



ISSN: 2230-9926

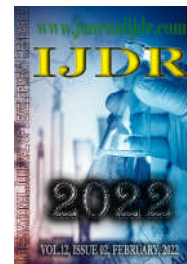
Available online at <http://www.journalijdr.com>

# IJDR

*International Journal of Development Research*

Vol. 12, Issue, 02, pp. 53869-53875, February, 2022

<https://doi.org/10.37118/ijdr.23966.02.2022>



RESEARCH ARTICLE

OPEN ACCESS

## POVOS TRIBAIS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PROPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS CIENTÍFICOS PARA IDENTIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

\*<sup>1</sup>Vinicius Cobucci and <sup>2</sup>Marcelo Kokke

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Juiz Federal; <sup>2</sup>Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da ESDHC

### ARTICLE INFO

#### Article History:

Received 29<sup>th</sup> November, 2021

Received in revised form

04<sup>th</sup> December, 2021

Accepted 11<sup>th</sup> January, 2022

Published online 20<sup>th</sup> February, 2022

#### Key Words:

Povos tribais. Populações tradicionais.  
Convenção 169 da OIT. Suprlegalidade.

\*Corresponding author: Vinicius Cobucci

### ABSTRACT

O presente artigo pretende oferecer critérios científicos para identificação e classificação dos povos tribais. O conceito de povos tribais é previsto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a qual conta com status suprlegal no direito brasileiro. O direito positivo brasileiro adota o termo populações tradicionais de forma esparsa e casuística, sem observar a Convenção. Ao adotar a Convenção 169 da OIT como referencial teórico, o artigo propõe três critérios para o reconhecimento de um povo tribal: objetivo-material, subjetivo e jurídico-formal, este decomposto em duas sub-hipóteses, uma declaratória e outra constitutiva. São sugeridas duas possíveis classificações para os termos povos tribais e populações tradicionais. O estudo se valeu de método dedutivo, e técnica de pesquisa de revisão de literatura e análise documental consistente em tratados internacionais, legislação brasileira e julgados de cortes nacionais e internacionais.

Copyright © 2022, Vinicius Cobucci and Marcelo Kokke. This is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Citation: Vinicius Cobucci and Marcelo Kokke. "Povos tribais no direito brasileiro: Uma proposição de critérios científicos para identificação e classificação", *International Journal of Development Research*, 12, (02), 53869-53875.

## INTRODUCTION

O conceito de populações tradicionais abrange uma série de comunidades muito diferentes entre si. A depender do contexto e da metodologia científica utilizada, seja por critérios sociais, jurídicos ou antropológicos, grupos humanos podem ou não ser enquadrados no conceito. O próprio termo populações tradicionais é ambíguo e não necessariamente preciso, pois outras definições podem ser utilizadas para indicar a mesma ideia ou conceito similar, como povos ou comunidades originários ou tribais. O desafio da ciência jurídica, portanto, é encontrar uma definição normativa que dê segurança e objetividade na identificação desses grupos humanos, a fim de se aplicar o regime jurídico especial lhes dedicado. Evidentemente, como ciência social aplicada, o direito se vale de dados de outras ciências como a antropologia e a sociologia, além do dever de acompanhar a evolução da própria sociedade humana. Contudo, antes de buscar subsídios junto a outras ciências, as contradições e imprecisões jurídicas devem ser identificadas pelo próprio sistema normativo, sob um aspecto formal, orgânico e taxonômico, para que, em um segundo momento, essas outras ciências humanas possam fornecer critérios materiais e subjetivos na construção de conceitos jurídicos. Apesar dessa dificuldade conceitual, regras comuns de experiência permitem identificar preliminarmente alguns elementos comuns os quais geralmente são associados aos grupos humanos ora estudados: a ancestralidade, aqui entendida como a transmissão oral

da cultura e história do grupo; uma vinculação à natureza no modo de vida. O Brasil, enquanto país com a maior biodiversidade do mundo, conta com várias populações tradicionais, com especial destaque às comunidades indígenas e aos quilombolas, os quais contam inclusive com disposições constitucionais para regulação de seu regime jurídico. No entanto, existem muitos outros grupos que poderiam se enquadrar no conceito. O desafio do Direito, portanto, é oferecer critérios seguros de identificação e classificação desses grupos dotados dos elementos acima descrito, mas não raro muito diferentes entre si. O Brasil não conta com uma lei formal em sentido estrito com método ou critérios para identificação de populações tradicionais. De forma esparsa, existem algumas normas com conceituações e enumeração das populações assim identificadas pelo Estado, mas não há lei federal com um regime jurídico das populações tradicionais. No entanto, o Brasil é signatário da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada originalmente em 19 de abril de 2004 pelo Decreto n. 5.051, a qual é dotada de status suprlegal, em função da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Este entendimento do STF tem consequências relevantes, especialmente ante a natureza de tratado-quadro da Convenção 169 da OIT, a qual demanda dos Estados a edição de atos normativos internos para levar a cabo suas disposições. No caso brasileiro, apesar de ter ratificado há algum tempo a convenção, muitos de seus compromissos assumidos não foram concretizados no plano interno. De qualquer forma, existem normas e conceitos jurídicos da convenção passíveis de aplicação

