BUSINESS, HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT

The NOVA BHRE Blog

https://novabhre.novalaw.unl.pt/populacoes-indigenas-porque-e-que-os-seus-direitos-continuam-a-ser-tao-importantes-num-mundo-globalizado-e-qual-o-papel-da-devida-diligencia-no-delinear-da-boa-conduta-empresarial-f/

"Populações indígenas": Porque é que os seus direitos continuam a ser tão importantes num mundo globalizado e qual o papel da devida diligencia no delinear da boa conduta empresarial face às mesmas

June 24, 2022

About the author: João Maria Botelho is a second-year student at NOVA School of Law and Research Assistant at NOVA BHRE. He is currently a policy intern at Global Alliance for a Sustainable Planet.

Introdução: os direitos dos povos indígenas

Existem mais de 476 milhões de povos indígenas no mundo. No seu conjunto, eles representam 6,2 % da população mundial. Factualmente, o seu papel na história mundial tem sido inestimável assim como um recurso incalculável para toda a Humanidade. Isto diz respeito a aspetos como a diversidade cultural e civilizacional, as *expertises* enraizadas por gerações, as suas culturas únicas e formas de viver em harmonia com o seu ambiente. De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 86% dos povos indígenas são três vezes mais propensos a viver na pobreza crítica, três vezes mais suscetíveis de serem afetados pela subnutrição, e mais suscetíveis de serem privados de proteção social e recursos financeiros suficientes para uma vida digna.

Existem condições estruturais e subjacentes que potenciam a pobreza nos povos indígenas e que excluem o seu pleno potencial para um desenvolvimento económico favorável. Historicamente, a subordinação e subserviência dos povos indígenas, a despossessão e a negação dos seus territórios moldaram a perceção do mundo da sua própria história. Tendo-lhes sido retirados os seus direitos individuais e coletivos e forçados a aceitar uma certa natureza da relação com a terra que não era sua, consequentemente, tiveram consequências muito infelizes que ainda hoje carregam.

Deixem convidar-vos a voltar no tempo, até 13 de Setembro de 2007, a um acontecimento de imensa importância simbólica. Este foi um marco comunitário global para os povos indígenas, representando desta forma um enorme passo para com a noção de "viver juntos em harmonia" – tendo sido reconhecido oficialmente o valor da diversidade cultural. Refiro-me à implementação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP) sendo aprovada com 143 votos, contra 4 recusas e 11 abstenções.

Vivemos hoje em dia num mundo muito globalizado, pelo que a UNDRIP assumiu um passo importante no sentido da integração na sociedade civil internacional. A necessidade de

dar voz aos povos indígenas tornou-se mais visível com a negociação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.[1] É por isso que, mais do que nunca, precisamos de enfrentar o desafio, bem como educar, divulgar e apelar à maior conscientização entre todos os atores internacionais, tais como Estados, agências das Nações Unidas, fundos e agências, das questões dos direitos dos povos indígenas em todas as áreas de atividade.

Esta rápida necessidade de transformação é pouco provável que aconteça instantaneamente, e embora tenha havido vários desenvolvimentos positivos nos últimos anos, ainda subsistem algumas barreiras críticas. Em última análise, o que precisa de ser feito é algo muito mais profundo do que invocar a Declaração em julgamentos formais em tribunal. A mudança começa nos nossos próprios países, sabemos de facto que o governo reage ao que os seus cidadãos exigem, e se não difundirmos a consciência para a sociedade sobre as necessidades dos povos indígenas, com certeza, continuaremos a encontrar uma deficiência de ação responsiva face às preocupações dos povos indígenas.

Devida diligencia empresarial e povos indígenas

Em 2021, muitos países começaram a elaborar projetos de lei que exigem que as empresas implementem a devida diligência em matéria de direitos humanos (HRDD). No entanto, a experiência tem demonstrado que mesmo com obrigações estatutárias de diligência devida (requeridas por lei) estas nem sempre são tão efetivas, como o seu esperado.[2] Para contrariar isto, os decisores políticos e os líderes empresariais precisam de assegurar que o processo de HRDD seja levado a cabo de forma orientada para os resultados, tendo em conta uma avaliação das circunstâncias enfrentadas pelos povos indígenas.

A batalha diária de abordar as violações dos direitos humanos associadas com a cadeia de valor do produto é algo bastante latente, nos dias de hoje. Para responder a estas preocupações há dez anos atrás, o Conselho de Direitos Humanos aprovou o desenvolvimento e adoção dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos (UNGP) para vazão a estas preocupações. No entanto, os povos indígenas continuam a enfrentar graves violações dos direitos humanos associadas à realização de negócios nas suas terras e territórios ancestrais.[3]

Além disso, muitos dos principais documentos internacionais de direitos humanos juridicamente vinculativos incluem disposições sobre os direitos dos povos indígenas, reforçando o papel da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, o "Free, Prior and Informed Consent (FPIC)" e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Indígenas com enfoque no desenvolvimento do Direito Internacional, especificamente nos direitos dos indígenas. Veja se por exemplo a Convenção n.º 169 da OIT, que é um tratado internacional que se torna juridicamente vinculativo para os Estados através da ratificação. Esta reflete muitos elementos de normas de direitos humanos, p.e questões territoriais, recursos naturais, saúde, desenvolvimento e cooperação transfronteiriça.

