

**UMA ANÁLISE DO DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: O BRASIL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Julia Thais de Assis Moraes

MARÍLIA
UNESP 2022

**UMA ANÁLISE DO DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: O BRASIL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de defesa apresentado à banca examinadora da Faculdade de Filosofia e Ciências, da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Marília, para a obtenção do título de mestre(a) no Mestrado do Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais, linha 4 – Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Salatini de Almeida

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES

**UMA ANÁLISE DO DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: O BRASIL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de defesa apresentado à banca examinadora da Faculdade de Filosofia e Ciências, da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Marília, para a obtenção do título de mestre(a) no Mestrado do Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais, linha 4 – Relações Internacionais e Desenvolvimento.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

Prof.(a). Dr(a). Rafael Salatini De Almeida, Departamento de Ciências Políticas e Econômicas / Unesp, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília.

2º Examinador: _____

Prof.(a). Dr(a). Jose Geraldo Alberto Bertoncini Poker,
Departamento de Sociologia e Antropologia / Unesp, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília.

3º Examinador: _____

Prof.(a). Dr(a). Vivianne Rigoldi
Departamento de Direito / Centro Universitário Eurípides de Marília -
UNIVEM.

Marília, 02 de maio de 2022.

M827a Moraes, Julia Thais de Assis
UMA ANÁLISE DO DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA PERSPECTIVA
DOS DIREITOS HUMANOS: O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS / Julia Thais de Assis Moraes. -- Marília, 2022
117 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de
Filosofia e Ciências, Marília
Orientador: Rafael Salatini de Almeida

1. Direitos humanos indígenas;. 2. direito indígena à terra;. 3. Convenção
Interamericana de Direitos Humanos;. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos;. 5.
Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília.

Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

RESUMO: A presente dissertação visa analisar o direito às terras indígenas na perspectiva dos direitos humanos. O aporte primário da pesquisa é a legislação internacional, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de Direitos Humanos (1969), a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (1957), a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e demais normas internacionais atinentes à temática. Justifica-se o referido aporte primário em virtude das normas internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos serem elementares na proteção aos direitos humanos indígenas. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho é elementar, pois estruturou no direito a diferença, levando os direitos humanos pautados em uma perspectiva universal a compreender as diferenças culturais devem ser levadas em consideração para que se possa proteger grupos minoritários como os indígenas. Assim, adota-se uma visão multicultural dos direitos humanos, na qual se reconhece o caráter universal dos direitos humanos, mas se entende que a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas (2007) e a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (2016) são fruto da compreensão internacional de que, para proteger alguns grupos, deve-se compreendê-los em conformidade com a sua cultura, visto que isso diferencia os conteúdos de direitos tidos como universais. Como aporte secundário, tem-se a Constituição Federal de 1988, que possibilitou a internalização dos direitos humanos no ordenamento normativo brasileiro, tornando o Brasil signatário de documentos de direitos humanos, e possibilitou incorporação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo geral da pesquisa é investigar a construção dos direitos humanos, com ênfase nos direitos humanos indígenas. E, como objetivo específico, tem-se a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Brasil, no sentido que essa corte regional que consolidou uma ampla jurisprudência protetiva aos direitos humanos indígenas territoriais, e o Brasil, ao se submeter à sua jurisdição, tem o dever de respeitar as decisões proferidas pela mesma diante de suas demandas face à corte. Dessa forma, parte-se do seguinte questionamento hipotético: como se deu a construção dos direitos humanos em torno dos indígenas e como o Brasil se tornou signatária da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos? Questionamento que se pretende responder a partir de procedimentos metodológicos que incluem levantamento bibliográfico primário (legislação) e secundário (textos teóricos e complementares) e de dados qualitativos e quantitativos secundários.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos indígenas; direito indígena à terra; Convenção Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.

ABSTRACT: This dissertation aims to analyze the right to indigenous lands from the perspective of human rights. The primary input of the research is international legislation, as well as the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Convention on Human Rights and Human Rights (1969), Convention no. 107 of the International Labor Organization (1957), Convention no. 169 of the International Labor Organization (1989) and other international standards related to the subject. This primary contribution is justified by virtue of international norms and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights being elementary in the protection of indigenous human rights. Convention no. 169 of the International Labor Organization is elementary, as it structured the right to difference, taking human rights based on a universal perspective to understand cultural differences must be taken into account so that minority groups such as indigenous peoples can be protected. Thus, a multicultural vision of human rights is adopted, in which the universal character of human rights is recognized, but it is understood that Convention no. 169 of the International Labor Organization, the United Nations Declaration on Indigenous Rights (2007) and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of the Organization of American States (2016) are the result of the international understanding that, in order to protect some groups, one must It is necessary to understand them in accordance with their culture, as this differentiates the contents of rights considered universal. As a secondary contribution, there is the Federal Constitution of 1988, which enabled the internalization of human rights in the Brazilian regulatory system, making Brazil a signatory of human rights documents, and made possible the incorporation of the Inter-American Convention on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. Humans. The general objective of the research is to investigate the construction of human rights, with an emphasis on indigenous human rights. And, as a specific objective, there is the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and of Brazil, in the sense that this regional court, which consolidated a broad jurisprudence protecting territorial indigenous human rights, and Brazil, by submitting to its jurisdiction, has the duty to respect the decisions rendered by the same in the face of its demands before the court. Thus, it starts with the following hypothetical question: how was the construction of human rights around indigenous peoples and how did Brazil become a signatory to the Inter-American Convention on Human Rights and the decisions handed down by the Inter-American Court of Human Rights? This question is intended to be answered using methodological procedures that include a primary (legislation) and secondary (theoretical and complementary texts) bibliographic survey and secondary qualitative and quantitative data.

KEYWORDS: Indigenous human rights; indigenous right to land; Inter-American Convention on Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; Convention no. 169 of the International Labor Organization.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lucas e Luzia, por terem me apoiado nessa jornada acadêmica.

Aos meus irmãos, Aline e Lucas, que sempre foram exemplos de dedicação e empenho e sempre me fortaleceram na caminhada de estudos.

Ao meu sobrinho João Lucas Moraes, que me acompanhou fielmente nas tardes de escrita dessa dissertação, ora reclamando que a tia apenas trabalhava, ora com seu computador de brinquedo embaixo da minha mesa dizendo: "Olha, Tia Julia, estou trabalhando como você!" Seu sorriso e suas brincadeiras me auxiliaram a continuar.

Aos meus professores da graduação em Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS-CPTL), Silvia Dettmer Araújo e Osvaldo Castro, que me apoiaram a caminhar pela pesquisa.

Aos meus professores da pós-graduação em Direito no Centro Universitário "Eurípides de Marília" (Univem), Vivianne Rigoldi, Edinilson Donizete Machado e Ivanaldo Santos (*in memoriam*), os quais me apoiaram a seguir em frente na jornada dupla de mestrados.

Aos meus professores, Laércio Fidélis Dias, que me recebeu no presente Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista (Campus de Marília), disposto a transmitir todo seu conhecimento antropológico a uma estudante de Direito.

Ao professor Rafael Sallatini, que sempre esteve de prontidão para me auxiliar com minhas inquietações, e milhares de tarefas que desenvolvi durante essa caminhada, bem como em se tornar meu segundo orientador neste Programa de Pós-Graduação.

INTRODUÇÃO	10
1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	17
1.1. O PROCESSO HISTÓRICO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	18
1.2. A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	22
1.3. O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS	27
1.3.1. O universalismo dos direitos humanos	32
1.4. OS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: A COMPREENSÃO DA DIFERENÇA CULTURAL	36
1.4.1. Os documentos internacionais de direitos humanos voltados a proteção dos direitos indígenas como expressão do multiculturalismo.....	43
2. A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS TERRITORIAIS INDÍGENAS	46
2.1. CONVENÇÃO N. 107 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UM MARCO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS E UMA CONTRADIÇÃO	47
2.2. CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS	52
2.3. A DECLARAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS	57
2.4. A DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ÂMBITO DOS ESTADOS AMERICANOS	62

3. OS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	68
3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS	69
3.2. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL ...	72
3.3. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	80
3.4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	85
4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS O JULGAMENTO DE TERRAS INDÍGENAS: O BRASIL E A CORTE	90
4.1. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TERRITORIAIS DA COMUNIDADE YANOMAMI	94
4.2. O HISTÓRICO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SUA JUDICIALIZAÇÃO FACE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	97
4.3. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO XUCURU	100
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa analisar o direito às terras indígenas na perspectiva dos direitos humanos face ao ordenamento normativo brasileiro. O aporte primário empregado na pesquisa foram os direitos humanos que asseguram o direito a terra indígena.

A análise se centra em normas internacionais que versam sobre a proteção do direito às terras indígenas e que foram incorporadas ao ordenamento normativo brasileiro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Destaca-se que a pesquisa adotou uma perspectiva multicultural dos direitos humanos, que reconhece o caráter universal dos direitos humanos, mas compreende que a relativização dos direitos humanos se dá de modo positivo em torno da existência de diferentes culturas e de uma proteção mais efetiva aos grupos minoritários.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) assegurou diversos direitos humanos aos grupos majoritários. Possibilitando posteriormente que esses direitos deveriam ser estendidos aos grupos não majoritários existentes na sociedade, segundo a percepção destes mesmos.

A partir disso, há o reconhecimento na diferença nos documentos normativos de direitos humanos, como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, destinada à proteção dos grupos indígenas. E essa relativização assegurou a proteção dos indígenas e de seus direitos, que têm conotações diferentes do aqueles direitos previstos nos documentos universais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Diante disso, é preciso ter claro que a perspectiva adotada no trabalho é a concepção multicultural dos direitos humanos. Perspectiva que reconhece o caráter universal dos direitos humanos, mas que compreende que a diversidade cultural leva defesa de conteúdo de direitos diversos daqueles puramente ocidentais, em razão da relativização desses direitos, uma vez que cada cultura exige uma proteção específica de acordo com seus costumes e organização social.

Torna-se necessário também esclarecer o conceito do que são “indígenas”, os titulares do objeto da presente pesquisa. Para conceituar o termo “indígenas”, o estudo

escolheu a definição apresentada pelo Relator Especial das Nações Unidas em 1971, José R. Martínez Cobo, que fora adotada pela doutrina internacional especializada.

Segundo a definição apresentada pelo Relator da ONU, indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-invasão e pré-coloniais que se desenvolveram nos seus territórios, se consideram distintos de outros setores das sociedades agora prevalecentes nesses territórios ou em parte deles (COBO, 1987, tradução nossa).

Atualmente, representam setores não-dominantes da sociedade e estão determinados em preservar, desenvolver e transmitir às gerações futuras os seus territórios ancestrais e a sua identidade étnica, com base da sua existência continuada como povos, de acordo com os seus próprios padrões culturais, instituições sociais e sistemas jurídicos (COBO, 1987, tradução nossa).

A partir dessa definição, é possível concluir quatro elementos que caracterizam os indígenas: (1) a anterioridade histórica, (2) a cultura distinta da sociedade abrangente, (3) a posição não dominante, e (4) a auto-identificação (MAIA & PRADO, 2012, p. 08).

Os três primeiros são elementos objetivos, que se relacionam com a história, a geográfica, um idioma comum, uma identidade cultural, social, política e econômica própria.

E o último elemento, a auto-identificação, se refere a um aspecto subjetivo, relativo ao sentimento de pertença do indivíduo a um grupo, que deve, por seu turno, aceitar os índios costumando se auto-designar como os descendentes dos habitantes originários de um país (MAIA & PRADO, 2012, p. 18).

Esclarecido o conceito de “indígenas”, cabe destacar que, ao longo da presente pesquisa, os termos “indígenas”, “índios”, “comunidades indígenas” ou “comunidades tradicionais” serão empregadas como praticamente sinônimos, compartilhando do mesmo conceito de Martínez Cobo adotado pelo estudo.

Quanto ao conceito de direitos humanos, de acordo com Louis Henkin, os direitos humanos são definidos como um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Sendo direitos concebidos de modo a abranger reivindicações morais e políticas que todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo (HENKIN, 1990, p. 03).

No que diz respeito ao processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos, considera-se que esse se deu efetivamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Os principais direitos humanos universalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) eram a liberdade, a igualdade e a fraternidade (COMPARATO, 2010, p. 240). A igualdade configuraria tratamento igualitário, independente de raça, costume ou gênero.

A liberdade estabeleceria que nenhum ser humano poderá ser submetido a tratamento desumano ou ser mantido em regime de escravidão. Enquanto a fraternidade ou solidariedade se referia aos direitos sociais, culturais e econômicos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) é considerada um marco na universalização dos direitos humanos; portanto, sua análise se torna essencial na pesquisa. Entretanto, os direitos humanos em uma perspectiva multicultural e relativizada para a proteção dos indígenas só começa a ser delineada a partir da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho passou a internacionalizar os direitos humanos a partir da perspectiva da diferença cultural, proporcionando aos indígenas a proteção de acordo com seus usos, costumes e tradições. Visto que a igualdade, liberdade e a solidariedade, sob a ótica da cultura indígena, são diferentes daquela prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

Sendo que, apenas a partir disso, se tornou possível a proteção efetiva dos direitos humanos indígenas. Como é possível visualizar por meio dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se pauta no conteúdo do direito reivindicado pelos indígenas e não apenas a um direito propriamente dito.

Os direitos humanos relacionados ao reconhecimento dos direitos e das singulares das identidades coletivas tradicionais se deram no século XX, por meio de instrumentos normativos internacionais, firmados e incorporados por vários Estados (OLIVEIRA, BRAUN, GIACHIN, 2019). A partir disso, os indígenas foram gradativamente alcançando a titularidade e o gozo dos direitos humanos individuais e coletivos.

E, como símbolo dos direitos humanos pautados na diferença oriunda da cultura, para proteger grupos diferenciados, tem-se a Convenção n. 169 Organização Internacional do Trabalho de 1989. Primeiro documento a utilizar o termo “povos” como sujeitos do direito internacional, referindo-se às sociedades indígenas, e a reconhecer os aspectos coletivos da relação indígena com a terra, bem como a posse coletiva de territórios tradicionais, a autodeterminação, os usos, costumes e tradições indígenas.

Assim, os direitos humanos previstos na legislação internacional se tornam relevantes face ao ordenamento normativo brasileiro, pois a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu texto preambular, a harmonia com o ordenamento internacional.

E, visando tornar esse compromisso uma norma imperativa, o artigo 4º, II, da mesma constituição estabelece o princípio das prevalências dos direitos humanos nas relações da República Federativa do Brasil.

E, ainda no mesmo sentido de tornar imperativo os direitos humanos face ao ordenamento pátrio, o artigo 5º, § 2º, prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição [Federal] 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”.

Infere-se, então, que a influência dos direitos humanos é evidente nas normas brasileiras. Assim, torna-se possível analisar os direitos humanos às terras originárias face ao ordenamento normativo brasileiro.

Com isso, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho foram incorporadas ao ordenamento normativo pátrio, possibilitando uma proteção ainda maior aos direitos humanos indígenas. A Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho são, assim, o aporte primário da presente pesquisa.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um documento do sistema regional de proteção dos direitos humanos, que foi construído no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 1969. O sistema em que está inserida a Convenção Americana de Direitos Humanos é o, portanto, sistema regional americano.

Ressalta-se que esse não é um documento específico para a proteção de direitos humanos das comunidades tradicionais; porém, tornou-se um instrumento normativo efetivo na proteção aos direitos humanos dos indígenas, mais especificamente aos territórios tradicionais, devido à configuração da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A importância da Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto dos direitos humanos indígenas territoriais se dá pelo estabelecimento de um sistema de controle e supervisão das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-partes.

O Estado brasileiro se vinculou às obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992. E, a partir de então, passou a ter que seguir as normas protetivas contidas na convenção, o que consiste em seguir as diretrizes da convenção para a resolução de conflitos ligados a direitos humanos, que, em última instância, podem ser levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi determinada no artigo 52 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, através de sua atuação, uma vasta jurisprudência protetiva aos direitos territoriais indígenas foi consolidada, conforme será analisada em um capítulo específico da presente dissertação de mestrado.

E a consolidação de parâmetros normativos de direitos humanos indígenas provocou a necessidade do Brasil observar esses parâmetros, visto que se submeteu à Convenção Americana de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o direito costumeiro desses povos deve ser considerado nos julgamentos a respeito de seus territórios. Visto que a relação da terra para os indígenas se dá justamente pelo vínculo imaterial que possuem com seu território.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não contém um enunciado normativo específico em relação ao direito à propriedade coletiva. Portanto, esse direito decorre da interpretação do direito à propriedade privada, previsto no artigo 21 da convenção, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por meio de sua jurisprudência, possibilitou a constituição de parâmetros normativos de proteção às terras indígenas.

Relatada a concepção do direito à terra por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, é preciso analisar como se configurou o direito à terra na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, o marco do reconhecimento dos direitos humanos indígena no plano internacional.