imediate. Essa omissão do Estado brasileiro em regulamentar tema importante, leva a uma série de problemas concretos relevantes, especificamente no que se refere à identificação dos grupos, pela fluidez conceitual dos termos. Como a Convenção 169 da OIT trata dos povos indígenas e dos povos tribais, o presente trabalho busca identificar quais povos podem ser considerados tribais à luz desse tratado. Enquanto o conceito de povos indígenas é mais ou menos homogêneo, o conceito jurídico de povos tribais pode despertar maiores dificuldades conceituais e de implementação prática. Da mesma forma, o conceito de populações tradicionais oferece imprecisão e não necessariamente é dotado de densidade jurídica vinculante. O trabalho, então, se propõe, como objetivo geral, a fornecer critérios jurídicos para a identificação dos povos tribais no Direito brasileiro. Como objetivos específicos se busca a diferenciação desses grupos dos povos tradicionais, bem como a adoção de uma classificação de tais grupos com base em aspectos jurídicos. O estudo se justifica porque a Convenção 169 possui status supralegal e, portanto, condiciona a legislação infraconstitucional. Além disso, a Constituição da República não trata dos povos tribais de forma explícita, o que torna ainda mais importante a delimitação dos povos tribais no Direito brasileiro. Por fim, a existência de normas federais esparsas com conceitos diversos traz ainda maior insegurança jurídica sobre o tema. O artigo se vale do método dedutivo, por meio de técnica de pesquisa documental, com análise de literatura e diplomas normativos aplicáveis ao objeto de estudo. Como exposto acima, a análise é feita sob a perspectiva jurídica com a indicação de critérios para a identificação e classificação destes grupos, sob o ponto de vista da ciência do direito. Assim, para o presente estudo, abordagens sociológicas ou antropológicas são necessárias apenas enquanto componentes da definição jurídica. Basta, portanto, indicar quais são estes aspectos e não descrever ou discutir como são compreendidos jurídica, antropológica ou sociologicamente. A partir desta perspectiva normativa e dogmática, o referencial teórico a ser adotado é a própria Convenção 169 da OIT. A partir deste tratado já incorporado ao ordenamento interno, serão trabalhados os conceitos de povos tribais e populações tradicionais no Direito brasileiro. São necessárias duas ressalvas preliminares à discussão. Por uma questão metodológica, não se analisa aqui o conceito de populações tradicionais no que se refere à Convenção de Biodiversidade e a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. Como se trata de um microsistema sobre tema bastante específico, entende-se que a discussão não deve adentrar um tema com regulamentação própria para fins diversos. Por fim, o termo povo tribal não deve ser encarado sob um viés de uma possível visão deturpada do senso comum que ligue o termo a grupos selvagens ou não integrados socialmente. Como a análise é dogmática e jurídica, o termo é utilizado tão somente em razão de ser a expressão constante da Convenção 169 da OIT.

**Supralegalidade:** O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 349703/RS entendeu que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm status supralegal, ou seja, estão abaixo da norma constitucional, mas acima da legislação ordinária. Para os tratados incorporados na forma do art. 5º, § 3º da Constituição da República, assegura-se a mesma força normativa de emenda constitucional. A supralegalidade, portanto, se aplica aos tratados firmados anteriormente ao mencionado dispositivo instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva

lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2008).

Neste julgamento, o tribunal entendeu pelo status supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica. Um dos efeitos jurídicos da supralegalidade é a eficácia paralisante ou bloqueadora da legislação ordinária<sup>1</sup>. Esta construção jurídica inovou ao permitir que o texto da Constituição, o qual previa expressamente a prisão civil depositário infiel, pudesse ser suplantado pela disposição mais benéfica do Pacto de São José da Costa Rica. O Supremo Tribunal inverteu os parâmetros de controle, de modo que o tratado não era confrontado em relação à Constituição, e sim a lei ordinária fosse objeto de controle pelo tratado.

Esta última forma de controle é denominada controle de convencionalidade. Segundo Valério Mazzuoli (2010, p. 65-66):

“(…) todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade

<sup>1</sup> Conforme trecho do voto vencedor da lavra do relator, Ministro Gilmar Mendes: "Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional." (BRASIL, 2008).

com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira”.

Essa função de bloqueio da supralegalidade permitiu a adoção de efeitos mais restritivos no caso da prisão civil. Apesar de a norma constitucional ser clara quanto às hipóteses de cabimento da prisão civil, as quais não demandariam maior integração sobre o conteúdo pela legislação infraconstitucional, existem várias outras normas de eficácia limitada que demandam integração e complemento pelas legislações ordinária e complementar. Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal entendeu não aplicáveis as disposições infraconstitucionais definidas por lei ordinária. Os arts. 176 e 231 da Constituição da República são os principais dispositivos acerca as populações indígenas.

A Constituição em seu art. 176, § 5º impõe o dever de oitiva das comunidades afetadas para aproveitamento de potenciais energéticos e minerais e remete à lei a regulamentação da matéria, com a indispensável autorização do Congresso Nacional. Já o art. 231, § 5º veda a remoção das comunidades indígenas e cria três hipóteses materiais em que é possível: a) catástrofe; b) epidemia; c) interesse da soberania do país; e um aspecto formal, isto é, a autorização do Congresso. A Constituição trata dos quilombolas no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no que se refere à necessidade de demarcação de suas áreas ocupadas. Não há previsão e definição de outras populações tradicionais no texto constitucional.