Com isto, as empresas devem estar mais conscientes de garantir a devida diligência quando operam em áreas onde os projetos podem afetar os povos indígenas. Existe um vasto leque de salvaguardas, políticas e diretrizes internacionais relativas às empresas e aos direitos dos povos indígenas. Neste prisma, a exigência no direito internacional de consultas específicas aos povos indígenas é uma medida extraordinária para superar a discriminação e assegurar a igualdade entre os povos indígenas e outros sectores da sociedade. Como já referido a UNDRIP, adotada em 2007, define os direitos dos povos indígenas e as obrigações dos Estados perante estes.[4] Os direitos a serem consultados e a participar na tomada de decisões são as pedras angulares da Convenção e a base para a aplicação do conjunto mais amplo de direitos.[5]

Assim sendo, as empresas devem ter políticas e processos adequados em vigor, incluindo

um processo de diligência em matéria de direitos humanos. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGPs) estabelecem os princípios-chave relacionados com a diligência devida pelas empresas comerciais em matéria de direitos humanos. Teremos de admitir que em muitos casos, não é claro para as empresas a que normas se devem referir na preparação de projetos e iniciativas e do outro lado muitas das vezes as diretivas são também ambíguas sobre as questões em torno da devida diligência e avaliações de impacto envolvendo povos indígenas.

Neste sentido, o Instituto Dinamarquês para os Direitos Humanos preparou uma lista de verificação da *due diligence* empresarial em relação a projetos que afetam os povos indígenas que será analisada neste artigo. Sendo a mesma examinada em quatro etapas estruturais:

(1) Rastreio – Onde a empresa analisa os ambientes/domínios específicos do país e do projeto e conduz um diálogo preliminar com os povos indígenas potencialmente afetados.

(2) Avaliação de Impacto – A empresa avalia o impacto real ou potencial de um projeto ou operação empresarial sobre os povos indígenas.

(3) Consulta Negocial– Com base nos resultados da avaliação de impacto global, a empresa negociará com os povos indígenas para obter um acordo ou, pelo menos, o seu consentimento.

(4) Implementação e Monitorização – A organização estabelece mecanismos permanentes e institucionalizados de diálogo permanente e de queixas para abordar questões emergentes de forma eficaz e efetiva.

Relativamente ao primeiro passo, **o rastreio**, sabe-se que embora os Estados tenham obrigações de respeitar e cumprir os direitos humanos, incluindo os direitos dos povos indígenas, existem lacunas de implementação, mesmo quando tratados relevantes como a Convenção n.º 169 da OIT, tenham sido ratificados. Ter-se-á de ter em conta a probabilidade de que as consultas dotadas de boa-fé e até a participação dos povos indígenas nos processos deliberativos pode depender de fatores de governação de um determinado país, não ficando cristalizadas apenas na esfera de influência de determinado projeto. Nesta primeira fase, deve ser tida em consideração a importância dos povos indígenas que podem ser afetados pelo projeto[6], sem nunca esquecer a necessidade da autoidentificação dos mesmos.

Conjuntamente, deve ser analisado o contexto específico e localidade do projeto para verificar se as autoridades do país em questão consultaram, efetivamente, os povos indígenas afetados, ainda no processo anterior à emissão de licenças ou concessões a terceiros. Deve ser intentado um diálogo inicial prévio com os povos visados para avaliar a compatibilidade entre as suas aspirações de desenvolvimento e a intervenção que virá a acontecer.

Identificando agora a fase de **avaliação do impacto**. Após a análise inicial do país, as empresas devem realizar avaliações de impacto para calcular os impactos sociais, psicológicos, culturais, e ambientais sobre os povos indígenas visados. De acordo com os UNGPs, as empresas devem avaliar o seu impacto nos direitos humanos e na cadeia local.

Neste caso, a avaliação mais proveitosa será uma avaliação efetiva do impacto sobre os direitos humanos. Avaliação esta que deve ser conduzida em colaboração com os povos indígenas relevantes e o mais rapidamente possível.[7] É uma boa prática que os povos indígenas afetados sejam envolvidos no processo de conceção e de implementação da avaliação do impacto. Estas avaliações empresariais devem ser encaradas como legitimas, visando reduzir ao máximo o risco de resultados conflituosos ou comprometidos- pois o *ultimate goal* reside na melhor compreensão dos potenciais impactos sobre os povos tribais.

Os *outcomes* das análises servirão para reforçar as competências em matéria de direitos

humanos, as estratégias de envolvimento, de tomada de decisões para que haja uma compreensão plena dos potenciais impactos. Sem nunca esquecer os princípios-chave tais como a não-discriminação, a responsabilidade e a transparência.

