretação conforme as normas constitucionais e internacionais do requisito da posse de vinte anos – estabelecido pelo Código Civil para usucapião – quando tratar de sua aplicação à comunidade indígena. Assim, o tribunal destaca que

*a comunidade aborígine que obteve recentemente sua personalidade jurídica, não se trata estritamente de um legado universal ou particular nos termos do direito privado, mas devemos levar em conta que nosso direito positivo incorporou um conceito novo de propriedade, o de propriedade comunitária, conforme o qual o exercício da posse não se faz por uma pessoa física determinada, mas pelo grupo que compõe essa comunidade.*

A partir de prova testemunhal e da visita à comunidade, o tribunal considerou que o sujeito intergeracional “comunidade indígena” não somente cumpria com o requisito de posse pacífica e ininterrupta por vinte anos, como havia estado em posse de seus territórios desde épocas pré-hispânicas. Por conseguinte, deu por provada a posse pacífica e ininterrupta da comunidade e aceitou a demanda, concedendo à comunidade a titularidade coletiva da parcela reclamada.

#### ***4.2. O direito dos povos e comunidades de ser consultados antes da tomada de decisões que possam afetar seus direitos e interesses***

Um dos temas de maior transcendência no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas na região é o vinculado ao direito dos povos e das comunidades de ser consultados adequadamente antes que as autoridades públicas tomem decisões que possam afetá-los. Entre essas medidas estão, por exemplo, aquelas que envolvam a exploração dos recursos naturais que se encontrem em seu território, a realização de obras de infraestrutura que possam afetar esse território, prestação de serviço educativo nas comunidades indígenas e o esboço de planos de desenvolvimento para os povos e comunidades indígenas. Enquanto requisito procedimental que deva ser cumprido necessariamente antes da tomada de decisões, sua falta de cumprimento determina a invalidez das medidas tomadas sem respeitar a exigência de consulta. O instrumento normativo internacional em que esse direito aparece plasmado com maior clareza é a Convenção 169 da OIT<sup>23</sup>.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu jurisprudência nessa matéria<sup>24</sup>. Contudo, apresentarei aqui vários casos decididos por tribunais nacionais.

A Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu claramente a necessidade de consulta aos povos indígenas, fixando as bases de interpretação da exigência de uma “consulta apropriada” e invalidando atos administrativos e legislativos

adotados sem que se cumpra plenamente esse requisito. Dois casos importantes podem ilustrar esta situação.

Na sentença **SEU-039/97**<sup>25</sup>, verdadeiro *leading case* continental sobre a questão, a Corte Constitucional teve que examinar uma ação de tutela (equivalente a *amparo*, na Colômbia) apresentada pelo Defensor do Povo em representação de um grupo de integrantes da comunidade indígena U'wa, contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia Inc., por considerar que os demandados violaram os direitos da comunidade ao não efetuar de maneira completa e séria o processo de consulta prévia à concessão de uma licença da exploração de hidrocarbonetos dentro de seu território. De acordo com a demanda, realizou-se somente uma reunião com alguns líderes da comunidade, o que não satisfaz o trâmite de consulta adequada. O Defensor do Povo solicitou, por conseguinte, a suspensão da concessão da licença ambiental e a adoção das medidas necessárias para executar o trâmite de consulta prévia à comunidade para a proteção dos direitos da comunidade indígena. Também foi solicitada, em ação separada, a nulidade do ato administrativo que concedeu a licença ambiental e sua suspensão provisória. Ademais, ambas ações judiciais se fundamentam na violação do direito dos indígenas ao território, à autodeterminação, à língua e à cultura étnica – uma vez que a exploração de recursos naturais não renováveis está condicionada à preservação da integridade cultural, social e econômica das comunidades indígenas e à participação dos representantes nessas decisões, tal como o prescrevem os artigos 6 e 15 da Convenção 169.

Em sua decisão, a Corte Constitucional destaca que não somente os indivíduos membros das comunidades indígenas são sujeitos de direitos, mas que a Constituição reconhece que também o é a comunidade como coletivo. Depois, diz que os interesses de exploração de recursos naturais para garantir um desenvolvimento sustentável e o direito de conservação da identidade cultural, étnica, econômica e social das comunidades assentadas nos territórios a serem explorados devem ser harmonizados. A forma de harmonização e equilíbrio desses interesses é através da criação de um mecanismo de participação das comunidades na tomada de decisões que as afetem, que o tribunal identifica como um dos mecanismos de participação previstos na Constituição Política. A Corte afirma que trata-se de um direito fundamental, já que esse é o mecanismo mediante o qual se assegura a subsistência da comunidade como grupo social, afirmando que a Convenção 169 faz parte do chamado “bloco de constitucionalidade”, que requer a interpretação integrada dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Política e nos demais instrumentos normativos que integram esse bloco. Em consequência, a interpretação harmônica da Constituição e da Convenção 169 exige o direito à consulta dos povos indígenas para a exploração dos recursos. A consulta deve buscar o conhecimento pleno da comunidade sobre o projeto e os efeitos que causaria em seu entorno social, cultural, econômico e político, como também a avaliação de suas vantagens e desvantagens. As comunidades afetadas devem ser ouvidas e, se não existir acordo, a atuação da administração não deve ser autoritária ou arbitrária, mas objetiva, razoável e proporcional. Em todo caso, devem ser arbitrados os mecanismos necessários para mitigar, corrigir ou restaurar

os efeitos que as medidas da autoridade causem ou possam gerar em detrimento da comunidade ou de seus membros.

A Corte concluiu que não foi realizada de maneira completa e idônea o processo de consulta prévia das comunidades indígenas U'wa com relação ao projeto de exploração de hidrocarbonetos, pois às reuniões realizadas compareceram diferentes membros das comunidades, mas não seus representantes. Tampouco ocorreu uma reunião planejada para revisar os efeitos do projeto – que não se realizou porque a licença já havia sido expedida. Portanto, por não se realizar o trâmite de consulta de acordo com os parâmetros estabelecidos, e em previsão dos possíveis prejuízos que a execução do projeto pudesse causar à comunidade indígena, a Corte considerou violados os direitos à participação, à integridade étnica, cultural, social e econômica e ao devido processo da comunidade U'wa. A sentença concedeu o amparo transitório, ordenou a suspensão da licença ambiental e a realização de uma consulta devida.

Essa doutrina foi reiterada e aplicada em sentenças posteriores<sup>26</sup>.

