

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**POVOS ORIGINÁRIOS E TRIBAIS: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA AMÉRICA LATINA**

Daniela Fachiano Nakano

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**POVOS ORIGINÁRIOS E TRIBAIS: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA AMÉRICA LATINA**

Daniela Fachiano Nakano

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2017

**POVOS ORIGINÁRIOS E TRIBAIS: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA AMÉRICA LATINA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Alexia Domene Eugênio

Lucas Octávio Noya dos Santos

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2017.

[...] Sobre todo, sean siempre capaces de sentir en lo más hondo cualquier injusticia cometida contra cualquiera en cualquier parte del mundo. Es la cualidad más linda de un revolucionario.

Che Guevara, aos seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, dispensando-Lhe minhas palavras, por saber que nada do que eu diga poderá um dia traduzir meus sentimentos de amor, gratidão e busca constante em fazer qualquer coisa, nem que seja muito pouco, como o Senhor faria em meu lugar.

Agradeço aos meus pais, Rose e Roberto, aqueles quem me proporcionaram todos os subsídios possíveis (e desejaram também, do fundo dos seus corações, prover os impossíveis) para que este trabalho fosse realizado.

Agradeço aos meus irmãos, Mariana e Lucas, que pacientemente me suportam na tarefa difícil de serem os meus irmãos mais novos.

Agradeço aos meus amigos e família por todo o apoio emocional que me deram. Maysa, Elena, Maria, Henrique, Felipe, Gustavo, Beatriz, Vivianne, João Roberto, Júlia, Larissa, Bruna, Nathália, Isabella, Danyele, Ellen e Fernando: muito obrigada.

Agradeço a todos os funcionários e estagiárias do Grupo de Atuação Especial em Defesa do Meio Ambiente – GAEMA – Núcleo Pontal do Paranapanema, parte do Ministério Público do Estado de São Paulo. Estagiar neste Núcleo me faz perceber, todos os dias, a importância de acreditar naquilo em que se defende e defender, da melhor maneira, aquilo em que se acredita.

Agradeço ao Grupo de Estudos Preparatórios para a Competição de Washington/DC, especialmente nas pessoas da Professora Alexia Domene Eugênio e do Professor Lucas Octávio Noya dos Santos. É este um ambiente que guardo especial carinho, no qual tive meu primeiro contato com os Direitos Humanos e o Direito Internacional, assuntos pelos quais hoje sou apaixonada.

Ao meu orientador Sérgio Tibiriçá Amaral, minha inspiração e exemplo, quero poder, um dia, ter um pedacinho do seu conhecimento e sabedoria.

RESUMO

O presente trabalho tem por extensão e escopo a evidenciação do *corpus iuris* internacional e seus reflexos no que se refere aos limites do continente latino-americano, fazendo-se uma análise para com as normas de direito interno e sua adequação à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Primeiramente, se realiza abordagem histórica a compreender a substancial supressão e gradual avanço dos direitos mais essenciais aos povos originários e tribais. Adiante, para melhor organização e detalhamento dos direitos e garantias fundamentais dos povos em pauta delimita-se os tópicos: direito à diversidade, direito à cultura, direito à terra e direito à participação efetiva. Ainda, pormenoriza-se a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio de seus mecanismos de proteção internacionais regionais e sua relevância, precipuamente no que tange sua contribuição jurisprudencial, a enaltecer e edificar a efetivação dos direitos humanos na América Latina. Faz-se, por fim, breve análise do Caso 12.728 “Xukuru do Ororubá Vs. Brasil”, o primeiro caso contencioso em face do Estado brasileiro que tramita perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, expondo suas possíveis cintilações no direito nacional.

Palavras-chave: Povos Originários e Tribais. Povos Indígenas. Direitos Humanos. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Política Indigenista Brasileira. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The current study has the range and scope of highlight the international *corpus iuris* and its reflections regarding the limits of the Latin American continent, making an analysis of the domestic law standards and their adequacy in the light of the International Human Rights Law. Firstly, a historical approach is undertaken to understand the substantial suppression and gradual advance of the most essential rights to indigenous and tribal peoples. In order to an optimal organization and breakdown, the basic rights and warranties of these peoples at issue are categorized into the following topics: the right to diversity, the right to culture, the right to land and the right to effective participation. Moreover, the performance of the Inter-American System of Human Rights through their regional international protection mechanisms and their concernment are minutely detailed, majorly about the contribution from its jurisprudence, which uphold and build the completion of human rights in Latin America. Finally, a brief analysis of the Case 12.728 “Xukuru do Ororubá vs. Brazil” is made, the first contentious case against the Brazilian State before the Inter-American Court of Human Rights, illustrating its possible scintillations in Brazilian domestic law.

Keywords: Original and Tribal Peoples. Indigenous Peoples. Human Rights. International Human Rights Law. Brazilian Indigenous Politics. Inter-American System of Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS POVOS QUE HABITAVAM A AMÉRICA PRÉ-COLOMBIANA	12
2.1 O Litoral Brasileiro	12
2.2 As Regiões Mesoamericanas e Andinas	19
3 DEFINIÇÕES E ANTECEDENTES	26
3.1 Caracterização dos Povos Indígenas como ‘Minoria’ e Outras Classificações	26
3.2 Outros Conceitos Relevantes	29
3.2.1 ‘Índio’	29
3.2.2 ‘Comunidade indígena’ e ‘grupo indígena’	32
3.2.3 ‘Populações indígenas’	33
3.2.4 ‘Povos indígenas’	34
3.2.5 ‘Terra e Posse Indígena’	36
3.2.6 ‘Culturas indígenas’	38
4 NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO	40
4.1 Direito à Diversidade: Os Usos e Costumes	43
4.2 Direito à Cultura	46
4.3 Direito à Terra	49
4.4 Direito à Participação Efetiva	53
5 NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL	55
5.1 Direito à Diversidade: Os Usos e Costumes	60
5.2 Direito à Cultura	63
5.3 Direito à Terra	66
5.4 Direito à Participação Efetiva	70
6 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	72
6.1 A Atuação da Comissão Interamericana	74
6.2 A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos	76
6.3 A Aplicabilidade das Normas de Direito Internacional à Luz do SIDH no Direito Brasileiro e o Caso Povo Xukuru do Ororubá vs. Brasil	79
7 CONCLUSÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
ANEXOS	87

ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIEDR – Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DADPI – Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas

DODPI – Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

EC – Emenda Constitucional

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PESC – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas

1 INTRODUÇÃO

Sem uma exceção se quer, os países latino-americanos têm em comum o fato de constituírem, dentre seus habitantes, populações autóctones, que se definem como descendentes das etnias pré-colombianas: ou ainda, popularmente conhecidos como indígenas.

De acordo com os dados obtidos junto ao último Censo no ano de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 896.917 (oitocentos e noventa e seis mil novecentas e dezessete) pessoas, aproximadamente 0,47% da população total brasileira declaram-se ‘indígenas’. Dos 253 (duzentos e cinquenta e três) povos listados no Estado do Brasil, são 48 (quarenta e oito) deles que têm parte de sua população residindo em outros países.

Entretanto da relação histórica cunhada pela colonização europeia, da qual se concebeu distância e conflitualidade entre Estado e “sociedade civil” para com os povos nativos, esta se faz presente até os dias atuais e permeia-se pela ignorância dos interesses indígenas e suas reivindicações.

Referidos atritos refletem-se de maneira prejudicial aos povos originários e tribais, em diversas esferas do Direito, de modo que influem incisivamente no exercício da cidadania desses povos.

As limitações que se referem os autores, partem, de maneira essencial, de entendimento que postula a diferença dos povos indígenas como um assunto passado, que não mais faz parte da sociedade contemporânea latino-americana, mas tão somente de sua história.

Ocorre que a luta pela diferença, bem como, pela preservação dessa, protagonizada pelos povos originários e tribais, é atual e patente – motivos pelo quais se faz de grande monta a conscientização das circunstâncias atuais em que vivem estas minorias.

Num primeiro momento, referido conflito étnico parece pautar-se unicamente nas questões territoriais e de recursos, cujas máximas reputam às populações indígenas como verdadeiros obstáculos para o desenvolvimento econômico. Genocídio, pacificação forçada, escravagismo e expulsão são alguns dos resultados das falsas premissas a favor da geração de riquezas e extermínio da pobreza nos Estados Latino-Americanos.

Num passado não muito remoto, ainda em 1934, o Quinto Constitucional brasileiro carregava redação diferenciada, atribuindo competência exclusiva à União de legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Tal cenário pontua a diversidade como algo a ser superado, gestando ainda mais atritos no cenário da luta indígena.

O trabalho se debruçou sobre uma análise das normas do direito interno brasileiro, bem como do direito internacional, de maneira a evidenciar a enorme gama protetiva alcançada até então pelos povos originários e tribais, que embora vasta quando comparada ao passado, ainda não se faz suficiente em sua aplicação prática.

Dessa forma, adotando métodos de pesquisa de caráter predominantemente histórico e dedutivo, o estudo partiu do tratamento legal conferidos a estes povos e as premissas delineadas pelas demais disciplinas do ramo das ciências sociais e, nesse complexo cenário, visou compreender a sua extensão e atual situação no âmbito da América Latina.

O trabalho se iniciou por uma exposição histórica da luta indígena por seu espaço, tanto físico como político, evidenciando a lenta evolução dos seus direitos. Após, expôs-se as normas que atualmente permeiam o ordenamento jurídico nacional e internacional de modo a evidenciar e consubstanciar a carência de atenção específica que referido assunto merece.

Por fim, analisa-se o que parece ser os mais atuantes mecanismos de afirmação dos direitos dos povos originários e tribais no atual contexto da América Latina, qual seja os provenientes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS POVOS QUE HABITAVAM A AMÉRICA PRÉ-COLOMBIANA

Nos anos que seguiram a Idade Média, a Revolução Mercantil tomou espaço na Europa, impulsionando uma corrida bipolar entre Portugal e Espanha pelo real poder sobre o mundo, supostamente pautada na propagação da fé cristã.

Destarte, foram empreendidas as grandes navegações e a moeda passou a ser o principal elemento da economia europeia, em razão da valorização dos metais preciosos. Inicia-se, assim, uma série de relações de produção e troca, que deixam para trás a cultura de subsistência até então vivenciada.

No cenário lusitano o Conselho Ultramarino e o Santo Ofício (representante da Igreja Católica) passaram, portanto, a possuir imensa relevância – responsáveis assim, junto dos Reis de Castela da Espanha, por protagonizarem verdadeira expansão mercantil e civilizatória nas terras que viriam a invadir e conquistar: as Américas.

Foi assim, que em meio a ascensão da burguesia mercantil e o abandono da Idade das Trevas, narrativas míticas de terras paradisíacas desconhecidas e monstros que habitavam os mares deixavam de ser um medo ao homem moderno e se tornam sua nova ambição. Estórias que somadas ao desejo da obtenção de riquezas e mão de obra escrava, acarretaram no movimento historicamente chamado de Expansão Marítima Europeia.

E, paralelos à civilização e ao desenvolvimento ibérico que se avançava, se encontravam os povos nativos do “Novo Mundo”.

2.1 O Litoral Brasileiro

Os índios que habitavam o litoral brasileiro adentravam uma revolução agrícola, de forma que com a domesticação de diversas espécies de plantas, superavam a condição paleolítica – dessa forma, ainda considerados povos primitivos. Foi assim, que assombrosamente, vivendo em épocas distintas, os europeus e povos indígenas se encontraram, sem se quer sonhar com as diversas batalhas a serem travadas a partir de então.

O antropólogo Darcy Ribeiro (1995, p. 30) exemplifica os conflitos vividos entre as populações indígenas e os europeus, considerando a chegada verdadeira

invasão, e classificando-a em três níveis diferentes: biótico, ecológico e econômico-social. Vejamos.

Esse conflito se dá em todos os níveis, predominantemente no **biótico**, como uma guerra bacteriológica travada pelas pestes que o branco trazia no corpo e eram mortais para a população indígenas. No **ecológico**, pela disputa do território, de suas matas e riquezas para outros usos. No **econômico e social**, pela escravização do índio, pela mercantilização das relações de produção, que articulou os novos mundos ao velho mundo europeu como provedores de gêneros exóticos, cativos e outros. (Grifei).

O pesquisador ainda pontua as diferentes visões de mundo das sociedades que se encontravam, de modo que “para os índios a vida era uma tranquila fruição da existência num mundo dadivoso e numa sociedade solidária”, ao passo que, para os recém-chegados, “muito ao contrário, a vida era uma tarefa, uma sofrida obrigação, que a todos condenava ao trabalho e subordinava ao lucro” (RIBEIRO, 1995, p. 47), evidenciando tais grupos humanos por completo opostos.

Todavia, antes de qualquer batalha travada, ou da efetiva tomada da percepção dos reais impactos trazidos pelos que aportavam ao país do Brasil, consolidou-se amizade entre os povos nativos e seus visitantes portugueses, não mais baseada em, senão, sofismas de interesses disfarçados.

Logo, iniciou-se processo denominado pelos portugueses de ‘cunhadismo’, costume indígena anteriormente existente a vinda dos europeus à América, de incorporação de estranhos às suas comunidades. Por meio deste, índias eram oferecidas aos europeus como esposas, e assim que assumidas não só elas, mas todos os membros de seus grupos, tornavam-se também parentes de seu marido.

Referido modelo acreditava que os cunhados, antes considerados pessoas de fora da família, acolhidos como novos membros dessa, adquiriam condição de igualdade para com seus parentes, ou seja, “avessa às desigualdades e aos desequilíbrios de poder”, como define o pesquisador João Borba por meio do seu *site* “Projeto Quem”. Não obstante, valorizava-se por meio deste instituto a união entre famílias diferentes e a aceitação do indivíduo diferente, que poderia fazer parte de várias famílias em vista da ampla prática da poligamia.

Ocorre que, valendo-se da obrigação de seus cunhados em prestar serviços aos seus iguais (mão-de-obra nas lavouras ou guerra, por exemplo), o português passou a praticar algo que era do seu direito, revestido por abusos. Assim, ludibriava seus cunhados acumulando para si as riquezas angariadas dos serviços

prestados, agindo em desconformidade com os costumes, que ditavam a divisão igualitária com todos os membros da tribo, tendo esses participado ativamente ou não.

Apesar das tentativas dos povos nativos do litoral brasileiro em reverter essa situação, todas essas foram frustradas, em face da larga vantagem de poder português. Clarifica Borba (2013):

Destarte os portugueses envolvidos iam enriquecendo, e para espanto dos indígenas, eram *valorizados* em suas "tribos" portuguesas apesar de não dividirem nada e ficarem com tudo. Não demorou que indígenas começassem a cobiçar essa situação, e a abandonar suas tribos originais para tentarem ser "adotados" por alguma "tribo" de portugueses. [...] decerto poderiam reformular suas leis e recusar dividir os produtos com seus cunhados portugueses nesses termos, o que teria, pelo contrário, promovido a igualdade nas vilas coloniais portuguesas. Mas eram leis de uma tradição milenar, difíceis de se modificar; e como dificuldade ainda maior, a pressão do valor que davam às ferramentas de metal de que os colonos dispunham para o trabalho era muito grande, e colocava os portugueses sempre em condição de vantagem quanto aos termos desses acordos.

Assim, tendo em vista que os costumes supracitados vinham acarretando inúmeras benesses aos colonos, mas não eram exclusivos aos portugueses, senão partilhados com todos os náufragos e navegantes que aportavam o litoral – além da existência de outras terras não delimitadas pelo Tratado de Tordesilhas, no ano de 1532, foi estabelecido pela Coroa Portuguesa o regime das donatarias.

Referido regime surge em face da ânsia na preservação dos proveitos econômicos e de poderio lusitano sobre as terras brasileiras, tendo em vista a constante ameaça francesa-espanhola sobre essas terras por meio do reiterado aproveitamento da prática do 'cunhadismo' pelos inimigos europeus.

Martim Afonso de Souza recebeu três cartas régias neste momento: uma para tomar posse das terras em nome d'el Rei, outra para dar direito a exercer as funções de capitão-mor e governador das terras e por último uma que lhe nomeava sesmeiro do Rei, podendo entregar terras em sesmarias a quem desejasse.

Ocorre que, referidos institutos originalmente criados para a produção de alimentos e aproveitamento das terras em Portugal, transfigurou-se nas terras brasileiras como instrumento para desbravar e conquistar, sem respeitar qualquer um dos critérios estabelecidos nas leis portuguesas, se desvinculando profundamente de sua essência. Por este motivo findou-se em 1822, por resolução do Príncipe Regente, decisão reafirmada com a Constituição Imperial de 1824 o regime das donatarias.

No mais, tamanha era a exploração da mão de obra indígena forçosamente perpetrada pelos colonizadores, de forma tão absurdamente distante do seu modo habitual de viver, que o regime até então implantado teve, ainda, como principal razão de sua queda a hostilidade indígena. Sobre isso:

Por um longo tempo foi fácil aliciar índios para esses imensos esforços, tal era a atração das ferramentas e bugigangas. Com os anos, surgiram dificuldades, porque os índios queriam melhor retribuição de seus serviços, seja porque os paus-de-tinta ficavam cada vez mais escassos e longínquos; seja porque as roças que abriam para os brancos em troca do escambo tinham que ser cada vez maiores, dado o aumento crescente do número deles; seja porque os índios estavam saciados dos artigos que os brancos lhes davam. Nessa altura, a escravidão começou a impor-se, como forma de conscrição de mão de obra. (RIBEIRO, 1995, p. 92).

A despeito da numerosa população indígena comparada com a lusitana, bem como a constante hostilidade que passou a se instalar neste continente, toda a resistência indígena à época resultou inefetiva. Este ocorrido pode ser atribuído ao entendimento que os povos nativos nunca obtiveram êxito na unificação de uma só organização política, para o combate aos invasores.

Na visão de Darcy Ribeiro (1995, p. 34), os povos originários nunca puderam ser um, por sua própria essência e condição evolutiva. Significa dizer que os povos de nível tribal ao crescer, tinham suas comunidades divididas, e ao passo que se afastavam, também se diferenciavam, tornando-as hostis umas para com as outras.

Ao mesmo tempo, o pesquisador entende referido motivo como o que tornava, também, impraticável a dominação portuguesa sobre estes povos. Isso porque não contavam “com um estamento superior que pudesse estabelecer uma paz válida, nem com camadas inferiores condicionadas à subordinação” impedindo-lhes tanto em formar um Estado para dominar, quanto para serem dominados.

Assim, desastrosas guerras internas foram travadas, dentre elas o combate português com a Confederação dos Tamoios (1554-1567), criada em aliança com os franceses instalados na baía de Guanabara, sendo esta a maior das uniões que os indígenas conseguiram realizar contra os portugueses. Todavia, este conluio não teve respaldo tão somente na vontade indígena em se ver livre da colonização.

Dentre outras guerras travadas, apenas a título exemplificativo, é possível citar mais algumas: Paraguaçu no Recôncavo (1559); campanha de

extermínio aos Potiguara do Rio Grande do Norte (1599); Guerra dos Bárbaros (1600) e mais inúmeras guerras não-nomeadas na Amazônia Brasileira.

Incentivados pelos europeus, que tinham tão somente a intenção de disputar o destino da colonização, a essência da guerra encontrava verdade na luta dos jesuítas contra os calvinistas, a reforma contra a contrarreforma, que se serviam da população indígena como massa de manobra. Muito dos combatentes destas populações se quer sabiam porque lutavam, sendo simplesmente “atiçados” pelos europeus que exploravam a sua “agressividade recíproca” (RIBEIRO, 1995, p. 33).

Compreendida à proporção que tomava a ameaça indígena e as outras potências europeias, assim como a conservação de tão somente duas capitânicas portuguesas (Pernambuco e São Vicente, as que lograram algum pouco sucesso), se deliberou pela instituição de um Governo Geral encabeçado por Tomé de Souza na forma de vilas, trazendo-se ao Brasil contingentes militares armados e fortificados e novos habitantes.

Foi, desta forma, que a terra em que plantavam os índios para sua subsistência, terminou coberta com cana-de-açúcar e outros recursos naturais que movimentavam a economia europeia. Recursos estes, que aqueles mesmos índios haviam de roçar, produzindo lucro aos colonizadores e oferecendo a esses as suas terras, que antigamente provinham não somente a sua comida, mas também a sua cultura, espiritualidade e a própria vida em si – tudo isso para que, em troca, fossem pagos com fome e miséria em espécie.

De mais a mais, as inúmeras epidemias trazidas pelos brancos, como por exemplo a varíola, trataram de dizimar mais milhares de outros nativos que não se envolviam com as guerras, o caso de algumas crianças e mulheres, que se quedaram em situação de desespero.

Gastos os índios, sugados em sua última gota de sangue, a escravidão negra sobrevém a das populações nativas, o preço do escravo índio cai e este fica resignado à “liberdade” dos trabalhos mais simples, situação análoga à que se observa atualmente com a larga maioria dos imigrantes em países desenvolvidos.

Adentra-se agora numa breve análise histórica, em que pese ao momento o qual os ‘direitos’ das populações indígenas surgem no seio do Brasil “descoberto”.

Destarte, insta salientar que durante o período colonial não existiu nenhuma lei de afeto direto para com as populações nativas do Brasil, mas que

quando começam a surgir, instrumentam como seu objetivo maior a integração dos povos originários à civilização, por meio da imposição da fé católica, revestindo-se da máxima proteção e submissão destas tribos.

Apesar de não se mostrarem tão sofisticadas como as leis espanholas, as leis portuguesas em sua essência eram muito parecidas com àquelas, de forma a prezar o bom tratamento dos ‘selvagens’ que se submetessem à catequese e a guerra, nos termos das escrituras sagradas exaradas pelas Ordenações do Reino.

Assim, era expressamente proibido possuir indígenas em cativo, conforme os Regimentos de 1548 e 1570, ressalvada a hipótese em que esses se comportavam contra as vontades da Coroa, e por isso, contra as ditas vontades de Deus.