O terceiro passo reside na **Consulta**. Com base nos resultados da avaliação de impacto (referidas supra) os povos indígenas devem ser consultados para que haja um acordo ou algum tipo de consentimento por parte destes. Esta fase assume-se como um direito fundamental dos povos indígenas. Direito este de serem consultados antes de ser tomada uma decisão final sobre a viabilidade do projeto. Deve ser feito de boa-fé e adaptado de forma adequada às circunstâncias, através de procedimentos apropriados, e em cooperação com os organismos representativos dos povos indígenas. Pode ser percecionado como direito de participação e ter uma voz ativa, pois se feito corretamente, permite aos povos tribais a chance de influenciar verdadeiramente o resultado das políticas e decisões adotadas.

Por conseguinte, se um projeto resultar no realojamento ou expropriação dos povos indígenas das suas terras e recursos tradicionais, é vital que estes tenham dado o seu consentimento livre, prévio e informado. A continuação de tais projetos sem o seu consentimento pode pôr em causa e ter implicações legais ao abrigo do direito internacional e em geral, comprometer a legalidade, o resultado e a sustentabilidade do projeto.

Na fase de "**Implementação e Acompanhamento**" terá de ser reconhecido que projetos complexos requerem uma abordagem orientada para o processo de consulta e aprovação. Isto inclui a monitorização dos resultados e protocolos em curso. Requer a realização de ajustamentos e remediações, conforme necessário. Operacionalmente, isto solicita a criação de mecanismos permanentes e oficializados de diálogo contínuo, bem como a utilização de mecanismos onde possa haver espaço para reclamação (que possam abordar eficazmente as questões emergentes).

Graças a mecanismos de diálogo e de acompanhamento será notória a ajuda e insight que poderá ser fornecida a subempreiteiros que trabalhem na devida diligência sobre os direitos dos povos indígenas. Assegurando assim um maior padrão de otimização no que diz respeito a questões sociais não resolvidas. Para que esta estratégia seja eficaz deverá envolver os povos indígenas interessados em todas as suas fases. Os resultados dos mecanismos de monitorização devem alimentar as atividades relevantes, a estratégia da empresa para a comunicação com os povos indígenas em questão, e os mecanismos de queixa relevantes.

Em jeito de conclusão, para que estejamos diante de uma *due diligence* efetiva esta deve abordar situações que se tenham tornado particularmente comuns no contexto dos povos indígenas e deve centrar a participação e o envolvimento dos titulares de direitos como detentores de uma opinião válida. Acima de tudo terá de ser dinâmica e deverá manter princípios de otimização ao longo de toda a cadeia de valor de uma empresa.

[1] O primeiro membro de origem indígena do Parlamento canadiano e um dos pais do movimento internacional em defesa dos direitos dos povos indígenas, antigo relator do Fórum Permanente das Nações Unidas para os Assuntos Indígenas, e um perito em direitos dos povos indígenas – o Chefe Wilton Littlechild demonstrou a sua preocupação e sentimento de frustração:

"Em todo o lado na terra mãe, encontrarão o ponto comum dos Povos Indígenas na violação dos nossos direitos. Não importa a parte do mundo a que se dirige; encontrará sempre estas violações. Encontrará despossessão dos Povos Indígenas das suas terras, territórios e recursos, e descobrirá que somos marginalizados da corrente dominante. Encontrará o racismo. É um conjunto muito triste de pontos em comum e de experiências partilhadas".

[2] Recomenda-se a leitura do seguinte documento https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Slides.pdf

[3] IWGIA, "The Indigenous World 2021: Business and Indigenous Peoples' Rights", 18 March 2021 at https://iwgia.org/en/ip-i-iw/4263-iw-2021-business-and-indigenous-peoples-rights.html

[4] Muitos dos tratados ficam aquém ou não são compatíveis com as normas consagradas nos instrumentos internacionais, ou até com a própria realidade para a qual foram convencionados. Porém, salienta-se a importância da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP) e a Convenção da OIT que se têm vindo a demonstrar como grandes aliadas na batalha pelo respeito dos direitos humanos dos povos indígenas.

[5] Salienta-se a importância do "Consentimento Livre, Prévio e Informado: Proteção dos direitos dos Povos Indígenas à autodeterminação, participação, e tomada de decisões" Este conceito (FPIC) é um padrão emergente no diálogo sobre os direitos dos Povos Indígenas, chegando até a dividir a doutrina em relação ao facto deste se estar a tornar parte do direito internacional consuetudinário, veja-se https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/FreePriorandInformedConsent.pdf

[6] Com base nos critérios estabelecidos na Convenção nº 169 da OIT.

[7] Tal como se afirma na Convenção nº 169 da OIT, artigo 7.3, o "Governo trabalhará com as pessoas afetadas para avaliar os impactos sociais, psicológicos, culturais e ambientais das atividades de desenvolvimento propostas sobre as mesmas, sempre que seja realizada investigação relevante". Os resultados destes estudos são considerados os critérios essenciais para a realização destas atividades".