Em um caso recente, de suma transcendência institucional, a Corte Constitucional colombiana levou ainda mais longe essa doutrina, ao *declarar a inconstitucionalidade de uma lei* por falta de consulta adequada às comunidades indígenas e afrodescendentes que seriam potencialmente afetadas por essa norma. Com efeito, na sentença C-030/08<sup>27</sup>, a Corte Constitucional pôde considerar uma demanda de inconstitucionalidade da denominada Lei Geral Florestal (Lei 1021 de 2006), por ter sido omitida a consulta prévia estabelecida pelo artigo 6 da Convenção 169 da OIT às comunidades indígenas e afrodescendentes afetadas.

A Corte Constitucional reiterou a linha jurisprudencial traçada em matéria de reconhecimento da diversidade étnica e cultural como princípio constitucional e fundamental da nacionalidade colombiana. Destacou que essa proteção especial se traduz no dever de realizar processos de consulta prévia com as comunidades indígenas e tribais para a adoção e a execução de decisões susceptíveis de afetá-las, dever que surge de diversas normas constitucionais e da Convenção 169 da OIT.

Não obstante, uma vez que o caso questionava a sanção de uma lei sem consulta prévia, a Corte agregou novos critérios à jurisprudência anterior. Assim, a Corte destacou que, quando se trata de projetos de lei, o dever de consulta não surge frente a toda medida legislativa que seja suscetível de afetar as comunidades indígenas, mas unicamente frente àquelas que possa afetar diretamente. A Corte esclareceu que o impacto direto pode dar-se tanto quando o legislador decida expressamente regulamentar matérias previstas pela Convenção 169, como quando a medida, apesar de seu alcance geral, repercutir de maneira direta sobre as comunidades indígenas e tribais. A Corte também acrescentou algumas considerações sobre a oportunidade e modo de realização da consulta nos casos de medidas legislativas, e sobre as possíveis consequências jurídicas de seu descumprimento.

A Corte considerou que, embora existam na lei previsões para a preservação da autonomia das comunidades indígenas e afrocolombianas para os aproveitamentos florestais em seus territórios, a norma também estabelece políticas gerais, definições, pautas e critérios susceptíveis a afetar áreas nas quais, de maneira geral, se encontrem assentadas as comunidades indígenas e afrodescendentes, com a possibilidade de

que o fato repercute sobre suas formas de vida e sobre a relação estreita que mantêm com a floresta. De modo que, de acordo com o tribunal, era preciso consultar essas comunidades para a adoção da lei a fim de buscar aproximações sobre maneiras de evitar que a mesma as afetasse negativamente e, inclusive, sobre o próprio conteúdo das pautas e critérios que, ainda quando de aplicação geral, podem ter uma repercussão direta sobre os territórios indígenas e tribais ou sobre suas formas de vida. A falta de consulta determina, para a Corte, a inconstitucionalidade da norma.

Além disso, a Corte fixa as pautas que devem ser cumpridas para que a consulta possa ser considerada válida: dar conhecimento as comunidades do projeto de lei; ilustrá-las sobre seu alcance e sobre como poderia afetá-las e dar-lhes oportunidades efetivas para que se pronunciem sobre o mesmo.

A Turma Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica seguiu um caminho similar ao declarar inconstitucional a adjudicação de uma concessão de exploração e aproveitamento de hidrocarbonetos a uma empresa privada pelo poder Executivo, por falta de realização de uma consulta prévia adequada aos povos e comunidades indígenas afetados. Em seu voto 8019, de 2000, a Corte decidiu por um recurso de amparo nesse sentido, iniciado por associações de desenvolvimento de comunidades indígenas e outros litigantes e fundamentada, entre outras normas, na violação da Convenção 169 da OIT<sup>28</sup>.

A Corte decidiu que as autoridades não cumpriram com o requisito da consulta prévia às comunidades indígenas, tal como estabelecido pelo artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT. A Turma Constitucional interpreta o direito das comunidades de ser consultadas como um requisito necessário para a participação e o respeito das minorias em uma democracia. A Sala Constitucional dá por provado que o respectivo Ministério omitiu a convocação da consulta, que era obrigatória, e que, portanto, o ato não ficou respaldado pela publicidade do processo de licitação na imprensa. Em consequência, dá lugar ao recurso de amparo e declara anulado o ato de adjudicação.

Um último exemplo provém do Tribunal Constitucional do Equador. Também esse tribunal teve que considerar, no caso *Arcos v. Dirección Regional de Minería*<sup>29</sup>, um recurso de amparo – iniciado pelo Defensor do Povo, representando os direitos de comunidades indígenas chachis e de comunidades afrodescendentes da província de Esmeraldas – dirigida contra uma concessão de mineração, por parte das autoridades governamentais, à uma empresa privada para “prospectar, explorar, aproveitar, beneficiar, fundir, refinar e comercializar minerais” existentes em um terreno situado no território das comunidades. Entre outros agravos, a demanda se funda no descumprimento da obrigação de consulta prévia às comunidades afetadas, invocando-se nesse sentido o artigo 15 da Convenção 169 da OIT.

A ação alega que a concessão e o início das atividades mineradoras provocará danos irreparáveis aos recursos naturais, à saúde e vida das famílias das comunidades que habitam a zona, e também viola os direitos coletivos dos povos negros e indígenas, ao terem sido ignorados os requisitos da consulta prévia obrigatória às comunidades e a licença e avaliação de impacto ambiental.

O Tribunal Constitucional confirmou a sentença de primeira instância e ordenou a suspensão da concessão de mineração impugnada, dando por provado

que a concessão afetaria ambientalmente os centros chachis e os povos negros que habitam determinada zona e alteraria os seus modos de vida. O tribunal sublinha que tanto a Constituição como a Convenção 169 da OIT requer a realização de uma consulta prévia

*para avaliar os efeitos da exploração na vida dos povos, determinar se, e em que medida, seus interesses seriam prejudicados, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras. Daí que constitua um imperativo a realização da consulta, cuja omissão determina a ilegitimidade do ato impugnado.*

É interessante destacar também que uma das defesas apresentadas pelo Estado foi a falta de regulamentação legal da consulta. O Tribunal Constitucional rejeitou tal argumento, sustentando que não se pode alegar falta de regulamentação legal para desconhecer o direito dos povos e comunidades indígenas a ser consultados.

#### *4.3. As obrigações positivas do Estado em situações de extrema pobreza dos povos e comunidades indígenas*

Outra área em que os tribunais da América Latina produziram sentenças de sumo interesse é o das obrigações positivas do Estado nos casos em que povos indígenas enfrentam situações de pobreza extrema. Uma parte importante desses casos se refere ao cumprimento de obrigações positivas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos e comunidades indígenas – e, especificamente, com o cumprimento das denominadas obrigações mínimas essenciais desses direitos. Como veremos, em muitos casos trata-se de situações nas quais, devido ao descumprimento de níveis essenciais de direitos, tais como o direito à alimentação ou o direito à saúde, a vida dos membros das comunidades e, em alguns casos, a subsistência mesma da comunidade como tal, está em risco.

