



## **A IDENTIDADE ÉTNICA INDÍGENA EM JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS BRASILEIROS: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM RELAÇÃO À CONVENÇÃO 169 DA OIT**

INDIGENOUS ETHNIC IDENTITY IN BRAZILIAN STATE COURTS OF JUDGES: THE CONVENTIONALITY CONTROL IN RELATION TO ILO CONVENTION 169

Daize Fernanda Wagner<sup>1</sup>

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Controle de Convencionalidade; Convenção 169 OIT; Identidade étnica; Povos Indígenas; Tribunais de Justiça Estaduais.

### **KEYWORDS:**

Conventionality Control; ILO Convention 169; Ethnic identity; Indian people; State Courts of Justice.

O presente trabalho objetiva discutir a aplicação da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o controle difuso de convencionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros. Para tanto, pretende-se analisar decisões colegiadas dos Tribunais de Justiça estaduais, sempre que chamados a decidir questões envolvendo indígenas. Esta pesquisa é sequência das investigações desenvolvidas no âmbito do Projeto Identidades Étnicas em Juízo, registrado e financiado pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

O objetivo da pesquisa é analisar como julgam os tribunais pátrios em casos em que a identidade étnica e a pertença de indígenas aparecem como

---

<sup>1</sup> Professora no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira (PPGEF) da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universität (LMU) Munique/Alemanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Justiça – CNPQ/UNIFAP. E-mail: daizefernandawagner@gmail.com



assunto relevante a ponto de influenciar sua decisão e o reconhecimento de direitos aos indígenas. No andamento da investigação, observou-se que a Convenção 169 da OIT pouco ou nunca é mencionada nos julgados, a despeito de integrar o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que foi ratificada em 2002 e entrou em vigor doze meses após sua ratificação.

Como estágio preliminar, foi realizada uma primeira pesquisa abrangendo apenas os Tribunais de Justiça dos estados que integram a Região Norte do Brasil: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. Nas decisões desses tribunais, foi possível constatar que, efetivamente, a Convenção 169 da OIT é mencionada em raros julgados, mesmo quando foi utilizada como um dos fundamentos de defesa dos indígenas. Esse resultado serviu de estímulo a que se prosseguisse na investigação, de maneira a abranger decisões colegiadas dos Tribunais de Justiça das demais regiões brasileiras.

Nessa direção, o problema que orienta o presente trabalho indaga: em que medida a Convenção 169 da OIT é parâmetro para as decisões colegiadas dos tribunais estaduais brasileiros, sempre que chamados a julgar casos envolvendo indígenas?

Tendo em consideração os resultados obtidos em relação aos Tribunais de Justiça da Região Norte, tem-se por hipótese que a Convenção 169 da OIT não é mencionada ou, quando mencionada, não é parâmetro para o controle de convencionalidade na grande maioria das decisões judiciais que envolvem indígenas, nos Tribunais de Justiça das diferentes regiões brasileiras.

Não raro, os Tribunais de Justiça estaduais seguem utilizando-se de dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973, que são incompatíveis com o reconhecimento de direitos que tanto a Convenção 169 da OIT, quanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), consagraram aos indígenas. A título meramente exemplificativo, cita-se o artigo 4º do Estatuto do Índio, que categorizava os indígenas em “integrados”, “em vias de integração” e “isolados”. Tal categorização não mais encontra resguardo nem na Convenção 169 da OIT e nem na CF/88, pois dava a ideia de que haveria estágios –



indígenas mais indígenas e outros menos indígenas, a depender do grau de contato com a sociedade envolvente.

A presente pesquisa encontra-se em desenvolvimento e, assim, representa um olhar inconcluso quanto a seus resultados. Trata-se de pesquisa empírica, que se utiliza de abordagem qualitativa baseada em pesquisa bibliográfica e em pesquisa documental, sendo utilizado o método indutivo na catalogação de julgados.

Os julgados serão coletados nos endereços eletrônicos dos Tribunais de Justiça estaduais a partir dos termos de busca: “convenção”, “169” e “OIT”. Tais termos foram escolhidos pois são aqueles que remetem à Convenção 169 da OIT. Serão considerados todos os julgados em que a Convenção é mencionada em relação a indígenas, excluindo-se aqueles em que se refira a outros povos tradicionais. Tendo tais delimitações em consideração, é realizada uma primeira “leitura flutuante” (BARDIN, 1977, p. 60) para selecionar os julgados a serem estudados. A partir daí, a leitura individual de cada julgado é aprofundada.