Na referida convenção, prescreveu-se que aos povos interessados deveriam ser reconhecidos os direitos de posse e de propriedade sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Assim, esse enunciado normativo promove a obrigação de os Estados reconhecerem o direito às terras tradicionais às comunidades indígenas.

O reconhecimento internacional do direito às terras indígenas previsto por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conjunto com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstram que o território ou a terra indígena é considerada pressuposto elementar para que os demais direitos indígenas, como o exercício de sua cultura e tradição, sejam reconhecidos e respeitados.

Dessa forma, a pesquisa se dividiu na seguinte sistemática: o primeiro capítulo será dividido em quatro seções, sistemática empregada nos demais capítulos também, e tem como objetivo um panorama geral da construção dos direitos humanos.

O segundo capítulo será dedicado à análise específica da consolidação dos direitos humanos indígenas, visando demonstrar como era compreendido o direito à terra em cada documento normativo.

O terceiro capítulo visará analisar de modo específico o direito à terra indígena na Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o direito à terra na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

E o quarto capítulo, por fim, visará analisar a proteção aos direitos humanos territoriais indígenas no contexto do Brasil, face à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse capítulo se dedicará à reflexão de casos julgados da referida corte, de maneira a demonstrar como o Estado brasileiro se posiciona na esfera dos direitos humanos territoriais.

Para possibilitar a realização pesquisa, partimos do seguinte questionamento hipotético: como se deu a construção dos direitos humanos indígenas e como o Brasil se tornou signatária dos mesmos, visando à proteção dos direitos humanos territoriais indígenas?

Tal questionamento se pretende responder a partir de procedimentos metodológicos que incluem levantamento e análise bibliográficos primário (legislação) e secundário (textos teóricos e complementares) e de dados qualitativos e quantitativos especialmente secundários.

1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O presente capítulo objetiva delinear um panorama geral da construção histórica dos direitos humanos. A tarefa da primeira seção é demonstrar como se deu a consolidação dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Os direitos humanos são considerados um fenômeno do pós-Segunda Guerra Mundial, motivado pela necessidade de não haver mais na história as brutais violações de direitos humanos daquela era belicista (BUERGENTHAL, 1998).

Essa ideia construiu o consenso de que, se houvesse um sistema efetivo de proteção internacional de direitos humanos, violações da natureza que ocorreram naquele período poderiam ser evitadas. Um sistema que compreendesse o valor da pessoa humana, fundado no direito a ter direitos, consolidando o direito a ser sujeito de direito (LAFER, 1980).

A defesa internacional seria um instrumento mais apto a assegurar a responsabilização daquele Estado que não assegurou, por meio de sua ação ou omissão, a proteção da pessoa humana. Assim, a soberania de um ente estatal não poderia impedir a defesa dos direitos daqueles que se encontrassem em seu território (PIOVESAN, 2014, p. 219).

E, para que fosse viabilizado o sistema protetivo dos direitos humanos, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU). Instaurou-se uma nova conduta nas relações internacionais, que visava à manutenção da paz, ao desenvolvimento social e à proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, a segunda momento do presente capítulo visa analisar esse contexto de proteção aos direitos humanos por meio de um sistema internacional e o documento normativo que o inaugurou.

A terceira seção tem a tarefa de pontuar quais os documentos e organismos internacionais são incumbidos de assegurar a proteção aos direitos humanos. E, por fim, realiza-se uma análise da proteção dos direitos humanos destinadas aos indígenas, através da quarta seção.

1.1. O PROCESSO HISTÓRICO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Ao iniciar a análise do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), é necessário pontuar que a presente pesquisa defende a historicidade dos direitos humanos. A historicidade dos direitos humanos consiste na construção normativa destes por meio das lutas e reivindicações que os constituíram historicamente (SACHS, 2010, p. 156).

As reivindicações em torno da promoção dos direitos humanos se fundam na busca por dignidade humana, a qual é imprescindível para o desenvolvimento das potencialidades do sujeito humano¹. Entretanto, essas lutas proporcionam apenas o reconhecimento formal desses direitos.

E o reconhecimento formal dos direitos humanos diz respeito aos direitos humanos nascerem como direitos naturais universais e serem desenvolvidos como direitos positivos particulares². O desenvolvimento como direitos positivos particulares se projeta no momento em que cada constituição nacional incorpora as declarações de direitos humanos, classificando-os posteriormente como direitos positivos universais (BOBBIO, 1992, p. 123).

As reivindicações e lutas para a consolidação dos direitos humanos têm como marco histórico a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e principalmente o período do imediato pós-guerra. A Segunda Guerra Mundial se projeta como precedente de sistematização do sistema de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2014, p. 187).

Ressalta-se que a presente pesquisa também reconhece a contribuição histórica da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) para a consolidação dos direitos humanos. Entretanto, por motivos estruturais, optou-se em apenas analisar de modo geral o legado

¹ O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado (SOUSA, 2005).

² O homem pode racionalmente fazer julgamentos morais que não decorrem de uma pauta específica de valores, mas de princípios universais que são reconhecidos para além de conceitos históricos, econômicos, culturais, religiosos (BICK, 1995).

da Primeira Guerra Mundial em relação à sistematização protetiva dos direitos humanos, como a estruturação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O fim da Primeira Guerra Mundial, no ano de 1918, originou a estruturação da Liga das Nações, em 1919, visando à manutenção da paz, à cooperação e à segurança internacional. O documento que direcionava aquela organização internacional era a Convenção da Liga das Nações, de 1920, sendo possível visualizar esses objetivos no preâmbulo daquela convenção:

As partes contratantes, no sentido de promover a cooperação internacional e alcançar a paz e a segurança internacionais, com a aceitação da obrigação de não recorrer a guerra, com o propósito de estabelecer relações amistosas entre as nações, pela manutenção da justiça e com o extremo respeito para com as obrigações decorrentes dos tratados, no que tange a relação entre povos organizados uns com os outros concordam em firmar este Convênio da Liga das Nações.

Além do compromisso em promover a segurança internacional e a paz, a referida convenção também previa a proteção de minorias, como os indígenas. Nesse sentido, é possível inferir que, desde a Liga das Nações, já existia um consenso da necessidade de assegurar a defesa dos direitos internacionais, em especial das minorias.

Ainda segundo aquela convenção:

Art. 23. Sob a reserva e em conformidade com às disposições das Convenções internacionais atualmente existentes ou que serão ulteriormente concluídas, os membros da Sociedade: comprometem-se a garantir o tratamento equitativo das populações indígenas dos territórios submetidos à sua administração.

As previsões contidas na Convenção da Liga das Nações objetivavam comprometer os Estados a assegurar condições justas e dignas de trabalho para os cidadãos e principalmente para as minorias. A intenção normativa da convenção era limitar a concepção de soberania estatal absoluta, uma vez que a Convenção da Liga das Nações (1920) estabelecia sanções econômicas e militares aos Estados que violassem suas obrigações.

A limitação da soberania estatal, que até então era absoluta, demonstrava a necessária sujeição dos Estados em assegurar os direitos humanos em seus territórios nacionais. Em conjunto com a consolidação da Liga das Nações, desenvolveu-se também se desenvolveu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual se tornou elementar para a proteção dos indígenas no plano internacional.

O objetivo primário da Organização Internacional do Trabalho era estruturar padrões internacionais de condições de trabalho. E essa construção de padrões mínimos de proteção ao indivíduo direcionou os Estados a adotar os chamados “tratados de minorias”. A defesa das minorias no contexto da Organização Internacional do Trabalho se fundamentava na Declaração da Filadélfia.

A Declaração da Filadélfia foi adotada como anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. A adoção foi motivada pela afirmação contida nessa declaração, segundo a qual todos os seres humanos teriam o direito de buscar o progresso material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e dignidade, com segurança econômica e oportunidades iguais.

Com esse fundamento, a Organização Internacional do Trabalho estruturou “tratados de minorias”, que consistiam em normas protetivas destinadas a minorias étnicas nacionais, religiosas ou étnicas, como as comunidades indígenas, que são analisadas no presente estudo. Desse modo, a partir do momento que os Estados ratificassem os tratados de minorias, obrigatoriamente as minorias que habitassem seu território deveriam ser respeitadas.

Estruturada a Liga das Nações, bem como a Organização Internacional do Trabalho, no pós-Primeira Guerra Mundial, consolidou-se a noção de proteção de direitos humanos nos territórios nacionais, rompendo a ideia de soberania estatal absoluta.

A partir disso, o sujeito humano não poderia ser mais classificado como apenas um objeto internacional, sendo sujeito apenas ao seu território nacional, mas deveria ser entendido como um sujeito titular de direitos do plano internacional, que, posteriormente ao contexto da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se ainda mais.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a tarefa da Liga das Nações em garantir a manutenção da paz e a segurança internacional foi dissolvida. Entre 1939-1945, o mundo assistiu aos horrores daquela era belicista. Durante o período da Segunda Guerra Mundial, presenciou as atrocidades cometidas pelos Estados totalitaristas, que se orientavam por uma concepção restrita de soberania estatal.

E isso configurou um cenário que rompeu com a razoabilidade lógica de um ordenamento jurídico, que passou a ter como diretriz a ideia de que qualquer pessoa, em

qualquer momento, pode ser tratada como um elemento descartável. Esse cenário colocou as minorias diante de uma vulnerabilidade intensa.

E essa vulnerabilidade era instrumentalizada pela concepção nacional-socialista de que a chamada "raça ariana" seria superior às demais "raças humanas". E que seria necessário a promoção de uma unidade étnica, na qual as chamadas "raças inferiores" deveriam ser extirpadas do mundo. Com isso, as minorias, como judeus, homossexuais, ciganos, dentre tantos que não eram considerados descendentes da chamada "raça ariana", foram perseguidos e exterminados (BARKAN, 1993).

Destaca-se que o nacional-socialismo se estruturou sob um ordenamento normativo indiferente a valores éticos, vinculado apenas a uma perspectiva formal de sistema jurídico. Perspectiva que consiste na ascensão ao poder dentro de um quadro de legalidade que possibilitou a promoção da barbárie dentro da lei.

A partir de então, o pensamento kantiano, de que as pessoas devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio a ser arbitrariamente usado para esse ou aquele propósito, se tornou preponderante. Portanto, as "pessoas" deveriam constituir um fim em si mesmo, tendo um valor intrínseco e absoluto.

E esse valor único e absoluto refletia a dignidade que cada ser humano possui. Desse modo, ressalta Kant, dever-se-ia tratar a humanidade na pessoa de cada ser humano, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Nessa concepção, foi construída a proteção dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial.

Os direitos humanos passaram a se projetar como um sistema vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Esse ideal de reconstrução dos direitos humanos se tornou um paradigma referencial ético, no pós-Segunda Guerra Mundial, para direcionar a proteção internacional contemporânea.

Os acontecimentos do citado marco histórico originaram a certeza de que a proteção dos direitos humanos poderia se reduzir à esfera particular de um Estado. Criou-se então o consenso global de proteção segundo o qual a soberania estatal não seria de fato um princípio absoluto, mas deveria se sujeitar a determinadas limitações em defesa dos direitos humanos.

Na compreensão de Cançado Trindade, o pensamento estruturado no momento histórico pós-Segunda Guerra Mundial foi de que não se poderia mais visualizar a

humanidade como sujeito de direito a partir da ótica exclusiva do Estado, impondo-se o reconhecimento dos limites do Estado a partir da ótica da humanidade.

E, para que essa limitação se tornasse um imperativo, criou-se a Organização das Nações Unidas, adotando a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

1.2. A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945, em meio à Conferência de São Francisco, através da Carta das Nações Unidas. Criada a Organização das Nações Unidas, concretizou-se ainda mais a internacionalização da defesa dos direitos humanos.

Ressalta-se que a ideia de criação da Organização das Nações Unidas surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, pelos Estados contrários ao eixo totalitário, composto essencialmente pela Alemanha, Itália e Japão. Os países aliados, vencedores da Segunda Guerra Mundial, como EUA, Grã-Bretanha, França, URSS e China, se uniram para manutenção da paz e da segurança nacional, por meio da Organização das Nações Unidas (GUERRA, 2005, p. 550).

A criação da Organização das Nações Unidas tinha então como principal objetivo instituir a busca de soluções pacíficas de quaisquer conflitos que surgissem após a Segunda Guerra Mundial, bem como a cooperação internacional (MELLO, 2011). Segundo Mello (2004, p. 43), aquilo que o mundo de 1945 necessitava, em primeiro lugar, eram instituições que permitissem a cooperação internacional.

Assim, a Organização das Nações Unidas seria uma organização apta para se tornar uma entidade política de alcance mundial e ser um anteparo da defesa da dignidade humana e da solução pacífica dos conflitos internacionais (COMPARATO, 2001). Com a Organização das Nações Unidas, tornou-se possível um foro de diálogo permanente entre as nações (MENEZES, 2005, p. 551).

De acordo com Rezek (2010, p. 225), até a fundação da Organização das Nações Unidas, em 1945, não se tinha segurança para afirmar que houvesse no direito internacional público preocupação com a defesa dos direitos humanos e com a proteção

da dignidade da pessoa humana. A partir disso, instaurou-se um novo modelo de conduta nas relações internacionais.

Um modelo que tinha a manutenção da paz como fundamental, mas também objetivava consolidar a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural (CARVALHO, 2006). E também a configuração de um padrão internacional de saúde, de proteção ao meio ambiente e de uma ordem econômica que fosse harmônica com os direitos humanos.

E, para que todos esses objetivos da Organização das Nações Unidas fossem assegurados, diversos órgãos foram estruturados por essa organização internacional. Os principais órgãos destacados na presente pesquisa são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e a Corte Internacional de Justiça, os quais são elementares na proteção dos direitos humanos.

A Assembleia Geral tem como tarefa discutir e sugerir recomendações a respeito de matérias contidas na Carta das Nações Unidas. Os membros que compõem esse órgão têm direito a um voto cada, conforme os artigos 9º e 18º da referida carta.

O Conselho de Segurança tem como principal responsabilidade a manutenção da paz e da segurança internacional. Os membros que compõem esse conselho são classificados em membros permanentes, que são cinco, e não-permanentes, que são hoje em número de dez países (STEINER & ALSTON, 1996).

Os cinco membros permanentes são os EUA, a França, a Grã-Bretanha, a Rússia (que substituiu a extinta URSS) e a China (tendo a China comunista substituído a China capitalista). Enquanto os membros não-permanentes são definidos pela Assembleia Geral para mandato de dois anos não renováveis, levando em consideração a contribuição dos membros para os propósitos da Organização das Nações Unidas e a distribuição geográfica equitativa entre as nações (PIOVESAN, 2014).

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas, sendo composta por quinze juízes. O seu funcionamento é regulado pelo Estatuto da Corte, que foi anexado à Carta das Nações Unidas.

O Conselho de Tutela possui uma relação bem tênue com os direitos indígenas, pois sua função é promover o processo de autodeterminação dos povos. A autodeterminação promovida pelo referido órgão consiste no desenvolvimento dos povos tradicionais, tendo as atividades desse conselho subsistido até 1994.

E o Conselho Econômico e Social tem como responsabilidade promover a cooperação de questões econômicas, sociais e culturais (das quais trata sua sede em Nova Iorque, nos EUA), bem como aquelas inerentes aos direitos humanos (das quais trata sua sede em Genebra, na Suíça).

O Conselho Econômico e Social tem a prerrogativa de fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos, bem como elaborar projetos de convenções a serem submetidos à Assembleia Geral, podendo ainda criar comissões que forem necessárias ao desempenho de suas funções.

A consolidação da Organização das Nações Unidas, por meio da Carta das Nações Unidas (1945), configurou o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Partindo do consenso de que os Estados elevariam a promoção desses direitos, bem como a finalidade da Organização das Nações Unidas.

Após três anos da configuração da Organização das Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada na terceira sessão da Assembleia Geral, em Paris (França). A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos se deu sob a forma de resolução da Assembleia Geral.

Torna-se necessário observar que aprovação da referida declaração em forma de uma resolução da Assembleia Geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos não possibilitou que essa declaração recebesse força normativa de um tratado internacional. Nesse sentido, observa-se uma importante menção feita pelo então presidente estadunidense F.D. Roosevelt, a respeito da referida declaração:

Ao aprovar esta Declaração [Universal dos Direitos Humanos] hoje, é de primeira importância ter a clareza das características básicas deste documento. Ele não é um tratado [internacional]; ele não é um acordo internacional. Ele não é e não pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que será selada com a aprovação dos povos de todas as nações. (2004, p. 152)

Compreende-se que essa observação é necessária ao estudo, no que tange às formalidades de uma norma internacional de direitos humanos ser vinculante ou não³.