Apenas esses dois grupos específicos foram contemplados com regimes jurídicos diferentes entre si. Também não há uma lei federal que conceitue e discipline as populações tradicionais de modo global, já que os conceitos se dão em microssistemas. Na legislação infraconstitucional, existem algumas definições de populações tradicionais como as constantes do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007<sup>2</sup> e do Decreto n. 8.750, de 9 de maio de 2016<sup>3</sup>. Existem outras definições próprias como a Lei n. 11.284, de 02 de março de 2006<sup>4</sup>. Como o Brasil ratificou a Convenção 169 da OIT e esta se incorpora como status supralegal, a definição jurídica de populações tradicionais no ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar à Convenção 169 da OIT. Desta forma, dada a eficácia paralisante da supralegalidade, eventuais disposições da legislação ordinária e decretos em discordância com o conceito da convenção não devem ser aplicados. Aliás, é de se questionar a razão pela qual tais normas não seguiram a Convenção 169 da OIT, seja pela necessidade de o Brasil cumprir os compromissos internacionais assumidos, seja em função do reconhecimento da supra-legalidade pelo STF.

**Crítérios para Reconhecimentos de povos tribais:** A Convenção 169 da OIT assim define o seu campo de aplicação:

<sup>2</sup>Art.3º (...) I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007).

<sup>3</sup>O decreto não conceitua apenas consta um rol enunciativo no seu art. 4º, parágrafo 2º.

<sup>4</sup>Art. 3o (...) X - comunidades locais: populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (BRASIL, 2016a)

## Artigo 1

1. A presente convenção aplica-se

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

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

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

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (OIT, 1989)

A noção de povo indígenas é mais evidente. No caso dos indígenas, principalmente, uma de suas características mais marcantes é o fato de descenderem de populações anteriores à colonização ou criação de fronteiras ou formação dos Estados nacionais. É frequente a utilização de outros termos como aborígenes, autóctones ou povos originários para expressar o mesmo conceito, que engloba a noção de ancestralidade geralmente vinculada com o sentimento de conexão forte com a terra.

O chefe Donny Morris assim se manifestou sobre a noção de seu povo com a terra que ora abriga o Estado canadense:

The food we get from the land, which includes fish, moose, caribou, geese, ducks and other fowl, provides us with much-needed nutrients and protein. This food from the land also serves a central role in our culture. It is brought to our elders for distribution amongst our people ... Anything that may disrupt this fragile system, our sacred relationship with and stewardship of the land, the safety of our drinking water, or our ability to hunt, fish and trap is of great concern to our people, who live in circumstances best described as marginal. I stand by the fact that the land I'm in, on now is our land. I believe God put us there. God have us a language, the animals to live off and we just don't want to see development on that area...As a treaty partner I expect to be treated as a partner, not, not where one is superior than us (MICHAEL, 2016).

Guardadas as devidas proporções, é possível fazer um paralelo bastante próximo do sentimento de pertencimento e vinculação com a terra em relação aos povos indígenas no Brasil. Os povos originários representam grupos heterogêneos, dispersos por vários Estados, o que dificulta uma conceituação universal e precisa. A própria OIT reconhece essa dificuldade:

Les peuples indigènes/autochtones et tribaux représentent au moins 5 000 peuples distincts pour un total de 370 millions d'individus, résidant dans 70 pays différents. Il est difficile de produire une définition universelle qui embrasse une telle diversité et on s'accorde désormais à dire qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'adopter une définition officielle du terme «peuples indigènes/autochtones». De même, il n'existe aucune acception internationale reconnue concernant les termes «minorités» et «peuples». On peut déterminer, de manière objective, si un peuple indigène/ autochtone ou tribal répond ou non aux exigences de l'article 1(1) et est, lui-même, en mesure de reconnaître et d'accepter l'appartenance d'une personne à ce peuple. L'article 1, paragraphe 2, établit l'auto-identification comme un critère fondamental. Il s'agit là du critère subjectif sur lequel se base la convention N° 169, en attachant une grande

importance au fait qu'un peuple se définit lui-même comme indigène ou tribal selon les termes de la convention, et qu'une personne ait le sentiment d'appartenir à ce peuple. Historiquement, la convention N° 169 est le premier instrument international à reconnaître l'importance de l'auto-identification (OIT, 2009, p. 9).

Como exposto acima, a consciência acerca do pertencimento ao grupo, isto é, a autoidentificação é um dos fatores preponderantes para o reconhecimento da condição de povo indígena ou originário. Dado o aspecto cronológico, isto é, ocupação da terra anterior ao estabelecimento dos atuais Estados nacionais, torna-se relativamente mais objetiva a definição do povo como indígena ou originário. Ainda que o critério de pertencimento/autoidentificação seja aplicável aos povos tribais, como decorrência do Artigo 2, 2, a identificação desses grupos traz mais dificuldades. Segundo Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 17) a "categoria 'povos tribais', diferentemente, não se refere a uma única experiência social e histórica". Segundo os autores, o julgamento do caso Saramakavs Suriname pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ilustra importante precedente pela classificação do povo maroon como povo tribal. Como os povos tribais não observam o critério cronológico de ocupação do território do Estado, a identificação se torna mais trabalhosa e demanda maior investigação.

No Brasil, algumas populações são apontadas como tradicionais, mas a sua sistematização é tarefa difícil:

Ribeirinhos, espalhados por quase todo o território nacional, vivem em regiões de várzea (áreas alagáveis, próximas dos rios) (...). Quebradeiras de coco-babaçu localizam-se nos Estados do Maranhão, Piauí, Pará e Tocantins e têm no fruto a garantia do sustento de suas famílias, realizando a extração da amêndoa com o machado. (...) Seringueiros, castanheiros e coletores de frutos, sementes, ervas medicinais, óleos e resinas vivem dentro da floresta, em pequenas clareiras chamadas "colocações", onde estão a moradia, o roçado e a criação doméstica. (...) Faxinalenses são comunidades rurais que se estabeleceram no centro-sul do Paraná e que se constituíram historicamente como mecanismo de autodefesa do campesinato local. (...) Exemplo de populações tradicionais na pesca são os caiçaras, que vivem na zona litorânea do País, com maior representatividade nas regiões Sul e Sudeste; as marisqueiras, grupos de mulheres que realizam de forma artesanal a coleta de mariscos (moluscos e crustáceos) presentes nos manguezais e bancos de areia; e os pantaneiros, habitantes tradicionais da região do Pantanal (FIGUEIREDO, 2015, p. 216-7).