A esse respeito, a Convenção 169 oferece uma abordagem rica, já que articula varias facetas que inferem uma compreensão complexa do princípio de igualdade e da proibição de discriminação. Por um lado, ela obriga o Estado a adotar medidas que promovam a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas sem discriminação – ou seja, enfatiza a obrigação de não excluir os povos indígenas das obrigações estatais relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais (Convenção 169, artigos 2.2., a e b, e artigo 3). Mais ainda, a Convenção estabelece a obrigação específica de adotar medidas para eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional (Convenção 169, artigo 2.2., c). Por outro lado, exige do Estado que as medidas adotadas para isso respeitem a identidade, a integridade e as formas de vida específicas dos povos e comunidades indígenas, sem que as medidas especiais possam menosprezar os direitos geralmente reconhecidos ao resto da população (Convenção 169, artigos 2.2., b 3.2. e 4). A Convenção 169 também requer a participação dos próprios povos e comunidades indígenas na determinação de seu desenvolvimento (Convenção 169, artigos 2.1. e 4.2.).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu novos critérios, desenvolvidos com base em uma interpretação extensiva do direito à vida. Dois dos casos que já mencionei, *Yakye Axa v. Paraguai* e *Sawhoyamaxa v. Paraguai*, abordam o alcance das obrigações positivas do Estado derivadas do dever de garantir esse direito<sup>30</sup>. Em ambos os casos, a falta de acesso das respectivas comunidades indígenas a suas terras ancestrais e a consequente impossibilidade de satisfazer suas necessidades básicas através de seus próprios meios tradicionais, levaram à uma situação de escassez extrema, traduzida em um quadro grave de desnutrição, de alta incidência de enfermidades evitáveis e de mortes causadas por estas.

A Corte interpreta o direito à vida de maneira abrangente, derivando dele a obrigação estatal de assegurar as condições para uma vida digna. No caso *Yakye Axa*, o tribunal sintetiza sua doutrina do seguinte modo:

*Este Tribunal sustentou que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, porquanto de sua salvaguarda depende a realização dos demais direitos. Ao não se respeitar o direito à vida, todos os demais direitos desaparecem, posto que se extingue seu titular. Em razão desse caráter fundamental, não são admissíveis enfoques restritivos ao direito à vida. Em essência, esse direito compreende não somente o direito de que todo ser humano não pode ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito de que não se gere condições que impeçam ou dificultem o acesso a uma existência digna.*

*Uma das obrigações que iniludivelmente deve assumir o Estado em sua posição de responsável por proteger e garantir o direito à vida é a de gerar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou impeçam. Nesse sentido, o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas para a satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção torna-se prioritária<sup>31</sup>.*

A Corte identificou, entre estas obrigações, deveres relacionados ao acesso à serviços de saúde, educação, água potável e alimentação, e enfatizou a necessidade de levar em consideração, ao adotar medidas para cumprir tais obrigações, tanto a identidade como a vulnerabilidade dos povos e comunidades indígenas, em concordância com a Convenção 169 da OIT – considerada pela Corte parte do *corpus juris* internacional em matéria de direitos dos povos indígenas. Assim, o tribunal sustentou o seguinte:

*No presente caso, a Corte deve estabelecer se o Estado gerou condições que agravaram as dificuldades de acesso a uma vida digna dos membros da Comunidade Yakye Axa e se, nesse contexto, adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer essa obrigação, levando em conta a situação de especial vulnerabilidade à que foram submetidos, afetando sua forma de vida diferenciada (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que abrange a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva, à luz do corpus juris internacional existente sobre a proteção especial que necessitam os membros das*

*comunidades indígenas, à luz do exposto no artigo 4 da Convenção, em relação com o dever geral de garantia contido no artigo 1.1 e com o dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da mesma, e dos artigos 10 (Direito à Saúde); 11 (Direito a um Meio Ambiente Sadio); 12 (Direito à Alimentação); 13 (Direito à Educação) e 14 (Direito aos Benefícios da Cultura) do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as disposições pertinentes da Convenção n.º. 169 da OIT*<sup>32</sup>.

Em ambos os casos, a Corte Interamericana decidiu que o Estado não cumpriu essas obrigações positivas e o condenou por violações do direito à vida. Entre as medidas de reparação, a Corte ordenou a provisão de serviços essenciais para suprir as necessidades básicas das comunidades indígenas afetadas<sup>33</sup>.

Diante de fatos semelhantes, a Corte Suprema da Argentina respondeu vigorosamente a uma demanda apresentada pelo Defensor do Povo contra o Estado nacional e a Província do Chaco, denunciando a situação de extrema miséria de comunidades da etnia toba, habitantes da província<sup>34</sup>. A demanda reclamava o cumprimento por parte do Estado de sua obrigação de adotar ações positivas em relação à situação dos povos indígenas, de acordo com a Constituição e legislação argentina, e a Convenção 169 da OIT.

A ação mostra que a população indígena se encontra em uma grave situação socioeconômica, em consequência da qual a maioria da população padece de enfermidades endêmicas, produto da pobreza extrema, e carecem de alimentação adequada, de acesso à água potável, de atenção médica e de moradia digna. Denuncia que, devido a essa situação, no mês anterior à apresentação da ação, se registraram onze mortes.

A Corte Suprema de Justiça considerou que as afirmações do Defensor do Povo eram verossímeis e ordenou liminarmente ao Estado:

- a) informar à Corte, com relação às medidas de proteção da comunidade indígena que habitam a região: 1) comunidades que povoam esses territórios e quantidade de habitantes que as integram; 2) orçamento para a atenção aos assuntos indígenas e destino dos recursos fixados por suas respectivas leis; 3) execução de programas de saúde, alimentação e de assistência sanitária; 4) execução de programas de provisão de água potável, fumigação e desinfecção. 5) execução de planos de educação; 6) execução de programas habitacionais;
- b) comparecer em audiência pública perante a Corte Suprema para apresentar e discutir a informação solicitada;
- c) como medida cautelar, fornecer água potável e alimentos às comunidades indígenas que habitam a região afetada, como também um meio de transporte e comunicação adequado para postos de saúde.