³ Em consonância como o posicionamento de Comparato (2001, p. 227), o presente estudo concorda que esse entendimento peca por excesso de formalismo, uma vez que é reconhecida que a vigência dos direitos humanos em toda parte, independentemente de sua declaração em constituições nacionais, leis gerais e tratados internacionais, pois a mesma está de acordo com a dignidade humana. Ainda de modo a corroborar esse posicionamento, assevera-se o seguinte pensamento por Dalmo de Abreu Dallari: "O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre em todos os lugares e de maneira igual

Entretanto, a declaração universal de 1948 é reconhecida numa dimensão global simbólica extraordinária como uma espécie de pacto normativo-político global em defesa dos direitos humanos.

E, a partir de sua promulgação, foi possível a redação de novos tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Documentos que possuem força vinculante e compõem o sistema internacional de direitos humanos e que serão analisados posteriormente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabeleceu em seus trinta artigos direitos essenciais de todos os seres humanos, definindo quais e o que seriam os direitos humanos. Com seu advento, possibilitou-se a fixação de um código comum e universal⁴ dos direitos humanos, que se tornou imprescindível para a concretizar da defesa dos objetivos almejados pela Organização das Nações Unidas.

Em seu artigo primeiro, tal declaração universal proclama os três princípios axiológicos fundamentais no que diz respeito aos direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Vejamos:

Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Destaca-se, também, o artigo VI Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pois seu eu enunciado normativo, segundo Comparato traz o princípio máximo, matéria de direitos humanos, ao mencionar que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei” (2001, pp. 230-233).

Com aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), instituiu-se uma ética universal a ser seguida pelos Estados. Segundo René Cassin (1974), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual.

para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade dos seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos” (2008, p. 15).

⁴ Os indivíduos possuem esses direitos, qualquer que seja a situação social, política ou religiosa em que conduzam sua existência, ou seja, “son universales en cuanto a su origen e idealmente universales en cuanto a su aplicación” (BICK, 1995, p. 103).

Ainda de acordo como pensamento desse autor, tal declaração seria universal, pois aplicar-se-ia a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual fosse o regime político dos territórios. A declaração expressa o reconhecimento da comunidade internacional de que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do direito das gentes (CASSIN, 1974, p. 198). Nesse sentido, observa-se o pensamento de Douzinas:

A condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade. A lei dirige-se a todos os Estados e a todas as pessoas humanas quã humanas e declara suas prerrogativas de fazerem parte do patrimônio da humanidade. (2004, p. 18)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) representou o marco de ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais. Em seu preâmbulo, a dignidade é projetada como inerente a toda pessoa humana, tornando-a titular de direitos iguais e inalienáveis.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a condição de pessoa passou a ser o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos internacionais. Essa universalidade consagrada dos direitos humanos rompeu com o legado totalitário, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada "raça" (a chamada "raça ariana") (PIOVESAN, 2014, p. 205).

O citado documento também introduziu a noção de indivisibilidade dos direitos humanos. Sendo que essa indivisibilidade se refere à necessidade de conjugar os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais indivisivelmente.

Destaca-se também que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o direito internacional dos direitos humanos passou a se desenvolver, visto que, após sua configuração, houve a adoção de diversos documentos protetivos aos direitos humanos.

Consolidado o sistema global de defesa dos direitos humanos, possibilitou-se o surgimento de sistemas regionais de defesa desses direitos, como o sistema americano de direitos humanos, que será analisado oportunamente.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pode-se inferir que a proteção normativa específica dos indígenas é delineada, visto que a proteção dos direitos humanos passou a ser direcionada a todos, independente de raça, cor ou etnia. E isso se deve à concepção de dignidade expressada nessa declaração universal, que

passou a compreender que a dignidade deve abarcar todas as pessoas sem qualquer distinção.

E abarcar todas as pessoas e culturas consiste em assegurar o direito a ser diferente, como impera nos valores e significados dos povos indígenas. Valores e cultura que são totalmente diversos, por exemplo, do modelo europeu ou de outras formas sociais ocidentais modernas⁵.

Nesse sentido, a noção de dignidade deve ter como fundamento, portanto, o respeito à diferença, o reconhecimento pleno e igualitário, sem ponderações que possam vir a significar limitações na afirmação e na proteção dos direitos humanos, em especial das minorias, como os indígenas. Dessarte, analisa-se de forma mais específica os sistemas internacionais dos direitos humanos.

1.3. O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como foi analisado anteriormente, inaugurou um sistema ético universal para a proteção dos direitos humanos. E, assim, proporcionou a configuração de um vasto rol de documentos normativos com força vinculante para assegurar a proteção aos direitos humanos.

O sistema internacional de direitos humanos se classifica como um conjunto de normas internacionais de direitos humanos como força vinculante. Destaca-se que o elemento precursor desse sistema foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), promulgada como forma de resolução na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Entretanto, como foi ponderado anteriormente, do ponto de vista formal, o referido documento não possui força vinculante, como um tratado internacional. Diante disso, iniciou-se a discussão sobre a necessidade de torná-la um instrumento vinculante, afim de assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos pessoais nela previstos.

⁵ As diferenças resultam das inúmeras maneiras de se compreender os bens sociais, decorrência inerente à diversidade histórica e cultural. Com isso, os princípios normativos que visam assegurar a proteção ao homem devem ser pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural (WALZER, 2003).

Sendo que essa juridicização foi motivada pela lógica segundo a qual um sistema propriamente jurídico não pode prescindir de imperatividade, a qual é possível apenas com força de uma norma obrigatória. E isso resultou na compreensão de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional (PIOVESAN, 2014, p. 240).

A “juridicização” se iniciou em 1949 e foi concluída apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos. Os pactos elaborados foram o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Esses pactos incorporaram direitos constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), agora com força vinculante.

Transformados os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em normas juridicamente vinculantes e obrigatórias, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), bem como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), consolidaram o regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos⁶.

Com isso, formou-se um arcabouço de normas vinculantes aptas a obrigar os Estados a assegurar a efetividade dos direitos humanos. Com a elaboração desses pactos se formou a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que foi integrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e pelos dois pactos internacionais de 1966.

De acordo com Donnelly, os direitos elencados na Carta Internacional dos Direitos Humanos representaram o consenso contemporâneo da necessidade de requisitos mínimos para uma vida com dignidade (DONNELLY, 2003, p. 27).

Ainda na perspectiva desse autor, os direitos contidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos são concebidos como direitos que refletem uma visão moral da natureza humana, pois compreendem os seres humanos como indivíduos autônomos e iguais, que merecem igual consideração e respeito (DONNELLY, 2003, p. 27).

⁶ Destaca-se de Antonio Cassese que os direitos humanos são o posicionamento de um novo *ethos*, que formam um conjunto de preceitos humanitários e laicos, desprovidos de mitos, embora inspirado nas grandes ideias das religiões tradicionais (do Ocidente e do Oriente) e fortalecido pelas vigorosas contribuições do pensamento filosófico ocidental (CASSESE, 1994).

Nesse sentido, observou-se a consolidação de um sistema normativo, integrado, composto de normas de alcance geral, como os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966 (PIOVESAN, 2000, p. 20). E por instrumentos de alcance específico, como as grandes convenções internacionais que protegem contra a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, etc.

O Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) estabelece direitos cívicos e políticos como sua denominação propriamente expressa. Assim, em seus primeiros artigos é previsto o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos neles previstos a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. Assim, observa o seguinte artigo desse pacto:

Artigo 2.1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

Os principais direitos e liberdades cobertos pelo Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) são: o direito à vida; o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito a não ser escravizado, nem submetido a servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; dentre outros.

Destaca-se que tal pacto internacional impõe aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos. Dessa forma, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos foi elaborado em 1966 na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Contudo, entrou em vigor na esfera internacional apenas no ano de 1976, pois apenas nessa data foi alcançado o número de ratificações necessárias para sua vigência.

Incorporados direitos cívicos e políticos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de modo vinculante pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elaborado em 1966 na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, também incorporou

dispositivos da mesma declaração, mas relacionados à esfera econômica, social e cultural. Segue no referido pacto:

Artigo 1. 1º Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Nesse sentido, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) estabeleceu diversos direitos, como o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a se associar a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o direito à previdência social, o direito à saúde, o direito à participação na vida cultural da comunidade, etc.

Ratificado o citado pacto internacional, os Estados se comprometeram a adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançar progressivamente a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (BUERGENTHAL, 1998, p. 44).

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) proporcionaram força vinculante e obrigatória a normas dispostas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Desse modo, à medida que foram promulgados, possibilitou-se que documentos normativos específicos voltados a determinados direitos também fossem construídos.

A exemplo desses documentos voltados a assegurar direitos humanos específicos, citam-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) (PIOVESAN, 2014, p. 265).

As convenções internacionais apontadas acima são apenas alguns dentre outros importantes instrumentos internacionais que integram o sistema internacional de direitos humanos. Desse modo, realiza-se apenas um contexto geral de cada convenção disposta. Entretanto, é preciso destacar que a presente pesquisa escolheu as convenções internacionais dispostas acima, pois essas possuem relação direta com a proteção dos direitos indígenas, incluindo o direito à terra indígena, conforme será analisado na seção seguinte.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965. As normas atinentes a essa convenção estabeleciam normas internacionais de direitos humanos, que priorizavam a erradicação do racismo (LINDGREN ALVES, 2003).

A prioridade em combater o racismo na referida convenção internacional é expressada de modo inaugural no preâmbulo do documento. Nesse sentido, o preâmbulo da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965) assevera que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, socialmente injusta e perigosa, não existindo justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.

Ao estabelecer o combate ao racismo, tal convenção internacional determina a necessidade dos Estados que a ratificarem de adotar medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações. E também medidas que visem prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi aprovada 1979, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. O objetivo dessa convenção internacional estabelecia a obrigação de eliminar a discriminação em relação à mulher e de assegurar tratamento igualitário em qualquer esfera. Com isso, o artigo 1º prevê:

Artigo 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Com a leitura do mencionado artigo, infere-se que essa convenção internacional configura o princípio da igualdade como uma obrigação vinculante (MERON, 1996).

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada pela Organização das Nações Unidas no ano de 1984. Segundo essa convenção internacional, a tortura seria estritamente proibida, não podendo em circunstância alguma ser utilizada como justificativa.

Analizados algumas convenções internacionais destinadas à defesa de direitos humanos, compreende-se que o sistema internacional de direitos humanos possui caráter

universalista. Caráter que impõe que todos seres humanos têm direitos, os quais são próprios de sua condição humana.

Na perspectiva de Ribeiro (2014), essa concepção universalista dos direitos humanos representada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e documentos oriundos, coloca como elemento central a dignidade humana como valor meritório do ser humano.

1.3.1. O universalismo dos direitos humanos

Observado como seu a consolidação do sistema internacional de direitos humanos, tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), torna-se necessário analisar qual fundamento se empregou nesses documentos internacionais.

E essa compreensão se configura como necessária para entender como se formaram os documentos internacionais de direitos humanos, que passaram a considerar as diferenças culturais para assegurar a proteção aos indígenas.

A utilização do termo “universal” no contexto dos direitos humanos se refere à proteção dos direitos do homem (DONNELLY, 1998). Independentemente do país em que viva ou do grau de desenvolvimento da sociedade, isso se dá em pela condição humana, objeto da universalidade dos direitos humanos⁷.

Entretanto, apesar dessa universalidade se referir à condição humana, algumas correntes argumentam que esse universalismo simbolizaria a pretensão cultural do mundo ocidental em universalizar suas próprias crenças, de maneira a homogeneizar todas as culturas (MARCONDES, 2009, pp. 07-08).

Entretanto, adota-se o conceito de universalismo dos direitos humanos, no sentido de que, em qualquer contexto geográfico, étnico, histórico ou econômico-social, está presente o ser humano, e, portanto, existe um conjunto inderrogável de direitos (FRANCOIS, 2009).

⁷ Na defesa do caráter universal dos direitos humanos, não se pode sustentar que os mesmos sejam estáticos, imodificáveis ou absolutos, uma vez que qualquer idéia de direitos humanos apresenta uma especificidade cultural. O que se deve ter em vista é que tanto a contingência histórica quanto a particularidade dos direitos humanos é completamente compatível com a concepção de direitos humanos como direitos morais universais (DONNELLY, 1998, p. 160).

Ressaltando que essa universalidade não se contrapõe à diversidade cultural, religiosa ou ideológica, a qual não pode ser utilizada igualmente para a limitação dos direitos individuais⁸.

Nesse sentido, percebe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como os pactos internacionais de direitos de 1966 declararam direitos afim de estabelecer um dever-se estatal para proteger o ser humano (JULLIEN, 2009, pp. 19-20, 22).

Criaram-se regras comuns, que seriam necessárias para a existência de uma sociedade (RACHELS, 2006, p. 26). Assim, segundo Jullien, para evitar o equívoco de que o universalismo seria uma maneira homogeneizar as demais culturas⁹, de acordo com os preceitos ocidentais, é preciso diferenciar conceito de “uniforme” e de “comum”, que abarca o universalismo.

Assim, é possível compreender os direitos humanos em uma perspectiva multicultural, que tornou possível documentos internacionais para proteger as diferenças oriundas das diferenças culturais.

Tendo em vista que o conceito de universal é racional, na perspectiva de Julien (2009), a universalidade apresenta dois níveis de universalidade: a “universalidade fraca” e a “universalidade forte”. A “universalidade fraca” se refere à adoção de costumes, prática social, por conveniência do uso comum, ou seja, um consenso que é apresentado como verdadeiro.

Enquanto, a “universalidade forte” seria aquela que é real, que não é determinada pela experiência, mas sim pelo dever-ser, de modo que determinado ato social é assim porque deve-ser assim e não pode ocorrer de outra forma (JULLIEN, 2009, p. 110).

Na “universalidade fraca”, um costume pode tão somente se estender a outras culturas, formando, então, um juízo geral; porém, no segundo caso, o fato é imperativo,

⁸ Ressalta-se que a universalidade dos direitos humanos visa evitar a reificação do ser, sendo isso um mal que visa ser evitado. Desse ponto de vista, os direitos humanos gozam, pelo menos, da “universalidade da rejeição”, nas palavras de Jullien, ou seja, da oposição ativa para o mal que vem de sua falta de reconhecimento (JULLIEN, 2009, p. 126).

⁹ Segundo Kymlicka (1995), a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) teve a pretensão de resguardar direitos para todos, pois se acreditava que as minorias culturais também seriam protegidas indiretamente, pela garantia dos direitos civis e políticos básicos a todos os indivíduos, indistintamente. E isso justifica que seu caráter universalista não seria uma forma de homogeneizar as culturas diversas. E posteriormente, criaram-se documentos voltados para as especificidades dos grupos culturalmente diferenciados.

ou seja, absoluto. Por isso, somente na “universalidade forte” é que se encontra o verdadeiro sentido do universal.

Nesse caso, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o termo “universal” se refere a todos os Estados. Com isso, sua “universalidade forte” se constitui pela necessidade de se elaborarem os princípios dos direitos humanos. Tanto a referida declaração universal, os referidos pactos internacionais e demais documentos estabeleceram um dever-ser estatal (JULLIEN, 2009, pp. 19-20, 22).

Diante disso, a universalidade do sistema internacional ultrapassa todas as diferenças existentes entre as culturas, visto que a multiculturalidade é inerente a qualquer sociedade (JULLIEN, 2009).

Contudo, os princípios básicos de proteção do ser humano se tornam compatíveis com qualquer cultura, ainda que as leituras de conteúdo do motivo protecionista sejam diversos.

Na mesma direção, posiciona-se Rachels, que observa que “existem algumas regras morais que todas as sociedades devem ter em comum, porque são necessárias para a existência da sociedade” (2006, p. 26). O que muda em cada uma delas são as exceções consideradas legítimas quando da ocorrência de tais violações.

Assim, as diferenças entre as culturas, na realidade, são superestimadas, pois não são todas as regras morais que mudam de uma cultura para outra, mas tão somente as exceções.

Com isso, infere-se que a concepção do universal não deixa de atentar para essas diferenças individuais de cada cultura (KERSTING, 2003). Lembrando que há normas que decretam os valores morais em todas as culturas, e tais valores estão sempre presentes¹⁰.

A universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) reside não no fato de que essa se originou a partir de preceitos ocidentais, e sim em virtude de reconhecer que todo ser humano, pelo simples fato de sê-lo, tem o direito de que sua

¹⁰ A validade universal dos direitos humanos de existência (vida ou morte, regra ou arbitrariedade), de subsistência (evitar a fome, a sede e a miséria) e de desenvolvimento (pessoas têm capacidades e talentos que podem ser melhorados) constituem o contraforte material de um universalismo sóbrio que confere proteção a interesses em termos de direitos humanos, e obriga as pessoas, as instituições e a instituição das instituições, o Estado, a ir ao encontro desses interesses humanos básicos (KERSTING, 2001, p. 631).

condição humana seja respeitada por meio de direitos (PANIKKAR, 2004, pp. 226-227).