Essa dificuldade de adoção de critérios precisos é pontuada pela doutrina. Há risco de banalização do significado de população tradicional, quando populações rurais visam a tal reconhecimento, sem que haja fundamento para tanto. Essa banalização acaba por enfraquecer o sistema especial de proteção das populações tradicionais. Surge, portanto, um problema hermenêutico (KOKKE, CUREAU, 2020, p. 10). Justamente por se tratar de um problema hermenêutico, a primeira etapa para solução do problema é a interpretação literal da Convenção 169 da OIT. Da análise do Artigo 1 para reconhecimento de um povo como tribal é necessário identificar três elementos: a) as condições sociais, culturais e econômicas devem os distinguir de outros setores da coletividade nacional; b) devem estar regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; c) o critério da autoidentificação. Os três requisitos são cumulativos. Não basta que estejam satisfeitos os requisitos do Artigo 1, I, se não houver a própria identificação do grupo como tal, não há como enquadrá-los. Por outro lado, não basta o reconhecimento enquanto grupo se não houver tradições e costumes a reger o grupo ou uma legislação especial. A primeira condição é objetiva e mais facilmente identificável. É possível verificar que um grupo tenha condições sociais, econômicas e culturais próprias. Essa questão é necessária, porém não suficiente. Povos ribeirinhos, que abrigam as margens de rios e deles dependem, facilmente cumpre o primeiro critério, pois há

elementos objetivos que demonstram como podem ser diferenciados do restante da população. O critério de identificação que traz maiores dificuldades diz respeito ao segundo item: regidos por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial. Na verdade, este critério se subdivide em duas hipóteses alternativas: a) regência por seus costumes e tradições; b) ou legislação especial. Esses costumes e tradições dizem respeito à própria organização e constituição do grupo social, de uma forma mais orgânica e estrutural. Não se trata de qualquer costume ou tradição.

No julgamento da ADI 3239/DF, a Ministra Rosa Weber, em seu voto vencedor, reconheceu a aplicação da Convenção 169 da OIT aos povos quilombolas, dando-lhes a conceitualização de povos tradicionais. Pela leitura do voto, vê-se que as tradições se vinculam à ancestralidade, a qual remete à memória e consciência do povo:

Memória essa que é referencial não só de ancestralidade, mas também, e fundamentalmente, de identidade. Nesse sentido, prossegue o estudo: "(...) a memória constitui elemento de significativa importância à reconstituição do processo histórico. Nas comunidades remanescentes de mocambos ela está mais viva entre os velhos, netos e bisnetos de mocambeiros, guardiões das histórias que seus antepassados lhes contavam. É a eles que se recorre, para ampliar os horizontes da pesquisa sobre essas organizações sociais. (...) depositários de uma memória que, mesmo narrada de forma individual, express[a] lembranças coletivas." Com efeito, a perversa aspereza da vida servil "permanece na memória dos remanescentes e é sempre ressaltado ao falarem sobre o porquê da fuga de seus ascendentes." Bem ilustrado, tal aspecto – o vínculo de identidade com o passado – na mencionada pesquisa sobre a comunidade do Pacoval, na qual entrevistado José Santa Rita, descendente de escravos aquilombados falecido em 1992 aos setenta anos. (...) Assim, ao mesmo tempo em que não é possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta, tampouco se pode afirmar que o conceito vertido no art. 68 do ADCT alcança toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo. Quilombo, afinal, descreve um fenômeno objetivo – ainda que de imprecisa definição –, do qual não pode ser apartado, embora essa afirmação mereça ser temperada com as reflexões do filósofo italiano Remo Bodei, para quem "as lembranças são expostas naturalmente à dissolução e à mutilação e nenhuma forma de identidade conserva-se indefinidamente no tempo sem transformar-se." (BRASIL, 2018).

Como exposto acima, não é qualquer comunidade rural que se qualifica como quilombola. Ainda que o termo possa ser fluido, a organização baseada na tradição é de suma importância. Há um componente histórico e coletivo. Apesar de alguma similitude, enquanto o critério da autoidentificação diz respeito ao aspecto subjetivo de cada membro do grupo, o componente histórico da tradicionalidade pode ser mais facilmente observado por um terceiro.

Sobre o critério da autoidentificação, o voto vencedor assim discorre:

Nesse contexto, a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrário, tampouco desfundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo. (...) E a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola em absoluto se ressent, a meu juízo, de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Assumindo-se a boa-fé, a ninguém se pode recusar a identidade a si mesmo atribuída – e para a má-fé o direito dispõe de remédios apropriados. Logo, em princípio, ao sujeito que se afirma quilombola ou mocambeiro não se pode negar o direito de assim fazê-lo sem correr o risco de ofender a própria dignidade

humana daquele que o faz. A adoção de tal critério, de outra parte, tem a virtude de vincular a justiça socioeconômica reparadora, consistente na formalização dos títulos de domínio às comunidades remanescentes dos quilombos, à valorização da especificarelação territorial por eles desenvolvida, objeto da titulação, com a afirmação da sua identidade étnico-racial e da sua trajetória histórica própria. Isso decorre do caráter peculiar das coletividades remanescentes de quilombos, e em especial do fundamento étnico-racial inerente ao tipo de injustiça que o art. 68 do ADCT quis reparar: Recusar a autoidentificação implica converter a comunidade remanescente do quilombo em gueto, substituindo-se a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação. Nada há na Convenção 169 da OIT que induza à conclusão de que a qualificação de determinado grupo como indígena ou tradicional – caso dos quilombolas – decorra – por relação de causalidade – de um procedimento qualquer de autodefinição ou autoatribuição de identidade. O conceito de consciência da própria identidade indígena ou tribal, tal como expresso naquela normatividade, reporta-se a dado objetivamente aferível, não obstante este dado – aconsciência–manifeste um fenômeno psíquico, essencialmente subjetivo – ou intersubjetivo. A consciência da identidade não se impõe de modo solipsista, não se imuniza ao controle social da legitimidade da sua pretensão de verdade. Os mecanismos para atestar a autodefinição devem ser compreendidos como meios pelos quais essa consciência de grupo pode ser identificada, aferida e exteriorizada, e não como indutores de uma característica. (BRASIL, 2018).

A partir da ADI acima, vê-se que os quilombolas se enquadram facilmente no conceito de povos tribais. Os três requisitos são atendidos. Suas condições sociais econômicas, sociais e culturais são distintas, há uma organização social marcada pela tradição e há autoidentificação. Os costumes e tradições constituem direito consuetudinário próprio. Por outro lado, existem muitos grupos não passíveis de evidente ou imediata caracterização. O art. 4º, § 2º, do Decreto n. 8.750, de 9 de maio de 2016 traz uma série de grupos em que não é evidente o segundo critério, isto é, a regência, ainda que parcial, pelos seus próprios costumes e tradições. Várias comunidades possuem costumes e tradições, mas isso não necessariamente implica que estes costumes e tradições sejam preponderantes na organização do modo de vida social. O inciso V, por exemplo, enquadra os pescadores artesanais. A atividade de pesca artesanal não necessariamente implica na reconfiguração ou regência das normas de vida do grupo social.

A circunstância da organização social do grupo com base em costumes e tradições foi um ponto fundamental no julgamento do caso Saramakavs Suriname:

Em princípio, a Corte observa que o povo Saramaka não é nativo da região que habita; mas foram levados durante a época de colonização ao que hoje se conhece como Suriname (par. 80 infra). Portanto, estão fazendo valer seus direitos na qualidade de suposto povo tribal, isto é, um povo que não é nativo da região, mas que compartilha características similares com os povos indígenas, como ter tradições sociais, culturais e econômicas diferentes de outras partes da comunidade nacional, identificar-se com seus territórios ancestrais e estar regulados, ao menos de forma parcial, por suas próprias normas, costumes ou tradições. (...) Sua estrutura social é diferente à de outros setores da sociedade, pois o povo Saramaka está organizado em clãs de linhagem materna (lôs) e se regem, ao menos de forma parcial, por seus próprios costumes e tradições. Ainda que o assunto dos direitos de propriedade esteja em controvérsia, as partes concordam que o povo Saramaka tem suas próprias normas tradicionais e costumes com respeito à forma em que o povo Saramaka usa e goza da propriedade. Cada clã (lô) reconhece a autoridade política de vários líderes locais, incluindo os que eles chamam de Capitães e Capitães Chefes, assim como um Gaa'man, que é o oficial de mais alta posição dentro da comunidade. (CIDH, 2007).

Grupos como os pescadores artesanais não são dotados de tal organização social. Não existe um pescador artesanal com ascendência no grupo, do ponto de vista social para regular outros aspectos da coletividade além da atividade pesqueira. Esse elemento é facilmente identificado no caso de indígenas, quilombolas e no povo maroon, como entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Das populações tradicionais apontadas por Figueiredo transcritas acima, não é possível apontar de imediato um critério jurídico de auto-organização do grupo social, com direito consuetudinário próprio, a regular outros aspectos da coletividade para além da atividade tradicional básica que os identifica. Como já exposto acima, a interpretação literal permite concluir que o segundo critério traduz duas sub-hipóteses alternativas, isto é, essas comunidades podem estar regidas por suas tradições ou por legislação especial. Assim, é possível sustentar que, uma vez que haja uma lei especial que reconheça um determinado regime jurídico a um grupo, estes podem ser considerados populações tribais em sentido amplo. No caso, pode-se defender que a lei seria constitutiva do grupo enquanto povo tribal. Por um critério legal, um grupo específico foi elencado a tal posição, desde que satisfaça os outros dois critérios. Por outro lado, o reconhecimento de que se encontram regidos, ainda que parcialmente, por suas tradições e costumes seria meramente declaratório. Esse segundo critério pode ser definido como o critério jurídico-formal dos povos tribais. O primeiro critério é material-objetivo, isto é, circunstâncias objetivas e fáticas que demonstram uma organização, social econômica e cultural própria. São circunstâncias anteriores ao direito e são verificáveis de modo empírico, exista uma regulação jurídica ou não. O segundo critério, isto é, jurídico-formal, implica o reconhecimento (aspecto declarativo) de um direito consuetudinário próprio, parcialmente derogatório do direito comum, ou a constituição pelo Estado de um regime jurídico próprio em favor do grupo, pela necessidade de proteção especial.