A Corte Constitucional colombiana também teve oportunidade de decidir sobre esta temática. Na sentença T-704/06, o tribunal teve de considerar um pedido

de tutela, iniciada pela associação de chefes de uma comunidade indígena em situação de extrema pobreza contra autoridades municipais e nacionais<sup>35</sup>. A comunidade denunciou a omissão das autoridades envolvidas em tornar efetiva a entrega de remessas orçamentárias destinadas à comunidade e correspondentes a um período de quatro anos. De acordo com a ação, a autoridade municipal de Uribia não fez entrega das remessas correspondentes e se nega a incluir o reconhecimento da dívida anterior no Convênio inter-administrativo necessário para formalizar a execução das remessas. A ação se dirige também contra as autoridades nacionais que deveriam fiscalizar a entrega dos fundos e não o fizeram. Os representantes da comunidade alegam violações dos direitos à dignidade humana, à participação, à autonomia das comunidades indígenas, ao reconhecimento da diversidade cultural, a não discriminação por razões culturais, à saúde, à educação, ao reconhecimento da personalidade jurídica e a peticionar às autoridades, de acordo com normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, inclusive a Convenção 169 da OIT.

A Corte recorda as obrigações constitucionais e as internacionais assumidas pelo Estado colombiano quanto ao respeito à subsistência e identidade cultural dos povos indígenas, referindo-se de maneira destacada à Convenção 169 da OIT. O tribunal aponta que o Estado está obrigado a desenvolver ações positivas para o pleno gozo desses direitos pelas comunidades indígenas, enfatizando a estreita relação entre o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais e o gozo do direito à subsistência e identidade cultural. Isso se traduz na obrigação de dar às comunidades indígenas, em especial àquelas mais desatendidas, os recursos necessários para satisfazer tais direitos. Destaca também que, apesar da existência de regimes descentralizados de repartição de competências em um Estado, regem os princípios de coordenação, subsidiariedade, concorrência e solidariedade – de acordo com os quais todas as entidades territoriais envolvidas têm responsabilidade em assegurar que os recursos cheguem efetivamente às comunidades indígenas.

Neste caso, o tribunal dá por provado que, embora os recursos tenham chegado ao município, essa entidade não os entregou à comunidade, e tampouco consta que os tenha reservado. Não obstante, a Corte também declara responsável pela violação dos direitos da comunidade indígena os órgãos departamentais e nacionais, pela falta de controles sobre a efetiva entrega dos fundos às comunidades. A Corte aponta também que o Estado tinha a obrigação de capacitar a comunidade para que fiscalizasse adequadamente a entrega dos recursos – obrigação que tampouco foi cumprida. Em conclusão, a Corte declara violados os direitos ao respeito da dignidade humana, à saúde, à educação, à participação e à autonomia das comunidades indígenas e a não discriminação por razões culturais. A Corte dispõe, como forma de reparação, a entrega dos recursos que correspondiam à comunidade indígena e não foram entregues, dividindo a carga financeira entre os órgãos declarados responsáveis. Ordena também ao município a assinatura do Convênio inter-administrativo necessário para a entrega dos fundos.

Por sua vez, a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica ditou sentença favorável a uma comunidade indígena ante um recurso de amparo promovido pela Associação de Desenvolvimento da Reserva Indígena de Guaymí

de Osa, na qual se denuncia a omissão das autoridades administrativas em prestar colaboração necessária para reparar uma ponte arrasada pelas fortes chuvas naquela região<sup>36</sup>. A população da Reserva Indígena de Guaymí ficou incomunicável por vários dias e foi obrigada a cruzar o rio a nado ou a cavalo. As autoridades não atenderam ao pedido, com a desculpa de que não foi prorrogado o posto de mestre de obras, que era necessário para realizar a reparação solicitada. A Associação alegava a violação, entre outras normas, do artigo 6 da Convenção 169 da OIT.

A Sala Constitucional aceita os argumentos da demanda e considera que o órgão administrativo não tomou as medidas necessárias para superar a situação de emergência e para garantir o acesso da comunidade aos centros de saúde e educação, entre outros. O tribunal utiliza a Convenção 169 para enfatizar as obrigações positivas que cabem ao Estado no que diz respeito à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas. Em consequência, declara procedente o recurso e ordena ao órgão administrativo competente tomar as medidas pertinentes para restaurar, sem demora, a ponte sobre o rio Rincón.

#### *4.4. Aplicações da Convenção 169 em relação ao direito penal*

A Convenção 169 possui também aspectos vinculados à aplicação do direito penal, que foram igualmente objeto de consideração por parte de tribunais de distintos países de América Latina.

Esquemáticamente, pode-se dizer que a Convenção 169 exige, por um lado, o respeito ao sistema de justiça próprio dos povos ou comunidades indígenas, com o limite da observância dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (Convenção 169, artigo 9.1). Por outro lado, nos casos em que pessoas indígenas sejam submetidas à justiça penal estatal, a Convenção 169 impõe algumas garantias específicas, como o direito a um intérprete (Convenção 169, artigo 12), a preferência pelas penas não privativas de liberdade, quando possível (Convenção 169, artigo 10.2), e o dever das autoridades judiciais em levar em conta os costumes e características culturais dos povos indígenas em matéria penal (Convenção 169, artigos 9.2 e 10.1).

Vários exemplos da justiça penal guatemalteca podem ilustrar o sentido da aplicação da Convenção 169 nessa questão.

Assim, o respeito pelas decisões judiciais das comunidades indígenas em matéria de direito penal determinou a suspensão de causos do sistema jurídico estatal quando, sobre a mesma questão, já houver resolução por parte das autoridades comunitárias, por aplicação do princípio *ne bis in idem*. Essa foi a tese sustentada pelo Tribunal de Primeira Instância Penal, de Narcoatividade e Delitos contra o Ambiente do Departamento de Totonicapán, em um caso no qual o Ministério Público iniciou uma investigação penal por roubo agravado contra três indígenas, quando constava que o fato havia sido julgado previamente pelas autoridades da comunidade indígena, que já haviam imposto uma sanção aos responsáveis. O juiz afirma que do reconhecimento da validade jurídica da sanção aplicada pela comunidade se infere a impossibilidade de aplicar novas sanções penais aos responsáveis, e decreta sua suspensão, com citação expressa da Convenção 169 da OIT<sup>37</sup>.

A consideração dos costumes e da cultura dos povos indígenas levou também juízes a sustentar a atipicidade penal de certas condutas e, por conseguinte, a não punir ou absolver indicados ou acusados. A esse respeito, é exemplificativa a sentença de um juizado de paz do Município de San Luis, no Departamento do Petén, no norte de Guatemala. Trata-se de um processo penal iniciado contra um membro de uma comunidade indígena por denúncia de agentes da Polícia Nacional. Imputava-se a ele o delito de “tráfico de tesouros nacionais”. De acordo com a autoridade policial, o imputado comerciava objetos de valor arqueológico, transportando-os de uma comunidade a outra.