As posições protecionistas vigoraram no decorrer dos séculos, numa era de “direitos” de legítima subjugação, cujas premissas pautavam-se em ‘assimilar’ e ‘integrar’. Justificava-se o português, segundo Carlos Marés (1998, p. 56), em suposta educação oferecida àqueles povos para a promoção de sua convivência junto à sociedade civil considerada “pacífica e doce” – mas que consistia, em realidade, ao fazer obedecer das vontades lusitanas.

Em 1808, uma Carta Régia declarava guerra aos índios Botucudos do Paraná, então província de São Paulo, e determinava que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos aos milicianos ou moradores que os apreendessem, abrindo oportunidade de àqueles que depusessem armas e se submetessem às leis reais e se aldeassem, “gozarem dos bens permanentes de uma sociedade **pacífica e doce** debaixo das justas e humanas leis que regem os meus povos”. (Grifei).

Marés (2013, p.14) exemplifica, ainda, a ótica integracionista e protecionista adotada de forma exacerbada e evidente, aplicada aos povos indígenas, no desenrolar dos diplomas legais brasileiros. Vejamos.

Embora farta, toda a legislação indigenista brasileira, desde o descobrimento até a Constituição de 1988, é voltada para a integração, retratada ao modo da época em que foi escrita: “... *Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce*” (1808); “... *despertar-lhes o desejo do trato social*” (1845); “... *até a sua incorporação à sociedade civilizada*” (1928); “... *incorporação à comunhão nacional*” (1934, 1946, 1967, 1969);... “*integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*” (1973). A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta de cinismo porque o

autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização.

O cenário até então vivenciado desponta pela busca de mudanças no ano de 1937, junto da Constituição “Polaca”, que em seu artigo 154 determina *in verbis*: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Além disso, a Constituição de 1969 continha, no artigo 198, sobre a posse da terra dos “silvícolas”, pela primeira vez no §1º, o mandado de nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos que tinham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação de terras habitadas pelos “silvícolas” e o §2º excluía qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a Funai, devido aos mandados do §1º.

Deste dispositivo denota-se, mesmo que com ótica puramente privatista, o reconhecimento aos indígenas das terras que ocupavam “em caráter permanente”, neste momento então positivada.

Em 1967 criou-se a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com vistas à substituição do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) – tão somente um pedaço do quão conturbado foi o período militar no que tangem às questões indígenas. Acerca disso, salienta Camila Nogueira e Raul Bergold (2013, p. 46):

O SPI foi extinto por corrupção e sua CPI deu origem ao Relatório Figueiredo, que reúne denúncias e investigações sobre práticas que atentam contra os indígenas, em cerca de sete mil páginas. Na atualidade a Comissão Nacional da Verdade, criada para averiguar as violações de direitos humanos durante a ditadura militar, de 1964 a 1988, possui um grupo de trabalho sobre Graves Violações no campo ou contra indígenas, para apurar as violações cometidas contra agentes públicos ou a seu serviço, com apoio ou no interesse do Estado.

Durante o período militar, ainda foram amplamente tratadas questões como a expansão sobre a Amazônia, por meio do Programa de Integração Nacional (PIN) que tentava impor a colonização destas áreas, junto de dois principais projetos: a Transamazônica e a Cuiabá Santarém. Neste mesmo momento, se aprovou a Lei 6.001/73 – o “Estatuto do Índio”, mais uma norma voltada ao comando de assimilação.

Ao final da década de 1980 e início da década de 90, nota-se um período de redemocratização após décadas inteiras, especificamente 21 (vinte e um) anos no caso do Brasil, vivendo sob ditaduras. A América Latina como um todo passa a levantar questionamentos sobre seus preconceitos, reconsiderando ideais até então

consolidados e levados como verdadeiros dogmas, para analisar os direitos e garantias do homem sob a luz do Estado Democrático de Direito.

No ano de 1988, a Carta Magna Brasileira, também conhecida como “Constituição Cidadã”, reconhece a cultura dos povos indígenas e seus direitos em “sua organização social, costumes, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” nos ditames os quais reza o art. 231 em seu caput: o primeiro dispositivo de todo o continente latino-americano engendrar norma neste sentido.

Sobre este momento salienta Castro (2011, p. 43)

A Constituição de 1988 interrompeu juridicamente (ideologicamente) um projeto secular de desindianização, ao reconhecer que ele não se tinha completado. E foi assim que as comunidades em processo de distanciamento da referência indígena começaram a perceber que voltar a “ser” índio – isto é, voltar a virar índio, retomar o processo incessante de virar índio – podia ser interessante.

Inaugura-se assim, por meio do Diploma Maior brasileiro, nova perspectiva acerca da temática indígena em âmbito nacional, discutida atualmente levando-se em conta quatro principais nortes: direito à diversidade e identidade étnica (usos e costumes), direito à cultura, direito ao território tradicionalmente ocupado e o direito à participação efetiva – direitos estes que serão especificamente, mais adiante, abordados.

O movimento do reconhecimento destes direitos não se quedou internalizado e exclusivo ao Brasil, mas estendeu-se à América Latina como um todo, local onde se encontra a maior concentração mundial dos povos originários e tribais ao redor do planeta Terra.

2.2 As Regiões Mesoamericanas e Andinas

No que se refere ao restante da América Latina, em muito se assemelha ao processo do desenvolvimento histórico brasileiro e sua relação para com às populações que habitavam a América Pré-Colombiana.

Ao fim do século XV, chegaram no continente americano – mais precisamente na região Mesoamericana e dos Andes, os desbravadores espanhóis.

O continente latino-americano contava com três grandes civilizações neste tempo: os Maias, Incas e Astecas.

Assim, pautando-se nas mesmas justificativas dos lusitanos, quais sejam, a busca mercantil por metais preciosos e a civilização pela cristianização dos nativos, iniciou-se longo e devastado período de exploração das novas terras em pauta.

Diferentemente dos povos em estágio primitivo que habitavam o Brasil, as sociedades mesoamericanas e andinas possuíam organização invejável, com belíssimas cidades e monumentos, e outrossim, detinham ainda organização jurídica e social sofisticadas.

Ao chegar no Novo Mundo, Colombo escreve ao Santo Papa a descoberta do “Paraíso Perdido”, encantado com a beleza, inocência e nudez dos índios. Sem embargo, nada o impediu, junto dos demais colonizadores espanhóis, da prática de um dos maiores genocídios que conta a história, em proporções ainda maiores das que o ocorrido nas terras do Brasil.

Assim escreve *Ciro Flamarion Santana Cardoso* (1981, p. 7-8):

Muitas das cidades criadas por essas civilizações faziam frente a qualquer centro urbano europeu do século XVI. Mesmo contando com um amplo leque de características e conhecimento, o contato dos nativos com os europeus marcou um dos maiores genocídios que se tem registro. [...] Os conquistadores destruíram monumentos – grandes centros urbanos da última fase pré-colombiana foram transformados em cidades espanholas (México, Cusco) – e obras de arte (fundidas quando confeccionadas com metais preciosos), queimaram quase todos os códices (manuscritos pré-colombianos, encontrados principalmente na área que hoje corresponde ao México centro-meridional). Mais grave ainda, a conquista e as primeiras fases da colonização significaram a destruição física da maioria absoluta dos índios, através de epidemias repetidas, escravidão e trabalhos forçados diversos, confisco de terras, ruptura violenta da organização social, familiar, religiosa, cultural. Entre os milhões que morriam, desapareceram muitos sábios portadores da tradição de civilizações moribundas. Tudo isto limita muito a quantidade de informação que se pôde recolher sobre as últimas etapas da história pré-colombiana.

A despeito dos eventuais meios de confronto que dispunham os povos pré-colombianos (andinos e mesoamericanos) para o embate à frente espanhola, não se sabe o porquê estes não foram suficientes para fins de enfrentamento dos colonizadores espanhóis, fato posto em cheque até os dias atuais, em vista do estágio de civilização complexa na qual já se encontravam.

Infere-se que o Império Asteca sucumbiu em menos de dois anos pelas mãos de Fernão Cortez no ano de 1521, por sua vez, o Império Inca foi derrotado em

1533, por atribuição de Francisco Pizarro (PIRES, 1998, p. 58). Aposta-se que a rapidez da conquista da América Ibérica ocorreu em função da combinação de vários fatores, sendo alguns deles:

[...] a superioridade técnica militar dos invasores, as novas doenças e epidemias trazidas pelos europeus, a divinização dos espanhóis associada a crenças e superstições religiosas de antigas lendas indígenas, bem como as rivalidades, cumplicidades e disputas que dividiram internamente os ameríndios. (WOLKMER, 1998, p. 76).

Posto que, tomados foram os habitantes naturais das terras americanas, o processo de colonização das Américas iniciou-se nas Antilhas e foi caracterizado pela essência do empreendimento privado: eram firmados entre a Coroa e os chefes de expedição determinados contratos, que vieram a se chamar “capitulações”. Nesse meio, surgem as famigeradas “Capitulações da Santa Fé”, acordo fidelizado por Cristóvão Colombo e os Reis Católicos.

No momento em que estes acordos saíram do papel, assim colocados em prática, as explorações econômicas e humanas geraram iminente conflito de interesses, entre aqueles empreendedores particulares e o interesse de monopolizar as riquezas “descobertas”, por parte do Estado.

Os grandes chefes do Estado espanhol ditavam como deveriam ser tratados os povos nativos: de forma consoante à vontade da Igreja e da Coroa (ou seja, deles mesmos donos do Estado), ordens que, obviamente, pelo anseio do lucro desenfreado não foram obedecidas. Em razão disso, por exemplo, desentendeu-se Colombo com a Coroa no ano de 1500, afastando-se, por consequência, das explorações das novas terras.

Visando dar continuidade aos seus objetivos, a Coroa Castelhana instala novo regime de colonização: as chamadas *encomiendas*. O sistema em comento baseava-se na “liberdade” do índio, não escravizado e devedor de tributos à Coroa.

Estes tributos eram devidos ao seu *encomendero*, pagos por meio de serviços e frutos da terra (que não pertenciam ao *encomendero*, mas eram de seu usufruto), ao passo em que, àquele para com os nativos (e verdadeiros donos das terras) se responsabilizava em sua proteção e cristianização.

Sobre a nova forma de colonização, destaca Stephen James Anaya (2004, p. 39), antigo Relator Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Aunque los españoles consideraban la encomienda como una forma de servidumbre que no daba verdadera propiedad a los colonizadores castellanos sobre los trabajadores, en la práctica la diferencia entre ésta y la esclavitud propiamente dicha era mínima. [...] Aparte del sistema de encomienda, la esclavitud era una práctica aceptada, y los pueblos indígenas fueron objeto de ataques inesperados en territorios aún no colonizados y llevados a trabajar en asentamientos hispanos. La presión de los colonizadores sobre los pueblos indígenas para conseguir esclavos aumentó cuando las poblaciones indígenas comenzaron a verse diezmadas por efecto de condiciones de trabajo extremadamente duras.¹

Após o regime de *encomiendas*, divididas nas fases da *encomienda de servicios* e *encomienda de tributos* baseadas no chamado modo de produção asiático², vieram os chamados *resguardos* sob a supervisão dos *corregidores de índios*, baseados na mita³. Em resumo, sempre buscou o homem civilizado por meios justificadores da real escravidão que aquele impunha aos povos originários.

Bartolomé de Las Casas, testemunho direto das atrocidades perpetradas contra os povos pré-colombianos, consubstanciada em sua obra “Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias”, evidencia que ao contrário do que se difundia, os europeus nunca buscaram realizar a virtuosa expansão do cristianismo, mas tão somente seu enriquecimento desenfreado e a imposição de sua civilização. Em suas palavras:

La causa porque han muerto y destruido tantas y tales y tan infinito número de ánimas los cristianos ha sido solamente **por tener por su fin último el oro y henchirse de riquezas en muy breves días y subir a estados muy altos y sin proporción de sus personas**, conviene a saber: por la insaciable codicia y ambición que han tenido, que ha sido la mayor que en el mundo ser pudo, por ser aquellas tierras tan felices y tan ricas, y las gentes tan humildes,

¹ **Tradução própria:** Ainda que os espanhóis considerassem a *encomienda* como uma forma de servidão que dava verdadeira propriedade aos colonizadores castelhanos sobre os trabalhadores, na prática a diferença entre essa e a escravidão propriamente dita era mínima. [...]. Independentemente do sistema de *encomienda*, a escravidão era uma prática aceita e os povos indígenas foram objeto de ataques inesperados em territórios ainda não colonizados e levados a trabalhar em assentamentos hispanos. A pressão dos colonizadores sobre os povos indígenas para conseguir escravos aumentou quando as populações indígenas começaram a ver-se dizimadas por conta das condições de trabalho extremamente árduas.

² Referido sistema tinha como principais características: (a) o Estado era o proprietário de todas as terras; (b) pela utilização das terras do Estado, os trabalhadores deveriam pagar taxas e impostos. Os trabalhadores, principalmente camponeses, eram presos à terra, não podendo abandoná-la; (c) os produtos e bens gerados eram geralmente utilizados para pagar estas obrigações; (d) quando eram convocados, todos os trabalhadores livres eram obrigados a trabalhar para o Estado (trabalho compulsório).

³ Segundo Rainer Sousa: “Também era conhecida pelos nomes de ‘repartimiento’ e ‘cuatéquil’. Nesse sistema, amplamente empregado na extração e beneficiamento de minérios, os índios eram escalados por sorteio para uma temporada de serviços compulsórios. Por sua vez, os trabalhadores recebiam uma baixa compensação salarial pelo trabalho desenvolvido nas minas. Após o fim da jornada, ainda recebiam uma quantidade de minério conhecida como partido”.

tan pacientes y tan fáciles a sujetarlas, a las cuales no han tenido más respecto ni dellas han hecho más cuenta ni estima (hablo con verdad, por lo que sé y he visto todo el dicho tiempo) no digo que de bestias, porque pluguiera a Dios que como a bestias las hubieran tratado y estimado, pero como y menos que estiércol de las plazas. Y así han curado de sus vidas y de sus ánimas, y por esto todos los números y cuentos dichos han muerto **sin fe y sin sacramentos**. Y ésta es una muy notoria y averiguada verdad que todos, aunque sean los tiranos y matadores, la saben y la confiesan: que nunca los indios de todas las Indias hicieron mal alguno a cristianos, antes los tuvieron por venidos del cielo, hasta que primero muchas veces hobieron recebido ellos o sus vecinos muchos males, robos, muertes, violencias y vejaciones dellos mesmos.⁴ (Grifei).

Assim sendo, mascarados pelos ideais católicos de cristianização dos povos “selvagens” e a necessidade da expansão da civilização europeia àqueles que não eram por ela privilegiados, nas mãos dos invasores padeceram, em muito, os povos que habitavam a América Pré-Colombiana.

Acredita-se ter sido o próprio Frei Bartolomé de Las Casas (ou Bartolomeu, aos portugueses) o desbravador da luta pelos direitos dos povos indígenas. Intitulado posteriormente como Frei, começou sua jornada na América Latina como *encomendero* e abismado com os verdadeiros objetivos dos espanhóis, que ultrapassavam, em muito, a busca pela conversão da fé cristã e a expansão da civilização, retorna à Espanha canonizado e com um só objetivo: reformar a Lei das Índias para proteção dos direitos dos povos originários americanos.

O direito das índias ou “*derecho indiano*” foi o compilado de leis que vigorou na América descoberta, quando da sua colonização. O instituto em apreço era baseado na “*encomienda*”, “*resguardo*”/“*corregedor de índios*” e na “*mita*” e arbitrava aos povos nativos em larga e desenfreada exploração em seu prejuízo.

⁴ **Tradução própria:** A causa porque mataram e destruíram tantos e tão infinitas e infinitas almas, os cristãos, foi apenas por ter como propósito final o ouro e a multiplicação de riquezas em poucos dias e subir a estados muito altos e sem proporção de seus povos, convém saber: pela insaciável ambição que tiveram, que foi a maior que no mundo pôde ser, por serem essas terras tão felizes e tão ricas, e as pessoas tão humildes, tão pacientes e tão fáceis de sujeitar, as quais eles não tiveram mais respeito e nem delas fizeram mais conta ou estima (eu falo com a verdade, pelo que conheço e vi todo o tempo mencionado) não digo que como animais, porque agradaria a Deus que como os animais os tivessem tratado e estimado, mas foram como ou menos que o esterco das praças. E assim eles curaram suas vidas e suas almas, e por isso todos os números e histórias contados morreram sem fé e sem sacramentos. E este é um fato muito conhecido e verificado que todos, mesmo que sejam os tiranos e assassinos, conhecem e confessam: que os índios de todas as Índias nunca fizeram qualquer mal para os cristãos, antes os tiveram por advindos do céu, até que o primeiro, muitas vezes, eles ou seus vizinhos receberam muitos males, assaltos, mortes, violência e vexações dos mesmos.

Foi assim que horrorizado com as políticas implantadas pelo colonizador espanhol, Las Casas pregava o direito de livramento aos povos pré-colombianos, feridos em seu direito de liberdade em razão da conquista espanhola.

Logo, partindo-se de um princípio de igualdade, segundo Carlos Marés (1992, p. 13), Bartolomé enunciava o primeiro princípio para defender a justiça dos índios. Aquele dizia:

O domínio das coisas que são inferiores ao homem corresponde a todos os homens do mundo, sem exclusão de fiéis e infiéis, segundo a justiça e disposição divinas em geral, e conforme o direito natural e das gentes em particular.

Por conseguinte, por meio do Direito Natural, o Frei rechaçava a ideia de ‘posse’ das terras indígenas, destacando os povos que ali habitavam como livres e iguais entre eles, mas nunca aceitadores da conquista que a eles se impôs.

Abertamente contra os seus ideais libertários, vinha Ginés de Sepúlveda, defendendo a necessidade de evangelização em defesa da conquista dos povos. Para ele os reis cristãos tinham a obrigatoriedade, por meio das escrituras sagradas, de tirar os povos indígenas de seu suposto “estado de idolatria”. Assim sendo, referida obrigação para com os povos nativos dava legitimidade ao direito de conquista, estabelecida por lei.

Apaziguando os ânimos beligerantes, veio Francisco de Vitória – filósofo, teólogo e jurista – considerado ainda, o criador do direito internacional moderno. Vitória propunha um Direito que pudesse atender a diversidade dos povos pré-colombianos, sem a necessidade da retirada da Coroa das terras conquistadas.

Nesse diapasão, no ano de 1542, Carlos V edita as “*Nuevas Leyes*” para tratar das condições dos índios escravizados, após editadas no ano de 1680. E a história segue com um profundo silêncio, no tocante aos direitos das populações indígenas, sendo de um tudo indiferente aos direitos culturais.

Nessa acepção, vem Rodolfo Stavenhagen (1988, p. 17):

La Corona fue desarrollando una política social de protección y tutela a los indios, la cual permitió a las comunidades indígenas mantener cierta autonomía y privilegios a lo largo de la época colonial, pese a encomenderos, terratenientes y autoridades eclesiásticas y reales. Toda esta legislación se concentró en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 con la cual culminó, hasta cierto punto, la actividad legislativa española relativa a los indios de América. Posteriormente, habría pocos cambios esenciales en las

instituciones jurídicas coloniales que normaban las relaciones entre el Estado y los indios.⁵

Parcamente reconhecidos em seus direitos e liberdades, os povos originários se viram protegidos por leis de caráter altamente protecionista e submissivo, veja-se, a *encomienda* – que veio a terminar em 1721, e o pagamento de tributos eram sistemas adotados que visavam a não escravidão, mas culminaram no perecimento destes povos.

Por todo o exposto, sendo mais (como os espanhóis) ou menos (como os portugueses) organizados, da vitória da expansão europeia, que se sobrepujou aos povos originários que habitavam as Américas, reflete-se a atual condição da marginalidade de direitos destes grupos, em constante conflito ora com a sociedade, ora com as próprias políticas governamentais elaboradas pelos Estados americanos.

⁵ **Tradução própria:** A coroa foi desenrolando uma política social de proteção e tutela aos índios, a qual permitiu que as comunidades indígenas mantivessem certa autonomia e privilégios ao longo da época colonial, apesar dos *encomenderos*, detentores de terras e autoridades eclesiásticas e reais. Toda esta legislação se concentrou na Recopilação de Leis das Índias de 1680 a qual culminou, até certo ponto, numa atividade legislativa espanhola relativa aos índios das Américas. Posteriormente, existiram poucas mudanças significativas nas instituições coloniais que normatizavam as relações entre o Estado e os índios.

3 DEFINIÇÕES E ANTECEDENTES

Num primeiro momento é importante trazer à baila o conceito jurídico de 'minorias', bem como as questões polêmicas que os rodeiam, quais sejam o Princípio da Igualdade, o Princípio da Não-Discriminação, dentre outros.

Urge salientar que, tais pontos serão abordados e analisados sob o especial enfoque no que se refere às minorias aqui estudadas: os povos originários e tribais.

3.1 Caracterização dos Povos Indígenas como 'Minoria' e Outras Classificações

A definição dos povos indígenas como minorias trata-se de importante tarefa aos operadores do Direito, ao passo que referido enquadramento os permite compreender não apenas a necessidade de tratamento diferenciado para com estes povos, mas também o próprio reconhecimento desses como sujeitos de direito.

De acordo com Gabi Wucher (2000, p. 45), pautada pela definição de Capotorti, constitui-se uma minoria de quatro elementos, quais sejam: (i) o elemento numérico; (ii) o elemento da não-dominância; (iii) o elemento da cidadania; e por fim o (iv) elemento da solidariedade entre os membros da minoria, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião ou idioma.

Numericamente e dentro do contexto brasileiro, os povos indígenas representam aproximadamente⁶ 0,47% da totalidade da população brasileira – de forma que, denota-se de forma clara, a presença do primeiro elemento acima citado.

Ato contínuo, pode-se dizer que se encontram estes povos em posição de não-dominância, vistas que vulneráveis as ações do Estado e da sociedade em geral, principalmente àquelas que tocam ao tão pretense desenvolvimento econômico.