Portanto, a noção de “universal” não deve ser confundida com “uniformidade”, conceito que projeta os direitos humanos como direitos a serem levados a outros com conteúdo padrões, dito universais.

O caráter universal dos direitos humanos que deve ser considerado é a proteção do singular, do outro inalienável (JULLIEN, 2009, pp. 29-30). A universalidade dos direitos humanos representada pelo sistema internacional de direitos humanos não deve ser compreendida como uniforme (JULLIEN, 2009, pp. 32-34). O conceito de “comum”, que também abarca conceito de universalismo, segundo Jullien, também se diferencia do “universal”, por não ser derivado da lógica racional,

O “comum” seria uma concepção essencialmente política, ou seja, da comunidade; seria o que determinada cultura compartilha e é seguido pelas pessoas que ali se encontram.

Enquanto o “universal” é decretado, na forma do dever-ser, o “comum” é reconhecido e apoiado pela sociedade, e se enraíza por meio da experiência. O indivíduo, enquanto pertencente a uma sociedade, já se acha imerso no “comum”, bem como deliberativamente, pelas escolhas feitas em comunidade, origina o “comum” (JULLIEN, 2009, pp. 36-37).

Logo, mesmo que se queira que o “comum” seja elevado ao caráter de “universalidade”, quando é reconhecido por todos, é necessário observar que as noções de “universal” e “comum” possuem dois níveis opostos.

Por isso, partindo dessa diferenciação a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como os demais documentos internacionais, deve ser compreendida como um texto político. E, desse modo, “comum”, posto que compartilha o que a comunidade dos países que a ratificaram acredita que seja fundamental para a proteção dos direitos humanos, sem homogeneizar as diferenças culturais.

Sendo isso elementar, para que houvesse a construção de documentos internacionais pautados na diferença, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 e a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas de 2007.

1.4. OS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: A COMPREENSÃO DA DIFERENÇA CULTURAL

Analisado o contexto geral do histórico dos direitos humanos, bem como a formação do sistema internacional de direitos humanos, torna-se necessário realizar uma análise voltada especificamente para os direitos humanos e os direitos indígenas. Nesse sentido, a presente seção possui o escopo de perquirir a proteção dos direitos indígenas na esfera internacional.

O marco protetivo internacional da proteção dos direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Na referida declaração universal, adotou-se o universalismo normativo, baseado em uma visão antropocêntrica do mundo.

O direito à igualdade e à não-discriminação está instituída no artigo 1º dessa declaração universal, que prescreve que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Entretanto, para que esses direitos classificados como universais sejam possivelmente aplicados, torna-se necessário levar em consideração as diferenças culturais existentes na sociedade.

Somente com o reconhecimento da diferença pela Organização das Nações Unidas se tornou possível constituir documentos normativos internacionais voltados para os direitos indígenas. E esse reconhecimento deriva da existência do multiculturalismo, ou seja, da ideia de várias culturas que convivem em um espaço e que necessitam de liberdades com diferentes conteúdos (EBERHARD, 2004).

A concepção de documentos específicos voltados aos indígenas é uma forma de relativizar os direitos humanos de modo que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença.

Portanto, concebe-se o direito de ser igual quando a diferença nos inferioriza e o direito a ser diferente quando a igualdade nos descaracteriza (SANTOS, 2003), sendo isso o pressuposto para a compreensão dos documentos específicos de proteção internacional aos indígenas.

A partir disso, têm-se os direitos humanos em uma perspectiva multicultural pautada na existência de sociedades culturalmente plurais. E os instrumentos normativos internacionais voltados a resguardar a diferença e os direitos humanos

proporcionam uma revisão do tratamento dos direitos fundados na lógica ocidental (KYMLICKA, 1995).

Assim, em 1957, na esfera da Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho iniciou a proteção internacional aos indígenas. Entretanto, a Convenção n. 107 dessa organização específica, visando à proteção aos indígenas, se constituía de uma perspectiva assimilacionista, que compreendia como necessária a integração dos indígenas à sociedade dominante¹¹ (DEROCHE, 2005, p. 49).

A perspectiva assimilacionista classificava os indígenas como aqueles que apresentavam condições sociais e econômicas correspondentes a um estágio menos adiantado que o atingido por outros setores da comunidade nacional (TYLOR, 2009, p. 110).

E essa perspectiva é demonstrada inicialmente na referida convenção internacional, que enuncia que havia em diversos países independentes populações indígenas que não se achavam integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impedia de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população¹².

Sendo os indígenas representantes do estágio evolutivo menos avançado da sociedade, os Estados deveriam adotar medidas que os integrassem gradualmente aos costumes das sociedades dominantes¹³. Nesse sentido, torna-se necessário observar como a referida convenção internacional conceituava os indígenas:

Artigo 1º. A presente Convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por

¹¹ Segundo Deroche (2005), a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1957 faz referência às condições socioeconômicas dos povos indígenas da época da conquista ou da colonização, fundadas na teoria evolucionista que sustentava a teoria de uma hierarquia das culturas e que considerava essas populações se encontravam em estágios inferiores dentro de uma suposta evolução humana dentro da qual deveriam adequar aos costumes da sociedade dominante, que seria mais evoluída (DEROCHE, 2005).

¹² Segundo Fernández, assimilacionismo consiste na primazia, no predomínio ou na imposição de uma cultura sobre as demais. A posição assimilacionista registra diversos níveis, que vão até um assimilacionismo extremo, que parte da superioridade da cultura ocidental para concluir, então, na obrigação ética dos Estados ocidentais de impor pela força os seus valores culturais (FERNÁNDEZ, 2003, p. 410).

¹³ Artigo 2º.1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial.

O caráter assimilacionista tornava a proteção aos indígenas contraditória, pois, ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência dos indígenas, a integração deles à sociedade dominante se tornava um imperativo. Contudo, apesar disso, a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho reconheceu o direito de propriedade desses povos sobre as terras que ocupavam tradicionalmente.

De acordo com o artigo 11º dessa convenção internacional, o direito de propriedade, coletivo ou individual, deveria ser reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupassem de modo tradicionalmente. A previsão desse direito como um direito integrante às comunidades indígenas possibilitou que os documentos normativos internacionais posteriores aperfeiçoassem a proteção ao direito indígena a essas terras.

A citada convenção internacional também reconheceu a necessidade de compreensão do direito costumeiro que vigorava entre os povos indígenas. Ressaltando que esse direito costumeiro seria admitido desde que compatível com o direito oficial. Afirmava a convenção:

Artigo 7º.1. Ao serem definidos os direitos e as obrigações das populações interessadas, será preciso levar-se em conta seu direito costumeiro.2. Tais populações poderão conservar seus costumes e instituições que sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou com os objetivos dos programas de integração.

A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho adotou como referencial o paradigma da assimilação, mas se tornou um marco na proteção dos direitos indígenas na esfera internacional. Uma vez que se tratava de um documento específico para os indígenas e reconheceu que os indígenas eram diferenciados, convencionando o direito às terras indígenas tradicionalmente ocupadas e os direitos costumeiros desses.

O paradigma assimilacionista se derivou da concepção antropológica evolucionista, que compreendia os indígenas como não integrantes da “civilização”, visto que possuíam costumes arcaicos (LAPLANTINE, 2003, p. 49). Com base nisso, configurou uma maneira de ver o mundo a partir dos preceitos do conceito civilizacional de “superior”, “ocidental”, ignorando, dessa forma, as diferenças em relação aos povos considerados “inferiores”.

Em 1947, a Organização das Nações Unidas criou, no âmbito de seu Conselho Econômico e Social (ECOSOC), a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias. Essa subcomissão tinha como finalidade instrumentalizar a Comissão de Direitos Humanos a respeito da situação global das minorias raciais, religiosas e linguísticas.

A Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias passou a receber denúncias de violações a direitos humanos de indígenas. As denúncias de violações de direitos humanos motivaram a recomendação de um estudo aprofundado sobre a situação dos povos indígenas.

Nesse sentido, o caráter assimilacionista da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho passou a ser questionado, devido à sua intenção de incorporar os indígenas à comunhão nacional. E isso se tornou ainda mais questionado em 1966, quando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabeleceu, em seu artigo 1º, que todos os povos teriam direito à autodeterminação.

O direito à autodeterminação dos povos asseguraria a qualquer povo o direito de determinar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Esse dispositivo normativo possibilitou que a ideia de assimilar os indígenas a uma sociedade dominante fosse rompida.

O rompimento desse conceito assimilacionista se deu pela compreensão de que uma nação pode ser formada por inúmeros povos, detentores de culturas diferentes, mas que convivem no interior de uma mesma delimitação territorial política, chamada de país (HABERMAS, 1998).

E, para possibilitar uma revisão da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho, bem como da situação dos povos indígenas, em 1971, a Subcomissão nomeou José Martínez Cobo para se tornar relator desse estudo. A publicação do estudo de Cobo se deu em 1981, proporcionando uma análise ampla da situação indígena.

E isso motivou a Primeira Conferência Internacional de Organizações Não-Governamentais nas Nações Unidas, que tratava da discriminação contra populações indígenas das Américas, em 1977. Na ocasião, foram reunidas lideranças indígenas em Genebra (Suíça) para assistir aos debates oriundos do estudo de José Martínez Cobo.

A partir disso, a causa indígena se incorporou à pauta da Organização das Nações Unidas, gerando também a ocupação quanto aos indígenas nos espaços institucionais e processos decisórios. A Primeira Conferência Internacional de Organizações Não-Governamentais nas Nações Unidas garantiu espaço e voz aos líderes indígenas, o que levou à criação de um grupo de trabalho específico sobre questões indígenas no âmbito do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Destaca-se que, em 1978, a Organização das Nações Unidas estruturou a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Tal declaração internacional previa o direito de ser diferente, de ser considerado diferente e de ser visto como diferente¹⁴. E isso contribuiu ainda mais para que a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho fosse revista, intensificando os debates acerca dos direitos indígenas no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Em 1982, o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas foi estruturado, como órgão subsidiário da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias, com a função de acompanhar a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, assim como de desenvolver a base normativa para proteção desses povos.

As lideranças indígenas que se haviam reunido em Genebra (Suíça) em 1977 foram chamadas a integrar as reuniões do grupo, quando então os indígenas passaram a integrar os quadros das Nações Unidas. Portanto, o paradigma assimilacionista adotada na Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho passou a ser ainda mais questionado.

Nesse cenário, no ano de 1989, adotou-se a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que proporcionou o reconhecimento da identidade indígena, rompendo com o assimilacionismo, que considerava os indígenas como representantes de um estágio inferior da humanidade. Essa postura de mudança normativa em relação aos indígenas é vista inicialmente na referida convenção internacional:

¹⁴ Artigo 1º.2. Todos os indivíduos e grupos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tal. Contudo, a diversidade de estilos de vida e o direito de ser diferente não podem, em quaisquer circunstâncias, servir de pretexto para o preconceito racial; não podem justificar, de direito ou de facto, qualquer prática discriminatória, nem servir de fundamento à política do apartheid, a qual constitui uma forma extrema de racismo.

Reconhecendo as aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem.

O referencial protetivo dos indígenas na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho passou a ser a afirmação dos direitos à igualdade, à diferença, à identidade, à autorregulação de suas instituições e ao livre desenvolvimento econômico. O paradigma integracionista foi relegado para o de reconhecimento e de proteção, determinando a obrigatoriedade dos Estados em promover medidas necessárias para assegurar esses direitos (WOLKMER & LEITE, 2003).

No que diz respeito ao direito à terra tradicional na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, esse direito é previsto como um elemento inerente à cultura e aos valores espirituais indígenas¹⁵. A previsão do direito à terra como imprescindível à identidade imaterial das comunidades indígenas possibilitou que os documentos internacionais de direitos humanos indígenas destacassem a proteção à terra.

O ano de 1993 foi proclamado o Ano Internacional das Populações Indígenas do Mundo. Em seu término, no dia 21 de dezembro de 1993, seguiu-se a proclamação do Decênio Internacional das Populações Indígenas do Mundo, através da Resolução 48/163, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

O Decênio Internacional das Populações Indígenas do Mundo foi regulamentado pela Resolução 49/214 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de fevereiro de 1995. O objetivo desse decênio internacional era promover a participação dos governos, organizações internacionais e organizações não-governamentais para criação de um foro internacional permanente com representação indígena para discussão de questões indígenas (MARQUES, 2011, p. 522).

Também havia a proposta de aprovar uma Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas. E, como resultado do Decênio Internacional das Populações Indígenas do Mundo, em 2001, foi criado um órgão consultivo do Conselho Econômico

¹⁵ Artigo 13.1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão 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.

e Social, o Foro Permanente das Nações Unidas para Assuntos Indígenas (BARBOSA, 2007, p. 112).

A esse foro internacional foi atribuída a missão de promover a conscientização sobre assuntos indígenas, integrar e coordenar as atividades relacionadas a assuntos indígenas dentro do sistema das Nações Unidas.

A aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas se tornou uma realidade no ano de 2006, por meio da aprovação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. A referida declaração internacional não estabeleceu novos direitos, mas reafirmou direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas (SANTOS, 2003).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas (2006) renovou as responsabilidades estatais com dos direitos humanos indígenas. Visto que, em alguns países, até seu advento, os direitos indígenas eram tratados como meras necessidades, ou, ainda, como favores ou privilégios concedidos pelos Estados (CORDEIRO, 1999, p. 203).

Pondera-se que essa declaração internacional consiste em uma resolução de recomendações de organizações internacionais, não possuindo caráter vinculativo. Portanto, configura-se como um instrumento oficial para enunciar princípios de grande importância em relação aos direitos indígenas.

Em seu preâmbulo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas instituiu contribuições marcantes, como a referência ao direito dos povos de serem tratados como iguais e, ainda assim, ter respeitada sua diferença. Diz seu texto:

Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais.

A mensagem preambular dessa declaração internacional expressa a diversidade como um elemento positivo que não mais deve ser suprimido em nome da ficção da homogeneidade ou sob a alegação da superioridade racial. Assim, nega-se qualquer prática assimilacionista em relação aos indígenas.

1.4.1 Os documentos internacionais de direitos humanos voltados a proteção dos direitos indígenas como expressão do multiculturalismo

Os documentos internacionais de direitos humanos voltados para a proteção dos grupos culturalmente diferenciados como os indígenas representam a compreensão de que para assegurar os direitos humanos aos grupos minoritários diferenciados seria necessário resguardar a diferença cultural.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho foi o primeiro documento em nível internacional a reconhecer a identidade indígena¹⁶. No artigo 1º dessa convenção internacional, enuncia-se que a “consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental^[17] para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

A partir do referido enunciado, infere-se que houve a compreensão internacional que, além de direitos universais, aquele conjunto inderrogável de direitos humanos, a cultura também deveria ser reconhecida para que essa universalidade de direitos se tornasse plena.

Segundo Taylor (1992), a identidade de grupo ou coletiva é determinada pela religião, pelo sexo, pela etnicidade e pela sexualidade. Portanto, os sujeitos possuem a necessidade de serem reconhecidos tais como se projetam¹⁸.

E os direitos indígenas se consolidaram a partir do direito à diferença e do direito à identidade étnica¹⁹ em decorrência de sua cultura. Os direitos humanos que consolidaram essa diferença como direito humano representam uma política estatal de

¹⁶ Bengoa aponta que o protagonismo indígena na luta por seus direitos implicou em um novo aspecto reivindicatório que foi o reconhecimento de sua identidade enquanto povo (2000, p. 83).

¹⁷ A identidade étnica se torna fundamental, pois intermedeia a relação entre indivíduo e sociedade, logo a constituição das identidades historicamente produzidas e transmitidas pela estrutura social é regida por um contexto de políticas de reconhecimento, frente ao fenômeno de interações identitárias, vinculando-se diretamente à organização social que define o posicionamento do ser humano diante: do contexto social no qual vive, do outro e de si mesmo (MARINHO, 2009).

¹⁸ Destaca-se que a identidade cultural é vista como identidade coletiva, característica de um grupo social que partilha as mesmas atitudes e, está apoiada num passado com um ideal coletivo projetado, fixando-se na construção social estabelecida (MARINHO, 2009).

¹⁹ Segundo Bergamaschi, a identidade étnica compreende critérios que definem as características dessa identidade. Além da autodefinição como indígena, o uso de recursos étnicos, específicos de um povo, tais como língua, cultura e crenças, o identificam na relação com outros indivíduos (2008, p. 08).

reconhecimento, cuja negação poderia infligir danos e até oprimir os grupos indígenas (TAYLOR, 2014, p. 249).

O reconhecimento estatal aos grupos diferenciados como os indígenas se fundamentou, em um primeiro momento, no ideal de dignidade humana. E, em segundo lugar, esse reconhecimento de diferenças veio a se fundamentar no ideal de autenticidade (FOSSUM, 2001, p. 06).