O juiz indefere a ação penal, dando por provado que o imputado é um sacerdote maia. O juiz também dá por provado que o imputado transportou os objetos de valor histórico e cultural para a prática dos rituais e cerimônias maias, e não com a intenção de negociá-los ou comercializá-los. Fundamenta-se em normas constitucionais e na Convenção 169 da OIT<sup>38</sup>. De acordo com a sentença:

*A alínea (a) do Artigo 5 [da Convenção 169] estabelece que: “deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar em devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente”. A alínea (b) do mesmo artigo dessa Convenção estabelece que “deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos”. Consequentemente, o inciso 1 do artigo 8 do instrumento internacional mencionado estabelece: “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.” O inciso 2 do mesmo artigo estabelece: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional, nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio”. O que implica para as instituições estatais, incluindo os tribunais, é que como princípio fundamental, deve-se respeitar instituições e costumes dos povos indígenas. Levando-se em conta o que estabelece o inciso 1 do Artigo 9 da Convenção 169 da OIT, que estabelece: “Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos pelos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”. Mas, se no direito consuetudinário dos povos indígenas encontra-se instituída uma figura ou autoridade comunitária, as instituições criadas mediante legislação estatal, incluindo o organismo judicial não devem recriminá-la ou observá-la como a comissão de um delito, sempre e quando se esteja dedicando à atividade que por prática ou observância do costume lhe pertencer, isto é, se desenvolve uma atividade própria da instituição da comunidade indígena; mas, ao contrário, devem respeitar e distinguir as instituições que paralelamente funcionam dentro do direito indígena, em algum momento as instituições governamentais, especialmente o organismo judicial, que por norma constitucional está chamado a distribuir justiça, devem fazer uma clara distinção entre a lei e a justiça, já que nosso direito indígena, que goza de reconhecimento internacional, tem também*

*suas instituições, em tal sentido não deve aplicar-se a lei, mas uma justiça pronta e cumprida; esta interpretação se faz em conformidade com o inciso 2 do artigo 9 do mesmo instrumento internacional citado, que estabelece: “As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.*

No mesmo sentido, a Corte de Apelações da Guatemala, constituída em tribunal de amparo, decidiu que a imposição da obrigação de usar uniforme às mulheres indígenas privadas de liberdade em uma instituição penitenciária, e a correlativa proibição de uso de seu traje típico, viola a obrigação de respeitar os costumes e a cultura dos povos indígenas, afetando o direito à identidade cultural<sup>39</sup>. A ação foi iniciada pelo Procurador dos Direitos Humanos (Defensor do Povo), com base em diversas normas da Convenção 169 da OIT. O tribunal sustentou que a proibição de usar o traje típico constitui um causa de discriminação contra os grupos indígenas, e em especial contra as mulheres indígenas. A Corte aponta a incompatibilidade da resolução com a obrigação estatal de reconhecer, respeitar e promover a cultura e as tradições dos povos indígenas, entre os quais se conta o uso do traje típico:

*Uniformizar reclusos ou reclusas que representem o povo maia, como no presente caso, constitui uma flagrante discriminação e uma contravenção ao artigo 66 da Constituição Política da República, que reconhece que a Guatemala é composta por diversos grupos étnicos, entre os quais figuram os grupos indígena de ascendência maia.*

*O Estado reconhece, respeita e promove suas formas de vida, costumes, tradições, formas de organização social, uso do traje indígena em homens e mulheres e dialetos; por outro lado, não se pode aceitar que, de forma arbitrária e sem nenhuma base legal, nem justificação, se pretenda uniformizar membros dos grupos indígenas de ascendência maia, em um ato que evidentemente constitui uma discriminação desses cidadãos, sem prejuízo dos fatos pelos quais estão sujeitos aos tribunais.*

Em consequência, a Corte ordena suspender a resolução administrativa e restituir o direito ao uso do traje típico pelas internas afetadas.

O Tribunal Constitucional da Bolívia também teve que examinar questões relacionadas a aplicação de sanções penais pela comunidade. Na Sentença Constitucional 295/03, o tribunal teve que atender a um pedido de tutela constitucional interposta por um casal de uma comunidade indígena a quem a comunidade havia imposto – embora ainda não executado – a sanção de expulsão e a ameaça de corte do fornecimento de energia e de água<sup>40</sup>. Os impugnantes alegavam que a sanção infringia “seus direitos ao trabalho, a entrar, permanecer e transitar livremente pelo território nacional, à propriedade privada e a receber uma justa remuneração por seu trabalho”.

Depois de convocar uma audiência e de realizar uma perícia antropológica, o Tribunal Constitucional dá por provado que a sanção imposta pela comunidade respondeu ao descumprimento, por parte dos impugnantes, de normas comunitárias – como a fixação de um preço comum por um serviço, o pagamento de cotas e multas e o dever para com os trabalhos comunitários.

O Tribunal afirma que a Constituição boliviana reconhece o direito das comunidades e dos povos indígenas de manter suas normas consuetudinárias e de exercer a justiça comunitária em caso de não cumprimento dessas normas. O Tribunal recorda, de todo modo, que a aplicação de normas e sanções comunitárias tem como limite a Constituição, citando a esse respeito também o artigo 8 da Convenção 169 da OIT.<sup>41</sup> No caso, acolhe a tutela ordenando à comunidade que permita a permanência dos impugnantes na comunidade, sob a condição de que eles se ajustem às normas comunitárias. Ordena também às autoridades da comunidade informar ao Tribunal, no prazo de seis meses, “se os recorrentes adaptaram sua forma de vida aos costumes da Comunidade”.

A decisão busca um equilíbrio entre o interesse da comunidade de preservar sua ordem comunitária e o interesse dos impugnantes de permanecer na comunidade. De modo que, levando à prática uma solução de pretensões conciliatórias, revoga o castigo pendente, mas submete os recorrentes à obrigação de ajustar-se às normas comunitárias – reconhecendo, desse modo, a legitimidade da determinação das autoridades da comunidade sobre os descumprimentos cometidos pelos impugnantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 
- ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (eds.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007.
- ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (eds.). **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 1997.
- ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Trotta, 2005.
- ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Sancionada pelo Congresso Geral Constituinte, 1º de maio de 1853; reformada e aceita pela Convenção Nacional *ad hoc*, 25 set. 1860; e com as reformas das Convenções de 1866, 1898, 1957 e 1994.
- . **Código Civil**. Buenos Aires: 25 set 1869.
- . Câmara Civil e Comercial de Jujuy. Primeira Sala. **Comunidade aborígine de Quera e Aguas Calientes – Povo Cochino v. Província de Jujuy**. Sentença. 14 set 2001.
- . Corte Suprema na Nação. **Defensoria Pública da Nação c/ Estado Nacional e outros (Província de Chaco) s/ processo de investigação**. Medida cautelar: Sentença. 18 set 2007.
- AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Quito: FUNDAP, 2003.

- BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama**. 2 ed. La Paz: Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Instituto Indigenista Interamericano, 2003.
- BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. **Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo I. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 37-61.
- BELIZE. Suprema Corte. **Aurelio Cal em seu favor e em favor da Vila Maya de Santa Cruz e outros v. General Attorney de Belize e outros**. Consolidated claims, claims 171 e 172 de 2007. Sentença. 18 out 2007, par. 130.
- BOLÍVIA. Tribunal Constitucional. **Sentença Constitucional 0295/2003-R**. Julgamento 2002-04940-10-RAC. Sentença. 11 mar 2003.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. **Sentença Constitucional 106/2003**. Julgamento 2003-07132-14-RDN. Sentença. 10 nov 2003.
- BONILLA, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes, Instituto Pensar, 2006.
- BOTERO MARINO, Catarina. Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades**. Cali, Universidad ICESI, 2003, p. 45-87.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 5 out 1988.
- COLOMBIA. **Lei 1021 de 2006**, por la cual se expide la Ley General Forestal. Bogotá: 20 abr. 2006.
- \_\_\_\_\_. Corte Constitucional. **Sentença SU-039/97**. 3 fev. 1997. [Magistrado Proponente: Antonio Barrera Carbonell].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença T-652/98**. 10 nov. 1998. [Magistrado Proponente: Carlos Gaviria Díaz].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença C-088/01**. 31 jan. 2001. [Magistrada Proponente: Martha Victoria Sáchica Méndez].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença T-606/01**. 7 jun. 2001. [Magistrado Proponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença C-418/02**. 28 mai. 2002a. [Magistrado Proponente: Alvaro tafur Galvis].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença C-891/02**. 22 out. 2002b. [Magistrado Proponente: Jaime Araujo Rentería].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença T-955/03**. 17 out. 2003. [Magistrado Proponente: Alvaro Tafur Galvis].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença T-704/06**. 22 ago. 2006. [Magistrado Proponente: Humberto Antonio Sierra Porto].
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença C-030/08**. 23 jan. 2008. [Magistrado Proponente: Rodrigo Gil Escobar].

CONSELHO EUROPEU. **Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – Protocolo No. 11**. 4 nov. 1950. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua**. Sentença. 31 ago. 2001.

\_\_\_\_\_. **Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai**. Sentença. 17 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Comunidade Indígena Sawhoyamaya v. Paraguai**. Sentença. 29 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **Povo Saramaka v. Suriname**. Sentença. 28 nov. 2007.

COSTA RICA. **Constitución Política de la Republica de Costa Rica**. San José: 1949.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte de Justiça. Sala Constitucional. **Sentença 1992-3435**.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentença 1993-5759**.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Voto 2000-08019**. Caso 00-000543-0007-CO. Sentença. 8 set. 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Voto 2003-08990**. Caso 03-007279-0007-CO. Sentença. 26 ago. 2003.

EQUADOR. **Constitución Política de la República del Ecuador**. Quito: 2008

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. **No. 170-2002-RA**: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentença. 13 ago. 2002.

FLORES JIMÉNEZ, Fernando (coord.). **Constitución y Pluralismo Jurídico**. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto de Derecho Público, 2004.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. **Desarrollo Económico**, v. 36, n. 144, p. 971-990, Jan-Mar. 1997.

GIANIBELLI, Guillermo. 2007. El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 355-388.

GOLDIN, Adrián. 2007. Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 315-354.

GUATEMALA. **Constitución Política de la Republica de Guatemala**. 1985, com reformas de 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal Penal de Primeira Instância, de Narcotráfico e Delitos contra o

- Ambiente do Departamento de Totonicapan. **Caso E.312.2003 Of. 6ta.** Sentença. 25 jun. 2003a.
- \_\_\_\_\_. Corte de Apelação construída no Tribunal de Amparo. Terceira Sala. **Amparo No. 46-2003 Of.1.** Sentença. 30 out. 2003b.
- \_\_\_\_\_. Juizado de Paz Comunitária do Município de São Luis. Departamento de Petén. **Processo No. 517-2003 Of. I.** Sentença. 18 nov. 2003c.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. **Tese P. LXXVII/1999.** Seminário Judicial da Federação, t. X. Nov. 1999, p. 46.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tese P. VIII/2007.** Seminário Judicial da Federação, t. XXV. Abr. 2007, p. 6.
- VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Caracas: 1999.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]. 27 jun. 1989. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>>. Último acesso em: maio de 2009.
- SERNA DE LA GARZA, José María. **La reforma del Estado en América Latina: los casos de Argentina, Brasil y México.** México: UNAM, 1998.
- SIEDER, Rachel (ed.). **Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy.** Nova York: Basingstoke, 2002.
- THOMAS, Constance; OELZ, Martin; BEAUDONNET, Xavier. The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir.** Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Genebra: OIT, 2004, p. 249-285.
- UPRIMNY, Rodrigo. 2001. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. In: **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.** Bogotá: Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. 2004. "Corte constitucional y emancipación social en Colombia". In: SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). **Emancipación social y violencia en Colombia.** Bogotá: Norma, 2004.