O terceiro elemento é gerador de controvérsias e acredita-se que seu próprio criador o abandona em determinada fase de seus estudos, assumindo que poderão ainda serem caracterizadas como minorias, aqueles que não sejam cidadãos do Estado em que vivem. No mais, do último elemento, manifesto e incontroverso se faz nas comunidades indígenas seu desejo de preservação cultural.

⁶ Segundo dados do Censo 2010 realizado pelo IBGE. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/>>. Acesso em 24 ago. 2017.

Nos parece, assim, por meio desses estudos, que podem ser classificados os povos indígenas como uma minoria. Além do que, minorias *by will* – da sua tradução literal ‘minorias por vontade’, entendidas como aquelas que são “combativas e autoafirmativas que aspiram à preservação de suas próprias características e rejeitam serem assimiladas pela maioria da população” (WUCHER, 2000, p. 51).

Por conseguinte, partindo-se do entendimento que, o direito dessas minorias tem como base o Princípio da Igualdade, deste extrai-se além do Princípio da Não-discriminação, a também chamada ‘discriminação positiva’. Esta última, vai claramente além dos princípios que a norteiam, tendo em vista que confere proteção especial das quais necessitam as referidas minorias para o alcance da sua autodeterminação, não-discriminação, reconhecimento e expressão livre que, como pressuposto, lhes permite galgar outros direitos fundamentais.

Neste íterim, é o que assume Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 317) quando afirma a exigência do tratamento diferenciado às particularidades. Vejamos.

Os direitos dos povos indígenas constituem naturalmente apenas um aspecto da temática dos direitos das minorias [...] a plena vigência dos direitos dos povos indígenas [...] vai mais além da não-discriminação e da igualdade perante a lei.

Isto posto, Wucher arremata suas ideias, entendendo que por consequência das reivindicações das minorias *by will*, estas medidas especiais de discriminação positiva deverão obrigatoriamente estar presentes como medidas de proteção às minorias, de modo que alcancem a efetiva igualdade de fato almejada, bem como seu Estado seja de fato e eficazmente plural em sua cultura.

E, levando-se em conta a pluralidade como forma de alcançar o pleno Estado Democrático de Direito, se faz necessário abordar o direito das minorias como uma coletividade, entendendo ser esse complementar aos direitos individuais, o qual é caracterizado pelo direito de pertencer à uma determinada comunidade – entendimento que, por sua vez, culmina e se baseia na ‘identidade coletiva’, finalmente abordando como um todo os elementos que caracterizam as minorias, especificamente aquelas que se nomeiam ‘*by will*’. Vejamos.

Entende-se ser a identificação coletiva como “mecanismo de defesa” que cresce na mesma medida que crescem os “sentimentos de ameaça” da homogeneização. Ainda se pode dizer que, referidos vínculos são emocionais, e podem ser na visão da autora subsumidas no conceito de ‘tradição’ (2000, p. 64).

Mancuso (1994, p. 44) define de maneira pontual o que seriam os direitos humanos coletivos, de forma a diferenciá-los dos direitos individuais e dar-lhes natureza própria. Aprendamos.

[...] os direitos humanos coletivos têm como traço fundamental o vínculo jurídico entre as pessoas que compõem o grupo, categoria ou classe social, entre si ou perante a parte oposta. Não se confundem com a soma dos interesses individuais, mas são a expressão de um interesse coletivo com natureza própria, dada pela proximidade entre os membros do grupo social e sua mínima organização.

Alerta Trindade (2003, p. 319) quanto à lentidão dos avanços nesta área, na qual se vislumbra as “incertezas da doutrina quanto à titularidade de direitos por coletividades humanas e sua insistência em que somente os indivíduos são sujeitos de direitos”, mesmo quando existem direitos que “[...] podem ser melhor protegidos através do grupo ou comunidade a que estes pertencem (como os direitos culturais)”.

Para melhor elucidação do assunto, leiamos o artigo 27 do Pacto de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas que adiante segue.

ARTIGO 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, **conjuntamente** com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (Grifo nosso).

Fica, desta maneira, acertada ser esta uma questão primordial o da visão coletiva dos direitos dos povos indígenas, que visam a preservação de sua identidade cultural. Isso porque, referido artigo ao consagrar “direitos inerentes às pessoas que são membros de uma determinada minoria, a ser exercidos *conjuntamente* com os outros membros da minoria em questão” (TRINDADE, 2003, p. 314) lhes é garantido não só a igualdade e não-discriminação, como também o direito de integrar a comunidade indígena, bem como exteriorizar-se indígena, usar seu dialeto, etc. e ainda preservar os direitos sem quaisquer consequências negativas.

Salienta-se que não há de se falar sobre um suposto enfraquecimento da universalidade dos direitos humanos, ao se partir dos particularismos detectados

nas questões indígenas e tribais. Tal característica (da universalidade dos Direitos Humanos) apenas tem a ganhar, vez que são reconhecidos os direitos desses povos angulados pela diversidade cultural. Exemplificamos:

A Declaração Universal se tornou possível e aceita por seres humanos de toda a civilização e culturas de numerosos países do mundo justamente por uma bancada elaboradora farta de diversidade, com membros de países como Bielorrússia, Estados Unidos, Filipinas, França, Panamá e União Soviética. [...] Erigiu-se, com efeito, no respeito a estas distinções e à diversidade do gênero humano, subjacente à proclamação de direitos inerentes à pessoa humana. (TRINDADE, 2003, p. 307).

Assim sendo, tendo caracterizado o presente objeto de estudo como ‘minorias’ e ainda ‘minorias *by will*’, bem como dos pressupostos que se devem partir para plena consideração e respeito para com os povos indígenas e tribais, segue-se este trabalho com outras elucidações relevantes para pleno esclarecimento e desmistificações de tão ignorada temática.

3.2 Outros Conceitos Relevantes

A conceituação levada em conta neste trabalho abrangerá tanto as questões nacionais, quanto as questões internacionais estabelecendo liame entre as possíveis definições, de forma a dirimir as questões que tangem a temática indígena facilitando-nos a sua compreensão e estudo.

Insta salientar, todavia, a importância de não se restringir às conceituações de maneira pura e única – tendo em vista que se abordam aqui processos culturais e conteúdos identificadores dos quais cabem às próprias comunidades o seu pronunciamento, sendo esses os atores principais da difusão e decisão sobre seus interesses.

3.2.1 ‘Índio’

No ordenamento jurídico brasileiro essa definição se encontra na seara administrativa, mais precisamente na Lei 6.001/73 – popularmente e didaticamente conhecida como Estatuto do Índio, muita embora exista recomendação para a utilização de “povos originários” ou “povos que habitavam a América Pré-Colombiana”.

Para o supramencionado diploma, índio é “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional [sic]”.

É certo que o referido documento peca em credibilidade frente à Constituição Cidadã, que o transformou basicamente em lei velha, frente a tantos comportamentos excluídos e até então tomados pelo ordenamento jurídico como um todo. Não havendo sido, contudo, revogada ou editada nos ditames da Carta Maior, entende-se que as disposições não veementemente contrárias a àquela permanecem vigentes.

Assim, não nos parece carregar conteúdo assimilacionista a definição acima transcrita, podendo ser utilizada em complemento com outras definições para os fins deste estudo. Há de se tomar cautela, entretanto, tão somente para com a expressão “sociedade nacional”, que pode perigosamente operar falsa exclusão dos índios da sociedade brasileira, o que é factualmente irreal, visto que são formadores e participantes ativos da sociedade nacional.

O professor e antropólogo, sócio fundador do Instituto Socioambiental – ISA, Eduardo Viveiros de Castro (2005, p. 41) pontua ser o índio “qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal”. O autor ainda completa que “ao antropólogo não somente não cabe decidir o que é uma comunidade indígena [...] como cabe, muito ao contrário, mostrar que esse tipo de problema é indecidível”.

E continua Castro (2005, p. 42):

[...] índio não é uma questão de cocar de pena, urucum e arco e flecha, algo de aparente e evidente nesse sentido estereotipificante, mas sim uma questão de “estado de espírito”. Um modo de ser e não um modo de aparecer. Na verdade, algo mais (ou menos) que um modo de ser: a indianidade designava para nós um certo modo de devir, algo essencialmente invisível, mas nem por isso menos eficaz: um movimento infinitesimal incessante de diferenciação, não um estado massivo de “diferença” anteriorizada e estabilizada, isto é, uma identidade.

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI⁷, utiliza-se de dois definidores para responder à questão relativa à identidade indígena, fundamentada pela

⁷ De acordo com o próprio *site* da organização: “[...] é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004.

São estes critérios: (i) a auto declaração e consciência de sua identidade indígena; e (ii) o reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem.

A instituição ainda salienta:

Identidade e pertencimento étnico não são conceitos estáticos, mas processos dinâmicos de construção individual e social. Dessa forma, não cabe ao Estado reconhecer quem é, não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas.

Com a adoção dos respectivos estandartes, que nos parecem os mais acertados, vem ainda corroborar o entendimento de José Afonso da Silva (2009, p. 855), o qual salienta que “reprodução cultural não destrói a identidade cultural de uma comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage”. E, ainda conseqüentemente denota:

Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio que se sente índio. Essa auto identificação, que se funda no sentido de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora. [...] A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo.

Assim, atribuindo aos próprios protagonistas e detentores dos direitos em pauta o poder de auto identificação, tendo em vista não somente as peculiaridades que tangem os usos e costumes indígenas (costumes vastos e diversos entre estes povos), mas também as mudanças advindas da “civilização” que os permeiam, o autor denota que não cabe a população não-indígena os limites do que caracteriza e o que não caracteriza o índio, mas sim o sentimento de pertencimento do próprio indivíduo ou coletividade carecedora de direitos.

Por derradeiro, adotará a chamada auto identificação a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, recentemente aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, em seu artigo segundo:

2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.⁸

Assumindo-se assim, no contexto latino-americano, verdadeira pluralidade e necessidade de um tratamento singular à cada uma das comunidades em separado, a ser aplicado por meio do primordial respeito dos Estados para com estes povos.

Isso porque, importante se atentar e esclarecer, que as culturas entre os próprios denominados de maneira geral ‘povos indígenas’, são diferentes – sendo diferentes também os seus costumes e tradições, bem como a língua em que se comunicam.

Diante disso, há necessidade de um tratamento diferenciados dentro do Princípio da Igualdade que deve levar em conta o *modus vivendi* de cada um desses grupos, inclusive e especialmente no que permeia a determinação de sua identidade étnica.

3.2.2 ‘Comunidade indígena’ e ‘grupo indígena’

Como já abordado, dentro da temática escolhida, em que pese neste recorte, algumas definições são de suma importância, a fim de que se possa fazer uma abordagem acadêmica melhor compreensível do estudo.

Esses conceitos, no que se refere aos povos originários ou indígenas, também são dados pelo Estatuto do Índio, sendo comunidade indígena “um conjunto de famílias (indígenas)” e grupo indígena uma “associação de comunidades indígenas”.

Todavia, para serem entendidas de forma completa, nos atenhamos à conceituação de Viveiros (2005, p. 41) e seus parâmetros a seguir estabelecidos.

1. As relações de parentesco ou vizinhança constitutivas da comunidade incluem as relações de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco ritual ou

⁸ **Tradução própria:** A autoidentificação como povos indígenas será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente declaração. Os Estados respeitarão o direito à dita autoidentificação como indígena na forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo indígena.

religioso, e, mais geralmente, definem-se nos termos da concepção dos vínculos interpessoais fundamentais própria da comunidade em questão.

2. Os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas, a saber: **(a)** A continuidade da presente implantação territorial da comunidade em relação à situação existente no período pré-colombiano. Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas; **(b)** A orientação positiva e ativa do grupo face a discursos e práticas comunitários derivados do fundo cultural ameríndio, e concebidos como patrimônio relevante do grupo. Em vista dos processos de destruição, redução e oclusão cultural associados à situação evocada no item anterior, tais discursos e práticas não são necessariamente aqueles específicos da área cultural (no sentido histórico-etnológico) onde se acha hoje a comunidade. **(c)** A decisão, seja ela manifesta ou simplesmente presumida, da comunidade de se constituir como entidade socialmente diferenciada dentro da comunhão nacional, com autonomia para estatuir e deliberar sobre sua composição (modos de recrutamento e critérios de inclusão de seus membros) e negócios internos (governança comunitária, formas de ocupação do território, regime de intercâmbio com a sociedade envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material.

Para o autor, a comunidade indígena “é toda comunidade fundada nas relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas”.

O termo se faz de suma importância, de modo que adiante neste trabalho será discutida a possibilidade do reconhecimento de direitos de natureza coletiva, inerentes aos povos originários e tribais.

Tais direitos, sem o reconhecimento da comunidade como coletividade detentora de direitos, maculam o seu exercício, que, por sua vez precede e protege de maneira categórica os direitos individuais indígenas.

3.2.3 ‘Populações indígenas’

Referido conceito ainda não recebeu amparo no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, Kayser (2010, p. 38) deduz que referido conceito pode ser definido como “um índio isolado ou uma quantidade maior de indígenas” do contexto sistemático das normas brasileiras.

Cabe especial comentário neste tópico, a abordagem de alguns dados numéricos⁹ das populações indígenas, em análise estrita do termo. No que tange ao

⁹ Para maiores informações, vide anexos.

Brasil, o Censo IBGE 2010 revelou 896.917 (oitocentos e noventa e seis mil novecentas e dezessete) pessoas que se declaram ‘indígenas’.

Já no âmbito da América Latina, segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), estima-se uma população indígena de 45 (quarenta e cinco) milhões pessoas, espalhados em 826 (oitocentas e vinte e seis) povos, cuja maior diversidade se encontra no Brasil.

O instituto ainda salientou, por meio de uma análise de dados realizada em seu seio e do Centro Latino-Americano e Caribenho de Demografia (CELADE), a atual situação alarmante do Estado brasileiro, em que seus povos se encontram em veemente risco de desaparecimento físico ou cultural: “constatou-se que 70 povos indígenas (representando 23% dos povos indígenas do país) se encontram em situação de extrema fragilidade, com uma população inferior a 100 habitantes” (2015, p. 43), decrepitude que não pode ser tolerada pelo Estado brasileiro.

Importante salientar que, o aferimento das populações indígenas na América tem influência direta na afirmação dos direitos dos povos originários e tribais, à medida que livres para autodeterminar-se, se veem em melhor posição para a busca e defesa de seus interesses.

3.2.4 ‘Povos indígenas’

Temos aqui, mais uma vez, termo que não é utilizado pelo coletivo de normas brasileiras – conquanto, significativamente adotado pelos instrumentos internacionais que visam a proteção das minorias à baila. Dentre eles: a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (1995), há pouco aprovado pela OEA.

Acredita-se ser o termo em tela um dos mais progressivos a ser adotado, frisa-se, porém, que a despeito da utilização do termo ter sido afrontado pela definição de ‘povo’ que Direito Internacional Público lhe apregoa, qual seja, aquele que constitui um Estado autônomo, a própria OIT esclarece que tal terminologia não deverá ser utilizada neste sentido.

Kayser (2010, p. 41) destaca que especialistas das Nações Unidas entendem ser características de um povo, para lá da necessidade de auto identificação: (i) um grupo com um certo número de pessoas, que não represente apenas um conjunto de pessoas isoladas; (ii) disposição, desde que possível, de

meios para a expressão de vontade e/ou o cultivo de sua identidade; e por fim (iii) presente, pelo menos, algumas características como tradição histórica comum, identidade de raça [*sic*] ou etnia, homogeneidade cultural, unidade linguística, afinidade religiosa ou ideológica, referência territorial e vida econômica comum.

No mais, Anaya (2005, p. 247-248) ressalta que, ainda que não se possa generalizar tendo em conta a grande diversidade dos povos ao redor do planeta, raros são os desejos das comunidades indígenas em tornar-se uma estatalidade independente. Vejamos.

Por lo general, los pueblos indígenas no aspiran a la estatalidad independiente ni la integración absoluta, sino que la mayoría aspira a fórmulas intermedias a medio camino entre estas opciones. La efectividad de la autodeterminación para los pueblos indígenas – incluido el goce efectivo de la no discriminación, la integridad cultural, los derechos a la tierra, el desarrollo y bienestar social y el autogobierno – depende del contexto específico, dada la gran diversidad de circunstancias de los pueblos indígenas a lo largo y ancho del planeta.¹⁰

Não obstante, embora não tenha restado definição em nenhum destes documentos sobre o que seriam ‘povos indígenas’, vejamos o entendimento doutrinário de Valerio Mazzuoli (2014, p. 191), para melhor complementação de nossas ideias.

São povos indígenas os vários grupos étnicos que habitam um determinado território desde tempos imemoriais, ali se encontrando milênios antes das invasões ou colonizações, e que continuaram a se desenvolver da maneira tradicionalmente por eles conhecida, com suas manifestações culturais e hábitos, mantendo-se distintos dos outros setores da sociedade que atualmente vive em tal território.

Imperioso ressaltar, porém, diante da exposição acima já realizada, que tanto este conceito, como todos os demais conceitos doutrinários, somente poderá ser utilizado desde que observados os critérios de auto identificação e pertencimento, consagrados pela Convenção nº. 169 da OIT em seu artigo segundo – vez que, a classificação de ‘povo indígena’ tão somente a eles pertence e neles se entende.

¹⁰ **Tradução própria:** Em geral, os povos indígenas não aspiram estatalidade independente e nem integração absoluta, mas sim formas intermediárias, em sua maioria, no meio do caminho dessas duas opções. A efetividade da autodeterminação para os povos indígenas – incluso o gozo efetivo da não discriminação, a integridade cultural, os direitos à terra, o desenvolvimento e bem-estar social e o autogoverno – depende do contexto específico, dada a grande diversidade de circunstâncias dos povos indígenas no grande e largo planeta Terra.

Cabe também realizar breve diferenciação entre o termo ‘povos indígenas’ e ‘povos tradicionais’, tratando-se este último de gênero, dos quais os povos indígenas são parte como espécie. Neste ínterim, Shiraishi (2007, p. 46):

O Decreto que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, deu o mesmo tratamento a essa discussão, não definindo *a priori* os povos e comunidades tradicionais no Brasil, o que possibilita uma maior inclusão dos grupos sociais. Para o Decreto: 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.

Fica, desta maneira, evidenciado que se tratam os chamados povos indígenas tão somente de um dos grupos inseridos como tradicionais, à luz das políticas públicas brasileiras.

Por fim, importante destacar que no seio do Sistema Interamericano são utilizados em maior medida as terminologias ‘povos originários’, ‘povos que habitavam a América Pré-Colombiana’ e ‘povos tribais’ – entendidos por seus mecanismos os mais adequados e despidos de discriminação.

3.2.5 ‘Terra e Posse Indígena’

A Constituição Federal define como ‘terra indígena’ aquela na qual os índios a ocupem tradicionalmente e por isso se encontram em sua ‘posse tradicional’, que são necessárias para seu modo de vida e a preservação da cultura e das tradições.

O Direito brasileiro ainda outorga à União a propriedade destas terras, como forma de maior salvaguarda dos direitos indígenas, cabendo ao Estado brasileiro apenas demarcá-las. Importante ressaltar que se estabeleceu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, um prazo de cinco anos¹¹ para a demarcação destas terras, mas que até então padece em seu descumprimento.

À época, denotam Carmen Junqueira e Eunice Paiva (1988, p. 213):

¹¹ *In verbis*: “Art. 67. ADCT. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

El 60% de las 316 áreas indígenas que la FUNAI ha declarado como existentes no están demarcadas, lo que significa que están expuestas a invasiones y a la progresiva reducción del espacio que es susceptible de utilizarse sin riesgo de tener conflictos inmediatos. Aun las mismas áreas demarcadas por el antiguo SPI y la FUNAI presentan problemas de invasión y discordias entre los grupos indígenas en cuanto a sus límites casi en su totalidad.¹²

Atualmente, segundo dados da Funai, existem 462 (quatrocentas e sessenta e duas) terras indígenas regularizadas, que representam cerca de 12,2% do território nacional. Ainda, segundo o último censo do IBGE, 57,7% das pessoas que se declaram 'índigenas' vivem dentro de terras oficialmente reconhecidas pelo Estado Brasileiro.

Atenta Hartmut-Emanuel Kayser (2010, p. 42) que para sua verificação deverão ser levados em conta os usos e costumes indígenas, além do que não poderá ser confundido referido conceito com as terras adquiridas pelos indígenas por meio das legislações civis ou administrativas, bem como àquelas oferecidas pelo Estado como forma de dirimir conflitos que resultem da perda da terra tradicionalmente ocupada.

Ainda sobre a posse indígena, urge salientar que essa é terminantemente diferente do conceito de posse oriundo do Direito Civilista, de forma que trata sim do modo tradicional dos índios de possuir e utilizar suas terras. É conceito que fica claro para o autor João Mendes Júnior, ao explicar o chamado 'indigenato', que será mais adiante abordado.

Por fim, sublinha-se o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, consubstanciado no relatório "Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales" do ano de 2010.

40. La CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de "un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso", por considerar que "esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general". La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o

¹² **Tradução própria:** O 60% das 316 áreas indígenas que a FUNAI declarou como existentes não estão demarcadas, o que significa que estão expostas a invasões e a progressiva redução do espaço que é suscetível de utilização sem risco de conflitos imediatos. Ainda, as mesmas áreas demarcadas pelo antigo SPI e a FUNAI apresentam problemas de invasão e discórdia entre os grupos indígenas enquanto seus limites, em quase toda a sua totalidade.

comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”. En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo.¹³

Desta visão, traz-se à tona o consenso latino-americano da eminência das terras indígena para seus povos. Referidas terras, que não se tratam de mero espaço dedicado à sobrevivência física, mas também cultural, intrinsecamente ligado ao pleno desenvolvimento das comunidades e indivíduos indígenas.