De acordo com Fossum (2001), o conceito de autenticidade imbricado nos documentos normativos internacionais que reconhecem as diferenças significa que as sociedades, para universalizar direitos comuns, fixavam identidades conforme a posição social de cada um.

E, nos primeiros documentos normativos internacionais, os indígenas eram inferiores à sociedade em geral, devido ao princípio então prevalente do assimilacionismo. Mas, a partir do momento que essa noção de identidade passou a ser centrada na autenticidade, passou igualmente a ser compreendida pelos Estados no sentido de reconhecer, e não mais negar, os direitos indígenas, que passaram então a ter o seu próprio modo original de ser assegurado pelas normas internacionais²⁰.

Diante disso a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas consolida que o sentimento de pertença a determinada cultura se torna indispensável para o desenvolvimento dos indivíduos e seus direitos humanos.

Com isso, a valorização da diferença das comunidades indígenas no sistema internacional de direitos humanos representa a importância de como a identidade coletiva e a identidade individual nas comunidades indígenas representam a pertença do sujeito à sua comunidade. Sendo isso elementar para a questão identitária (SEMPRINI, 1999, pp. 102-103).

Os documentos internacionais de direitos humanos relacionados aos indígenas podem ser interpretados de maneira a integrar as diferenças e possibilitar que essas sejam exercidas razoavelmente. Assim, torna-se possível um entendimento mútuo e a cooperação entre os cidadãos de uma sociedade diversa, que requerem que as

²⁰ Ressalta-se que nesse momento a cultura indígena passa a ser reconhecida, um vez que essa que determina a forma, o caráter e a vida interior daqueles que pertencem (ALVES & BARROS, 2009).

diferenças e as similitudes entre eles sejam respeitadas e reconhecidas, não ficando consignadas apenas à esfera privada (MacLURE & TAYLOR, 2011, pp. 260-265).

A partir disso, tem-se a expressão da existência dos direitos humanos pautados no multiculturalismo, que consiste na convivência de diferentes culturas e conteúdos de direitos.

Destaca-se que isso é fruto da luta dos grupos indígenas, que ocuparam lugares na política internacional, para comprovarem que a compreensão assimilacionista de que sua cultura poderia ser entendida como inferior a outras era equivocada e não possibilitava a proteção integral ao ser humano.

2. A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

O presente capítulo visa analisar a trajetória dos direitos humanos indígenas com ênfase nos direitos territoriais. Assim, divide-se o capítulo em quatro sessões, as quais examinam os principais documentos internacionais que asseguram os direitos humanos indígenas territoriais.

A primeira seção se destina ao exame da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho, que é considerada um marco na proteção dos direitos humanos indígenas na esfera internacional. Entretanto, será observado que, apesar de ter sido o primeiro documento destinado à proteção dos indígenas, seu fundamento era o assimilacionismo ou integracionismo, que considerava os indígenas como uma realidade transitória.

A segunda seção é voltada para a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. Nesse momento, será possível visualizar que a orientação assimilacionista ou integracionista que orientava as normas internacionais em relação aos indígenas foi rompida.

Rompimento que consistiu na consolidação de normas que possibilitavam os indígenas se afirmarem como tais, e preservarem seus usos, costumes e tradições. Com a referida convenção, o direito à terra passou a ser compreendido como um elemento inerente à identidade indígena.

Na terceira seção, observa-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), documento que não possui força vinculante como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, uma vez que não é um tratado ou convenção internacional. No entanto, sua importância se dá em razão ter sido consolidada diante um amplo consenso entre vários países.

E também por ter se consagrado como um instrumento específico da Organização das Nações Unidas sob a perspectiva dos povos e pessoas indígenas. Dessa maneira, a citada declaração internacional reuniu um conjunto de direitos anteriormente reconhecidos em outros documentos internacionais que são juridicamente obrigatórios

para os Estados, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), voltado para os indígenas.

Na quarta seção, a reflexão normativa acerca dos direitos humanos indígenas se volta para a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016). Ressalta-se que essa declaração regional foi estabelecida no âmbito dos Estados americanos, não possuindo uma perspectiva global, como os demais documentos citados.

A Declaração Americana sobre os Direitos Povos Indígenas (2016), assim como a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos (2007), é um instrumento declarativo, e, portanto, juridicamente não-vinculante. Contudo, sua importância se dá pelo compromisso dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em proteger e cumprir de maneira eficaz as obrigações com os povos indígenas, particularmente as relativas aos direitos humanos.

2.1. CONVENÇÃO N. 107 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UM MARCO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS E UMA CONTRADIÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, como uma agência da Liga das Nações, e sua Constituição corresponde à Parte XIII do Tratado de Versalhes. A sua principal responsabilidade institucional é a formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho, tais como convenções e recomendações (SILVEIRA, 2016, p. 09).

Sendo sua principal função a formulação de normas internacionais de trabalho, torna-se necessário esclarecer qual seria o papel da Organização Internacional do Trabalho na proteção e defesa dos povos indígenas (SARMENTO, 2008, p. 112). Uma vez que seu objetivo se relaciona às normas de trabalho.

Nessa perspectiva, esclarece-se que a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho foi editada com o intuito de regulamentar as relações trabalhistas dos povos indígenas. Regulação que visava aplicar o princípio da isonomia nas relações de trabalho que envolviam indígenas (BRYSK, 2009, p. 67).

E essa isonomia deveria levar em consideração o estatuto diferenciado dos indígenas face à sociedade abrangente²¹. Respeitado o princípio da isonomia, evitar-se-ia que os direitos trabalhistas indígenas fossem desrespeitados nos países que estavam se tornando independentes durante o século XX.

Portanto, o cenário que motivou a edição da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho era de uma intensa exploração laboral dos indígenas, sujeitos a intensos trabalhos forçados. E, junto à exploração laboral dos indígenas, também ocorria a privação dos meios de subsistência de acordo com as suas necessidades e interesses, em razão da subtração e espoliação de suas terras.

Com isso, a razão primeira da edição da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho era regulamentar os direitos trabalhistas indígenas. A regulamentação das relações laborais indígenas é observada em toda o texto da referida convenção internacional.

E, junto a isso, infere-se também o discurso dominante paternalista na época da descolonização²² sobre os povos indígenas. Dessa maneira, as cláusulas normativas pregavam a integração e assimilação progressiva²³ desses povos à sociedade abrangente do Estado signatário, que se encontrava em um estágio de desenvolvimento mais avançado

O discurso paternalista ligado à descolonização tinha a intenção de proteger e integrar os povos indígenas. E a proteção se dava por medidas estatais, visto que a

²¹ A Organização Internacional do Trabalho defendia a existência de uma linha evolutiva em que cabia aos povos indígenas um único caminho: a integração coletiva e individual às suas sociedades nacionais. Dentro do espírito de justiça social e econômica da Organização Internacional do Trabalho, a instituição tinha como papel legislar para a melhoria da qualidade de vida dos povos indígenas, através da construção de consensos com os Estados para o estabelecimento de salvaguardas de proteção à exploração indevida de sua mão de obra (CASTILHO, 2012).

²² O termo descolonização é empregado no sentido de demonstrar que os indígenas ainda eram subjugados ao colonialismo, fundado nas seguintes características: 1) habitavam um território sem governo próprio; 2) encontravam-se em situação de desigualdade frente às elites das etnias dominantes; 3) sua administração e responsabilidade jurídico-política era concernente às etnias dominantes, às burguesias e oligarquias do governo central ou aos aliados e subordinados do mesmo; 4) seus habitantes não participavam dos mais altos cargos políticos e militares do governo central, salvo em condição de "assimilados"; 5) os direitos de seus habitantes, bem como situação econômica, política social e cultural eram regulados e impostos pelo governo central (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007).

²³ Na perspectiva de Cardoso de Oliveira (1981), os indígenas eram considerados em minorias subdesenvolvidas que deveriam ser conduzidas ao progresso, à civilização e ao desenvolvimento, nas formas definidas pelos governos. Nesse sentido, a política definida pelo estado em um primeiro momento era o Assimilacionismo, baseado na estigmatização, na negação e manipulação das identidades indígenas para adaptação às políticas estatais.

Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho se referia aos indígenas com terminologia de “populações indígenas”.

E a terminologia “populações indígenas” consistia em afirmar que os indígenas estariam sob a tutela de um determinado Estado em que se localizavam²⁴. Isso evitava uso do termo “povos indígenas”, que poderia qualificá-los como povos, e configurar, portanto, o direito à autodeterminação, que seria o direito de decidirem sobre seu próprio destino²⁵.

Cabe ressaltar que alguns Estados temiam que o reconhecimento da denominação “povos indígenas” abrisse o caminho para processos de independência e de secessão nacional. E, melhorando as condições de trabalho dos indígenas através da criação de padrões mínimos, facilitaria a integração dos povos indígenas à sociedade abrangente do Estado.

Como também, conseqüentemente, diminuiria a possibilidade de processos de independência pelas populações indígenas. A convicção dominante era que os povos indígenas só poderiam desfrutar plenamente dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, já asseverados ao restante da população do Estado, uma vez assimilados à mesma.

Por isso, qualquer menção à autonomia foi voluntariamente omissa nessa convenção internacional. Destaca-se também que, além da necessidade de regular as relações laborais indígenas, o que motivou a edição da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho foi que, em 1944, essa organização internacional adotou a Declaração da Filadélfia como anexo de sua Constituição.

E a declaração adotada afirmava que todos os seres humanos teriam o direito de buscar o progresso material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e

²⁴ O termo “populações indígenas” remetia forma de integração dos indígenas a comunhão nacional, portanto a Convenção definia a identidade tribal e indígena como diferenciada em seu “primitivismo”. Nesse sentido, considerou essa condição como transitória e reservou aos Estados nacionais o papel de “agente evolutivo” e “desenvolvedor” desses grupos para alçá-los ao “estágio civilizatório” do restante da população mundial (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007).

²⁵ A Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho possui uma visão evolucionista que afirmava que a identidade tribal decorria de condições sociais e econômicas que corresponderia a estágios menos adiantados em relação a outros setores da sociedade nacional. No texto normativo os indígenas são incluídos na categoria ampla “tribal”, mas com uma diferenciação decorrente da soma dos critérios de: presença anterior à colonização e de manutenção total ou parcial das suas instituições sociais, econômicas e culturais. As normas contidas na convenção ainda fazem O artigo faz ainda uma diferenciação entre “tribal” e “semtribal”, que seriam os grupos e pessoas que teriam “perdido” parte de suas “características tribais” mas que ainda não estariam integrados, ou seja, estariam em vias de integração (OLIVEIRA, 2012).

dignidade, com segurança econômica e oportunidades iguais. Assim, no dia 5 de junho de 1957, a Organização Internacional do Trabalho propôs a Convenção n. 107, incorporando o espírito da Declaração da Filadélfia em uma perspectiva assimilacionista em relação aos indígenas.

A Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho foi a primeira iniciativa a partir da criação da organização relativa à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi-tribais de países independentes. Desse modo, sua aprovação configurou um marco internacional na proteção dos indígenas.

Visto que, até então, não havia um documento internacional específico aos direitos indígenas. Entretanto, suas orientações normativas eram incoerentes quanto à proteção dos direitos indígenas. E essa incoerência se dava em virtude do fundamento assimilacionista ou integracionista da convenção, pois, ao mesmo tempo que seu objetivo era protegê-los, os indígenas eram considerados uma realidade transitória (CORDEIRO, 1999, p. 129).

Portanto, o conjunto normativo da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho se assentava no objetivo de promover a integração progressiva das populações indígenas à comunidade dominante dos seus respectivos países²⁶.

Segundo Kayser (2010, p. 135), o entendimento da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho era de que os Estados deveriam renunciar às culturas indígenas em prol da cultura da comunhão nacional. Visto que a cultura indígena era considerada inferior em relação a cultura da “comunhão nacional” e causava problemas à sociedade dominante devido à ausência de utilidade²⁷ dos indígenas.

²⁶ 1. A presente Convenção se aplica: a) aos membros das populações tribais ou semi-tribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial; b) aos membros das populações tribais ou semi-tribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

²⁷ Artigo 2º.3. Esses programas terão essencialmente por objetivos o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.

Assim, a incorporação dos membros dos grupos populacionais cujas relações sociais e econômicas corresponderiam a um “nível menos desenvolvido” deveria servir para incentivar seu desenvolvimento social, econômico e cultural.

E esse incentivo se dava por meio de artigos convencionais que orientavam os governantes que ratificaram a referida convenção internacional a forma como deveriam implantar políticas integracionistas, através da criação de oportunidade de trabalho e acesso à educação, viabilizando dessa forma a inserção dos povos tradicionais à sociedade nacional.

Artigo 2º.1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

2. Tais programas compreenderão medidas para:

- a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população;
- b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida;
- c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

E essa orientação se justificava pelo fato de que, nos diversos países independentes, havia populações que não se achavam ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impedia de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozavam os outros elementos da população.

A Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho estabeleceu uma conveniência tanto do ponto de vista humano como do interesse dos países (SILVEIRA, 2016, p. 23). Com isso, suas orientações visavam à melhoria das condições de vida e trabalho das populações indígenas, mediante uma ação simultânea sobre um conjunto de fatores que mantiveram os indígenas à margem do progresso da comunidade nacional de que faziam parte.

Assim, a referida convenção internacional objetivava consolidar um molde a facilitar as providências indispensáveis para assegurar a proteção das comunidades, principalmente a interação progressiva das comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho.

Infere-se que a sistemática normativa dessa convenção internacional era da tutela e não de assegurar o direito à autodeterminação das comunidades tradicionais

para decidirem sobre seus interesses. Diante disso, a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho não se refere a território, lugar, saberes e patrimônio cultural como bens a serem preservados e acautelados e definido que a forma de ocupação do território, por essas comunidades.

Destacando que isso apenas seria possível à medida que não interferisse nos interesses do Estado. E, quando fosse reconhecida, esse reconhecimento poderia ser individual ou coletivo; portanto, a ideia de território como algo elementar a toda comunidade não era ainda reconhecido.

Artigo 11. O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

Artigo 12. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações.

A referida convenção internacional foi ratificada num período de 32 anos de sua vigência, por apenas 27 Estados partícipes da Organização das Nações Unidas, sendo esse o primeiro documento a adotar a expressão “povos” como sujeitos do direito internacional referindo-se às sociedades indígenas e tribais, além de outras expressões que surgem no contexto da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho.

As expressões trazidas por essa convenção internacional que são relevantes no contexto dos direitos indígenas foram: valores e práticas culturais, cosmologia, crenças, bem-estar/valores e impactos espirituais, costumes, tradições, aspectos coletivos de relação com a terra, posse coletiva de territórios tradicionais, autodeterminação ou identificação e, a mais importante, resultando na efetiva validade da implementação, a consulta livre, prévia e informada, mediante processos apropriados, conduzidos de boa-fé.

2.2. CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho foi adotada pela Conferência Geral dessa organização internacional em 27 de junho de 1989, em Genebra (Suíça). E entrou em vigor no plano de direitos internacionais em 5 de setembro de 1991. Sua configuração representou um avanço no reconhecimento dos direitos humanos indígenas, pois rompeu com o paradigma assimilacionista adotado pela Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho reconheceu que o assimilacionismo, que visava construir uma sociedade homogênea, marginalizou os povos indígenas e tribais. Nesse sentido, a referida convenção internacional consagrou o direito dos povos indígenas e tribais de manter sua cultura (HEINZE, 2010, p. 123). Segundo essa convenção internacional:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores. Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.

E, para disciplinar os direitos indígenas, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho foi estruturada em três seções principais: a primeira trata da política geral a ser seguida pelos governos em relação ao tratamento a ser dispensado aos povos indígenas e tribais; a segunda disciplina vários temas substantivos, tratando-os de maneira específica; e a terceira aborda assuntos gerais e administrativos.

Como foi demonstrado desde o preâmbulo, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho enfatiza a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural (MAGALHÃES, 2002, p. 89).

Nessa convenção internacional, a diversidade representada pelos indígenas passa a ser considerada um elemento que compõe a sociedade²⁸. E não mais como um elemento que configura o estágio menos avançado da sociedade, como previa a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho.

²⁸ Como observa Thomaz (1994), os grupos indígenas demonstraram uma grande capacidade de resistência na reelaboração contínua de seu patrimônio cultural a partir dos valores próprios da sua sociedade, fundada na diversidade, na alteridade. Ao contrário do que se pensou, os índios nem perderam a sua cultura nem desapareceram, e sim continuaram a exercê-la.

Nesse contexto, aos Estados é incumbido o dever de respeitar os usos, costumes e tradições indígenas e também de promover a participação dessas comunidades em todos os assuntos que os envolvem (COURTIS, 2009, p. 23).

Com isso, o artigo 2º, inciso I, dessa convenção internacional estabelece o dever dos Estados-membros de “desenvolver com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática, com vista a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”²⁹.

No inciso II, alínea b, tal convenção internacional determina que tal ação deverá incluir medidas “que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições”.