Desta forma, um grupo que atenda as condições materiais e objetivas do primeiro critério, apenas poderá ser identificado como povo tribal, em sentido amplo, caso disponha de um regime jurídico-normativo próprio. Este regime pode se originar a partir do direito consuetudinário do próprio grupo, anterior ao Estado, e apenas assim por ele reconhecido, sob um viés meramente declaratório. Caso o grupo não disponha de tal direito consuetudinário próprio, o Estado pode, formalmente, atribuir-lhe tal regime jurídico, constituindo o grupo a partir de então como um povo tribal por equiparação. Para aprofundamento teórico e conceituação jurídica precisa, necessária à evolução da ciência, com base no critério da supralegalidade, sugere-se que o conceito de povo tribal seja considerado como gênero, em sentido amplo. Os povos tribais, em sentido estrito, seriam aqueles com o segundo critério, isto é formal-jurídico, consistente no direito consuetudinário ao menos parcialmente derogatório. Já o grupo remanescente poderia ser compreendido de forma residual, sempre que houvesse a necessidade de proteção específica, sem uma organização social regida por costumes e tradições do ponto de vista jurídico. No caso, estes seriam povos tribais por equiparação. Nessa hipótese, seria necessário um ato normativo constitutivo do Estado para reconhecer o grupo enquanto merecedor de regime jurídico próprio. Por fim, sempre necessário o terceiro critério, de cunho subjetivo, consistente na noção de autoidentificação e pertencimento tratada anteriormente. A partir da adoção da tradição enquanto elemento jurídico-formal a indicar direito consuetudinário, como ora proposto, os efetivos povos tradicionais seriam os povos tribais em sentido estrito. Contudo, a dogmática jurídica brasileira comumente designa povos tradicionais enquanto gênero, de modo a abranger grupos nos quais as tradições não são juridicamente vinculantes de um povo, como ilustrado nos julgados do STF e da CIDH, em relação aos quilombolas e povo maroon, respectivamente. Regra geral, a dogmática vincula tradição à ancestralidade e uso da terra, no primeiro critério material-objetivo, o que pode criar alguns problemas como analisados a seguir.

**Legislação infra-constitucional brasileira à luz da convenção 169 da oit:** O art. 3º do Decreto n. 6.047/2007 define como populações tradicionais aquelas que atendem aos seguintes critérios: a) formas próprias de organização social; b) ocupam e usam territórios e

recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica c) utilização de conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. O Decreto adota, portanto, critério mais explícito quanto ao uso dos territórios e recursos naturais, o qual não é explícito na Convenção 169 da OIT. Como pontuado, o Decreto é posterior à incorporação da Convenção 169 da OIT, que não se vale do termo populações tradicionais. Há outras previsões esparsas legais de populações tradicionais em microsistemas específicos. Dado o caráter supralegal da Convenção 169 da OIT, vê-se que, na verdade, ao contrário do que se pode esperar e como estudado acima, a vinculação com a terra não é pré-requisito para se reconhecer um povo como tribal. É comum que a organização social e condições sociais, econômicas e culturais, assim compreendidas como critério material-objetivo neste estudo, se vinculem com o uso da terra, mas o requisito de forma explícita não é exigido pela Convenção. Ainda que se admitisse o Decreto n. 6.047/2007 como autônomo e que pudesse informar um conceito geral de populações tradicionais, é claro o seu descompasso com a Convenção 169 da OIT, que lhe é hierarquicamente superior, conforme a atual jurisprudência do STF. O decreto reforça a noção de ancestralidade e tradição no que se refere à atividade do grupo, especialmente para a subsistência, ao passo que a Convenção 169 ressalta o aspecto da tradição enquanto fator de organização social. Assim a tradição e ancestralidade são entendidas de forma material-objetiva no Decreto, enquanto a Convenção reforça o aspecto da tradição sob o ponto de vista jurídico-formal, enquanto direito consuetudinário.

O segundo critério, isto é, o formal-jurídico, é o mais importante e de difícil constatação de um povo como tribal. Tome-se o exemplo das rendeiras. Ainda que haja tradição e ancestralidade, a atividade é apenas exercida por uma parte do grupo. Não se pode, portanto, afirmar que sua atividade seja fator de organização social, de modo que as rendeiras tenham ascendência ou influência na organização do grupo. O fato de se tratar de uma atividade que dependa de recursos naturais e haja ancestralidade não é condição suficiente para se qualificar um povo como tribal na Convenção 169 da OIT. Assim, muito embora o direito interno estabeleça a tradição enquanto elemento material-objetivo do modo de vida, isto é, condições econômicas, sociais e culturais, a tradicionalidade, no contexto da Convenção 169 da OIT, se relaciona na verdade ao aspecto formal-jurídico, enquanto existência de direito consuetudinário próprio. Essa posição dogmática pode ser ilustrada no seguinte trecho da sentença prolatada na ação civil pública de autos n. 6962-86.2014.4.01.3200, em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas. A magistrada assim fundamentou seu entendimento para reconhecer o direito à consulta dos povos ribeirinhos:

Com o intuito de melhor especificar o componente social que dá vida ao conceito de populações tradicionais à paisagem amazônica envolvida no grande empreendimento chamado Polo ou Complexo Naval, aprompio-me do conceito de "ribeirinho" devido ao seu valor explicativo, para compreender um modo de vida pautado não só no valor e uso da terra de trabalho, mas também nos vários espaços que são utilizados pelas populações tradicionais amazônicas envolvidas<sup>4</sup>, como as águas e as florestas, para prover seu estilo de vida cuja alteração deverá ocorrer caso seja efetivamente implantado o Polo. Com a finalidade de compreendermos a necessidade da aplicação efetiva do instrumento da consulta prévia, livre e informada às populações tradicionais afetadas, é necessário considerarmos todos os fatores que contribuem para a constituição do espaço tradicional, compreendendo-se o espaço geográfico como algo que participa igualmente da condição do social e do físico, um misto, um híbrido (SANTOS, 2008). Espaço geográfico vem a ser um conjunto de objetos geográficos (elementos naturais humanizados e obras humanas) com determinadas finalidades atribuídas pela sociedade. Desse modo, um empreendimento econômico não pode destruir ou alterar um espaço tradicional (elementos naturais humanizados e obras humanas) sem a prévia manifestação e autorização das pessoas envolvidas. O ethos amazônico não é uma maquete de isopor ou um programa

de computação gráfica que pode ser reproduzido nos parques de diversão existentes no mundo desenvolvido, apenas com o uso da tecnologia. Esta Magistrada compreende o espaço, levando em consideração a concepção contida na obra do geógrafo e escritor brasileiro Milton Santos, sendo o espaço geográfico uma miríade de relações que abrange vida, morte, mudança, comunicação, cultura, intercâmbio, construção e desconstrução tanto de conceitos como de práticas, o lócus onde atuam todas as formas da sociedade, todos em seus determinados lugares - que ora são locais ora são globais. Por sua vez, Schneider (2008) apresenta as dimensões sociais e espaciais do território. Em sua concepção, podemos observar a organização social, a base física e político-administrativa que o envolve. Nos conceitos do escritor estão contidas múltiplas dimensões que vão desde o indivíduo, a família, a comunidade e a sociedade (organização social), até os aspectos de escala local, regional, nacional e internacional (a base física), incluindo a unidade político-jurídica (base política/administrativa) no qual se assenta. Recordo também Antony Giddens, para quem as influências da modernidade fazem com que os lugares se tornem cada vez mais fantasmagóricos, ou seja, esses locais são permeados e muitas vezes moldados pelas influências sociais que se encontram bem distantes deles. "O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a 'forma visível' do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza" (GIDDENS, 1991, p. 27). Podemos perceber, portanto, que o principal valor das populações tradicionais não está naquilo que podemos ver, documentar e registrar. Mas nas signos, rituais, habitus, ethos ambiental e práticas culturais que para nós, os de fora, muitas vezes são invisíveis. (BRASIL, 2016b).

A decisão acima foca no aspecto da ancestralidade em sentido amplo e vinculativo da população com a natureza. Contudo, como visto acima, a Convenção 169 estabelece três critérios para classificação, sendo que o segundo critério por vezes não é observado de forma explícita. A organização social, cultural e econômica de uma vila de pescadores artesanais é própria e diferente de outros setores da sociedade. Contudo, não existem costumes e tradições capazes de regular a vida social do grupo, com derrogação parcial do direito comum estatal. Pescadores artesanais, por exemplo, se inscrevem junto à Secretaria Especial de Pesca, postulam seguro-defeso entre outros. Já no caso dos indígenas, quilombolas e maroons, existem nomenclaturas próprias de indivíduos com ascendência sobre o grupo social, sejam caciques, pajés, capitães.

A classificação proposta permite solucionar algumas questões difíceis do rol do Decreto n. n. 8.750, de 9 de maio de 2016. Enquanto vários grupos lá elencados possam ser facilmente distinguidos do resto da sociedade e tenham o sentimento de pertencimento, resta evidente que não dispõem de um regime jurídico próprio consuetudinário que altere a própria dinâmica do grupo social. Enquanto indígenas e quilombolas dispõem de seus costumes para regência do grupo, até mesmo com sanções próprias e níveis hierárquicos de autoridade, o mesmo não se pode dizer de uma colônia de pescadores. Assim, a tradicionalidade deve ser entendida de modo qualificado, além do modo de vida diferenciado de condições econômicas, sociais e culturais. Do ponto de vista da Convenção, a tradicionalidade é critério formal-jurídico, muito embora o senso comum e as normas de direito interno vinculem tradição aos modos de vida do povo, enquanto critério material-objetivo.

Para os demais grupos residuais, tribais ou tradicionais por equiparação, a adoção de um critério legal constitutivo permite a superação, ou ao menos, a mitigação da possibilidade de banalização do conceito. O Estado, por meio do processo legislativo, outorgaria a proteção ao grupo. Evidentemente, há todo um componente político na edição da lei, o que não necessariamente refletirá um resultado justo. Contudo, na ausência de identificação de um direito consuetudinário próprio, ainda que parcial, do grupo, a qualificação por lei traria segurança jurídica, ao constituir o regime jurídico especial.



Esse entendimento é consentâneo com uma passagem importante do julgamento do caso *Saramaka vs Suriname* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Além disso, é impropriedade o argumento do Estado de que é discriminatório aprovar uma lei que reconheça as formas comuns de posse da terra. É um princípio estabelecido no Direito Internacional que o tratamento desigual a pessoas em condições desiguais não constitui necessariamente uma discriminação não permitida. A legislação que reconhece estas diferenças não é, portanto, necessariamente discriminatória. No contexto dos integrantes dos povos indígenas e tribais, esta Corte já expressou que é necessária a adoção de medidas especiais a fim de garantir sua sobrevivência de acordo com suas tradições e costumes. (CIDH, 2007).