3.2.6 ‘Culturas indígenas’

Preliminarmente, se faz importante trazer à baila possíveis definições do termo ‘cultura’, para que, adiante seja sobressaltada a importância do exercício da tolerância e estudos direcionados à cada eventual litígio/questão indígena de maneira especial, tendo em vista que, as culturas indígenas não pertencem a uma totalidade homogênea – ou seja, não possuem uma só religião, um sistema de sociedade, etc.

Para Boaventura (2003, p. 26-27) existem dois conceitos de cultura, de modo que “pode[rá] fazer referência aos campos de saber ocidentais ou integrar uma pluralidade de culturas que juntas constituem uma sociedade”. No mais, o autor ainda acrescenta que uma sociedade pode “ser ou ter cultura”.

As culturas englobarão, desta maneira, desde o modo peculiar de vida de cada povo ou comunidade indígena até os meios que externam sua arte, sua

¹³ **Tradução própria:** A CIDH tem valorado positivamente a incorporação legislativa de “um conceito amplo de terra e territórios indígenas, incluindo dentro desta última categoria, não somente os espaços ocupados fisicamente, mas também aqueles que são utilizados para suas atividades culturais ou de subsistência, tais como as vias de acesso”, por considerar que “esta visão é de acordo com a realidade cultural dos povos indígenas e sua relação especial com a terra e o território, assim como os recursos naturais e o meio ambiente em geral”. A ocupação de um território por parte de um povo ou comunidade indígena não se restringe ao núcleo de suas casas de habitação; “pelo contrário, o território inclui uma área física formada por um núcleo de casas, recursos naturais, cultivos, plantações e seu entorno, ligados o quanto possível com a sua tradição cultural”. Nesta mesma medida, a relação entre os povos indígenas e seus territórios não se limita às aldeias ou assentamentos específicos; o uso e ocupação territorial pelos povos indígenas e tribais “vai mais além do estabelecimento de aldeias específicas e inclui terras que se utilizam para a agricultura, a caça, a pesca, a coleta, o transporte, a cultura e outros fins”. Os direitos dos povos indígenas e tribais abarcam o território como um todo.

medicina, sua religião, sua organização interna, suas normas, dentre outros. Preceitos que serão, por vezes, exclusivos de uma comunidade ou outra.

É preciso que se estabeleça, diante na numerosa diversidade cultural existente – isso entre os próprios que se definem como índio – que foi impossível, até então partir do Estado brasileiro a definição do que é a cultura indígena.

Isso porque, os usos e costumes que são reconhecidos pela legislação Constitucional não são únicos, mas sim plurais e (basicamente) infinitos.

Pierre Clastres (1982, p. 65-66), durante suas visitas ao Brasil e outros países da América, como antropólogo e pesquisador, já denotava a impossibilidade de aferir, de maneira precisa, os usos e costumes dos diferentes povos. Vejamos.

[...] haverá tantas configurações culturais e, conseqüentemente, sistemas de crenças, quanto línguas. A cada etnia corresponderá em conjunto particular de crenças, ritos e mitos. [...] Não se pode evidentemente adotar a solução ilusória de um “dicionário” que englobaria a interminável lista das tribos conhecidas e a abundante variedade de suas crenças e práticas.

Importante se faz, desta maneira, ao tratar dos interesses destas populações, estudos específicos para a delimitação correta da aplicação legislativa, jurídica ou qualquer outro mecanismo de solução de controvérsias, analisando-se com afinco a comunidade caso a caso estudada, sob pena de denegação justiça e discriminação de direitos.

Neste ponto, superadas as questões conceituais, que mais uma vez, frisa-se que não podem ser concebidas de maneira contundente e isoladas, mas sim ser interpretadas à luz dos usos e costumes de cada comunidade em separado e sempre oportunizando a participação ativa das lideranças e organizações indígenas, passamos ao estudo das normas domésticas dedicadas aos povos indígenas.

4 NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A política indigenista brasileira, nome que inicialmente já parte de entendimento protetivo e tutelar, proveu no transcurso dos tempos tratamento não adequado aos povos originários e tribais, que violava os direitos fundamentais e a dignidade destes povos.

O Código Civil de 1916 equiparou os “silvícolas” (lê-se aquele que habita entre as selvas), em suas palavras, aos relativamente incapazes – dentre eles os pródigos, dilapidadores de seus próprios patrimônios e as pessoas entre 16 e 21 consideradas possuidoras de intelecto desenvolvido de forma ainda incompleta.

O Estatuto do Índio, sancionado durante o governo ditatorial do presidente-general Emílio Garrastazu Médici, também sequaz da terminologia “silvícola”, trouxe disposições veementemente etnocêntricas de forma a entender os povos indígenas como um período de transição a ser protegido tão somente até a sua completa civilização.

Dessa maneira, impôs-se aos indígenas uma tutela, realizada num primeiro momento pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI) até sua extinção e simultânea criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por meio da Lei 5.371/67. Embora objetivasse defesa dos interesses indígenas nas diversas esferas da sociedade brasileira, acabou-se por tornar mecanismo de controle estatal para satisfação dos interesses econômicos do Estado brasileiro.

Stavenhagen (1988, p. 226) enfatiza o controle que se impôs por meio da tutela conferida aos povos indígenas, verdadeira proibição da livre manifestação das lideranças e demais organizações.

Em suas palavras:

Con esta innovación se excluía la eficacia jurídica en cuanto a la manifestación de la voluntad de los indios por que el Estado pasaría a representarlos en vez de darles asistencia. Todo indica que el espíritu que reguló la inclusión de los indígenas en la categoría especial de brasileños pretendía asegurar el amparo especial a la comunidad, a la tierra y a la salud. Siguiendo el mismo pensamiento del Mariscal Rondon, fundador del SPI, era explícito que el indio debería ser objeto de concesión de todos los derechos aún cuando no cubriera todos los deberes. Pero con el transcurso del tiempo la tutela se utilizó para restringir sus derechos. La protección que estaba dirigida a resguardar a las comunidades del asalto del blanco, se transformó

en un mecanismo de control y sujeción, y en una prohibición a la libre manifestación de la voluntad de los tutelados¹⁴.

Desta feita, até a Constituição de 1988, também chamada de constituição cidadã, a política indigenista brasileira tinha como principal foco a “incorporação” da população indígena para que integrasse a “comunhão nacional” – visão errônea esta, que esteve presente nos textos constitucionais até o então atual diploma (inclusive em constituições anteriores, como a Constituição de 1934, 1937, 1946 e 1967).

Das normas trazidas à baila pelo ordenamento jurídico brasileiro, vem a romper o paradigma integracionista a Constituição Federal de 1988. Esta é atualmente a maior delas – com um total de onze normas acerca da temática indígena, dispostas em capítulo próprio pela primeira vez na história de todas as cartas constitucionais até então existentes.

Ana Valéria Araújo (2008, p. 223) destaca¹⁵:

A Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações no tratamento da questão indígena, incorporando a mais moderna concepção de igualdade e indicando novos parâmetros para a relação do Estado e da sociedade brasileira para com os índios. [...] espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil nos dias de hoje. Os Constituintes de 1988 não só consagraram, pela primeira vez em nossa história, um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, como afastaram definitivamente a perspectiva assimilacionista [...].

¹⁴ **Tradução própria:** Com esta inovação se excluía a eficácia jurídica em quanto a manifestação da vontade dos índios porque o Estado passaria a representá-los ao invés de lhes dar assistência. Tudo indica que o espírito que regulou a inclusão dos indígenas na categoria especial de brasileiros pretendia assegurar o amparo especial da comunidade à terra e a à saúde. Seguindo o mesmo pensamento de Marechal Rondon, fundador do SPI, era explícito que o índio deveria ser objeto de concessão de todos os direitos ainda quando não lhes coubera todos os deveres. Mas, com o transcurso do tempo a tutela se utilizou para restringir seus direitos. A proteção que estava dirigida a resguardar as comunidades do assalto branco, se transformou em um mecanismo de controle e sujeição e em uma proibição a livre manifestação de vontade dos tutelados.

¹⁵ A autora enumera entre os direitos permanentes e coletivos reconhecidos pela Carta Maior: direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estas consideradas inalienáveis e indisponíveis; a obrigação do Estado em demarcar as terras indígenas, ensejando proteção a todos os bens nelas existentes; direito à posse permanente sobre essas terras; proibição de remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo o direito de retorno tão logo cesse o risco; usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes; uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem; a proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro; e por fim o reconhecimento da capacidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para a defesa dos seus próprios direitos e interesses, atribuindo ao Ministério Público o dever de garantir e intervir em todos os processos judiciais no que tangem referidos direitos, bem como a competência da Justiça Federal para dirimir as eventuais disputas sobre direitos indígenas.

As leis civis e administrativas até então adotadas passam a ter pouca força, se não nenhuma, em face dos reconhecimentos históricos que operou a Carta Maior brasileira. Tamanho o seu marco, que foi ainda a primeira das constituições Latino-americanas a tratar o índio como tal, permitindo-lhe a escolha de passar a ser índio e garantindo-lhe o direito de continuar a sê-lo.

A política indigenista brasileira sempre tangida por critérios assimilacionistas são aqui abandonadas, dando lugar a um índio coletivamente entendido – como tanto se buscou no âmbito internacional, e abordou-se polemicamente como uma afronta colocando a coletividade e não somente a individualidade do índio como sujeito de direitos.

Desta feita, afastando-se das políticas de incorporação e integração dos povos indígenas outrora vistos como grupos provisoriamente não-evoluídos, dispôs o caput do artigo 231 e seguintes, em capítulo próprio, da Carta Magna do Brasil:

CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...].

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Nos próximos tópicos, este capítulo é minuciado, pautado pelas premissas constitucionais da autodeterminação, expressão livre e genuína, não seletividade, não-discriminação, igualdade e outras tantas disposições que entendem o índio como grupo diferenciado a ser respeitado e não simplesmente engolido pela “comunhão nacional”.

Urge salientar, que apesar de significativamente avançada, a Constituição Brasileira ainda traz falhas que poderiam ser reestruturadas por um novo documento nacional que regesse os direitos no que tangem os povos e comunidades indígenas – ocorre que, é desde 1994 que corre no Congresso Brasileiro sem qualquer tipo de votação um novo Estatuto dos Povos Indígenas. Inerte, a demonstrar a falta de interesse na promoção e efetivação dos direitos dos povos.

4.1 Direito à Diversidade: Os Usos e Costumes

A partir da posição de autodeterminação que se encontram os povos indígenas, estes, ao afirmarem-se distintos, além de continuar a preservar seu direito à igualdade, fazem *jus* a medidas diferenciadas que ensejam seu completo acesso a direitos e garantias fundamentais.

Assim, ante a insuficiência de um tratamento comum e generalizado eventualmente oferecido aos povos e comunidades originárias e tribais, frente às peculiaridades destas minorias étnicas, Flávia Piovesan (2008, p. 30) substancia o direito à diferença, como direito fundamental. Ponderemos.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar do indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Sob essa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Nesse cenário [...] categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença.

Compreende-se que o direito à diversidade engloba dois direitos diferentes, conforme o delinear de Marés (2003, p. 27), “um que pertence a toda humanidade e outro que pertence a cada povo”. Vejamos.

O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas. Este direito se revela como uma obrigação, porque obriga cada povo e cada Estado ao respeito pelo outro, ganhando instâncias internacionais, mas também presente nas constituições nacionais, cada vez com mais explicitude, como as constituições latino-americanas. Este é um direito à alteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade, não só porque as culturas dependem do ambiente, mas em razão dos conhecimentos tradicionais, inerentes à diversidade social. Entretanto, há um outro direito, também coletivo, que é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado, e tem o dever de promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis.

A Constituição Federal de 1988 ao operar pelo reconhecimento da organização social indígena, assume ordem desconhecida, “fora do alcance da lei e

de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada” (SOUZA, 2013, p. 18) por ela própria. Referido avanço, trata-se de matéria essencial no tratamento dos direitos indígenas, vez que o direito de ser diferente precede todos os demais direitos, de maneira que os demais são interpretados à luz deste.

Primeiramente, urge salientar que não há como estabelecer axiomas comuns aos chamados ‘povos indígenas’: estes são centenas, de forma que, cada qual manterá sua organização social e deverá ser reconhecido assentado nesta. Concebe-se dessa maneira que, as normas de convívio, sistema punitivo, hierarquia e divisões, formas de constituir família, dentre outros, serão muitas vezes diferenciadas de acordo com as raízes preservadas por estes grupos.

Transcrevendo Marés, “a tentativa de enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito estatal equivale a tentar guardar um grande e colorido balão dentro de uma estreita gaveta”. Leiamos sua metáfora completa:

Claro que é possível, retirando, por exemplo, todo o ar do balão, o que desvirtuaria sua forma esférica e desnaturaria as cores que o embelezam, deixaria de ser balão, deixaria de ser Direito Indígena. Por outro lado, poder-se-ia deixar de fechar a gaveta, mantendo o balão vivo e colorido, mas então, com a gaveta sempre aberta, desfigurado ficaria o sistema, com a funcionalidade de suas partes comprometida. Assim, é impossível enquadrar dentro de um sistema de gavetas, um sistema de coloridos e flutuantes balões inflados, mas é possível que ambos subsistam em mútuo respeito e admiração. (SOUZA, 1998, p. 76).

Procedendo-se desta assertiva, há de se falar do direito de autodeterminação, no sentido de manter um grupo socialmente organizado e diferente, ainda que submisso à proteção estatal. Reconhecimento como povo diferenciado que vem, garantido em sua igualdade, em outros termos, pelo famigerado lema indígena equatoriano: “*puedo ser lo que eres, sin dejar de ser lo que soy*¹⁶”.

Diante o exposto, é cediço que não cabe ao Estado e muito menos a população civilizada estabelecer os ditames acerca da identidade indígena, cabendo o reconhecimento a cada indivíduo em sua consciência de pertencimento.

Ocorre que, não comum e de forma mistificada, o conhecimento popular encontra-se arraigado a ideias em que aquele que se declara indígena não pode ter

¹⁶ **Tradução própria:** Posso ser quem você é, sem deixar de ser o que sou.

comportamentos civilizados (usar de tecnologia, morar na cidade, usar roupas, ser praticante de religiões ocidentais, dentre outros), quando na verdade tem, tanto quanto o cidadão comum, o livre direito de escolha dos comportamentos que deseja seguir, sejam eles civilizados ou etnicamente ligados à sua origem. Isso porque é indivíduo carecedor do direito à diversidade, sem, contudo, a imposição arbitrária de restar-lhe oprimido o direito à igualdade. É porque somos todos iguais perante a lei, que aos indígenas lhes é reservado o direito de ser diferente.

João Pacheco de Oliveira (1995, p. 78) explica como essas duas concepções distintas repercutem na noção que se tem de “índio”:

Na primeira acepção, ‘índio’ constitui um indicativo de um estado cultural, claramente manifestado pelos termos que em diferentes contextos o podem vir a substituir - ‘silvícola’, ‘íncola’, ‘aborígine’, ‘selvagem’, ‘primitivo’, entre outros. Todos carregados com um claro denotativo de morador das matas, de vinculação com a natureza, de ausência dos benefícios da civilização. A imagem típica, expressa por pintores, ilustradores, artistas plásticos, desenhos infantis e chargistas, é sempre de um indivíduo nu, que apenas lê no grande livro da natureza, que se desloca livremente pela floresta e que apenas carrega consigo (ou exibe em seu corpo) marcas de uma cultura exótica e rudimentar, que remete à origem da história da humanidade.

Sobre a concepção antropológica, o mesmo autor afirma que:

[...] o que conta efetivamente ‘é que uma dada coletividade se auto-identifique como indígena, sendo índios todos os indivíduos que são por ela reconhecidos enquanto membros desse grupo étnico’ [...]. Para essa conceituação, que se reflete no plano jurídico-administrativo, não tem importância alguma saber se tal população apresenta características ‘primitivas’, se mantém os traços físicos ou a carga genética de populações pré-colombianas, ou ainda se preserva os elementos de sua cultura original. Não se trata portanto de resgatar um uso ‘adequado’ (no sentido do dicionário) da palavra ‘índio’, mas exclusivamente de verificar a aplicação de um ‘status jurídico’. O qual, por sua vez, não se articula com critérios biológicos nem com a persistência de padrões culturais, mas tão somente com a continuidade de uma auto-definição coletiva.

Não cabe mais ao governo, desde a Constituição Federal de 1988 impor aos povos tradicionais indígenas a busca pelo modelo civilizado, devendo este implantar políticas públicas cada vez mais no sentido da busca ao direito de diversidade. Portanto, todos aqueles que se autodeclaram indígenas são protegidos pela Constituição, assim como às comunidades que estes pertencem, bem como todos os outros dispositivos legais pertencentes no ordenamento jurídico, sem qualquer distinção entre eles.

Referido reconhecimento implica num desenvolvimento de vida digna, não tão somente física, conforme explica Deborah Duprat de Brito Pereira (2003, p. 91):

A concepção da Constituição de 1988 altera o próprio conceito de vida, porque não importa mais para nós apenas uma vida 'biológica', importa uma vida 'significativa', em que estejamos no seio daquilo em que nos reconhecemos, aquilo que nos torna membros de alguma coisa, participantes de alguma coisa.

Torna-se demasiado complicado a criação de leis que se aplicam a toda população, distanciando-se da realidade de cada comunidade indígena, motivo pelo qual se faz importante que não somente seja valorizada quando convém, mas que seja sempre, sem exceções, respeitada.

4.2 Direito à Cultura

Ao abordar os direitos à cultura, fala-se em duas dimensões deste direito: uma interna, na qual deverá o Estado tomar medidas protetivas e emponderadoras das culturas indígenas, tendo como fim principal a sua preservação de acordo com seus interesses; e outra externa, na qual as medidas protetivas tomam forma a transpor o multiculturalismo à coletividade externa aqueles que não são indígenas – a sociedade brasileira como um todo (direito à sociodiversidade), expresso nos artigos 215 e 216 da CF/88.

Nesta seara, ainda, são garantidos aos povos indígenas: a educação em nível de ensino fundamental de caráter bilíngue e intercultural (art. 210, §2º), tratando-se estes seus direitos fundamentais, de forma que ainda parte de sua cidadania, que os permite ser e continuar sendo quem são – predispondo, ainda, “que o dispositivo constitucional reconhece cada uma dessas sociedades e o direito subjetivo coletivo de cada grupo de reivindicá-la” (SOUZA, 2013, p. 18).

As definições de cultura, em sua maioria, derivam da visão ocidental, fato que por muitas vezes culmina na ignorância da sociedade para com as culturas dos povos tribais. O ordenamento jurídico não operou de forma diferente, de forma que consubstanciou normas que não reconheceram de maneira integral a diversidade cultural dos povos.

Isso porque condicionaram, e ainda por vezes o condicionam, o controle de decisões substanciais a determinadas instituições públicas, sem oportunizar a

participação dos indivíduos e coletividades indígenas – os protagonistas desses direitos, ou porque não igualam o status das culturas diferenciadas ao da cultura ocidental.

Jane Beltrão e Assis Oliveira (2010, p. 738) vem a corroborar:

[...] subsistindo outorga de direitos para manutenção das culturas diferenciadas, mas não para confrontar a hegemonia cultural do nacional nos diferentes espaços sociais; e, ainda, pelo emprego de conceitos jurídicos [...], cuja definição dos sentidos reclama tradução intercultural, pois as disputas de significação implicam na delimitação da amplitude do direito à diferença. É uma espécie de plural subtraído!

Ainda sobre isso, Manuel Moreira (2008, p. 480) evidencia a magnitude da cultura entendendo-a como “categoria operativa dentro del derecho”¹⁷ que deverá, dessa forma “restablecer el marco que defina la fluidez legal necesaria para garantizar los derechos de los grupos minoritários, los pueblos originários y toda forma de alteridad rescatada a um plano de igualdad”¹⁸.

Tão essencial pois, ser igual à sociedade ocidental descaracterizaria os povos que desejam manter suas culturas, afetando-lhes diretamente em seu ser. É o que entende Boaventura (2003, p. 56), ao dizer:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades.

Em harmonia, acerca da temática, Cançado Trindade (2003, p. 305) revela a importância da diversidade cultural sobre a falácia disfarçada da existência de uma única cultura, afirmando que “nenhuma cultura há de se arrogar em detentora da verdade final e absoluta, sendo certo que o melhor conhecimento da diversidade cultural pode fomentar essa constatação”.

Além do que, conforme já aventado, não há de se alegar que a diversidade cultural corrobora ao chamado relativismo cultural ou obstáculo à universalidade dos direitos humanos. Nas palavras de Trindade (2003, p. 305):

¹⁷ **Tradução própria:** categoria operativa dentro do direito.

¹⁸ **Tradução própria:** restabelecer o marco que define a fluidez legal necessária para garantir os direitos dos grupos minoritários, os povos originários e toda forma de alteridade resgatada a um plano de igualdade.

Assim como todo ser humano busca a realização de suas aspirações, busca a sua verdade, cada cultura é uma expressão – em sua projeção histórica – de tais aspirações humanas, é uma via de comunicação de cada ser humano com o mundo exterior. Assim nenhuma cultura é detentora da verdade última, razão pela qual devem respeitar-se mutuamente, dado que todas ajudam os seres humanos na compreensão do mundo que os circunda e na busca de sua autorealização. As culturas vistas deste prisma, ao invés de ameaçar ou impedir, antes contribuem à universalidade dos direitos humanos. Na verdade, há que se manter aberto às distintas manifestações culturais, ao mesmo tempo em que cabe envidar esforços para que as distintas culturas se mantenham abertas aos valores básicos subjacentes aos direitos humanos universais.

Dessa forma, a ideia de “um espaço homogêneo do território” ou “um tempo homogêneo da história nacional”, bem como “uma cultura homogênea em toda a população” é uma visão romântica e colonizadora de nação. Tempo, espaço e cultura são, justamente, os existenciais revolucionados pela modernidade e por sua técnica, e essa percepção homogênea de espaço e cultura, bem como a ideia linear de tempo, dificultam o reconhecimento e o respeito da diversidade.