Em seu artigo 3º, tal convenção internacional assegura o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminações de gênero.

Enquanto, em seu artigo 4º, inciso 1º, a mesma impõe a adoção de medidas especiais necessárias para a salvaguarda de pessoas, instituições, bens, culturas e do meio ambiente dos povos interessados. E, no inciso 2º, assevera que “tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados” (MAGALHÃES, 2002, p. 91).

Ao final, o artigo 6º da essa convenção internacional determina a criação e implementação de mecanismos participativos e de consulta, previamente à criação de medidas legais ou administrativas que possam afetá-los diretamente.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho fortalece, assim, a participação dos povos indígenas, como sujeitos de direito, e não mais como incapazes que necessitam ser representados por terceiros, situando-os na condição de protagonistas, de atores principais dos processos que incidam sobre suas formas de vida (MAGALHÃES, 2002, p. 92).

²⁹ Ressalta-se que o respeito a integridade material e imaterial dos indígenas é uma forma de descolonizar as relações indígena como do Estado. Um exemplo disso é mostrado pela aymara boliviana Maria Eugenia Quispe, que faz uma leitura do direito à autodeterminação a partir da epistemologia aymara. Ela reflete que tal questão trata-se de um meio de os povos indígenas se reencontrarem com o thakhi, o caminho andino para o vivir bien, através da reorganização e do fortalecimento dos ayllus (comunidades indígenas) e mallkus (autoridades comunitárias) e da (re)construção da epistemologia aymara do qhip nayra (passado, presente e futuro). A partir disso, seria possível chegar ao Suma Qamaña, ou (con)viver em plenitude, o estado de bem estar alcançado pela equidade na relação entre pessoas, comunidades e meio ambiente, em uma relação profunda de sentido de vida e respeito (QUISPE, 2014, tradução nossa).

Artigo 5°. Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos.

Os indígenas também passaram à designação de suas coletividades indígenas como “povos” e não mais como “populações”. Sendo que essa nova designação passou a incorporar a noção de que esses compunham parte de uma “comunidade de destino” (CALEFFI, 2003, p. 111).

E principalmente possibilitou a redefinição do papel do indígena de objeto a ser auxiliado para agente a ser consultado e incluído nos processos decisórios que envolvam seus interesses.

Artigo 1°. 1 A presente convenção aplica-se:

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

Artigo 6° 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

De modo diverso da Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho, a consciência identitária do grupo seria o critério fundamental para determinar se tal grupo seria ou não indígena (GARCIA, 2018, p. 37). Uma vez que, naquela convenção internacional, o critério empregado para denominar se tais grupos seriam ou não indígenas eram os usos, costumes e tradições diferenciados da sociedade dominante.

Artigo 1°.2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Junto à adoção da consciência identitária pelos Estados em relação aos indígenas, estes também passaram a assumir a responsabilidade que os povos indígenas e tribais pudessem desfrutar plenamente dos direitos humanos³⁰, sem obstáculos e sem

³⁰ Anaya (2010) relata que os princípios internacionais de direitos humanos expressam que a autodeterminação é um direito humano universal, no sentido de que os seres humanos, individualmente ou em seus grupos, têm o direito de exercer o controle sobre seus próprios destinos, a partir de suas

discriminação (PINTO, 2008). Devendo também garantir o seu direito de participar na determinação do seu próprio destino³¹.

Artigo 1.2. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

No que se refere ao direito à terra ou o território tradicional³², a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho inovou, pois reconheceu esse modo coletivo de direito à terra (SANCHEZ, 2009). O reconhecimento coletivo da terra tradicional conferiu a identidade coletiva³³ e rompeu com a tutela estatal que orientava o direito às terras originárias na Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 13.1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão 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.

Além do reconhecimento coletivo do direito à terra, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho disciplinou as terras indígenas, desde o reconhecimento do direito até sua demarcação e titularização³⁴.

configurações políticas, econômicas e sociais. Com isso, para estende-se esse direito universal aos indígenas, individualmente, a partir dos vínculos com as suas comunidades; e aos povos, na forma de direito coletivo (ANAYA, 2010).

³¹ O direito coletivo à autodeterminação decorre do reconhecimento das populações indígenas como povos que possuem suas próprias instituições, valores e práticas e que suas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da sociedade, tendo como critério fundamental de reconhecimento a consciência étnica. Esses povos têm o direito de definir suas próprias prioridades e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento (CUNHA, 1994).

³² Segundo Bonnemaïson (2002), o território tradicional é antes de tudo a relação culturalmente vivida entre um grupo humano e uma trama de lugares hierarquizados e interdependentes, cujo traçado no solo constitui um sistema espacial – um território. Assim, o território para as sociedades tradicionais remete a noção de núcleo, de vínculos afetivos e culturais com a terra.

³³ Com base no paradigma da diferença, os direitos territoriais dos povos indígenas formam um conjunto indivisível em relação à identidade cultural. Dantas (2003) esclarece que os direitos culturais dos povos indígenas somente podem ser concebidos desde que vinculados ao território espaço de domínio e desenvolvimento interno dos valores da vida, da sobrevivência física e cultural de cada povo.

³⁴ Artigo 14.1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

Conferindo a esses povos os direitos de propriedade e de posse, como o direito de não serem removidos de sua localidade natural, salvo em circunstâncias excepcionais e com seu consentimento, bem como o direito de se manifestarem sobre a transmissão de sua propriedade.

Observa-se também que a referida convenção internacional avançou na regulamentação dos direitos dos indígenas no que tange às relações de trabalho, como na contratação, condições de emprego, formação profissional, educação, saúde e serviços sociais³⁵.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho disciplinou de modo amplo diversas esferas relacionadas aos direitos dos povos indígenas, atribuindo-lhes o direito de serem indígenas, de celebrarem seus usos costumes e tradições. Dessa forma, o Estado teria o dever de respeitar o modo de vida, a voz e o exercício da cultura indígena.

Evidencia-se, portanto, que essa convenção internacional rompe com o antigo paradigma assimilacionista de sua antecessora, impondo respeito e acomodação às diferenças culturais.

2.3. A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada no dia 13 de setembro de 2007, no âmbito das Nações Unidas. Entretanto, o seu processo de elaboração e discussão se iniciou em 1985, quando a Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias propôs um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, conhecido como “Working Group on Indigenous Populations”, com a sigla WGIP (a partir da nomenclatura em inglês).

E esse grupo de trabalho resultou na elaboração de um documento voltado a estabelecer parâmetros normativos relacionados a direitos dos povos indígenas que deveriam ser observados pelos Estados. No ano de 1993, a citada minuta foi concluída e

³⁵ Artigo 20.1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

o texto foi encaminhado para a Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da Organização das Nações Unidas.

Em 1994, o texto foi aprovado e remetido à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, com prazo para análise de dez anos. Ressalta-se que, em 1993, a Organização das Nações Unidas declarou o Ano Internacional dos Povos Indígenas, como uma fase preparatória para a Década Internacional dos Povos Indígenas no Mundo, de 1995 a 2004.

A finalidade dessa fase preparatória seria uma tentativa de reverter a oposição pelos Estados de reconhecerem os direitos originários dos povos. Direitos que já haviam sido reconhecidos pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, mas ainda perciam de um reconhecimento efetivo dos Estados.

Nesse sentido, no dia 28 de julho de 2000, foi criado o Fórum Permanente das Nações Unidas para Assuntos Indígenas, com o objetivo de promover a conscientização sobre as questões indigenistas e integrar a coordenação dessas atividades na esfera da Organização das Nações Unidas (SANTOS, 2007).

Como resultado deste Fórum Permanente das Nações Unidas relacionado à temática indígena, configurou-se a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, aprovada na Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em novembro de 2001.

Essa declaração internacional demonstrava a necessidade de se reconhecer a diversidade cultural para viabilizar reformulações político-governamentais de inclusão social na proteção das minorias.

Dessa forma, seu artigo 1º destacava o alto grau de diversidade cultural³⁶ dos povos, prescrevendo que essa seria classificada como um patrimônio comum da humanidade, devendo ser reconhecido e afirmado para o benefício dos presentes e futuras gerações (MATHIAS & YAMADA, 2010).

Diante desse contexto, em 13 de setembro de 2007, aprovou-se, na 61ª Sessão Anual da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 61/295, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com

³⁶ O alto grau de diversidade das comunidades indígenas se refere ao fato de serem um grupo social humano, que elaboram um universo de conhecimentos integrados, com fortes ligações com o meio em que vivem. Segundo Luciano (2006, p. 43), “toda organização social, cultural e econômica de um povo indígena está relacionada a uma concepção de mundo e de vida, isto é, a uma determinada cosmologia organizada e expressa por meio dos mitos e dos ritos” (LUCIANO, 2008, p.56).

143 votos a favor, 4 votos contra (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia) e 11 abstenções.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas consiste em um relevante instrumento internacional que apresenta interesses tanto da Organização das Nações Unidas quanto dos povos indígenas. E prescreve um modelo para o futuro, com paz e justiça, fundado no reconhecimento e no respeito mútuos (WILL, 2014, p. 74).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é composta por um preâmbulo, com 24 justificativas, as quais a Assembleia Geral considerou relevantes para a sua formulação, e é dividida em 46 artigos, relacionados à afirmação e à proteção dos direitos dos povos indígenas, dos valores a serem preservados e das metas a serem atingidas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas expressou o consenso atualizado da comunidade internacional, mais especificamente de 143 Estados sobre as normas sociais mínimas de proteção internacional dos povos indígenas. Nesse sentido, orientou todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas a:

- a) atuar de boa-fé para alcançar sua efetiva implementação no âmbito nacional;
- b) a adoção de novas leis ou modificar as existentes, de acordo com as orientações definidas na Declaração.
- c) A transformar as práticas que sejam contrárias ao que dispõe a Declaração;
- d) a implementar políticas públicas e programas sociais para o efetivo desfrute dos direitos humanos individuais e coletivos dos povos indígenas.

Cabe pontuar que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em sentido estrito, não obriga juridicamente os Estados, pois não é um tratado ou convenção internacional. Contudo, sua importância se dá pelo amplo consenso com que foi elaborada e a força política da quantidade de Estados aderentes (FIGUEIRA, 2017).

A força política consiste igualmente na possibilidade de sua utilização por parte de pessoas e povos indígenas, tribunais nacionais e internacionais e pelos próprios Estados.

Fato que caracteriza que a mesma possa ser convertida em instrumento juridicamente vinculante, tal como aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, sem ser um tratado internacional, através do seu valor político e do seu constante uso, tornou-se a pedra angular da proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo Allen & Xanthaki (2011, p. 01), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, apesar de não ser um documento vinculante como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, é um documento internacional mais compreensivo em substância e mais extensivo em escopo do que qualquer outro instrumento internacional existente voltado especificamente às questões indígenas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas protege as práticas culturais indígenas, em uma série de artigos³⁷, e também determina a adoção de medidas antidiscriminatórias pelos Estados. Sendo possível observar essa postura nos artigos seguintes:

Artigo 5. Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Artigo 15.1. Os povos indígenas têm direito a que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação públicos.

E ainda dispõe sobre os direitos políticos e de participação, em vários de seus artigos³⁸, como condição de qualquer política governamental, bem como o direito de

³⁷ Artigo 8.1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos. c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos. d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas. e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.

Artigo 11.1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

³⁸ Artigo 16.1. Os povos indígenas têm o direito de estabelecer seus próprios meios de informação, em seus próprios idiomas, e de ter acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem

adaptarem-se políticas públicas – como educação e saúde – aos aspectos etnoculturais indígenas:

Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Artigo 23. Os povos indígenas têm o direito de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições.

Na compreensão de Kymlicka (2011), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas adota a perspectiva do exercício de uma soberania estatal múltipla, que ocorre em um multinível, não se aplicando apenas de modo unitário e homogêneo. No posicionamento do autor, as principais ideias da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas envolveriam a constituição de um ordenamento político multicultural, lealdades múltiplas, diversidade cultural, soberania dispersa e retificação de injustiças.

E a justificativa para tal compreensão seria de que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não foca não apenas em direitos individuais, mas na estrutura do próprio Estado. E na distribuição de poder político sobre povos e territórios e na correção de injustiças históricas nessa distribuição (KYMLICKA, 2011).

qualquer discriminação. 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para assegurar que os meios de informação públicos reflitam adequadamente a diversidade cultural indígena. Os Estados, sem prejuízo da obrigação de assegurar plenamente a liberdade de expressão, deverão incentivar os meios de comunicação privados a refletirem adequadamente a diversidade cultural indígena.

Artigo 17.1. Os indivíduos e povos indígenas têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos no direito trabalhista internacional e nacional aplicável. 2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou que possa ser prejudicial à saúde ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, tendo em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para o pleno exercício dos seus direitos. 3. As pessoas indígenas têm o direito de não serem submetidas a condições discriminatórias de trabalho, especialmente em matéria de emprego ou de remuneração.

2.4. A DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ÂMBITO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos foi celebrada no dia 15 de junho de 2016. Contudo, antes de analisar de modo específico a referida declaração regional, é necessária uma breve compreensão da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Organização dos Estados Americanos é uma organização regional intergovernamental, com 35 Estados-membros das Américas, incluindo os EUA. É o organismo regional mais antigo do mundo, tendo iniciado seus trabalhos em 1826.

Em 1826, realizou-se o Congresso do Panamá, a partir do qual, posteriormente, em 1889, os Estados americanos decidiram se reunir periodicamente e criar um sistema compartilhado de normas e instituições. Assim, a Primeira Conferência Internacional Americana ocorreu de outubro de 1889 a abril de 1890, quando 18 Estados americanos se reuniram com essa finalidade.

Nesse momento, fundou-se a União Internacional das Repúblicas Americanas para a Pronta Coleta e Distribuição de Informações Comerciais, que posteriormente se convergiu na União Panamericana. As primeiras conferências se ocuparam de discutir problemas posteriores à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como a guerra e paz.

No ano de 1948, ocorreu a 9ª Conferência Internacional Americana, com a participação de 21 Estados, que adotaram a Carta da Organização dos Estados Americanos. A referida conferência configura o marco oficial da criação da Organização dos Estados Americanos, a partir da qual tem-se oficialmente a sua origem.

Desde o contexto da criação da Organização dos Estados Americanos até sua configuração oficial em 1948, a temática indígena fora objeto de discussão, visto que o continente americano possui uma população notável de indígenas. Com isso, em 1989, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos considerou necessária a adoção de um instrumento para a proteção dos direitos dos povos indígenas da região.

E, para que fosse possível a construção de um instrumento de proteção aos indígenas do continente americano, em 1992, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enviou aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, bem como a organizações indígenas e outras organizações interessadas da região, um questionário sobre o conteúdo do futuro instrumento.

A partir disso, o primeiro esboço do Projeto de Declaração foi construído, fundado nas respostas a esse questionário e em reuniões realizadas com governos e instituições. No ano 1995, foi aprovado e publicado um esboço oficial do Projeto de Declaração.

Após sua publicação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizou consultas sobre o texto, e, em fevereiro de 1997, a primeira versão revista do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada. Nesse mesmo ano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos solicitou ao seu Conselho Permanente a consideração do projeto, e, em junho de 1999, decidiu criar um Grupo de Trabalho do Conselho Permanente para continuar a tarefa.

Com a criação desse Grupo de Trabalho, muitas sessões especiais com a participação de representantes dos povos indígenas foram realizadas. E esse trabalho redundou na aprovação da Declaração Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no ano de 2016, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos é seu órgão mais elevado, e foi o órgão responsável que deu os primeiros passos em direção à referida declaração regional, em 1989 (KAINGÁNG, 2008, p. 56). Contudo, somente em 1999, formou-se o Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o projeto da Declaração Americana e permitiu aos povos indígenas participar nas reuniões e nas negociações referentes ao conteúdo dessa declaração regional.

A sua adoção pela Organização dos Estados Americanos levou quase 17 anos para ser concretizada. A adoção desta pelos Estados americanos proporcionou uma proteção específica para os povos indígenas na América do Norte, América Central, América do Sul e Caribe³⁹.

³⁹ OEA. Reportagem. "Fin a 17 años de espera para los Pueblos Indígenas". (Tradução livre). Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16. Acesso em: 29 de novembro de 2020.

O documento possui consonância com os direitos estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) no que diz respeito a não ser um documento vinculante. Entretanto, voltou-se para as particularidades das comunidades indígenas situadas na América, reconhecendo a contribuição dessas comunidades ao território americano⁴⁰.

A organização coletiva, a natureza multicultural e multilíngue das sociedades, bem como a autoidentificação dos indígenas, fora contemplada na Declaração. Ressalta-se também a previsão normativa de proteção especial para os povos situados em isolamento voluntário ou de contato inicial⁴¹, sendo isso um diferencial das demais convenções e declaração analisadas.