Assim, ainda que grupos que não tenham costumes e tradições próprios derogatórios do direito comum podem gozar da proteção enquanto povos tribais, desde que assim reconhecidos pelo Estado, por meio de uma norma constitutiva. Essa proposta implica a superação do conceito comum de tribais. Enquanto o termo no português possa conter carga valorativa que remeta a uma ideia de selvagem em sua acepção comum, do ponto de vista jurídico, o vocábulo remete a ideia de tribo como coletividade, sujeita a regime jurídico próprio, garantido pelo direito internacional e posteriormente pelo direito interno, seja por via declaratória ou constitutiva. Nada impede que o direito brasileiro adote o termo povos tribais para os povos tribais em sentido estrito e o termo povos tradicionais para os povos tribais por equiparação, assim constituídos por ato estatal. A ressalva a ser feita, nesse cenário, é que a tradicionalidade que dá nome ao grupo deve ser compreendida como a noção material-objetiva ligada à ancestralidade e demais características sociais, econômicas e culturais, na linha já adotada pelo direito brasileiro, e não ao direito consuetudinário reconhecido pela Convenção 169 da OIT. Essa opção se justificaria justamente pelo fato de populações tradicionais ser um termo de direito interno e não de direito internacional. Como o Estado pode constituir certos grupos tribais por meio de regime jurídico próprio, também seria razoável denominá-los tradicionais, termo preferencialmente já usado no Brasil. No entanto, pertinente a ressalva da tradição enquanto elemento formal-jurídico no âmbito do direito internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo populações tradicionais possui vários significados, os quais se alteram de acordo com o contexto. Várias expressões são usadas de forma cambiante, visto que milhares de populações no planeta se enquadram dentro dessa ideia guarda-chuva. No entanto, juridicamente, é preciso que se dê precisão ao termo para efetividade da proteção dos grupos e evitar a banalização, de modo a se conseguir segurança jurídica. Se por um lado as populações indígenas ou originárias são facilmente identificadas, o conceito de povos tribais é residual. Para a identificação desses povos, é necessário o preenchimento de três condições. A autoidentificação, de cunho subjetivo, e a organização social, econômica e cultural próprias, de cunho material-objetivo, são de constatação mais evidente. O requisito remanescente é o aspecto formal-jurídico: ou o grupo tem tradições e costumes próprios parcialmente derogatórios do direito comum, como direito consuetudinário próprio, ou são reconhecidos por ato estatal. Este requisito jurídico-formal pode ter natureza declaratória no primeiro caso ou constitutiva no segundo. A proteção do Estado a grupos que não tenham costumes e tradições que regulam o próprio seio social permitiria a superação de dificuldades na identificação do grupo. A vantagem de tal método é a superação da banalização, com segurança jurídica. Por outro lado, o componente político na eleição e qualificação de tais grupos não necessariamente sempre atenderá aos anseios do grupo. Com base nos critérios acima, surgem duas possíveis classificações. Pela primeira, povos tradicionais em sentido amplo corresponderiam ao gênero, ao passo que povos tradicionais seriam equivalentes aos povos única em sentido estrito, dotados de direito consuetudinário. Os grupos

remanescentes seriam povos tribais ou tradicionais por equiparação, ante a necessidade de um ato estatal que assim os qualifique. Pela segunda proposta, povos tribais em sentido amplo ainda corresponderiam ao gênero. Em sentido estrito, seriam os dotados de direito consuetudinário. Os grupos remanescentes, assim constituídos pelo Estado, seriam povos tradicionais, mas no sentido de que tradição remetaria não ao aspecto formal-jurídico da convenção, mas ao material-objetivo normalmente assim conceituado pelo direito brasileiro. Essa segunda opção se justifica pelo fato de os grupos residuais dependerem de reconhecimento pelo Estado, ou seja, de um ato de direito interno; e no direito interno brasileiro essa é a expressão geralmente esparsa. Conceituações esparsas, por ora conflitantes, em leis e decretos no direito positivo brasileiro, não trazem a segurança jurídica necessária e não obedecem ao caráter supralegal da Convenção 169 da OIT. A adoção de uma teoria jurídica e preceitos normativos são importantes para se evitar a banalização das populações tradicionais. Como reconhece a CIDH, as medidas protetivas especiais a determinados grupos não podem ser discriminações, e sim tratamentos especiais em função das próprias necessidades do grupo.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas. Sentença na Ação Civil Pública n. 6962-86.2014.4.01.3200. Juíza: Jaíza Maria Pinto Fraxe. Manaus, 16 de maio de 2016.
- BRASIL. Decreto n. 8.750, de 9 de maio de 2016. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8750.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8750.htm). Acesso em: 09 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em: 09 nov 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF. Redatora do acórdão: Rosa Weber. Brasília, 08 de fevereiro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349703/RS. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 03 de dezembro de 2008.
- CIDH - CORTE INTER-AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Sarama v. Suriname*, 2007.
- FIGUEIREDO, Leandro M. Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. In *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Org: Deborah Duprat. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2015, p. 209-242.
- GARZÓN, Biviany Rojas, YAMADA, Erika M., OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à Consulta e Consentimento de Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais*. Rede de Cooperação Amazônica - RCA. Due Process of Law Foundation. Washington. São Paulo, 2016.
- KOKKE, Marcelo, CUREAU, Sandra. *Populações tradicionais: marco legal aplicado*. Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras, Vol. 2, Núm. 2, Jul-Dez 2020, e:28
- MAZUOLLI, Valério. *Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MICHAEL, Coyle. *From Consultation to Consent: Squaring the Circle?* University of New Brunswick Law Journal, n. 76, jan. 2016.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. *Les Droits des Peuples Autochtones et Tribaux Dans La Pratique*. Geneve: Bureau International du Travail. 2009.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*, 1989. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Convenção%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Convenção%20OIT%20n%20%20169.pdf>. Acesso: em 09 nov. 2021.