Nesse sentido, o art. 210, §2º, fixa que dentre os conteúdos mínimos do ensino fundamental, será oportunizado às comunidades indígenas lecionar seus alunos em “suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”.

Ato contínuo, são protegidas as manifestações das culturas indígenas o art. 215, §1º da CF/88 e reconhecidos os costumes e línguas o art. 231, caput do mesmo diploma. Não obstante, urge ressaltar que referidas manifestações, vão além de festas em si, encontra-se a religião (direito à crença), o uso dos conhecimentos tradicionais e sua própria cosmovisão de mundo.

Embora a Constituição chame de crença, o que está protegido juridicamente é a religião de cada povo indígena, em toda a sua complexidade e ritualística. O direito ao exercício da religião própria algumas vezes pode se chocar com a cultura dominante e até mesmo com a norma jurídica estatal. Em casos que assim ocorra, é imperioso entender este preceito constitucional como um elogio à liberdade religiosa e, portanto, inibidora de qualquer sancionamento legal à conduta tradicional. Fazem parte destes direitos a preservação e o uso da cultura, inclusive dos chamados conhecimentos tradicionais e os inerentes a autogestão de seus territórios. Por conhecimentos tradicionais se entende o conjunto dos saberes de cada povo obtidos pela acumulação própria ou alheia e utilizado no dia a dia das pessoas. (SOUZA, 2013, p. 19).

Assim surge o direito à diferença cultural ou autonomia cultural, de forma que as culturas dos povos indígenas e tribais como completas e funcionais (ao contrário do pensamento retrógrado e desprovido de olhar científico – antropologia,

etc.) além da desvinculação/superação, a partir da década de 1980, do entendimento que existem escalas de inteligência e valores morais aqui envolvidos.

De certa forma, foram direitos reconhecidos, pois desprovidos de real significado econômico. Ocorre que, postergada por muito tempo, tendo como ‘desculpa’ não ser deveras relevante, por vezes, é pressuposto/subjacente para que sejam exercidos outros direitos.

Os direitos culturais dos povos indígenas vêm para rematar e integralizar o reconhecimento da organização social, que se manifesta no direito à diversidade exposto no tópico retro.

Dentre os céleres avanços práticos, inclui-se neste meio o Registro de Bens Culturais da Natureza Imaterial¹⁹, como forma de salvaguarda da cultura tradicional e popular num todo, tratando-se recomendação acatada da UNESCO e exemplo significativo da busca pela preservação da cultura dos povos tribais.

Desses dois importantes direitos extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, até então, entende-se que ao povo indígena, lhe cabe o seu próprio futuro. Sendo diferente e sendo respeitado em sua diferença, com a possibilidade de levar às próximas gerações os seus ensinamentos, sendo injusto lhes impor extinção por absorção, ou ainda a obrigação de fixação no passado.

4.3 Direito à Terra

Trata-se a terra indígena de um espaço vital que não implica tão somente na importância da existência física e cultural das populações indígenas, mas também no exercício de outros direitos (fé, cultura, usos e costumes, etc.), motivo pelo qual é manifestamente direito fundamental dos povos originários e tribais.

A Carta Magna Brasileira em seu artigo 20, inciso XI, reza: “São bens da União: [...] XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Não podemos, todavia, enaltecer esse salto constitucional, ainda cercado de contradições, dúvidas e falta de comprometimento para com os povos indígenas.

¹⁹ Decreto 3.551 de 01 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

É certo que passamos por lento e gradual avanço, no que se refere ao reconhecimento das terras indígenas, tanto na compreensão de sua relevância, como em sua demarcação.

Foi na Constituição de 1967 que se dispôs que “as terras ocupadas pelos silvícolas [sic] integram o Patrimônio da União”. E ainda, “usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras”.

À frente, na Constituição de 1969²⁰ logrou-se a “nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas por indígenas” da qual “não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI”.

Mais recentemente, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, comprometeu-se o Estado brasileiro, constante no art. 67, a concluir “a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Objetivo, este, indubitavelmente descumprido pelo poder estatal.

O breve discorrer do comportamento brasileiro ao longo dos anos para com a temática do reconhecimento das terras indígenas, acima trazida, são exemplos da não efetividade e plena ignorância na execução de políticas públicas voltadas ao assunto, que vêm malgrado ocorrendo até os dias atuais.

Assim, embora fossem os índios (e ainda são) detentores de direitos sobre suas terras, estes se viam (e ainda se veem) peremptoriamente violados no mundo dos fatos. Veja-se.

Essa disposição pôs cobro à prática de alguns Governos estaduais que vinham atuando com extrema liberalidade na titulação em favor de terceiros de terras sabidamente habitadas por índios. Embora a Constituição Federal assegurasse aos índios o direito de posse sobre as terras em que se localizavam, os Governos estaduais tendiam a tratá-las como terras devolutas, passíveis de venda e titulação. (CORDEIRO, 1999, p. 67).

²⁰ **Art. 198.** As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. **§1º** Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. **§2º** A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Os diplomas atuais garantem a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, por força do §2º, do artigo 231, bem como seu usufruto exclusivo.

No mais, insta salientar a relevância da demarcação, que mesmo sendo mero ato declaratório ao Governo brasileiro, sua falta é geradora de muito transtorno, pois, uma vez demarcada uma terra indígena torna-se muito mais fácil o ensejo de sua proteção. Observe-se que, a própria FUNAI, apenas declara proteção às áreas oficialmente demarcadas pelo governo brasileiro.

A Constituição parte das premissas primeiramente adotadas e delineadas por Mendes Júnior, que ao trazer o instituto 'indigenato', evidenciou:

O indigenato inclui o reconhecimento da propriedade dos indígenas à terra que se encontra em sua posse. De acordo com essa noção jurídica, os direitos dos índios à terra que eles tradicionalmente habitam são fundamentados pelo fato de que os índios são os 'senhores originários e naturais da terra'. Seus direitos à terra são direitos 'inatos', enquanto que os direitos de outros simplesmente são 'direitos adquiridos'. (KAYSER, 2010, p. 236).

Assim, refutam-se aqui as ideias equivocadas de adaptação indígena a qualquer terra, a necessidade do estado no mesmo território desde a descoberta (imemorialidade), ou ainda a suposta degradação ambiental do povoado indígena em áreas de preservação ambiental, são flagrantes violações aos direitos garantidos dos povos indígenas.

Ocorre que, não obstante a falta de compromisso do Poder Executivo, a quem cabe a demarcação dessas terras, o cenário Judiciário e Legislativo vigente, por muitas vezes, opera de maneira prejudicial no que se refere às terras indígenas e sua proteção.

No emblemático caso Raposa Terra do Sol – petição 3.388, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, foi criada a tese do 'Marco Temporal'. Referida tese estabeleceu que só teriam direito à demarcação de terras os povos indígenas que estivessem em posse daquelas em 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição.

Isto porque, consignou o Supremo que não caberia falar em marcos temporais quando em razão de violência e agressão tivessem sido expulsos de suas terras determinada comunidade indígena – chamando isto de "renitente esbulho".

Manifestou-se, nesse entender, o STF no ARE 803.462-AgR/MS:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. (...) 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento.

A tese em pauta ganhou forte repercussão e representação no Congresso Nacional e no governo federal, permeada pela ignorância às garantias fundamentais indígenas, em sendo utilizada sem a observância de seus fins e objetivos reais - suscitada na ADI 3239, por exemplo, referente a terras ocupadas por quilombolas, concederam-se inúmeras liminares para reintegração de posse.

Foi nesse entendimento que o Presidente Michel Temer assinou, em julho do corrente ano, um parecer da Advocacia Geral da União obrigando todos os órgãos do Executivo a aplicar o “marco temporal” e a vedação à revisão dos limites de terras já demarcadas.

Concidentemente ou não, meados do mês de agosto do corrente ano, seriam julgadas ações pelo Supremo Tribunal Federal referente a demarcação de terras indígenas, especificamente o Parque Indígena do Xingu, localizado no Mato Grosso; as terras indígenas dos povos Nambikwara e Pareci; e por fim a terra Ventarra no estado do Rio Grande do Sul.

Ao final do mês de agosto do corrente ano, o Presidente Michel Temer extinguiu, por meio de decreto, uma área de reserva na Amazônia, de 46.450 km² - tamanho equivalente ao do Espírito Santo – na divisa entre o Pará e Amapá. Neste espaço, duas terras indígenas se encontram calcadas (Rio Paru D’Este e Waiãpi).

É preocupante, na medida que em se tratando de áreas exploráveis, referido decreto dê margem para a violação de direitos indígenas sobre suas terras, de forma ilegal. Fundado num pretense objetivo de atrair novos investimentos, preocupações do passado voltam.

Não suficiente, o legislador tem voltado sua caneta a projetos prejudiciais quanto ao reconhecimento das terras indígenas. A PEC 237/2013 permite

que produtores rurais tomem posse de terras indígenas por meio de concessão, “se aprovada, na prática a proposta oficializará atividades ilegais como a do arrendamento (que hoje é proibido em terras de usufruto indígena)” segundo o site Povos Indígenas no Brasil. A PEC 215/2000 – retira do poder Executivo a função de agente demarcador das terras indígenas ao incluir entre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a ratificação das demarcações já homologadas. Deputados e senadores teriam o poder, inclusive, de rever e reverter demarcações antigas ou já encerradas.

No mais, busca-se no meio legislativo a consagração da tese do ‘Marco Temporal’ de maneira que nos artigos 14 e 15 do PL nº. 1216, além do que a mitigação do usufruto exclusivo das terras garantido indígenas pela Constituição, em prol das atividades consideradas de interesse “público” ou “nacional”.

Ficam liberadas dentro terras indígenas a intervenção militar, a expansão da malha viária, a exploração de alternativas energéticas, o resguardo das riquezas de “cunho estratégico”, a construção de redes de comunicação e outras atividades de impacto, a serem “implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão tutelar indígena competente”. (ISA, 2015, *online*).

A política indigenista do governo brasileiro preocupa, à medida que todas as decisões que toma põe em risco os órgãos de proteção indígenas e com isso, os próprios povos indígenas a mercê dos desejos dos ruralistas e grandes empreendedores.

4.4 Direito à Participação Efetiva

O direito de participação efetiva se demonstra por meio do dispositivo 231, §3º da CF/88, quando aborda a consulta aos povos indígenas para autorização de aproveitamento de recursos hídricos, energéticos e minerais situados em seus territórios.

No mais, pode-se dizer que superada a questão da incapacidade indígena tem-se outro mecanismo de participação ativa, de modo que os índios podem representar-se ou representar sua comunidade nos termos do art. 232 da Carta Magna.

O art. 232 da CF/88 dispõe que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses” o que significa dizer que o próprio índio pode postular os direitos da comunidade em nome próprio. Da mesma forma, a Constituição enseja a possibilidade das próprias comunidades indígenas de ingressar em juízo, as organizações dos índios, haja vista o reconhecimento da organização social indígena e sua capacidade civil.

Assim, vê-se que a CF/88 inicia processo de reconhecimento da pluralidade étnica por meio do diálogo e reconhecimento da plena capacidade indígena, de maneira que se mostra disposta a ouvir as vozes, até então caladas de maneira forçosa, a fim de estabelecer verdadeira democracia.

Os povos que se viam, até então subjugados em seus interesses, denotam por meio do direito interno e internacional – que será melhor discutido adiante, a criação de mecanismos de diálogo direto para com as organizações e lideranças tribais.

Apesar de adquirir muitos avanços, evidenciando com a tutela jurisdicional à comunidade, como direito eminentemente coletivo, atualmente nos deparamos com inúmeros projetos legislativos para diminuir os direitos fundamentais indígenas. Cenário, este, que não difere dos óbices até então levantados no que se refere aos demais direitos debatidos nos tópicos anteriores.

Tramitam no Congresso Nacional, Projetos de Lei e Projetos de Emenda Constitucional que visam a restrição de inúmeros direitos dos povos indígenas, sejam sobre suas terras, seja sobre outros direitos fundamentais.

O PLP 227/2012 considera de interesse público e pretende legalizar a existência de latifúndios, assentamentos rurais, cidades, estradas, empreendimentos econômicos, projetos de desenvolvimento, mineração, atividade madeireira, usinas e outros em terras indígenas. O PL nº. 1216 permitiria a mineração em terras indígenas, sem prévia consulta, são absurdos como estes que o Poder Legislativo angaria implantar.

As medidas legislativas além de ferir a própria Constituição, ferem tratados internacionais em todos os níveis. Inclusive, tratados incorporados e ratificados pelo sistema brasileiro de leis – como a Convenção nº. 169 da OIT – o maior instrumento garantidor do direito de consulta. Não podem assim, prosperar e tampouco serem alvos do apoio de seus eleitores.

5 NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL

Este capítulo tem como fito, por meio de uma abordagem das normas internacionais e seu impacto no Direito Brasileiro e na América Latina como um todo, a demonstrar a relevância dos documentos de proteção dos direitos humanos firmados em âmbito internacional, especialmente no que concerne aos documentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A princípio, no que diz respeito ao cenário nacional brasileiro, a partir da Constituição Brasileira, segundo o entendimento de Flávia Piovesan (2008, p. 25) os direitos humanos tomam substancial destaque por meio dos documentos de proteção internacional. Consideremos.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito Internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

A autora ainda destaca que referido fenômeno desdobra-se no continente latino americano de maneira geral, conferindo aos tratados de direitos humanos *status* jurídico especial e diferenciado. A Argentina, por exemplo, as eleva junto de sua própria Constituição.

Nesta mesma acepção, Valerio Mazzuoli (2016, p. 944-945) denota o tratamento dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos nas constituições latino-americanas, como movimento cada vez maior na “busca pela proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana [que] encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”.

A exemplo disso, por sua vez, o autor oferece destaque como a mais evoluída das constituições, em que pese ao tema em comento, à Carta Venezuelana de 1999 que dispõe no art. 23²¹ de seu texto constitucional o conjunto mais amplo à proteção e efetividade dos direitos humanos: o princípio da Primazia da Norma mais

²¹ *In verbis*: “**Artículo 23.** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

benéfica, além do que o *status* constitucional e incorporação imediata das normas internacionais de direitos humanos.

Os entendimentos que calharam expressos da carta argentina, bem como da venezuelana, quanto ao *status* das normas tuteladas pelos tratados de direitos humanos, em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, ocasionaram no âmbito brasileiro larga discussão que não pôde lograr num consenso.

Isso porque, no que toca ao Brasil, a chegada dos dispositivos internacionais no âmbito interno divide opiniões: ao Supremo Tribunal Federal, tais instrumentos internacionais, após a ratificação, adentram o ordenamento jurídico brasileiro como normas supralegais, adotando o entendimento de paridade entre o tratado e lei federal.

Contrario sensu, doutrinadores tais como Antonio Augusto Cançado Trindade, Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli defendem que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos fundamentais, consubstanciados pelo artigo 5º, §2º²² da CF/88 têm *status* constitucional – mesmo antes de sua votação qualificada, considerada ato meramente formal à professora Piovesan, trazido pelas inovações decorrentes da Emenda Constitucional n.º 45/04.

Neste diapasão, corrobora Celso Lafer (2005, p. 16):

O novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Sumariamente, entende-se que a tentativa da promoção de inovações, decorrentes da EC n.º 45/04, em dirimir eventuais questões acerca da hierarquia e a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema interno de normas, não resultou satisfativa.

Nos atentemos às considerações de Trindade (2007, p. 209):

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional n.º 45/2004, não se dão conta que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele

²² *In verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados de direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.

Assim, tendo em vista que os tratados de direitos humanos vêm com o principal objetivo de agregar o ordenamento jurídico interno, tanto como partem dos interesses da pessoa humana (*ex parte populi*) e não dos interesses estatais, o melhor entendimento seria logo tratá-los, independentemente de qualquer incorporação ou votação, com o *status* de normas equivalentes à Carta Constitucional.

Galguemos, neste momento, à uma análise do *corpo iuris* de normas internacionais que agregam os ordenamentos jurídicos nacionais, de forma a garantir nova série de direitos e garantias fundamentais aos povos originários e tribais habitantes da América Latina.

Tão somente no ano de 1966, foi que, no âmbito internacional, o indivíduo indígena passou a contar com reconhecimento cultural e étnico por meio de documento complementar à Carta da ONU: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Sem embargo, já dispunha do direito à não-discriminação, consubstanciado em diversos documentos internacionais, a exemplo mais específico, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).

O art. 27²³ do PIDCP enseja em seu conteúdo a proteção das pessoas pertencentes às minorias, assim, portanto aqueles que integram os povos tribais e indígenas. Referido dispositivo, entretanto, não calhou a proteger os povos e comunidades indígenas e tribais como coletivo que são.

Com o passar dos anos, os documentos internacionais tomaram viés mais específico, tendo em conta que as particularidades que atravessavam e atravessam os povos indígenas, exigem tratamento especial e diferenciado, bem como pelos até insurgentes instrumentos não abordarem de maneira direta e se quer

²³*In verbis*: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

protegê-los de forma completa – o Brasil, por exemplo, apesar de ratificar o PIDCP, não acatou nenhum de seus protocolos facultativos de forma a operar a efetiva implementação deste.

Neste contexto, outros inúmeros documentos surgem no seio internacional, bem como na América Latina. Destes diplomas: as Convenções n.ºs. 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho (1957 e 1989, respectivamente), a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e o mais recentemente aprovado e relevante Projeto, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016).

Segundo Villares (2000, p. 49), a Convenção n.º 169 da OIT – que veio a substituir a ultrapassada Convenção n.º 107 da mesma organização – revela substancial importância, em que pese a influência que exerceu nas mudanças dos ordenamentos jurídicos internos e suas cartas constitucionais, protagonizadas pelos países latino-americanos na década de 90.

Este documento vem garantir direitos sociais aos povos que representavam à época veemente presentes como mão-de-obra dos Estados Americanos, ou seja, o alcance de direitos fundamentais por meio do trabalho. Além do que, preocupou-se também a convenção do desenvolvimento econômico de seus participantes.

Por sua vez, a Declaração das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas, doravante DODPI, aprovada pelos membros da ONU após larga discussão que incluiu ouvidos às vozes dos povos indígenas, adveio como resultado de um grupo de trabalho especial, criado em 1982 e voltado especificamente às temáticas indígenas.

Em 1993, a ONU decretou o ano internacional das populações indígenas pelo mundo, momento em que se falou na criação de um fórum permanente junto desta organização, posteriormente criado em 2002 o chamado Fórum Permanente das Nações Unidas para Assuntos Indígenas, que subsidiava – e ainda o faz, um Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais indígenas e monitorar a implementação da DODPI ao redor do mundo.

Na esfera regional, além dos instrumentos de proteção geral, quais sejam a DADH e a CADH, a Assembleia-Geral da OEA aprovou recentemente o

Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), votação que ocorreu na cidade de Santo Domingo, capital da República Dominicana. Portanto, trata-se de um tratado específico para a temática dos povos que habitavam a América antes da chegada de Cristóvão Colombo ou Américo Vesúcio.

Até então, no continente americano um único documento fazia menção direta ao tema trazido à baila: a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), instrumento meramente declaratório e sem qualquer viés de obrigatoriedade.

O novo documento apesar de tratar-se também de uma declaração, inicia processo à criação de outros documentos voltados especificamente aos povos indígenas, trazendo o amplo debate acerca da temática. O documento, além de reiterar as disposições da ONU (DODPI), traz os povos indígenas como possuidores de direitos coletivos, algo por muito tempo discutido pelos mecanismos de proteção inter-regionais, mas nunca positivado.

Ainda sobre a natureza jurídica das Declarações, Mazzuoli (2016, p. 215) salienta que “trata-se de expressão utilizada para aqueles atos que estabelecem certas regras ou princípios jurídicos, ou ainda para as normas de Direito Internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo” e apesar de não se tratarem tecnicamente tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo o autor “não significa que essa não seja detentora de força cogente, pois integra aquilo que se chama de *jus cogens* em direito das gentes”.

Por derradeiro “não há nada a impedir, enfim, que o termo declaração seja utilizado como sinônimo de tratado, podendo também ser usado para esclarecer ou interpretar um ato internacional já estabelecido ou para proclamar o modo de ver ou de agir de um ou mais Estados sobre determinado assunto” (MAZZUOLI, 2016, p. 215).

Mais adiante, comentar-se-á a notável relevância das atuações dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH, nos quais além dos instrumentos formalmente firmados, importante se faz a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, por meio de seus informes e relatórios. Isso porque, além da proteção oferecida pelos documentos internacionais acima citados, as normas costumeiras – em particular comento, oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – devem ser observadas para melhor e completa proteção dos direitos do Povos Indígenas e Tribais deste continente.

Assim, num aspecto global resta evidente que o Direito Internacional encontra importante papel na tutela dos direitos dos povos indígenas, e para seu complemento regional, vem a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a contar com instituições internacionais de acompanhamento de sua efetividade: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Embora não sejam explicitamente delineados os direitos das minorias em pauta, tendo como luz os princípios que regem esses órgãos e diplomas muitos direitos são indiretamente reconhecidos aos povos originários e tribais.

Neste capítulo serão abordados os direitos internos já debatidos à luz destes documentos, fazendo menção ainda à jurisprudência interamericana e a CADH no que tange cada direito a ser mencionado.

5.1 Direito à Diversidade: Os Usos e Costumes

Conforme já delineado neste trabalho, o direito à diversidade compreende o direito dos indivíduos que se declarem indígenas, e por sua comunidade sejam assim reconhecidos – nos termos de seus usos e costumes, preservarem-se diferentes, e assim criar às gerações por vir, sem que lhe sejam restringidos em seus direitos humanos e fundamentais.