Afirmou-se o direito à autodeterminação, direitos a educação, saúde, autogoverno, cultura, terras⁴², territórios e recursos naturais, e inclui disposições que abordam a situação particular dos povos indígenas nas Américas, incluindo proteção àquelas comunidades indígenas afetadas por um conflito armado interno de um Estado⁴³.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos se divide em seis seções e totaliza 14 artigos, os quais contém subdivisões. A primeira versa sobre as diretrizes gerais dos povos indígenas, o alcance e aplicação do documento.

⁴⁰ “Que os direitos dos povos indígenas constituem um aspecto fundamental e de importância histórica para o presente e o futuro das Américas; A importante presença de povos indígenas nas Américas e sua imensa contribuição para o desenvolvimento, a pluralidade e a diversidade cultural de nossas sociedades, e reiterando nosso compromisso com seu bem-estar econômico e social, bem como a obrigação de respeitar seus direitos e sua identidade cultural”.

⁴¹ Artigo XXVI.1. Os povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial têm direito a permanecer nessa condição e a viver livremente e de acordo com suas culturas. 2. Os Estados adotarão políticas e medidas adequadas, com o conhecimento e a participação dos povos e das organizações indígenas, para reconhecer, respeitar e proteger as terras, territórios, o meio ambiente e as culturas desses povos, bem como sua vida e integridade individual e coletiva.

⁴² Ressalta-se que o atual reconhecimento das terras indígenas pelo Estado é fruto da interação entre o direito e a antropologia, que reconhece que a relação dos povos com o seu território não é somente de reprodução física ou econômica, mas que constitui o suporte da vida social, estando relacionada ao sistema de crenças e conhecimento destes povos (RAMOS, 1988, p. 13).

⁴³ “Os Estados, em cumprimento aos acordos internacionais em que são Partes, em especial o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive a Quarta Convenção de Genebra, de 1949, relativa à proteção devida às pessoas civis em tempo de guerra, e o Protocolo II de 1977, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional, em caso de conflitos armados, tomarão medidas adequadas para proteger os direitos humanos, as instituições, as terras, os territórios e os recursos dos povos indígenas e suas comunidades”.

Assim, o artigo 1º estabelece que a “Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aplica-se aos povos indígenas das Américas”. Destaca-se também o dever de os Estados reconhecerem e respeitarem o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas que compõem suas sociedades.

A segunda seção diz respeito aos direitos humanos e direitos coletivos, e prevê que as pessoas indígenas têm o pleno direito ao gozo pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Carta da Organização dos Estados Americanos e pelo direito internacional dos direitos humanos. Quanto aos direitos coletivos, foi estabelecido que:

Artigo VI. Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas.

A terceira seção se destina aos direitos relativos à identidade cultural. Os direitos contidos na referida seção compreendem a identidade dos indígenas, sua integridade cultural e seu patrimônio cultural, tangível e intangível. Abrangendo também a identidade histórica e ancestral, bem como a proteção desse patrimônio cultural para sua continuidade coletiva e a de seus membros, e para transmiti-lo às gerações futuras.

É imposto como dever aos Estados a obrigatoriedade de oferecer a reparação por meio de mecanismos eficazes, quando os bens culturais, intelectuais e religiosos forem privados das comunidades ou violados. Nesse sentido, o artigo 13 enuncia:

Artigo XIII. Os Estados oferecerão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos juntamente com os povos indígenas, a respeito dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação de suas leis, tradições e costumes.

Os sistemas de conhecimento, linguagem e comunicação também foram incluídos como elementos protegidos pela identidade cultural indígenas. Portanto, aos indígenas foi assegurado o direito de preservar, usar, desenvolver, revitalizar e

transmitir a gerações futuras suas próprias histórias, línguas, tradições orais, filosofias, sistemas de conhecimento, escrita e literatura.

Quanto ao direito à educação, assegurou-se aos indígenas o direito de estabelecerem e controlarem seus sistemas e instituições docentes que ministrem educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem⁴⁴.

A quarta seção tratou os direitos políticos e de organização, assim como o enunciou a proteção aos direitos de associação, reunião, liberdade de expressão e pensamento. Esses direitos consistem no direito a exercê-los sem interferências e de acordo com, entre outros, sua cosmovisão, seus valores, usos, costumes, tradições ancestrais, crenças, espiritualidade e outras práticas culturais.

Na quarta seção, também foi reconhecido o direito costumeiro inerente às sociedades indígenas, bem como a sua própria jurisdição. Ressaltando que esse reconhecimento se dá mediante a compatibilidade do direito indígena com a ordem jurídica nacional e internacional.

Artigo XXII.1. Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. 2. O direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, regional e internacional.

A quinta seção se destinou aos direitos sociais, econômicos e de propriedade. De modo semelhante à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, o direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado foi assegurado às comunidades tradicionais. Destaca-se que a relação espiritual que os indígenas possuem com seus territórios foi observada.

Junto aos direitos territoriais, a quinta seção também estabeleceu diretrizes legais para a proteção dos indígenas em isolamento voluntário ou contato inicial. Proteção considerada um avanço, pois, nos documentos internacionais anteriores, nada era mencionado em relação a esses direitos indígenas.

⁴⁴ Artigo XV. Os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que ministrem educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem.

Os direitos trabalhistas também foram observados na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos, de modo a inibir a discriminação em razão da identidade cultural indígena. No âmbito laboral, foi dado o dever dos Estados, em conjunto com os povos indígenas, de adotarem medidas eficazes para eliminar práticas de exploração do trabalho indígena, em especial mulheres, crianças e idosos.

Outra inovação na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos foi a proteção ao patrimônio cultural e a propriedade intelectual, que consistem nos saberes tradicionais. Aos indígenas, foram reconhecidos o pleno direito a propriedade, domínio, posse, controle, desenvolvimento e proteção de seu patrimônio cultural material e imaterial e propriedade intelectual.

O conceito de propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas foi enunciado de modo claro, possibilitando uma proteção mais efetiva aos conhecimentos indígenas. Dessa forma, o artigo XXVIII enuncia:

Artigo XXVIII. A propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas compreende, entre outros, os conhecimentos e expressões culturais tradicionais entre os quais se encontram os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, aos desenhos e aos procedimentos ancestrais, as manifestações culturais, artísticas, espirituais, tecnológicas e científicas, o patrimônio cultural material e imaterial, bem como os conhecimentos e desenvolvimentos próprios relacionados com a biodiversidade e a utilidade e qualidades das sementes, das plantas medicinais, da flora e da fauna.

E, por fim, a sexta seção orientou disposições gerais em relação aos direitos indígenas, tal como a interpretação das normas contidas na Declaração de acordo com os princípios da justiça, da democracia, do respeito aos direitos humanos, da igualdade, da não discriminação, da boa governança e da boa-fé.

3. OS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Analisado os documentos internacionais que dispõem acerca dos direitos humanos, torna-se necessário analisar como se dá a influência dos direitos humanos no Brasil, para se compreender como se dá o direito à terra na perspectiva dos direitos humanos face ao contexto brasileiro.

Analisa-se como se deu o processo de internalização dos direitos humanos no ordenamento normativo nacional por meio da Constituição Federal de 1988, a qual possibilitou a influência dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

E, conseqüentemente, proporcionou a ratificação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho e o compromisso com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e com a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (2016). Portanto, este capítulo tem como tarefa pesquisar a incidência dos direitos humanos no contexto brasileiro.

Sendo que isso se torna necessário para que, posteriormente, possa-se analisar como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) se tornou importante para proteger o direito à terra em relação às comunidades tradicionais brasileiras.

E, principalmente, como se dá a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em envolvem a posse de territórios tradicionais. A divisão do capítulo se dá em quatro partes, a primeira é propriamente a análise dos direitos humanos no Brasil, tendo como aporte a Constituição Federal de 1988.

A segunda parte se destina a estudar o diálogo da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1969) com o ordenamento pátrio. A terceira parte explora a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de comunidades tradicionais que tentam assegurar a posse de seus territórios. E, por fim, a quarta parte analisa casos brasileiros emblemáticos, que dizem respeito às terras tradicionais que foram discutidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o atual regime político democrático no Brasil. E, por meio da consolidação do Estado democrático de direito, as garantias legislativas e os direitos fundamentais, bem como os direitos humanos passaram a ser latentes no contexto brasileiro.

A redemocratização vivenciada pelo Estado brasileiro com a Constituição Federal de 1988 se deu após de 21 anos de regime militar, compreendido entre 1964 e 1985 (MARTINS, 2005).

E, para que houvesse a instauração de uma nova ordem fundada na democracia, a sociedade civil passou a se organizar, mobilizando-se em torno de importantes conquistas sociais e políticas.

Esse contexto proporcionou a elaboração de um novo código normativo, que elaborasse um pacto político-social adequado à nova realidade social e política. Nesse sentido, formou-se um amplo rol de direitos fundamentais, que possibilitaram também a inserção dos direitos humanos no texto constitucional federal.

Dessa forma, para analisar a influência dos direitos humanos na ordem normativa brasileira, é preciso uma breve análise dos direitos fundamentais, para posteriormente refletir sobre os direitos humanos.

Os direitos fundamentais são direitos que visam proteger à pessoa humana elencados e positivados na esfera do direito constitucional, no ordenamento interno de um país. Nesse sentido, infere-se que os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica (PIOVESAN, 2019, p. 92).

Os direitos fundamentais se configuram como metas sociopolíticas a serem alcançadas e instituem uma posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado. Na perspectiva de Pérez Luño, os direitos e garantias fundamentais são dotados de especial força expansiva (PÉREZ LUÑO, 2017, p. 310).

E as metas a serem atingidas pela ordem constitucional pátria são demonstradas no início do texto constitucional. No preâmbulo, é estabelecido que o Brasil deve ser

fundada sob um Estado democrático que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar e do desenvolvimento, fundando-se na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional.

De acordo Canotilho (2002), os direitos previstos no preâmbulo constitucional, bem como o compromisso com a ordem internacional, demonstram os três pilares do Estado democrático de direito. Sendo esses a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais.

E, em seguida, no artigo 1º, os fundamentos do Estado brasileiro são estabelecidos, sendo esses: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Os fundamentos elencados pelo texto constitucional asseveram que o Estado brasileiro se fundamenta em valores jurídicos fundamentais que possibilitam prestações positivas estatais aptas a concretizar a democracia econômica, social e cultural, que visam concretizar a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2018).

Diante disso, infere-se que Constituição Federal de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos fundamentais, sendo sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Tal contexto proporciona a influência dos direitos humanos no texto constitucional federal.

A partir da Constituição Federal de 1988, os direitos humanos passaram a ter um papel relevante, situando a referida constituição federal como o documento mais abrangente e sobre os direitos humanos adotado na história normativa brasileira.

O fundamento da cidadania se torna importante, pois, segundo Piovesan (2007, p. 345), o citado fundamento é o encontro do princípio do Estado democrático de direito e dos direitos fundamentais.

De acordo com Miranda (apud PIOVESAN, 2017, p.110), “a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E um dos pilares da Constituição é a dignidade da pessoa humana, projetando a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

A partir da instituição de dos direitos fundamentais, tornou-se possível a incorporação dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988. E o símbolo dessa inserção é o seu artigo 4º, no qual são estabelecidos os princípios que regem o Estado brasileiro nas relações internacionais: a prevalência dos direitos humanos, a

autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e a concessão de asilo político.

A previsão desses princípios firma o respeito aos direitos humanos, e, conseqüentemente, com à ordem internacional. E isso leva à compreensão da ratificação de diversos documentos internacionais de direitos humanos indígenas, como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴⁵ (2007) e outros documentos internacionais anteriormente analisados.

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, implica na elaboração de normas vinculadas ao direito internacional dos direitos humanos e à busca da integração das regras de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, bem com o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Com o reconhecimento dos direitos humanos na ordem normativa brasileira, o Estado brasileiro se compromete a respeitar os direitos humanos e passa a reconhecer limites à sua atuação. O limite de suas ações consiste na submissão às regras internacionais de direitos humanos.

Desse modo, os direitos humanos passam a constituir uma legítima preocupação e interesse da comunidade brasileira. E esse interesse é projetado com um sentido jurídico por meio da previsão constitucional federal que estabelece:

Art5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º 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.

A leitura conjunta do referido dispositivo constitucional federal proporciona a compreensão de que os direitos humanos ratificados pelo ordenamento normativo

⁴⁵ Na perspectiva de Fleuri (2003, p. 23), o Brasil, por ser historicamente “uma sociedade multiétnica”, visto que o reconhecimento da diversidade cultural se baseia em “fatores constitutivos das identidades sociais que não se caracterizam por uma estabilidade e fixidez naturais”, pois “as identidades culturais – aqueles aspectos de nossas identidades que surgem do pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas, nacionais – sofrem contínuos deslocamentos ou descontinuidades”.

brasileiro possuem aplicação imediata. E que todos aqueles documentos internacionais de direitos humanos devem ser observados pelo Estado brasileiro.

Observa-se que, por meio das disposições constitucionais federais citadas, tornou-se possível a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), também denominada como o Pacto de San José da Costa Rica. Documento elementar para a proteção das terras indígenas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com o advento na Constituição Federal de diversos tratados de direitos humanos que foram ratificados pela ordem jurídica interna, entre os quais a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Os documentos internacionais citados acima representam apenas alguns exemplos de normas de direitos humanos que foram incorporadas pela ordem normativa brasileira. Ressalta-se que estes foram analisados anteriormente, visto que, até a configuração de documentos específicos de direitos humanos indígenas, os mesmos eram invocados a fim de garantir direitos as minorias tradicionais.

3.2. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL

Analisado como se deu a internalização dos direitos humanos no sistema normativo brasileiro, torna-se necessário analisar o sistema regional de direitos humanos que o Brasil integra.

E, para tanto, o documento elementar desse sistema regional americano é a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969).

Ressalta-se que o sistema global de direitos humanos representado pela Organização das Nações Unidas e seus documentos derivaram os sistemas regionais, visando a uma proteção mais específica nos Estados daqueles direitos.

O capítulo VIII da Carta das Nações Unidas previu de modo expreso a necessidade de acordos regionais com vistas à paz e segurança internacionais, inferindo-se que os Estados deveriam zelar pelos direitos humanos.

Diante disso, em 1977, as Nações Unidas de modo formal orientaram os Estados quanto à necessidade de celebrarem acordos regionais de direitos humanos. Com o objetivo de os Estados formarem um sólido aparato regional para a promoção e proteção dos direitos humanos.

De acordo com Smith (2003), os sistemas regionais de direitos humanos são importantes, pois, na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Visto que muitas regiões ainda são relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que é interessante para elaborarem documentos comuns.

No mesmo sentido, afirmam Heyns e Viljoen (2000), segundo quem o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que possuem os sistemas nacionais. Enquanto os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da Organização das Nações Unidas, tais como uma maior autenticidade.

A autenticidade que consiste em peculiaridades e valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e devido à aproximação geográfica e cultural dos Estados envolvidos (HEYNS & VILJOEN, 2000, p.111).

E isso gera um potencial força para exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações. Assim, “um efetivo sistema regional pode consequentemente complementar o sistema global em diversas formas” (HEYNS & VILJOEN, 2000, p. 112).

Por meio desse contexto, consolida-se a convivência do sistema global, integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e as demais convenções internacionais de direitos humanos, com instrumentos do sistema regional de proteção.

O sistema regional americano de direitos humanos possui como principal instrumento normativo a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que também é denominada Pacto de San José da Costa Rica. A sua assinatura foi em San

José, na Costa Rica, em uma conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) reconheceu e assegurou um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966). Dentre esse universo de direitos, destacam-se inúmeros direitos: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão.

Segundo Buergenthal (1998), a amplitude do rol de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra como é instrumento extenso de direitos humanos, sendo até mais extensa que outros documentos internacionais de direitos humanos.

O texto normativo da referida convenção regional se estrutura em 82 artigos e codifica diversos direitos, os quais incluem o direito à personalidade jurídica, à vida, ao tratamento humano, à liberdade pessoal, a um julgamento justo, à privacidade, ao nome, à nacionalidade, à participação no governo, à igual proteção legal até a proteção judicial (ESPIELL, 1998).

O artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos enuncia que Estados que tornaram parte dessa convenção regional devem se comprometer a respeitar os direitos e liberdades previstos, e garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo de qualquer outra natureza.

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A obrigação de respeitar consiste em uma obrigação de cunho negativo, a obrigação de não fazer. Enquanto a de garantir o livre e pleno exercício dos direitos é uma obrigação positiva, classificada como uma obrigação de fazer, sendo essas de aplicação imediata pelos Estados (MacGREGOR & MULLER, 2012).

Assim, quando os Estados se tornam partes na referida convenção regional, celebram o comprometimento em respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos. E esse compromisso é uma maneira de autolimitação da soberania estatal em prol dos direitos humanos.