## NOTAS

1. Sobre a Convenção 169 e sobre os direitos dos povos indígenas no direito internacional, ver ANAYA, 2005.
2. Maio de 2009. Os Estados que ratificaram a Convenção são Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, México, Paraguai, Peru e Venezuela.
3. Sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos por juízes locais ver, em geral, Abregú e Courtis (1997); Abramovich, Bovino e Courtis (2007). Especificamente sobre a aplicação das Convenções da OIT no âmbito local, ver Gianibelli (2007, p. 355-388), e Goldin (2007, p. 315-354). Ver também Thomas, Oelz e Beaudonnet (2004, p. 249-285).
4. No caso da Argentina, uma lista de tratados de direitos humanos foi incluída no artigo 75, parágrafo 22 da Constituição, e pode ser ampliada se, ao se aprovar um tratado de direitos humanos, reunir uma maioria qualificada. É também o caso do Brasil, que atribui aos tratados de direitos humanos aprovados por meio de um procedimento e de uma maioria qualificada o valor de uma reforma constitucional (ver BRASIL, Constituição Federal, artigo 5 ° § 3°).
5. Na Colômbia, por exemplo, a Corte Constitucional decidiu mais de quarenta casos nos quais invocou a Convenção 169. Ver a esse respeito, Botero Marino (2003, p. 45-87).
6. Entre os países da região em que se registraram aplicações judiciais da Convenção 169 estão Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Peru e Venezuela.
7. Ver BELIZE, Suprema Corte, *Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others, consolidated claims, claims 171 and 172 of 2007*, sentença de 18 de outubro de 2007, § 130.
8. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, sentenças 1992-3435 e 1993-5759.
9. De todo modo, a Constituição quatoriana de 2008 estabelece em seu artigo 417 que “Em caso dos tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos se aplicarão os mesmos princípios pró ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta estabelecidas na Constituição” – uma solução que se aproxima da que estabelece o “bloco de constitucionalidade”.
10. Ver MÉXICO, Suprema Corte de Justiça da Nação, tesis P. LXXVII/1999, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, novembro de 1999, p. 46; tesis P. VIII/2007, abril de 2007, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXV, abril de 2007, p. 6.
11. Como dissemos antes, no Brasil, os tratados de direitos humanos aprovados por meio de um procedimento especial e com uma maioria qualificada têm hierarquia constitucional, mas resta o problema da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos não aprovados desse modo – ou seja, praticamente a maioria dos tratados de direitos humanos, que foram ratificados antes da aprovação da reforma constitucional que estabelece o procedimento especial com maioria qualificada.
12. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença C-088/01, de 31 de janeiro de 2001 (Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez).
13. Ver BOLÍVIA, Tribunal Constitucional, Sentença constitucional 106/2003, Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentença de 10 de novembro de 2003.
14. A Corte Interamericana iniciou sua jurisprudência nesta área com o caso *Awas Tingni*. Nesse caso, considerou, pela primeira vez, que o direito à propriedade privada estabelecido no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – cujo texto é similar ao artigo 1° do Protocolo 1 à Convenção Européia de Direitos Humanos – deve ser interpretado, quando se trata de povos e comunidades indígenas, como um direito à propriedade coletiva ou comunal da terra. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Sentença de 31 de agosto de 2001, § 148-149. Nos casos aqui comentados, a Corte Interamericana amplia seus fundamentos, utilizando para isso a Convenção 169.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 127 y 130.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 131.
18. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 136.
19. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 150 y 151.
20. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentença de 29 de março de 2006, § 117-119 e 150-151.
21. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Pueblo Saramaka v. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007, § 93-94 e 131.
22. Ver ARGENTINA, Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala Primera, *Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochino v. Provincia de Jujuy*, sentença de 14 de setembro de 2001.

23. Ver Convenção 169, artigo 6.1 a): “[Ao aplicar as disposições do presente Convenção, os governos deverão] consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular através de suas instituições representativas, cada vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas susceptíveis de afetá-los diretamente”. Ver também artigos 7 e 15 da Convenção.
24. Ver, por exemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Pueblo Saramaka v. Suriname*, cit., § 133-137.
25. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença SEU-039/97, de 3 de fevereiro de 1997 (Magistrado: Antonio Barrera Carbonell).
26. Ver, por exemplo, COLÔMBIA, Sentenças T-652/98, de 10 de novembro de 1998; T-606/01, de 07 de junho de 2001; C-418/02, de 28 de maio de 2002a; C-891/02, de 22 de outubro de 2002b e T-955/03, de 17 de outubro de 2003.
27. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença C-030/08, de 23 de janeiro de 2008 (Magistrado: Rodrigo Gil Escobar).
28. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça da Nação, Sala Constitucional, Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, sentença de 8 de setembro de 2000.
29. Ver EQUADOR, Tribunal Constitucional, nº. 170-2002-RA, *Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional*, sentença de 13 de agosto de 2002.
30. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*”, cit., § 161-169, 172 e 175, e *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, cit., § 152-178.
31. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Yakye Axa*, cit., § 161 e 162.
32. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Yakye Axa*, cit., § 163.
33. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005 § 205, 220 e 221, e Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, sentença de 29 de março de 2006, § 224, 229, 230 e 232.
34. Ver Argentina, Corte Suprema de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento*, sentença de 18 de setembro de 2007 (medida cautelar).
35. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença T-704/06, de 22 de agosto de 2006 (Magistrado: Humberto Antonio Sierra Porto).
36. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, Voto 2003-08990, Expediente 03-007279-0007-CO, sentença de 26 de agosto de 2003.
37. Ver GUATEMALA, Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapan, Expediente E.312.2003 Of. 6to., sentença de 25 de junho de 2003.
38. Ver GUATEMALA Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén, Processo nº. 517-2003 Of. I., sentença de 18 de novembro de 2003.
39. Ver GUATEMALA Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo nº. 46-2003 Of. 1., sentença de 30 de outubro de 2003.
40. Ver BOLÍVIA, Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC, sentença de 11 de março de 2003.
41. Ver Convenção 169 da OIT, artigo 8: “1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para solucionar conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo, não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”.

## ABSTRACT

---

This article presents some cases that are emblematic of the application of the International Labour Organisation's Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, by courts of Latin America. It discusses: a limited number of cases that cover various topics and represent the distinct countries of the region; and the regional court of human rights – the Inter-American Court of Human Rights. These cases are highlighted either according to their subject, by the innovative insight they offer, or by the relevance of their consequences. Before outlining these cases, however, some clarifications are presented which might be useful in explaining the material set forth below and the context in which the material should be situated.