Assim, de forma a prezar a autodeterminação, os usos e costumes dos povos originários e tribais, bem como o seu direito à igualdade sem qualquer tipo de discriminação, garantir-se-á as minorias étnicas indígenas o direito de ser diferente. Podendo-se falar aqui, puramente num direito de ser, pois privados em seus usos e costumes nada seriam.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, doravante CIEDR, assinada no ano de 1965, consubstanciou em seu preâmbulo que “qualquer doutrina de superioridade baseadas em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa”.

O art. 1º da CIEDR define:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito

anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Esta convenção instala, ainda, órgão próprio de supervisão, um Comitê, que examina petições individuais, relatórios encaminhados pelos Estados-partes e comunicações interestatais. Referidas petições são analisadas por meio da adoção das Recomendações Gerais, que são diretrizes interpretativas do próprio Comitê.

Dentre estas recomendações, cabe especial comento a Recomendação Geral XXI (1996), alçando o direito à autodeterminação como um direito fundamental, bem como a Recomendação Geral XXIII, que faz menção ao artigo 27 do PIDCP. Nas palavras de Piovesan (2008, p. 44):

A Recomendação Geral n.º 23 se refere ao artigo 27 do Pacto, com o objetivo de proteger as minorias étnicas. [...] As pessoas as quais se destina o artigo 27 são aquelas que pertencem a um grupo e têm uma cultura, religião e/ou língua em comum. Apesar dos direitos protegidos pelo artigo 27 serem individuais, eles dependem da existência de uma minoria étnica, ou seja, uma coletividade. A Recomendação n.º 23, assim como a n.º 18, prevê a possibilidade de ações afirmativas que garantam a igualdade dessas minorias étnicas, respeitando o disposto nos artigos 2º e 26 do Pacto.

O documento continua a permear garantias essenciais ao pleno desenvolvimento dos direitos deste capítulo – por essas razões, a CIEDR prevê, no art. 1º, §4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada “ação afirmativa”).

Contornando a importância da chamada “discriminação positiva”, vem Douglas Martins de Souza (2008, p.13):

As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos [...]. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo, isto é, para assegurar igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. [...] a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

Acata-se assim o Direito Internacional mecanismo de efetivação a transformar a igualdade formal (dos instrumentos e diplomas de seu ordenamento jurídico) em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.

A DODPI, logo em seu artigo primeiro, reconhece os indígenas como possuidores de direitos humanos e liberdades fundamentais “como povos ou como pessoas”, reconhecidos pelos Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa maneira, partindo-se do Princípio da Não-Discriminação, exercerão os referidos direitos e não poderão ser quanto a esse exercício, sujeitos à nenhuma forma de discriminação “[...] fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena” de acordo com o art. 2º do mesmo diploma.

No que tange à identidade indígena, esta partirá da autoidentificação ou pertencimento étnico (art. 33 da DODPI), que deverá ser aceita pelo Estado e ainda “como indígena na forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo indígena” de acordo com o art. 2º da DADPI.

Isso significa dizer que, serão levados em conta os usos e costumes de cada povo, além do que a própria consciência de cada indivíduo para que seja então considerado índio – destacando-se assim a relevância do caráter multidisciplinar do estudo dos direitos indígenas.

Ainda lhes foi garantido o direito de determinar livremente suas estruturas institucionais, de maneira a perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. A Declaração lhe permite ir além, podendo inclusive nos termos do art. 35 “determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades”.

No que tange a jurisprudência da Corte IDH já delegou à autonomia dos povos a determinação de sua identidade étnica no caso Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai quando afirmou que:

“[...] la decisión de estas familias de separarse de la Comunidad Yakye Axa para integrar la Comunidad Sawhoyamaxa, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal.”²⁴

²⁴ **Tradução própria:** [...] a decisão destas famílias de separarem-se da Comunidade Yakye Axa para integrar a Comunidade Sawhoyamaxa, ambas comunidades indígenas do povo Enxet-Lengua, assim como a decisão dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa em aceitá-los como parte de sua comunidade, não pode mais que ser respeitada por este Tribunal.

Referido entendimento, consubstanciado também em casos como Povo Saramaka vs. Suriname e Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai, compreendem ser a autoidentificação assunto pertencente aos povos originários e tribais, - em conformidade com seus próprios usos e costumes e não aos Estados e tampouco a própria Corte fazê-lo.

É do reconhecimento ao direito à diversidade, baseado nos usos e costumes que deriva o entendimento fixado que não lhes caberá assimilação forçosa, discorrido pelo art. 8º da DODPI, bem como pelo art. X da DADPI.

Importante ressaltar que não se trata aqui de reconhecimento simples, de um todo vazio, pelo Estado no que tange à identidade étnica, bem como a diversidade. Mas sim, reconhecimento que enseja guarida nas outras esferas dos direitos indígenas, delimitando a aplicação das disposições que os protegem.

Dessa forma, abordado primeiramente aos demais direitos tendo em vista que, facilita e promove as demais instâncias no que tange às garantias e liberdades dos povos originários e tribais.

No caso, a exemplo da importância deste direito para a efetivação de outros, em Xákmok Kásek vs. Paraguai observou-se constantes às alegações estatais pedido de suspensão processual, tendo em vista supostas contradições na denominação e pertencimento étnico da comunidade, o que impediria a titulação de terras em favor deste povo.

Assim, para que não resultem de máscara para perpetração de violações dos direitos dos povos tribais, faz-se mister a salvaguarda do relevante direito à autodeterminação e sua diversidade.

5.2 Direito à Cultura

Dentre os direitos que concernem à cultura, a DODPI garante o direito de manutenção das culturas de cada povo indígena (art. 32), cabendo aos Estados a adoção de medidas positivas quanto a estes direitos, que sejam “eficazes para reconhecer e proteger o exercício”. Desta forma, impõe-se ao Estado, tão somente, o dever de assegurar às manifestações e buscar protegê-las.

O art. 12 protege as manifestações culturais, desenvolvimento das tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas garantindo-lhes os “lugares religiosos e culturais e ao acesso a eles privadamente a utilizar e vigiar seus objetos

de culto e a obter a repatriação de seus restos humanos”. E ainda, fomentar e transmitir todo seu patrimônio cultural às suas gerações futuras, incluindo, sem sombra de dúvidas, os registros oficiais sobre os eventos.

O trato do cadáver como regem os usos e costumes de determinada sociedade, é também resguardado pelo art. 4º da CADH.

Foi no Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* que a corte considerou referido cuidado como forma de “observância ao direito da dignidade da pessoa humana” e ainda tendo em vista a significação muito especial disso para algumas culturas indígenas, no especial caso em comento:

[...] aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres [...]²⁵.

Assim, dentre as dimensões deste direito o art. 15 garante que “suas culturas, tradições, histórias e aspirações fiquem devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação pública” de modo ao combate do preconceito, eliminação da intolerância e compreensão das boas relações entre os povos e demais setores da sociedade.

No caso *Moiwana*, a Corte IDH, tendo em vista o sofrimento dos membros vítimas da comunidade, entendeu ser a ignorância estatal para com o paradeiro de seus entes desaparecidos, após massacre perpetrado por agentes estatais, causa real de violação à CADH. Isso porque, não podendo honrar seus mortos, de acordo com sua cultura, e ainda restando comprovado que muitos destes corpos sofreram modos reprováveis de destino, como a incineração – violou-se o art. 5º (‘Direito à Integridade Pessoal’) dos familiares.

A Comissão Interamericana em seu relatório de mérito do Caso *Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*, vem, ainda, solicitar a violação do direito à liberdade de consciência e religião, pelo desrespeito às culturas fúnebres indígenas.

Além disso, lhes é garantido por meio do art. 14, ensino-aprendizagem própria, pautadas em sua cultura e idioma. O direito de utilização da própria língua é também garantido pela interpretação do art. 13 da CADH.

²⁵ **Tradução própria:** [...] aseguran a possibilidade de um reencontro entre as gerações dos vivos, a pessoa falecida e os antepassados mortos. Assim, o ciclo entre a vida e a morte se fecha com essas cerimônias fúnebres [...].

O caso que marcou o entendimento da língua como forma de expressão e liberdade de pensamento, foi o Caso López Álvarez vs. Honduras em que foi denunciado o diretor de determinado centro penitenciário cujo proibiu que os membros da comunidade garífuna se conversassem em seu idioma, tendo dessa maneira causado a censura repercussão discriminatória afetando-os como membros da comunidade que eram parte, inclusive o Sr. López Álvarez.

Acerca do caso, Ruiz e Donoso (2014, p. 970):

El Tribunal agregó que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Además, los Estados “deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”, siendo la lengua “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”. Consecuentemente, declaró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección durante su detención, “el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra”, lo cual implicó una violación de la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana²⁶.

Por fim, cabe comento ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – doravante PESC ou Protocolo de San Salvador, que nos termos de seu artigo 26 garante vida digna e seu desenvolvimento, conforme interpretado pela Corte IDH no Caso Yakye Axa vs. Paraguai.

Entende-se, dessa maneira, que a cultura destes povos se vê intrinsecamente ligada, assim como garantidora, do desenvolvimento pessoal pleno desses grupos, e, portanto, garantido pelos documentos de proteção do Sistema regional Interamericano de direitos humanos.

²⁶ **Tradução própria:** O Tribunal agregou que os Estados “devem abster-se de produzir regulações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos”. Ademais, os Estados “devem tomar em consideração os dados que diferenciam os membros de povos indígenas da população em geral e que formam a identidade cultural daqueles”, sendo a língua “um dos mais importantes elementos de identidade de um povo, precisamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura”. Consequentemente, declarou que ao proibir ao senhor Alfredo López Álvarez expressar-se em seu idioma de escolha durante sua detenção “o Estado aplicou uma restrição ao exercício de sua liberdade de expressão incompatível com a garantia prevista na Convenção e que por sua vez, constituiu um ato discriminatório em seu desfavor” o qual implicou uma violação da liberdade de pensamento e expressão e do direito de igualdade ante à lei, consagrados nos artigos 13 e 24 da Convenção Americana.

5.3 Direito à Terra

A relação que possuem os povos originários e tribais para com suas terras, transcende a compreensão da posse civil ou qualquer outro entendimento moderno de propriedade.

Com efeito, tanto o modo de apropriação, como o de exploração fogem do modelo capitalista consagrado pela sociedade civil ocidental, tratando-se num primeiro momento da espiritualidade e existência enquanto povos indígenas – além do qual para o exercício de suas crenças, costumes, tradições e culturas.

Consoante a este entendimento Barbosa (2001, p. 115) dá alçada ao direito indígena à terra como direito fundamental. Vejamos.

Trata-se de direito inalienável e imprescritível. Decorre, igualmente, da própria natureza humana indígena, posto que índio e terra estão de tal sorte ligados que dificilmente poderíamos conceber a existência do primeiro sem a segunda. Ainda mais: os direitos basilares, dentre os direitos humanos, vida e liberdade, no caso dos índios, estão, a nosso ver, condicionados à garantia da terra. Sem a terra, o índio não terá vida nem liberdade.

Ao enxergar tamanha importância e particularidade da intimidade indígena para como suas terras, as organizações internacionais viram a necessidade de consolidar em seus termos a proteção às terras tradicionalmente pertencentes aos povos tribais e indígenas.

O Convênio n.º 169 da OIT, em seu artigo 13, estabelece aos governos o dever de:

Respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

No mesmo sentido a DODPI, convencida em seu preâmbulo de que “o controle, pelos povos indígenas, dos acontecimentos que os afetam e as suas terras, territórios e recursos lhes permitirá manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e

necessidades [...]”, firmou em seu art. 25 e seguintes²⁷ o direito aos territórios possuídos e ocupados de forma tradicional.

Até junho do ano corrente, nenhum dos instrumentos internacionais deste Sistema Interamericano operava o reconhecimento textual do direito trazido à baila. Esse cenário muda com a vinda da Declaração Americana sobre Povos Indígenas, que realiza o feito em seu art. 25, merecendo devida transcrição²⁸.

Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.
5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Artigo 25. Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Artigo 26 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram”.

²⁸ O texto ainda não conta com tradução oficial.

Retirado dos documentos de trabalho da Assembleia Geral da OEA – AG/doc. 5537/16, nos anexos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>. Acesso em: 30 set. 2017.

Não obstante, ainda que não referida disposição não existisse, a Corte IDH vem dando interpretação evolutiva ao art. 21 da CADH, no que se refere ao ‘Direito à Propriedade Privada’ como garantidora do direito à propriedade indígena – tendo em vista as disposições do art. 29.b da mesma convenção, que estabelece as ‘Normas de Interpretação’ daquele jurisdicionado.

O primeiro caso contencioso a envolver direitos indígenas foi em decorrência do reclamo do Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni em face do Estado de Nicarágua, no qual este Corte postulou os primeiros critérios interpretativos do alcance do referido art. 21.

Neste caso, quedou-se fixado²⁹:

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

Ato contínuo, do julgamento do Caso Yakye Axa vs. Paraguai, o Tribunal sustentou que essa vinculação dos povos indígenas com seus territórios, bem como os recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontram devem ser salvaguardados pelo artigo 21 da Convenção Americana e compreendendo a posse num sentido amplo – ocupação física e espiritual, delineado na demanda Moiwana vs. Suriname.

Quanto ao registro obtido junto às entidades governamentais, entende a Corte que basta a posse tradicional necessária para subsistência física e cultural para obtenção daquele – entendendo ainda que o reconhecimento oficial do Estado não

²⁹ Parágrafo n.º 148 e 149.

serve a constituir outros direitos que lhes sejam fundamentais, mas sim que referidos direitos a precedem.

A despeito disso, não fica isento o Estado do reconhecimento. Isso porque traz segurança jurídica, bem como facilita a obtenção, efetividade e aplicabilidade de outros direitos. Podendo-se assim dizer que a falta de reconhecimento estatal poderá acarretar condenações ante a Corte Interamericana, pois facilitará a violação de direitos humanos.

Acerca do tema, Donoso e Ruiz (2014, p. 975):

Tal reconocimiento oficial debe estar plasmado en un título jurídico formal, debidamente registrado. Dado que la visión indígena sobre sus territorios es de carácter colectiva, la titulación y el correspondiente registro oficial deben también ser de carácter colectivo, reflejándose la propiedad comunitaria de la tierra, sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la misma. El título de propiedad sobre los territorios indígenas debe, además, otorgar seguridad jurídica. Según la Comisión Interamericana, se afecta la seguridad y estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza su inalienabilidad. Garantías como la indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas han sido catalogadas por la Comisión como mecanismos idóneos para garantizar la seguridad jurídica de los derechos de propiedad territorial indígena³⁰.

Por derradeiro, compreende-se do Caso Povo Saramaka vs. Suriname não ser suficiente o uso como um privilégio, pois na verdade trata-se de um direito de tempos imemoriais. Nesta toada, resta ao Estado e aos governos assegurar de forma efetiva, garantindo o uso e gozo permanente das terras indígenas aos seus respectivos povos, sob pena de violação ao art. 21 da CADH.

Denota-se que as regras de proteção às terras indígenas voltam-se cada vez mais ao entendimento que, são direito fundamental indígena, e ainda posto que sua visão sobre essa difere completamente da visão civilista, há de se prezar pelos seus direitos quando dela dependa a cultivação de sua cultura diferenciada.

³⁰ **Tradução própria:** Tal reconhecimento oficial deve estar plasmado em um título jurídico formal, devidamente registrado. Dado que a visão indígena sobre seus territórios é de caráter coletivo, a titulação e o correspondente registro oficial devem também ser de caráter coletivo, refletindo-se a propriedade comunitária da terra, sem prejuízo das formas de organização interna dos povos indígenas enquanto da posse dessa. O título de propriedade sobre os territórios indígenas deve, ademais, outorgar segurança jurídica. Segundo a Comissão Interamericana, se afeta a segurança e estabilidade jurídica das terras quando a lei não garante a sua inalienabilidade e inembargabilidade das terras tituladas a favor dos povos indígenas que foram catalogadas pela Comissão como mecanismos idóneos para garantir a segurança jurídica dos direitos de propriedade territorial indígena.

5.4 Direito à Participação Efetiva

No decorrer dos séculos as populações originárias e tribais tiveram seus direitos ignorados, muito porque se acreditou que referidos povos se encontravam num estágio de não-evolução, e dessa forma, atrasados aos olhos da moderna civilização que avançava sobre suas terras.

Na medida em que as doutrinas que se pautavam na supremacia da civilização ocidental, foram se esvaindo, percebeu-se a necessidade em dar ouvidos às vozes dos povos indígenas – tendo em conta que, as violações sistemáticas sofridas por estes grupos pautaram-se, principalmente, pela ignorância de seus reais desejos e vontades. Ou, ainda, pelo simples poder de desígnio sobre suas vidas pessoais.

De modo a organizar o eixo deste tópico, serão abordados os principais direitos que vão contra as legislações tipicamente assimilacionistas e protecionistas, que não reconheciam a opinião indígena nas questões que os afetem, representatividade parlamentar e, se quer, capacidade civil para o reclamo de suas garantias fundamentais.

No que tange a promoção do reconhecimento da personalidade jurídica aos povos indígenas, entendeu-se no Caso Saramaka vs. Suriname e Sawhoyamaya vs. Paraguai, com respaldo no art. 3 da CADH, da necessidade fornecimento de documentos de identidade essenciais para determinação dos direitos civis – de forma a permitir o exercício de seus direitos e contração obrigações.

Isso porque trata-se de via facilitadora de direitos, como, por exemplo o acesso à justiça.

A OC 22/2016 entendeu que as pessoas jurídicas não possuem direito de acesso ao SIDH, vez que haja sido este idealizado para proteção de indivíduos e seus direitos. No entanto, duas situações foram excepcionadas pela Corte e dentre elas a legitimidade das comunidades indígenas – vez que encontram guarida no art. 8º do Protocolo de San Salvador.

Por fim, no que tange ao direito ao consentimento livre, prévio e informado, da mesma forma que a Convenção n.º 169 da OIT, a Declaração da ONU garante o direito de povos indígenas em serem adequadamente consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infraestrutura, mineração ou uso de recursos hídricos (art. 19).

Em seu artigo 18 a participação na adoção de decisões em questões que afetem seus direitos, vidas e destinos, através de representantes eleitos por eles, em conformidade com seus próprios procedimentos, assim como manter e desenvolver suas próprias instituições de adoção de decisões.

No Caso Yatama vs. Nicarágua a Corte logrou entendimento acerca dos direitos políticos (art. 23 da CADH), no que se refere aos povos indígenas. Tal garantia lhes permite escolher representantes que efetivamente lhes escute, de forma a emponderar as comunidades e dar visibilidade às reais questões vivenciadas por estes povos.

6 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos está, *prima facie*, embasado na Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), também chamada “Carta de Bogotá”. Além desta, cumpre salientar a gama de documentos relevantes à construção do sistema regional de proteção aos direitos humanos em pauta.

Dentre os instrumentos de proteção geral estão: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica” e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) ou “Protocolo de San Salvador”.

A Carta de Bogotá cria a Organização dos Estados Americanos, organização internacional regional, que do art. 52, §1º da Carta da ONU, encontra sua razão de ser nas peculiaridades continentais da América, questões cujo debate não possui a mesma relevância às outras partes do mundo.

Atualmente, a OEA conta com 35 estados-membros, e funcionará como órgão de complemento ao sistema mundial de proteção aos direitos humanos. Nesse cenário, as organizações internacionais e a comunidade internacional como um todo vem denotado especial atenção aos direitos dos povos indígenas, voltando sua atenção aos mais diversos projetos especiais, o que será adiante debatido.

Para a plena compreensão do sistema, faz-se primordial o entendimento de alguns princípios que o regem, dentre os quais de maneira essencial estão: o Princípio da Complementariedade dos Órgãos de Proteção Internacional, o Princípio da Relativização da Soberania Estatal, o Princípio da Necessidade dos Esgotamentos dos Recursos Internos, o Princípio da Proibição ao Regresso e por derradeiro o Princípio *Pro Homine*.

No que tange à complementariedade dos organismos de proteção internacional, cumpre salientar que cabe em primeira instância, ao Estado, a salvaguarda aos direitos humanos. Daí decorre a necessidade dos esgotamentos dos recursos internos, não cabendo aos entes internacionais intervir nas esferas de proteção mínima do Estado sem que este, antes, tenha havido a oportunidade de sanar eventuais violações.

Assim, diante da falha Estatal, passa-se a operar uma relativização da soberania do Estado – delegando ao Sistema pronunciar-se de maneira final e indiscutível sobre determinada matéria protegida por seus diplomas.

Não obstante, preza o Princípio *Pro Homine* pela aplicação na norma mais benéfica à proteção do ser humano, nos termos do art. 29³¹, alíneas ‘a’ e ‘b’ da CADH.

Por derradeiro, o Princípio da Proibição do Regresso engendra à não-retirada ou não-aplicação de restrições em larga monta aos direitos já aceitos pelo seu ordenamento jurídico ou ainda documentos por ele reconhecidos em âmbito internacional.

Dentro desse sistema, é possível citar de maneira específica a existência de Relatoria própria e especial acerca da temática indígena, que promove a participação nos processos de Cúpulas das Américas; projetos da organização na temática indígena por meio do Programa de Ação do Departamento de Direito Internacional sobre os Povos Indígenas nas Américas; e da elaboração do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que trabalham o Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente e a Assessoria Técnica ao Grupo de Trabalho através do Departamento de Direito Internacional.

O Pacto de San José da Costa Rica estabelece dois principais mecanismos de monitoramento e implementação dos direitos nele estabelecidos, sendo estes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pois bem. Diante deste sistema, surge maior controle efetivo das obrigações estatais, insurgindo-se diante à falta de vinculação (e porque não falta de normas) até então vivenciada no cenário de normas internacionais.

³¹ **Artigo 29. CADH. Normas de Interpretação.**

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: **(a)** permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; **(b)** limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...].

6.1 A Atuação da Comissão Interamericana

A Comissão que integra o Sistema Interamericano é órgão da CADH, além do que órgão da OEA (art. 106 da Carta de Bogotá), isso porque foi criada antes mesmo do Pacto de San José da Costa Rica. Dessa forma, sua competência se estende a além de todos os Estados-parte da Convenção Americana (em relação à CADH), alcançando também os Estados-membros da OEA, em relação aos direitos consubstanciados na Declaração Americana dos Direitos do Homem (1948).