Tendo em vista a competência da justiça estadual quanto às demandas envolvendo indígenas, a grande maioria das decisões encontradas tendem a se referir a casos de indígenas que cometeram algum ilícito penal. A pesquisa empreendida em relação aos Tribunais de Justiça da Região Norte apontou para essa tendência e, assim, infere-se que deve ser reproduzida em relação aos Tribunais das demais regiões brasileiras.

A Convenção 169 da OIT promove o reconhecimento aos Povos Indígenas, em sentido próximo àquele previsto na CF/88, que trouxe grande inovação ao reconhecer aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, nos termos do artigo 231. Rompeu, assim, com a percepção assimilacionista e de aculturação que até então estavam em vigor, tal como previa o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) e a ultrapassada Convenção 107 da OIT (WAGNER, 2020). A partir da CF/88 e da Convenção 169 da OIT, os indígenas têm direito de serem e se manterem indígenas (SOUZA FILHO, 1998).



A Convenção 169 da OIT entrou em vigor em 05/09/1991, tendo sido aprovada, em 1989, por 328 votos favoráveis contra 49 abstenções. O Brasil foi um dos países que se absteve. Ela foi ratificada pelo Brasil somente em 2002, entrando em vigor doze meses após sua ratificação. Adentrou nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Mais recentemente, foi consolidada através do Decreto Presidencial n. 10.088, de 05/11/2019. Integra, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicada. (WAGNER, 2014).

Outro ponto importante acerca da Convenção 169 da OIT e sua aplicabilidade no Brasil refere-se a seu status normativo. A Convenção 169 da OIT é tratado internacional de direitos humanos, na medida em que é um “tratado multilateral aberto” (SILVA, 2010), que foi devidamente ratificado pelo Brasil. Versa sobre direitos humanos, pois trata de forma ampla de diferentes direitos assegurados a povos indígenas e tribais, de maneira a possibilitar-lhes vida digna, reconhecimento e continuidade de suas gerações futuras (WAGNER, 2020).

Nesse cenário, o controle judicial de convencionalidade adquire particular relevo, por ser instrumento eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos nos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso da Convenção 169 da OIT, na medida em que as normas locais devem guardar compatibilidade com a ordem humanitária internacional. (VAL; OLIVEIRA, 2016).

Segundo Mac-Gregor (2010) e também Val; Oliveira (2016), os juízes nacionais são os verdadeiros guardiões da convencionalidade. Isso é justamente o que caracteriza o controle difuso de convencionalidade. Assim, como justificar que tais guardiões sequer mencionem a norma internacional, ratificada e em vigor no Brasil, em seus julgados? (WAGNER, 2020)

As decisões proferidas por juízes e tribunais impactam na vida social e são capazes de mudar a postura do país sobre determinados temas. (MEDEIROS; PETTERLE, 2015) Portanto, desvelar a maneira pela qual os



Tribunais Estaduais tomam decisões em face da Convenção 169 da OIT é relevante, pois contribui para a transparência das decisões. Na mesma direção, contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e comprometido com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que visa promover o bem de todos, nos termos da CF/88.

## REFERÊNCIAS:

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 14 set. 2018.

MAC GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *In*: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. (Coords.). **Formación y perspectiva del Estado Mexicano**. Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010, p. 151-188.

MEDEIROS; Fernanda L.F. de; PETERLE, Selma R. Observatórios de Jurisprudência: um modo de (re)pensar o direito do século XXI. *In*: Encontro de Internacionalização do CONPEDI, I, 2015, Barcelona. Anais... Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 335.

**ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**. Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

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



SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

VAL, Eduardo Manuel; OLIVEIRA, Thiago Aleluia F. de. O controle jurisdicional de convencionalidade: a práxis dos Tribunais Constitucionais do Chile e do Brasil. In: ALVARENGA, A. V. M. et al. (Org.). **Justiça e Cidadania na América Latina**: debates no século XXI. Vol. 1. Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2016, p. 141-160.

WAGNER, Daize Fernanda. **Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil**: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: CONPEDI; UFSC. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos II**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 247-263.

WAGNER, Daize Fernanda. A Convenção 169 da OIT e o controle de convencionalidade nos Tribunais da Região Norte do Brasil. **Revista Direitos Humanos em Perspectiva**, ago 2020. Disponível em: Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos>. Acesso em 14 nov. 2020