## KEYWORDS

---

Convention 169 – ILO – Indigenous and Tribal Peoples – Courts – Latin America – International Treaties Application

## RESUMEN

---

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por tribunales de América Latina. Discute un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se destacan por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, se efectúan algunas aclaraciones previas que pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

## PALABRAS CLAVE

---

Convenio 169 – OIT – Pueblos Indígenas y Tribales – Tribunales – América Latina – Aplicación de los tratados internacionales

## Números anteriores

Números anteriores disponíveis *online* em <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>

### SUR 1

---

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ  
Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN  
Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA E A. SCOTT DUPREE  
Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos

JEREMY SARKIN  
O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos

VINODH JAICHAND  
Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de direito

PAUL CHEVIGNY  
A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO  
Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU funcionar  
Cinco questões no campo dos direitos humanos

### SUR 2

---

SALIL SHETTY  
Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Oportunidades para os direitos humanos

FATEH AZZAM  
Os direitos humanos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE  
Direito à educação e educação para os direitos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES  
O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE E J.C. NWOBIKE  
Implementação do direito ao desenvolvimento

STEVEN FREELAND  
Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: Enfrentando os crimes ambientais

FIONA MACAULAY  
Parcerias entre Estado e sociedade civil para promover a segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH  
Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH  
Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados

### SUR 3

---

CAROLINE DOMMEN  
Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

CARLOS M. CORREA  
O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento

BERNARDO SORJ  
Segurança, segurança humana e América Latina

ALBERTO BOVINO  
A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

NICO HORN  
Eddie Mabo e a Namíbia: Reforma agrária e direitos pré-coloniais à posse da terra

NLERUM S. OKOGBULE  
O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas

MARÍA JOSÉ GUEMBE  
Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA  
Direitos humanos e justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

LOUISE ARBOUR  
Plano de ação apresentado pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos

### SUR 4

---

FERNANDE RAINE  
O desafio da mensuração nos direitos humanos

MARIO MELO  
Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ISABELA FIGUEROA  
Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência

ROBERT ARCHER  
Os pontos positivos de diferentes tradições: O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN  
Releitura do desenvolvimento e dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ  
Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBIKE  
Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: O caminho a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN  
Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA E LEO ZWAAK  
Comparação esquemática dos sistemas regionais e direitos humanos: Uma atualização

RESENHA

### SUR 5

---

CARLOS VILLAN DURAN  
Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ  
O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA  
O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE  
Grandes promessas, pequenas realizações: justiça transicional na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD  
Fortalecendo o policiamento democrático

## Números anteriores

Números anteriores disponíveis *online* em <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>

e a responsabilização na  
*Commonwealth* do Pacífico

IGNACIO CANO  
Políticas de segurança pública  
no Brasil: tentativas de  
modernização e democratização  
versus a guerra contra o crime

TOM FARER  
Rumo a uma ordem legal  
internacional efetiva: da  
coexistência ao consenso?

RESENHA

### SUR 6

---

UPENDRA BAXI  
O Estado de Direito na Índia

OSCAR VILHENA VIEIRA  
A desigualdade e a subversão do  
Estado de Direito

RODRIGO UPRIMNY YEPES  
A judicialização da política  
na Colômbia: casos,  
potencialidades e riscos

LAURA C. PAUTASSI  
Há igualdade na desigualdade?  
Abrangência e limites das ações  
afirmativas

GERT JONKER E RIKA SWANZEN  
Serviços de intermediação  
para crianças-testemunhas que  
depõem em tribunais criminais  
da África do Sul

SERGIO BRANCO  
A lei autoral brasileira como  
elemento de restrição à eficácia  
do direito humano à educação

THOMAS W. POGGE  
Para erradicar a pobreza  
sistêmica: em defesa de um  
Dividendo dos Recursos Globais

### SUR 7

---

LUCIA NADER  
O papel das ONGs no Conselho  
de Direitos Humanos da ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS  
Ativismo jurídico transnacional  
e o Estado: reflexões sobre os  
casos apresentados contra o  
Brasil na Comissão Interameri-  
cana de Direitos Humanos

#### Justiça transicional

TARA URS  
Vozes do Camboja: formas  
locais de responsabilização por  
atrocidades sistemáticas

CECILY ROSE E FRANCIS M.  
SSEKANDI  
A procura da justiça  
transicional e os valores  
tradicionais africanos: um  
choque de civilizações – o caso  
de Uganda

RAMONA VIJEYARASA  
Verdade e reconciliação para  
as “gerações roubadas”:  
revisitando a história da  
Austrália

ELIZABETH SALMÓN G.  
O longo caminho da luta contra  
a pobreza e seu alentador  
encontro com os direitos  
humanos

ENTREVISTA COM JUAN  
MÉNDEZ  
Por Glenda Mezarobba

### SUR 8

---

MARTÍN ABREGÚ  
Direitos humanos para todos:  
da luta contra o autoritarismo à  
construção de uma democracia  
inclusiva - um olhar a partir da  
Região Andina e do Cone Sul

AMITA DHANDA  
Construindo um novo léxico dos  
direitos humanos: Convenção  
sobre os Direitos das Pessoas  
com Deficiências

LAURA DAVIS MATTAR  
Reconhecimento jurídico dos  
direitos sexuais – uma análise  
comparativa com os direitos  
reprodutivos

JAMES L. CAVALLARO E  
STEPHANIE ERIN BREWER  
O papel da litigância para  
a justiça social no Sistema  
Interamericano

#### Direito à saúde e acesso a medicamentos

PAUL HUNT E RAJAT KHOSLA  
Acesso a medicamentos como  
um direito humano

THOMAS POGGE  
Medicamentos para o mundo:  
incentivando a inovação sem  
obstruir o acesso livre

JORGE CONTESSA E DOMINGO  
LOVERA PARMO  
Acesso a tratamento médico  
para pessoas vivendo com  
HIV/AIDS: êxitos sem vitória  
no Chile

GABRIELA COSTA CHAVES,  
MARCELA FOGAÇA VIEIRA E  
RENATA REIS  
Acesso a medicamentos e  
propriedade intelectual no  
Brasil: reflexões e estratégias  
da sociedade civil

### SUR 9

---

BARBORA BUKOVSKÁ  
Perpetrando o bem: as  
consequências não desejadas da  
defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN  
Prisões na África: uma avaliação  
da perspectiva dos direitos  
humanos

REBECCA SAUNDERS  
Sobre o intraduzível: sofrimento  
humano, a linguagem de  
direitos humanos e a Comissão  
de Verdade e Reconciliação da  
África do Sul

#### Sessenta anos da Declaração Universal de Direitos Humanos

PAULO SÉRGIO PINHEIRO  
Os sessenta anos da Declaração  
Universal: atravessando um mar  
de contradições

FERNANDA DOZ COSTA  
Pobreza e direitos humanos:  
da mera retórica às obrigações  
jurídicas - um estudo crítico  
sobre diferentes modelos  
conceituais

EITAN FELNER  
Novos limites para a luta  
pelos direitos econômicos e  
sociais? Dados quantitativos  
como instrumento para a  
responsabilização por violações  
de direitos humanos

KATHERINE SHORT  
Da Comissão ao Conselho: a  
Organização das Nações Unidas  
conseguiu ou não criar um  
organismo de direitos humanos  
confiável?

ANTHONY ROMERO  
Entrevista com Anthony Romero,  
Diretor Executivo da *American  
Civil Liberties Union* (ACLU)