Dentre suas tarefas está como a principal a promoção da observância e a proteção dos direitos humanos na América, que fará por meio de recomendações aos governos dos Estados-partes, preparação de estudos e relatórios pertinentes, requisição de informações no que tange a efetiva aplicação da CADH aos Estados-membros e submissão de um relatório anual à Assembleia Geral da OEA sobre a situação dos direitos humanos nas Américas.

A Comissão ainda receberá petições para exame, encaminhadas por indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda entidade não-governamental. Insta salientar, que a competência da Comissão em todos os sentidos é aceita automaticamente de forma obrigatória, não necessitando declaração específica a este fim.

A Comissão desde, pelo menos, 1972 reconhece a importância da proteção especial das populações indígenas – referindo-se a ela em sua Resolução sobre a proteção especial às populações indígenas como “sagrada”³².

No ano de 1990 foi criada a Relatoria sobre Direitos dos Povos Indígenas, com o objetivo de brindar melhor apreço aos povos originários e tribais da América, especialmente expostos às violações de direitos humanos tendo em conta a sua situação de vulnerabilidade.

Assim, buscou-se fortalecer, impulsionar e sistematizar o trabalho desta Comissão no que tangem os direitos das populações indígenas – e fez isto ainda, por meio de relatórios especiais, visitas *in loco*, sistema de recebimento de casos, informes de mérito, informes de solução amistosa, mecanismo de medidas cautelares, dentre outros.

A própria Comissão, salienta (*online*, 2017):

³² Vide: Resolução sobre a proteção especial às populações indígenas. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 28 de dezembro de 1972. Doc. OEA/Ser.P. AG/Doc. 305/73 ver. 1, p. 90-91 (1973).

En este sentido, la Comisión Interamericana ha expresado la necesidad de exigir una especial protección al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, porque su goce efectivo implica, no sólo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra. [...] Los órganos del sistema de protección de los derechos humanos han desarrollado una jurisprudencia progresiva en la que se reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas³³.

Nesse sentido, ainda, dedicou-se por meio de sua Relatoria Especial à realização de projetos e estudos que culminaram no Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

En cumplimiento de su tarea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, después de haber consultado y recogido los comentarios de los gobiernos y los pueblos indígenas en toda América sobre la naturaleza y contenido de los derechos a ser incluidos en este proyecto. Posteriormente, la Asamblea General de la OEA estableció, como un órgano del Comité sobre Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, un grupo de trabajo compuesto por representantes de los estados miembros de la OEA para discutir el proyecto [...]. Este grupo de trabajo se ha reunido en repetidas ocasiones con la participación de representantes de pueblos indígenas de todo el continente americano³⁴. (ANAYA, 2005, p. 215)

Referido Projeto surge da solicitação da Assembleia Geral da OEA no ano de 1989 de um instrumento jurídico relativo aos direitos das populações indígenas. Montou-se assim, grupo de trabalho, que entendeu pela veemente participação dos povos indígenas para a elaboração do documento como principal forma de bom desenvolvimento dos trabalhos.

Na Resolução da Assembleia Geral n.º 1780, de 5 junho de 2001, resolveu-se recomendar ao Conselho Permanente que continuasse implementando modalidades para certificar-se da adequada forma de participação dos representantes

³³ **Tradução própria:** Neste sentido, a Comissão Interamericana expressou a necessidade de exigir uma especial proteção ao direito dos povos indígenas sobre os seus territórios, porque seu gozo efetivo implica não somente na proteção de uma unidade econômica, mas na proteção dos direitos humanos de uma coletividade que baseia seu desenvolvimento econômico, social e cultural na relação com a terra. [...] Os órgãos do sistema de proteção dos direitos humanos tem desenvolvido uma jurisprudência progressiva na qual se reconhecem os direitos coletivos dos povos indígenas.

³⁴ **Tradução própria:** Em cumprimento de sua tarefa, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou um Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, depois de haver consultado e coletado comentários dos governos e povos indígenas em toda América sobre a natureza e conteúdo dos direitos a serem incluídos neste projeto. Posteriormente, a Assembleia Geral da OEA estabeleceu, como um órgão do Comitê sobre Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente, um grupo de trabalho composto por representantes dos estados membros da OEA para discutir o projeto [...]. Este grupo de trabalho se reuniu em repetidas ocasiões com a participação de representantes de povos indígenas de todo o continente americano.

dos povos indígenas em suas deliberações e decisões, de modo que todas as observações e sugestões destes povos sejam sempre abarcadas e efetivamente discutidas.

O Projeto logrou aprovação em junho deste ano, consubstanciando importantes normas que já discutimos nos capítulos anteriores. Deste modo, por todo o exposto, se faz visível a grande importância da Comissão na atuação em prol dos direitos dos povos originários e tribais.

6.2 A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A CADH atribui a Corte Interamericana tanto função consultiva, como a de solução de casos contenciosos, a serem submetidos por meio da Comissão Interamericana, desde que devidamente reconhecida a sua competência.

O reconhecimento desta competência se dará de maneira especial, consoante aos artigos 62, itens “1” e “2” da CADH ou por meio de acordo especial, que se refere o item “3” do mesmo dispositivo. Assim, a declaração de aceitação da competência da Corte, “apresentada ao Secretário-Geral da OEA, pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos” (TRINDADE, 2003, p. 51).

Atualmente, dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da OEA, 25 (vinte e cinco) são partes na CADH: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Trinidad e Tobago denunciou a CADH, em 26 de maio de 1998, bem como a Venezuela na data de 10 de setembro de 2012. Outros 21 (vinte e um) países tem a competência contenciosa da Corte já reconhecida, inseridos Trinidad e Tobago e a Venezuela neste número.

As decisões da esfera contenciosa desta Corte IDH são obrigatórias para todos os Estados que tiverem aceito a sua competência, neste tipo de matéria, além do que imediatamente aplicáveis.

A Jurisprudência da Corte buscará, assim, assegurar a responsabilidade estatal em face das violações de direitos humanos arrolados na CADH, interpretando-a de maneira a operar proteção efetiva. Acerca disso, salienta o ex-Juiz desta Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 93 e 108):

A jurisdicionalização dos procedimentos de proteção constitui uma garantia para todos, contra as tentações da seletividade, discricionariedade e casuísmo: é a que melhor atende o propósito humanitário dos mecanismos de salvaguarda internacional dos direitos humanos (que constituem uma garantia adicional quando os mecanismos de direito interno já não bastam), e é a que mais convém a todos, indivíduos demandantes e Estados demandados. É a que assegura o primado do Direito na busca da realização da justiça, na proteção dos direitos humanos. [...] A jurisprudência da Corte Interamericana tem buscado assegurar a proteção efetiva (*effet utile*) dos direitos consagrados na Convenção Americana. Tem, ademais, se mostrado dinâmica, acompanhando a evolução dos tempos, de modo a atender as novas necessidades de proteção.

Desta forma, importante será o entendimento acerca da atuação da Corte IDH no que tange aos direitos dos povos indígenas, nomeados pela Corte de povos originários ou tribais, vez que, buscarão pela proteção efetiva e realização de justiça por meio dos litígios contenciosos internacionais.

Num primeiro momento, a Corte IDH faz uma diferenciação entre povos originários e povos tribais, estes últimos que seriam aqueles que, não originários, conservam grande parte de seus usos e costumes. Consignou a Corte, entretanto que sua jurisprudência se aplica a ambos grupos de forma que os tribais compartilham. Vejamos o que restou decidido do Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname:

[...] características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo³⁵.

Após, a Corte passou a interpretar a primeiramente pelo Juiz Vio Grossi no caso Xámok Kásek vs. Paraguai a proteção dos direitos coletivos, nos ditames da Convenção nº. 169 e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, além do que a nova Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Não obstante, essa ainda não é a posição jurisprudencial adotada, que aparece por vezes isolada considerando o grupo como vítima de violações de direitos humanos.

³⁵ **Tradução própria:** [...] características sociais, culturais e econômicas distintivas, incluindo a relação especial com seus territórios ancestrais, que requer medidas especiais conforme o direito internacional dos direitos humanos, a fim de garantir a sobrevivência física e cultural referido povo.

Ocorre que, numa interpretação das leis locais latino americanas parece à Gina Donoso e Oswaldo Ruiz que poderia ser feita uma interpretação evolutiva e sistemática do entendimento, até então isolado da Corte IDH, vejamos.

[...] si el derecho internacional está ampliándose para cubrir a las colectividades indígenas y tribales como sujetos de derecho y lo mismo está ocurriendo en las legislaciones locales, la Corte podría entender que el artículo 1.2 de la Convención Americana ya no sería un obstáculo para que los grupos mencionados puedan ser considerados como víctimas de violaciones a sus derechos³⁶.

Assim, nos termos do art. 29 da CADH e bem como já estabelecido em casos como *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, a Corte poderia operar interpretações quanto aos direitos indígenas de forma a posicionar-se quanto ao caráter coletivo daqueles.

A importância desse reconhecimento se queda no fato que muitos desses direitos não são violados aos enquanto considerados membros das comunidades indígenas, individualmente, mas muito em geral quando estão em comunidade. A Comissão Interamericana ainda entende que esta dimensão coletiva dos direitos indígenas, coexistem com sua dimensão individual de direito, dando titularidade de direitos à um indivíduo que faz parte de um coletivo.

Para o arremate da substancial relevância desta Corte, Cançado Trindade (2003, p. 109) salienta:

A jurisprudência protetora da Corte Interamericana tem efetivamente contribuído à criação de uma *ordre public* internacional na região, baseada na observância dos direitos humanos. Em um continente marcado por incertezas e ameaças constantes aos direitos humanos, a jurisprudência evolutiva da Corte tem efetivamente estabelecido limites ao voluntarismo estatal, tem salvaguardado a integridade da Convenção Americana, e tem fortalecido a posição dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotados de plena capacidade processual internacional.

Portanto, o corpo jurisprudencial do órgão de monitoramento trazido à baila, traz desta maneira entendimentos que interpretam as próprias normas da Convenção Americana, fazendo-se assim de suma importância à garantia dos direitos

³⁶ **Tradução própria:** [...] se o direito internacional está se ampliando para cobrir as coletividades indígenas e tribais como sujeitos de direito e o mesmo está ocorrendo nas legislações locais, a Corte poderia entender que o artigo 1.2 da Convenção Americana já não seria um obstáculo para que os grupos mencionados possam ser considerados como vítimas de violações de seus direitos.

destes povos, podendo os Estados-partes pautarem-se nestas decisões de maneira a evitar possíveis violações dentro de seus territórios.

6.3 A Aplicabilidade das Normas de Direito Internacional à Luz do SIDH no Direito Brasileiro e o Caso Povo Xukuru do Ororubá vs. Brasil

A aplicabilidade de normas, bem como decisões de cunho internacional encontram em sua prática muitos óbices: decisões internas que não prezam pelas internacionais; ratificação para atender tão somente uma imagem, sem preocupação com o efetivo cumprimento dos acordos; preconceito e ignorância geral para com os direitos humanos, dentre outros.

A exemplo disso, o Brasil foi pela primeira vez acusado pela Comissão Interamericana do descumprimento de inúmeros dispositivos da CADH, em face dos direitos pertinentes aos povos indígenas, especificamente o Povo Xukuru do Ororubá – mesmo após, reiterada jurisprudência que se formou no seio do SIDH.

O Caso 12.728 está relacionado com a violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xukuru, em consequência da demora em mais de 16 (dezesesseis) anos no processo de reconhecimento e regularização de seus territórios, impedindo que este povo usufruísse de uma série de outros direitos de forma pacífica.

Ainda está relacionado o caso com a violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, em consequência do descumprimento da garantia de prazo razoável no mencionado processo administrativo de demarcação de terras (cujo o procedimento já explicamos), assim como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas em relação a parte das terras e territórios ancestrais do povo indígena Xucuru.

Não bastasse a demora para obtenção de uma declaração oficial sobre as terras Xukuru, que ainda hoje não conta com execução prática, as lideranças indígenas se viram constantemente ameaçadas por latifundiários locais na luta por seus direitos – fato este intrinsecamente ligado à falta de reconhecimento governamental do direito de posse sobre estas terras, que resultou em três mortes e diversas ameaças, conforme consta do Relatório da CIDH.

A Comissão Interamericana submeteu o caso à Jurisdição da Corte em 16 de março de 2016, tendo em vista que o Estado Brasileiro não cumpriu com as recomendações contidas no Relatório de Mérito. Em maio de 2017 foi realizada a

audiência do caso, que agora encontra-se o processo em fase de elaboração de sentença.

Segundo a CIDH (*online*, 2017):

:

Esse caso oferece à Corte Interamericana a oportunidade de aprofundar sua jurisprudência em matéria de propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais. Especificamente, sobre as características que deve ter um procedimento de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação dessas terras e territórios para que possa ser considerado compatível com as obrigações do Estado em matéria de propriedade coletiva e proteção judicial, com especial ênfase na necessidade de que tais procedimentos não se dilatem injustificadamente. Além disso, o caso permitiria à Corte se aprofundar sobre o alcance e conteúdo da obrigação de regularizar as terras e territórios ancestrais a fim de assegurar que, na prática, o direito de propriedade coletiva dos povos indígenas possa ser efetivado de maneira pacífica.

Destaca-se principalmente referido caso, por não abordar casos isolados, mas sim violações que ocorrem de maneira generalizada e refletem em outros povos originários e tribais do Brasil.

Referido padrão se substancia à medida que se vislumbra em meio aos três poderes, seja do Legislativo, Executivo ou Judiciário, deliberações que lesam os direitos indígenas em seu âmago – conforme já explicitado dos capítulos anteriores, como por exemplo, a tramitação do PEC 215 e a aplicação errônea da tese chamada de ‘Marco Temporal’.

Desta forma, vez que não somente tolera a discriminação e violência para com os povos indígenas, mas também dilata de maneira injustificada processos que promovem o pleno gozo de direitos fundamentais indígenas, poderá ser o Estado brasileiro internacionalmente responsabilizado por violações a direitos humanos perante a Corte IDH.

7 CONCLUSÕES FINAIS

Recentemente aprovada em âmbito regional, mais precisamente em junho do ano corrente, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas – DADPI, nos faz crer que o Direito Internacional pode exercer grande influência no que diz respeito aos direitos indígenas, colocando-se de instrumento de proteção numa realidade que ainda nega a estes povos direitos fundamentais pelo simples fato não serem povos “formadores de Estado”.

Referido documento estende e aperfeiçoa o Sistema Interamericano, de forma a consubstanciar suas decisões de maneira mais incisiva, decisões estas que já se mostram demasiado progressivas e abarcadoras de direitos plenos aos povos e comunidades indígenas.

O Caso Xukuru poderá condenar o Brasil quanto às violações acerca da demora excessiva da demarcação das terras destes povos, que geraram, por consequência quadro de instabilidade e conflitualidade ao povo do Ororubá.

Desta feita, por conta da tolerância sistêmica do Estado Brasileiro e a convalidação, por meio de seus poderes, da violência e intolerância para com os povos indígenas poderá ser condenado perante o Sistema Interamericano.

Referida e eventual condenação evidenciará, de maneira terminante, a especial atenção que o Estado brasileiro deverá tomar no que se refere aos povos originários e tribais, deveras marginalizados em seus direitos – motivo pelo qual se faz de suma importância colocar em prática as normas convencionais e consuetudinárias baseadas pelos princípios da não-discriminação e igualdade.

Consequentemente, medidas afirmativas e de reparação que derivam das reivindicações históricas sobre a terra, desenvolvimento de políticas públicas especialmente voltadas aos povos indígenas e mudanças na estrutura do Estado serão necessárias para garantir a pluralidade do Estado democrático do Brasil.

Ao restante da América, caberá atenção, para que não se repitam as violações cometidas pelo Estado brasileiro e assim não incorram também em constrangimento internacional ou, até mesmo, uma condenação jurisdicional.

Embora que de maneira lenta e gradativa, se espera que a luta dos povos indígenas inaugure uma onda de proteção dos direitos de todas as comunidades tradicionais existentes no Brasil, populações que vivem à margem da ignorância, sendo amplamente privadas de seus direitos.

Tais quais, além dos povos indígenas, as constituem os quilombolas, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco-de-babaçu, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, pescadores artesanais, marisqueiras, ribeirinhos, varjeiros, caiçaras, praieiros, sertanejos, jangadeiros, ciganos, açorianos, campeiros, varzanteiros, pantaneiros, geraizeiros, veredeiros, catingueiros, retireiros do Araguaia, dentre outros.

A pluralidade que constitui a sociedade nacional, tem sido por muitas vezes renegada pela maioria da sociedade, em nome de pretensos objetivos que seriam economicamente mais relevantes. Ocorre que, a multiculturalidade não se trata apenas do passado, tampouco de assuntos interessantes e peculiares que ocupam um museu ou palco como atrações turísticas.

A miscigenação brasileira, em que pese tenha se iniciado por meio de uma invasão violenta, esta última não necessita reiteração no cenário atual, tratando-se do único ponto a ser deixado no passado e apenas lembrado de modo a não ser repetido.

Cabe, desta maneira e em muito, aos operadores do Direito enxergar que por trás de toda a história da colonização, encontra-se, de forma contemporânea, suas consequências correntes que devem ser vistas como nada menos que uma questão de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, S. James. **Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. Tradução de: Luis Rodríguez-Piñero Royo, Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero Salvador.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.

BERGOLD, Raul Cezar e SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.). **Os Direitos dos Povos Indígenas: desafios no século XXI**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Informe de Mérito n.º 44/15: Caso 12.728 “Xukuru do Ororubá Vs. Brasil”**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2017.

_____. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos**. Washington: OEA, 2009.

CONFERÊNCIA DE POLÍTICA INDIGENISTA. Disponível em: <<http://www.conferenciaindigenista.funai.gov.br/index.php/2015/12/dilma-rousseff-anuncia-novas-demarcacoes-de-terras-indigenas-e-criacao-de-conselho-nacional-de-politica-indigenista/>>. Acesso em 28 mar. 2016.

Corte IDH. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Sentença de 29 de março de 2006: Mérito, reparações e custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. **Caso Comunidade Yakye Axa Vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005: Mérito, reparações e custas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Caso Saramaka Vs. Suriname.** Sentença de 28 de novembro de 2007: Mérito, reparações e custas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. **Caso Xámok Kásek Vs. Paraguai.** Sentença de 24 de agosto de 2010: Mérito, reparações e custas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da Violência: Ensaios de Antropologia Política.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. Tradução de: Carlos Eugênio Marcondes de Moura.

DIREITOS Humanos e Povos Indígenas. S.i.: ANDHEP, 2014. Sonor, color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Kp7PZMjy52Q>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FÓRUM - Direito Indígena. S.i.: TV Justiça, 2013. Sonor., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=snzcw93Dtwk>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. Vinculado ao Ministério da Justiça, por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Apresenta textos sobre a população indígena brasileira e o seu papel como órgão protetor. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. Traduzido por: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005.

LAS CASAS, Bartolomé de. **Princípios para Defender a Justiça dos Índios.** In: C.F. Marés de Souza Filho (org.). Textos Clássicos sobre o Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimidade para Agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas**. Brasília: Prol Editora, 2014. Tradução de: Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

MODO DE PRODUÇÃO ASIÁTICO. 2016. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/historia/modo_producao_asiatico.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

OLIVEIRA, João Pacheco. Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito. *In*: SILVA, Aracy Lopes da. GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. (Organizadores). **A Temática Indígena na Escola: Novos subsídios para professores de 1º e 2º graus**. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO ESCRITÓRIO NO BRASIL. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente a ação da OIT**. Brasília: 2011.

PAIVA, Caio e ARAGON HEEMANN Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. Os fundamentos jurídicos das terras de quilombos. *In*: OLIVEIRA, Leinad Ayer de. **Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

Portal Brasil (Ed.). **Brasil tem quase 900 mil índios de 305 etnias e 274 idiomas**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomas>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/ameacas,-conflitos-e-polemicas/lista-de-ataques-ao-direito-indigena-a-terra>>. Acesso em 28 mar. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUSA, Rainer Gonçalves. "**Mita e Encomienda**"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historia-da-america/mita-encomienda.htm>>. Acesso em 28 de abr. 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina**. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RICARDO, Fany e RICARDO, Beto (Editores Gerais). **Povos Indígenas No Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

ANEXOS

Anexo A – Quadro do Índice Demográfico Indígena na América Latina³⁷

Quadro II.1
América Latina (17 países): população indígena segundo
censos e estimativas, em torno de 2010
(Em números e percentagens)

País e ano do censo	População total	População indígena total	Percentagem de população indígena
Resultados			
Argentina, 2010	40 117 096	955 032	2,4
Brasil, 2010	190 755 799	896 917	0,5
Chile, 2012 ^a	16 341 929	1 805 243	11,0
Costa Rica, 2011	4 301 712	104 143	2,4
Equador, 2010	14 483 499	1 018 176	7,0
México, 2010 ^b	112 336 538	16 933 283	15,1
Panamá, 2010	3 405 813	417 559	12,3
Paraguai, 2012 ^c	6 232 511	112 848	1,8
Uruguai, 2011 ^d	3 251 654	76 452	2,4
Venezuela (República Bolivariana da), 2011	27 227 930	724 592	2,7
Estimativas 2010^e			
Bolívia (Estado Plurinacional da)	9 995 000	6 216 026	62,2
Colômbia	46 448 000	1 559 852	3,4
El Salvador	6 218 000	14 408	0,2
Guatemala	14 334 000	5 881 009	41,0
Honduras	7 619 000	536 541	7,0
Nicarágua	5 813 000	518 104	8,9
Peru ^f	29 272 000	7 021 271	24,0
Total	538 153 481	44 791 456	8,3

Fonte: Centro Latino-Americano e Caribenho de Demografia (CELADE) - Divisão de População da CEPAL, com base em processamentos especiais dos microdados censitários, exceto na Argentina: Instituto Nacional de Estadística e Censos (INDEC), "Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Censo del Bicentenario: Resultados definitivos," Serie B, N° 2, Buenos Aires, 2012; e Brasil: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2012), "Censo Demográfico 2010: Características gerais dos indígenas. Resultados do universo," Rio de Janeiro, 2012.

- ^a Embora estes sejam os resultados do Censo 2012 no Chile, devido a seus problemas de qualidade, o governo atual não o considera oficial. Cabe assinalar que a Pesquisa de Caracterização Socioeconômica Nacional (CASEN) registrou 8,1% de população indígena em 2011.
- ^b Já que a pergunta sobre pertencimento étnico no México foi aplicada à população com mais de três anos, atribuiu-se a condição indígena aos menores de três anos quando o chefe de família ou seu cônjuge se declarava indígena.
- ^c Corresponde aos resultados preliminares do Censo Indígena no Paraguai. Falta somar a população indígena captada no Censo Geral, ainda não disponível.
- ^d No Uruguai, a pergunta sobre reconhecimento de ascendência com categorias de resposta múltiplas produz um total indígena de 159.319 pessoas.
- ^e Para estes países ainda não se dispõe de resultados censitários da década de 2010. Portanto, tomamos as percentagens de população indígena derivadas do último censo disponível e aplicamos à população total estimada de 2010, com base nas estimativas de população elaboradas pelo Centro Latino-Americano e Caribenho de Demografia (CELADE) - Divisão de População da CEPAL (CEPAL, 2013b).
- ^f Como o Censo 2007 do Peru incluiu somente o idioma materno, estimou-se a população indígena com o seguinte critério: quando o chefe de família ou seu cônjuge declarava um idioma indígena, todos os membros da família foram considerados como indígenas.

³⁷ Disponível em: < <http://bit.ly/2xerUha>>.

Anexo B – Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas (2017)

ASAMBLEA GENERAL



CUADRAGÉSIMO SEXTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
13 al 15 de junio de 2016
Santo Domingo, República Dominicana

OEA/Ser.P
AG/doc.5537/16
8 junio 2016
Original: español

Punto 25 del temario

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

(Acordado por el Consejo Permanente en la sesión celebrada el 7 de junio de 2016)^{38/}

LA ASAMBLEA GENERAL,

RECORDANDO el contenido de la resolución AG/RES. 2867 (XLIV-O/14), “Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, así como todas las resoluciones anteriores relativas a este tema;

RECORDANDO igualmente la “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas”, documento AG/DEC. 79 (XLIV-O/14), que reafirma como una prioridad de la Organización de los Estados Americanos avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECONOCIENDO el valioso apoyo al proceso en el seno del “Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” por parte de los Estados Miembros, los Estados Observadores, los órganos, organismos y entidades de la Organización de los Estados Americanos;

RECONOCIENDO también la importante participación de los pueblos indígenas de las Américas en el proceso de elaboración de esta Declaración

³⁸. La Delegación de Brasil reiteró durante la reunión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos celebrada el 2 de Junio de 2016 la declaración presentada, el 19 de Mayo de 2016 ...

TENIENDO EN CUENTA el significativo aporte de los pueblos indígenas de las Américas para la humanidad,

RESUELVE:

Aprobar la siguiente Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas: ^{39/40/}

**DECLARACIÓN AMERICANA
SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

PREÂMBULO

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante los Estados)

RECONOCIENDO:

Que los derechos de los pueblos indígenas constituyen un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y el futuro de las Américas;

La importante presencia de pueblos indígenas en las Américas, y su inmensa contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades y reiterando nuestro compromiso con su bienestar económico y social así como la obligación a respetar sus derechos y su identidad cultural; y

La importancia que tiene para la humanidad la existencia de los pueblos y las culturas indígenas de las Américas;

REAFIRMANDO que los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas;

PREOCUPADOS por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses;

RECONOCIENDO la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos;

39. Estados Unidos desea reiterar su compromiso para atender los apremiantes problemas que atañen a los pueblos indígenas en el continente, incluido el combate a la discriminación social de que son objeto,...

40. Canadá reitera su compromiso con una renovada relación con sus pueblos indígenas fundamentada en el reconocimiento de derechos, el respeto, la cooperación y la colaboración. Canadá está ahora ...

RECONOCIENDO ASIMISMO que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente;

TENIENDO PRESENTE los avances logrados en el ámbito internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

TENIENDO PRESENTE TAMBIÉN los progresos nacionales constitucionales, legislativos y jurisprudenciales alcanzados en las Américas para garantizar, promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas, así como la voluntad política de los Estados de seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECORDANDO los compromisos asumidos por los Estados miembros para garantizar, promover y proteger los derechos e instituciones de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos asumidos en la Tercera y Cuarta Cumbre de las Américas;

RECORDANDO ADEMÁS la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional.

CONVENCIDOS que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe;

CONSIDERANDO la importancia de eliminar todas las formas de discriminación que puedan afectar a los pueblos indígenas y teniendo en cuenta la responsabilidad de los Estados para combatirlas;

ALENTANDO a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados; (**Aprobado** el 13 de mayo de 2015 – Decimoctava Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

DECLARAN:

SECCIÓN PRIMERA: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances

Artículo I.

1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.

2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.

Artículo II.

Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades.

Artículo III.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo IV.

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

SECCIÓN SEGUNDA: Derechos Humanos y Derechos Colectivos

Artículo V. Plena vigencia de los derechos humanos

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo VI. Derechos colectivos

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Artículo VII. Igualdad de género

1. Las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación.

2. Los Estados reconocen que la violencia contra las personas y los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

3. Los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas.

Artículo VIII. Derecho a pertenecer a pueblos indígenas

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo IX. Personalidad jurídica

Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración.

Artículo X. Rechazo a la asimilación

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.

2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

Artículo XI. Protección contra el genocidio

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio.

Artículo XII. Garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia. Los Estados adoptarán las medidas preventivas y correctivas necesarias para la plena y efectiva protección de este derecho.

SECCIÓN TERCERA: Identidad cultural

Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

Artículo XIV. Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares.

2. Los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas.

3. Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.

4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, realizarán esfuerzos para que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Artículo XV. Educación

1. Los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación.

2. Los Estados y los pueblos indígenas, en concordancia con el principio de igualdad de oportunidades, promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje

4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas.

5. Los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los

sistemas educativos estatales currícula con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural que refleje las cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos.

6. Los Estados, conjuntamente con los pueblos indígenas, deberán tomar medidas necesarias y eficaces para el ejercicio y cumplimiento de estos derechos.

Artículo XVI. Espiritualidad indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer libremente su propia espiritualidad y creencias y, en virtud de ello, a practicar, desarrollar, transmitir y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias, y a realizarlas tanto en público como en privado, individual y colectivamente.

2. Ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otro tipo de medidas coercitivas que afecten o limiten su derecho a ejercer libremente su espiritualidad y creencias indígenas.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.

4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para promover el respeto a la espiritualidad y creencias indígenas y, proteger la integridad de los símbolos, prácticas, ceremonias, expresiones y formas espirituales de los pueblos indígenas, de conformidad con el derecho internacional.

Artículo XVII. Familia indígena

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

2. En asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria. En la determinación del interés superior del niño, las cortes y otras instituciones relevantes deberán tener presente el derecho de todo niño indígena, en común con miembros de su pueblo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua, y en ese sentido, deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, y su punto de vista, derechos e intereses, incluyendo las posiciones de los individuos, la familia, y la comunidad.

Artículo XVIII. Salud

1. Los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.

3. Los Estados tomarán medidas para prevenir y prohibir que los pueblos y las personas indígenas sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como la esterilización sin su consentimiento previo libre e informado. Asimismo, los pueblos y las personas indígenas tienen derecho, según sea el caso, al acceso a sus propios datos, expedientes médicos y documentos de investigación conducidos por personas e instituciones públicas o privadas.

4. Los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, sin discriminación alguna, todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general. Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud.

5. Los Estados garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en este artículo.

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.

3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas

4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

SECCIÓN CUARTA: Derechos Organizativos y Políticos

Artículo XX. Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento

1. Los pueblos indígenas tienen los derechos de asociación, reunión, organización y expresión, y a ejercerlos sin interferencias y de acuerdo a su cosmovisión, *inter alia*, sus valores, sus usos, sus costumbres, sus tradiciones ancestrales, sus creencias, su espiritualidad y otras prácticas culturales.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.

3. Los pueblos indígenas, en particular aquellos que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a transitar, mantener, desarrollar contactos, relaciones y cooperación directa, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus miembros y con otros pueblos.

4. Los Estados adoptarán, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de estos derechos.

Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno

1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.

Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.

3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.

4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.^{41/}

Artículo XXIV. Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados, y sus sucesores, de conformidad con su verdadero espíritu e intención, de buena fe y hacer que los mismos sean respetados y acatados por los Estados. Los Estados darán debida consideración al entendimiento que los pueblos indígenas han otorgado a los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Cuando las controversias no puedan ser resueltas entre las partes en relación a dichos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, estas serán sometidas a los órganos competentes, incluidos los órganos regionales e internacionales, por los Estados o Pueblos Indígenas interesados.

3. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

SECCIÓN QUINTA: Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad

Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.

^{41/} El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIII, numeral 2, de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.

2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

Artículo XXVII. Derechos laborales

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional. Los Estados adoptarán todas las medidas especiales para prevenir, sancionar y reparar la discriminación de que sean objeto los pueblos y las personas indígenas.

2. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, deberán adoptar medidas inmediatas y eficaces para eliminar prácticas laborales de explotación con respecto a los pueblos indígenas, en particular, las niñas, los niños, las mujeres y los ancianos indígenas.

3. En caso que los pueblos indígenas no estén protegidos eficazmente por las leyes aplicables a los trabajadores en general, los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, tomarán todas las medidas que puedan ser necesarias a fin de:

- a. proteger a trabajadores y empleados indígenas en materia de contratación bajo condiciones de empleo justas e igualitarias, tanto en los sistemas de trabajo formales como informales;

- b. establecer, aplicar o mejorar la inspección del trabajo y la aplicación de normas con particular atención, *inter alia*, a regiones, empresas o actividades laborales en las que tomen parte trabajadores o empleados indígenas;
 - c. establecer, aplicar, o hacer cumplir las leyes de manera que tanto trabajadoras y trabajadores indígenas:
 - i. gocen de igualdad de oportunidades y de trato en todos los términos, condiciones y beneficios de empleo, incluyendo formación y capacitación, bajo la legislación nacional y el derecho internacional;
 - ii. gocen del derecho de asociación, del derecho a establecer organizaciones sindicales y a participar en actividades sindicales y el derecho a negociar en forma colectiva con empleadores a través de representantes de su elección u organizaciones de trabajadores, incluidas sus autoridades tradicionales;
 - iii. a que no estén sujetos a discriminación o acoso por razones de, *inter alia*, raza, sexo, origen o identidad indígena;
 - iv. a que no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas la servidumbre por deudas o toda otra forma de trabajo forzado u obligatorio, así tenga este arreglo laboral su origen en la ley, en la costumbre o en un arreglo individual o colectivo, en cuyo caso el arreglo laboral será absolutamente nulo y sin valor;
 - v. a que no estén forzados a condiciones de trabajo peligrosas para su salud y seguridad personal; y que estén protegidos de trabajos que no cumplen con las normas de salud ocupacional y de seguridad; y
 - vi. a que reciban protección legal plena y efectiva, sin discriminación, cuando presten sus servicios como trabajadores estacionales, eventuales o migrantes, así como cuando estén contratados por empleadores de manera que reciban los beneficios de la legislación y la práctica nacionales, los que deben ser acordes con el derecho y las normas internacionales de derechos humanos para esta categoría de trabajadores;
 - d. asegurar que los trabajadores indígenas y sus empleadores estén informados acerca de los derechos de los trabajadores indígenas según las normas nacionales y el derecho internacional y normas indígenas, y de los recursos y acciones de que dispongan para proteger esos derechos.
4. Los Estados adoptarán medidas para promover el empleo de las personas indígenas.

Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas.

Artículo XXIX. Derecho al desarrollo

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.

2. Este derecho incluye la elaboración de las políticas, planes, programas y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y la implementación de acuerdo a su organización política y social, normas y procedimientos, sus propias cosmovisiones e instituciones.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernan y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.^{42/}

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio

^{42/} El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIX, numeral 4 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas para obtener ...

que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas.

Artículo XXX. Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la paz y a la seguridad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones para el mantenimiento de su organización y control de sus comunidades y pueblos
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.
4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades. Asimismo, los Estados:
 - a. No reclutarán a niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas en ninguna circunstancia;
 - b. Tomarán medidas de reparación efectiva y proporcionarán los recursos necesarios para las mismas, conjuntamente con los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado.
 - c. Tomarán medidas especiales y efectivas En colaboración con los pueblos indígenas para garantizar que las mujeres, niños y niñas indígenas vivan libres de toda forma de violencia, especialmente sexual y garantizarán el derecho de acceso a la justicia, la protección y reparación efectiva de los daños causados a las víctimas.
5. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.^{43/}

⁴³. El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXX, numeral 5 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, considerando que conforme al mandato contenido...

SECCIÓN SEXTA: Provisiones generales

Artículo XXXI

1. Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.

2. Los Estados promoverán, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

Artículo XXXII

Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizarán por igual a las mujeres y los hombres indígenas.

Artículo XXXIII

Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho.

Artículo XXXIV

En caso de conflictos y controversias con los pueblos indígenas, los Estados proveerán, con la participación plena y efectiva de dichos pueblos, mecanismos y procedimientos justos, equitativos y eficaces para la pronta resolución de los mismos. A estos fines, se dará la debida consideración y el reconocimiento a las costumbres, las tradiciones, las normas o los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados.

Artículo XXXV

Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna los derechos humanos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo XXXVI

En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

Artículo XXXVII

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente declaración.

Artículo XXXVIII

La Organización de los Estados Americanos, sus órganos, organismos y entidades tomarán las medidas necesarias para promover el pleno respeto, la protección y la aplicación de las disposiciones contenidas en esta Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo XXXIX

La naturaleza y el alcance de las medidas que deberán ser tomadas para dar cumplimiento a la presente Declaración, serán determinadas de acuerdo con el espíritu y propósito de la misma.

Artículo XL

Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe los derechos que los pueblos indígenas gozan en la actualidad o que puedan adquirir en el futuro.

Artículo XLI

Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas.

NOTA DE PIE DE PÁGINA

1. ... por la Delegación de Brasil a la XIX Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos del Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por medio de la cual dicha Delegación se reserva el derecho de hacer una revisión integral de la Declaración Americana para, si necesario, presentar eventuales notas explicativas que se hagan necesarias.

2. ...el incremento de su participación en los procesos políticos nacionales, la falta de infraestructura y las malas condiciones de vida imperantes en sus comunidades, el combate a la violencia contra las mujeres y niñas indígenas, la promoción de la repatriación de restos ancestrales y objetos ceremoniales, así como la colaboración en áreas relativas a los derechos territoriales y gobierno autónomo, entre otros. Las muchas iniciativas en curso con respecto a estos temas constituyen posibles oportunidades para atender algunas de las consecuencias de acciones pasadas. No obstante, Estados Unidos ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario.

Estados Unidos reitera su creencia, expresada ya desde hace mucho tiempo, de que la Organización de los Estados Americanos y sus Estados Miembros deberían seguir concentrándose en la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de las Naciones Unidas). Los Estados Miembros de la OEA se unieron a los Estados Miembros de las Naciones Unidas al renovar sus compromisos políticos con respecto a la mencionada declaración en la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas en septiembre de 2014. Las importantes y ambiciosas iniciativas en curso en el ámbito internacional para cumplir los correspondientes compromisos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas y en el documento final de la conferencia son en consecuencia el centro de atención y recursos de los Estados, los pueblos indígenas, la sociedad civil y las organizaciones internacionales, incluso de las Américas. En este sentido, Estados Unidos pretende seguir adelante con sus diligentes y proactivos esfuerzos, que ha emprendido en estrecha colaboración con pueblos indígenas en Estados Unidos y con muchos de los Estados Miembros de la OEA, para promover la consecución de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas y el cumplimiento de los compromisos contenidos en el documento final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Por último, cabe destacar que Estados Unidos reitera su solidaridad con los pueblos indígenas que han manifestado sus inquietudes con respecto a su falta de participación plena y efectiva en estas negociaciones.

3. ...totalmente comprometida –en plena alianza con los pueblos indígenas de Canadá– con la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con su constitución. En virtud de que Canadá no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por ahora no está en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración. Canadá está empeñado en seguir colaborando con sus contrapartes en la OEA abogando en favor de la causa indígena en las Américas

4. ...para obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior, considerando que el ordenamiento jurídico colombiano, define el derecho de consulta previa de estas comunidades, de acuerdo con el Convenio No. 169 de la OIT. Es así que, la Corte Constitucional Colombiana, establece que el proceso de consulta debe llevarse a cabo “con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”. Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad”.

Así mismo, el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido que la consulta previa, no implica un derecho a vetar decisiones estatales, sino que es un mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a expresarse y a influenciar en el proceso de toma de decisiones.

5... el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos.

Lo anterior, considerando que a pesar de que el Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento

jurídico una amplia gama de derechos dirigidos a reconocer, garantizar y hacer exigibles los derechos y principios constitucionales de pluralismo y diversidad étnica y cultural de la nación, bajo el marco de la Constitución Política, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, está regulado por disposiciones legales y administrativas, en armonía con los fines del Estado, y con principios como la función social y ecológica de la propiedad, y la propiedad estatal del subsuelo y los recursos naturales no renovables.

En este entendido, en estos territorios los pueblos indígenas ejercen su propia organización política, social y judicial. Por mandato constitucional, sus autoridades se reconocen como autoridades estatales públicas de carácter especial y, en materia judicial, se reconoce la jurisdicción especial indígena, avance notable en relación con otros países de la región.

En el contexto internacional, Colombia ha sido un país líder en la aplicación de las disposiciones sobre consulta previa del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que es parte nuestro Estado.

Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia.

Adicionalmente, es importante destacar que muchos Estados, incluido Colombia, consagran constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de toda la nación. Por esta razón, las disposiciones contenidas en este artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional.

6. ...en la Constitución Política de Colombia, la Fuerza Pública está en la obligación de hacer presencia en cualquier lugar del territorio nacional para brindar y garantizar a todos los habitantes la protección y respeto de su vida, honra y bienes, tanto individuales como colectivos. La protección de los derechos de las comunidades indígenas y su integridad dependen en gran medida de la seguridad de sus territorios.

Así las cosas, en Colombia se han expedido instrucciones a la Fuerza Pública para dar cumplimiento a la obligación de protección de los pueblos indígenas. En ese sentido, la citada disposición de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, contraría el principio de Necesidad y Eficacia de la Fuerza Pública, impidiendo el cumplimiento de su misión institucional, lo que hace que resulte inaceptable para Colombia.

NOTAS DE INTERPRETACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE COLOMBIA

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 1 DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO VIII DE LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con el Artículo VIII, sobre el Derecho a pertenecer a pueblos Indígenas, Colombia declara expresamente que el derecho a pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, se regirá por la Autonomía de cada pueblo indígena.

Lo anterior en razón al Artículo 8, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Es importante precisar, que en la situación en que una persona comparta distintos orígenes indígenas, es decir, cuando su madre es perteneciente a una etnia y su padre a otra (por dar un ejemplo), solamente podrá definirse la pertenencia a uno u otro de los pueblos indígenas, dependiendo de las tradiciones en contacto. Es decir, para efectos de establecer la pertenencia de un individuo a determinado pueblo indígena, deberá examinarse de manera casuística los patrones culturales que definen las relaciones de parentesco, autoridad y adscripción étnica.

No es lo mismo un caso de contacto entre dos tradiciones matrilineales, que un contacto entre una tradición matrilineal y una patrilineal. De igual manera debería establecerse la jurisdicción dentro de la cual habita el individuo, las obligaciones derivadas del régimen de derechos contenidos dentro del fuero propio, así como el contexto socio geográfico en el que específicamente desarrolla sus actividades cotidianas, culturales y políticas.

A continuación se transcribe el párrafo al que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO VIII DERECHO A PERTENECER A PUEBLOS INDÍGENAS

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 2
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS XIII, NUMERAL 2; XVI,
NUMERAL 3; XX NUMERAL 2; Y XXXI, NUMERAL 1 DE LA DECLARACIÓN DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con la noción de lugares y objetos sagrados a los que se refieren los artículos XIII, numeral 2; XVI, numeral 3; XX, numeral 2; y, XXXI, numeral 1 de la Declaración de los Pueblos Indígenas de la OEA, el Estado Colombiano declara expresamente que la definición y regulación de los lugares y objetos sagrados de los pueblos indígenas, se regirá por los desarrollos alcanzados en el plano nacional. Dado que no existe una definición internacionalmente aceptada y que ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hacen referencia a dichos términos o los definen.

A este respecto, Colombia viene avanzando en una regulación sobre el particular que ha contado y continuará contando con la participación de los pueblos indígenas y avanzará en dicho propósito, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano y, cuando corresponda, conforme los instrumentos internacionales aplicables.

A continuación se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIII.
DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

2. “Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.”

ARTÍCULO XVI.
ESPIRITUALIDAD INDÍGENA

3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.”

ARTÍCULO XX.
DERECHOS DE ASOCIACIÓN, REUNIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PENSAMIENTO

2. “Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.”

ARTÍCULO XXXI

1. “Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.”

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 3
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACION CON EL ARTÍCULO XIII, NUMERAL 2 DE LA
DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

El Estado de Colombia, declara expresamente que el derecho de los pueblos indígenas, a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, está sujeto al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la normatividad interna vigente.

A continuación se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIV.
SISTEMAS DE CONOCIMIENTOS, LENGUAJE Y COMUNICACIÓN

3. “Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.”