Diante disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece como obrigatória a vinculação do poder público aos direitos humanos, visando a máxima efetividade dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 147). A obrigação *ipso jure* “de respeitar os direitos”, enunciada no caput do art. 1º dessa convenção regional, configura a obrigação do Estado que assumiu voluntariamente a convenção em respeitar todas as previsões normativas nela contida.

Dessa forma, quando um Estado se torna parte nessa convenção regional, deve respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos independentemente de outro Estado-parte respeitá-los ou não em relação às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

E esse dever de respeito é oriundo da natureza objetiva da obrigação internacional relativa aos direitos humanos, que não diz respeito à vontade discricionária dos Estados.

A partir disso, destaca-se também que o dever de garantir e respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos é uma obrigação jurídica que os Estados assumem no plano internacional, e não uma obrigação meramente moral (MAZZUOLI, 2011, p. 147).

Assim, quando houver a ausência de respeito às previsões normativas contidas na referida convenção regional, haverá a responsabilização internacional do Estado. A responsabilização estatal é caracterizada pela possibilidade de se demandar uma reparação perante o sistema interamericano de direitos humanos, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalta-se também que a locução prevista no artigo 1º, segundo a qual “a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”, significa que a proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos independe da nacionalidade da vítima (MAZZUOLI, 2011). Sujeitar-se à jurisdição de um Estado não significa nele residir, mas nele estar no momento em que a violação de direitos humanos ocorreu.

O art. 2.º, por sua vez, estabelece:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza,

os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos não os enunciou de forma específica, limitando-se apenas a prever que os Estados deveriam alcançar de modo progressivo a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas. Segundo o artigo 26 dessa convenção regional:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo - Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Diante disso, a Parte I da Convenção Americana de Direitos Humanos elenca um rol de direitos civis e políticos parecido ao do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a exemplo do direito à vida (art. 4.º), do direito à integridade pessoal (art. 5.º), do direito de não ser submetido à escravidão ou servidão (art. 6.º), do direito à liberdade pessoal (art. 7.º), do direito de recorrer da sentença criminal a juiz ou tribunal superior (art. 8.º, § 2.º, h), do direito de liberdade de consciência e de crença (art. 12), do direito de liberdade de pensamento e expressão (art. 13), do direito de retificação ou resposta (art. 14), do direito de reunião (art. 15), do direito ao nome (art. 18), do direito à nacionalidade (art. 20), do direito à propriedade privada (art. 21), do direito de circulação e de residência (art. 22), dos direitos políticos (art. 23), do direito à igualdade perante a lei (art. 24) e à proteção judicial (art. 25).

Quanto ao direito de propriedade, o artigo 21 prevê:

Art. 21. Direito à propriedade privada:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Segundo o artigo 21. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens”. O direito ao uso de um bem configura o *jus utendi* [direito de uso], que diz respeito à maneira como cada qual utiliza a sua propriedade; e o direito ao seu gozo, *jus fruendi* [direito de fruição], se relaciona com a maneira de como o proprietário de um bem frui dos benefícios que o mesmo pode lhe oferecer (MAZZUOLI, 2011, p. 111).

Assim, além de usar um bem, os cidadãos sob a jurisdição de um Estado-parte na Convenção Americana de Direitos Humanos têm direito ao gozo desse mesmo bem, podendo dele usufruir os benefícios decorrentes.

Os bens referidos pelo art. 21, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos são definidos pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como “aquelas coisas materiais apropriáveis, assim como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; dito conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valor”.

Portanto, pertencem também à categoria dos bens de uma pessoa sua produção científica, artística ou literária, que integram o seu patrimônio como direitos do autor, conexos com o seu uso e gozo.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendido que “tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas têm a proteção convencional que lhes outorga o art. 21 da Convenção Americana [de Direitos Humanos]”.

Tal corte regional considerou, para tanto, a especial relação que tais povos guardam com o território e a necessidade da preservação deste para fins de sobrevivência física e cultural (religião, práticas agrícolas, caça, pesca e modos de vida das respectivas comunidades).

De há muito que, doutrinariamente, se prega o uso racional e socialmente correto da propriedade privada. Em outras palavras, toda propriedade privada deve se utilizada sob uma finalidade social. Não se pode utilizar a propriedade privada de forma absoluta, sem que a mesma ofereça um fim socialmente relevante.

O que a Convenção Americana de Direitos Humanos assevera é que a lei pode “subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. Nesse sentido, o interesse social

poderá limitar o uso e gozo da propriedade privada, em razão da primazia do interesse público sobre o interesse particular.

Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, sendo a propriedade particular insuscetível de privação por parte do Estado. Mas essa regra comporta três exceções, para as quais tal privação de bens é possível, quais sejam: (a) mediante o pagamento de indenização justa; (b) por motivo de utilidade pública ou interesse social; e (c) nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu um amplo rol de direitos humanos a serem assegurados pelos Estados americanos que a ratificaram. E, para assegurar que esses direitos fossem cumpridos pelos países que a ratificaram, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é observar a proteção dos direitos humanos na América. Portanto, cabe a tal comissão regional: fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (FIX-ZAMUDIO, 2000).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos consiste em um órgão jurisdicional regional, sendo composta por sete juízes nacionais de Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ressalta-se que as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos serão avaliada com mais especificidade no capítulo seguinte.

O Estado brasileiro, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu como norma vinculante a observação dos direitos humanos no ordenamento nacional, conforme foi observado na seção anterior. Entretanto, a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos enfrentou um período contraditório pelo Estado brasileiro.

O Brasil se vinculou às obrigações previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos apenas no ano de 1992 (PEGORARI, 2017). E essa vinculação tardia às obrigações previstas na referida convenção regional se originou devido ao reconhecimento de que a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é automática, devendo cada Estado espontaneamente declarar o reconhecimento da jurisdição dessa corte regional no momento de ratificação daquela convenção regional ou em qualquer outro momento.

Artigo 62.1 - Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

E o Estado brasileiro enfrentou um período contraditório de seis anos, no qual o Estado havia se comprometido com as obrigações internacionais previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, ao mesmo tempo, não havia se manifestado sobre a aceitação de sua devida supervisão judicial (PEGORARI, 2017).

O reconhecimento da supervisão judicial das normas estabelecidas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos se deu apenas no ano de 1998, momento em que o Brasil reconheceu, de pleno direito e sem convenção especial, a competência contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação e aplicação dessa convenção regional, em conformidade ao seu artigo 62 (RAMOS, 2012).

Diante disso, a partir de 1998, o Brasil se comprometeu internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com isso, a contradição entre o texto constitucional que estabeleceu a vinculação do ordenamento nacional aos direitos e a ratificação de um documento regional de direitos humanos foi superada, tornando-se o Estado brasileiro vinculado às normas da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As consequências do reconhecimento da jurisdição contenciosa obrigatória da Corte foram:

a-) que suas decisões serão sempre aptas a vincular e responsabilizar o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos Humanos prevista na CADH e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva;

b-) que o Brasil deverá passar a observar e cumprir em âmbito interno os direitos humanos previstos na CADH tais como interpretados pela Corte Interamericana, ou seja, deverá tomar por parâmetro a ótica internacional própria desta Corte quando interpretar os Direitos Humanos em âmbito interno, casos contrários, incorrerá no risco de ser responsabilizado internacionalmente. (PEGORARI, 2017, p. 255)

Ratificada a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconhecido a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro passou a ser responsabilizado internacionalmente por violação de direitos humanos, como será analisado no capítulo seguinte.

Contudo, para compreender os casos brasileiros relacionados às comunidades indígenas e seus territórios, torna-se preciso observar como se dão os instrumentos que efetivam as prescrições normativas da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.3. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A principal responsabilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a promoção dos direitos humanos pelos Estados que se tornaram parte da Convenção Americana de Direitos Humanos.

As atribuições dessa comissão regional consistem em fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, recomendando medidas adequadas à proteção dos direitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como a preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários.

E também a solicitação aos governos de informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da referida convenção regional, destinando essas informações a um relatório anual destinado à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2014, p. 501).

De acordo com Fix-Zamudio, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem ser caracterizadas pelas seguintes:

- a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros;
- b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos;
- c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações;
- d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações;
- e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito; e
- f) protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados. (FIX-ZAMUDIO, 2000, p.57)

No rol de competência dessa comissão regional também se insere o exame de comunicações, encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidades não-governamentais, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BURGENTHAL, 1998, p. 148), por Estado que dela seja parte, nos termos dos artigos 41 e 44.

É necessário observar que, quando um Estado se tornar parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, este aceita de forma automática e obrigatória a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar essas comunicações, não sendo necessário elaborar declaração expressa e específica para tal fim. Como atenta Buergenthal:

a Comissão Interamericana [de Direitos Humanos], nos termos do art. 41 (f), tem o poder de examinar comunicações que denunciem violações de direitos humanos perpetradas por um Estado-parte [...]. A Convenção Americana estabelece que, para que os Estados se tornem parte, devem aceitar ipso facto esta competência da Comissão para tratar de comunicações contra eles próprios. (1998, p. 458)

A petição exige respostas a determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos. Contudo, destaca-se que, no caso de injustificada demora processual, ou no caso de a legislação doméstica não prover o devido processo legal, não é exigido que a petição responda todos os critérios de admissibilidade.

Quanto ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, informa Trindade:

Como se sabe, estamos diante da regra de Direito Internacional em virtude da qual se deve dar ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico interno, antes de que se possa invocar sua responsabilidade internacional; trata-se de uma das questões que, com maior frequência, é suscitada no contencioso internacional, concernente tanto à proteção diplomática de nacionais no exterior, como à proteção internacional dos direitos humanos. (2011, p. 112)

Ainda na perspectiva de Trindade:

O dever de provimento pelos Estados partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no Direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais. E isso decorre justamente de os tratados de direitos humanos impor aos Estados-partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados ou no Direito interno), que, reversamente, requerem de todo reclamante o prévio esgotamento dos recursos de Direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional. (2011, p.112)

No âmbito procedimental, ao receber uma petição, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos inicialmente deve decidir sobre sua admissibilidade, levando em consideração os requisitos estabelecidos no artigo 46 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ao reconhecer a admissibilidade da petição, deve então a referida comissão regional solicitar informações ao governo denunciado.

Como explica Fix-Zamudio, “a tramitação das denúncias e reclamações, tanto privadas, como dos Estados, podem ser divididas em duas etapas”, quais sejam, “a primeira diz respeito aos requisitos de admissibilidade e a segunda consiste na observância do contraditório” (2000, p.130).

Recebidas as informações do governo denunciado, ou transcorrido o prazo sem que as tenha recebido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deve verificar se existem ou se subsistem os motivos da petição ou comunicação. Quando não existirem ou subsistirem motivos, a referida comissão regional deverá então mandar arquivar o expediente.

Entretanto, se o expediente não for arquivado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá realizar, com o conhecimento das partes, um exame

minucioso do assunto e, quando necessário, deverá realizar a investigação dos fatos. Realizado o exame da matéria, então, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá se empenhar em buscar uma solução amistosa entre as partes, o denunciante e o Estado.

Uma vez alcançada a solução amistosa, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá estruturar um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção, sendo comunicado posteriormente à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação.

Tal informe consiste em uma breve exposição dos fatos e da solução consolidada. Entretanto, quando não consolidada qualquer solução amistosa, essa comissão regional deverá elaborar um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte denunciado.

Como observa Buergethal (1998), “é importante notar que o relatório elaborado pela Comissão [Interamericana de Direitos Humanos], na terceira fase do procedimento, é mandatório e deve conter as conclusões da [referida] Comissão indicando se o Estado referido violou ou não a Convenção Americana [de Direitos Humanos]” (BUERGENTHAL, 1998, p. 459).

O relatório elaborado Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá ser encaminhado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações feitas. Durante esse período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dado o prazo pela comissão regional, se o caso não for solucionado pelas partes e não for submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, aquela comissão regional, por maioria absoluta de votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusão.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá fazer as recomendações pertinentes e fixar um prazo, dentro do qual o Estado denunciado deverá tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação. Vencido o prazo fixado, a mesma comissão regional deverá decidir, por maioria absoluta de votos de seus membros, se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado denunciado e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades.

No entanto, no período de três meses, contados da data da remessa do relatório ao Estado denunciado, o caso poderá ser encaminhado à apreciação da Corte

Interamericana de Direitos Humanos, que é o órgão jurisdicional desse sistema regional. Apenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em conformidade com o artigo 44 do novo Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, adotado em 1º de maio de 2001, se essa comissão regional considerar que o Estado relatado não cumpriu as recomendações do informe aprovado nos termos do artigo 50 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, deverá submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros daquela comissão regional.

Destaca-se que a adoção do mecanismo das comunicações interestatais requer a expressa declaração do Estado denunciado reconhecendo a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para tanto. Segundo Buergenthal (1998):

A Comissão Interamericana [de Direitos Humanos] pode apenas tratar das chamadas comunicações interestatais – comunicações submetidas por um Estado contra outro Estado – se ambos os Estados, além de terem ratificado a Convenção Americana, fizeram uma declaração reconhecendo a competência interestatal da Comissão [Interamericana de Direitos Humanos]. (1998, p.140)

Ao garantir que os indivíduos encaminhem suas próprias reclamações, o direito da petição individual torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental.

Por fim, em casos de gravidade e urgência, e toda vez que resulte necessário, de acordo com as informações disponíveis (por exemplo, na hipótese em que a vida ou integridade pessoal da vítima se encontrar em perigo real ou iminente), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá, por iniciativa própria ou mediante petição da parte, solicitar ao Estado em questão a adoção de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis, como prevê o artigo 25 do novo Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Pode ainda a Comissão solicitar à Corte Interamericana a adoção de medidas provisórias, em casos de extrema gravidade e urgência, para evitar dano irreparável à pessoa, em matéria ainda não submetida à apreciação da Corte.

3.4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Analisada as tarefas realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, torna-se necessário observar as atribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se destaca pela competência julgadora.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional americano de direitos humanos, sendo composta por sete juízes nacionais de Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2011, p. 354).

A competência jurisdicional se refere à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições dessa convenção regional, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

No plano consultivo, qualquer membro da Organização dos Estados Americanos, parte ou não da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pode solicitar o parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à interpretação da referida convenção regional ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A função precípua da Corte Interamericana de Direitos Humanos é sua competência julgadora, ainda que a função consultiva seja importante. Destaca-se que, para haver a atuação contenciosa dessa corte regional, é preciso que os Estados-partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos tenham reconhecido a jurisdição da mesma, conforme o artigo 62 dessa convenção regional.

Artigo 62. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

A fase contenciosa, que se refere aos julgamentos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, envolve quatro etapas: (a) a de apresentação do caso pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que consiste na apresentação do escrito de solicitações, argumentos e provas por parte das supostas vítimas, e a apresentação do escrito de contestação aos dois escritos anteriores por parte do Estado demandado; os escritos de contestação às exceções preliminares interpostas pelo Estado, no caso de que corresponda; o escrito de lista definitiva de declarantes; a resolução de convocatória a audiência; (b) etapa oral ou de audiência pública; (c) etapa de escritos de alegações e observações finais das partes e da Comissão; e (d) etapa de estudo e emissão de sentença (OEA, 2012).

A fase contenciosa se inicia com o envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, o regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos exige que a apresentação do caso inclua, entre outros aspectos: os motivos que levaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a apresentar o caso; uma cópia do relatório emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos previsto no artigo 50 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; e uma cópia da totalidade do expediente de trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, incluindo toda comunicação posterior ao relatório do artigo 50 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Uma vez apresentado o caso, a Presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve realizar um exame preliminar do mesmo para comprovar que tenham sido cumpridos os requisitos essenciais de apresentação. Em caso afirmativo, a Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve notificar o caso ao Estado demandado e à suposta vítima, a seus representantes, ou ao Defensor Público Interamericano, se for este o caso (OEA, 2012).

Ao receber as notificações referente ao escrito de solicitações, argumentos e provas, é estipulado um prazo de dois meses, contado a partir da recepção deste último escrito e de seus anexos, para que o Estado denunciado realize a contestação a ambos os escritos, apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelos representantes das supostas vítimas, na qual deve indicar: (a) se aceita os fatos e as pretensões ou se os contradiz; (b) as provas oferecidas devidamente ordenadas, com indicação dos fatos e argumentos sobre os quais versam; e (c) os fundamentos de

direito, as observações às reparações e custas solicitadas e as conclusões pertinentes (OEA, 2012).

A referida contestação deve comunicada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos representantes das supostas vítimas. Se o Estado denunciado opuser exceções preliminares, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as supostas vítimas ou seus representantes podem apresentar suas observações dentro de um prazo de 30 dias.

Se o Estado denunciado realizar um reconhecimento parcial ou total de responsabilidade, outorga-se um prazo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos representantes das supostas vítimas para que remitam as observações que estimem pertinentes.

Posterior à recepção dos escritos de envio do caso, de solicitações, argumentos e provas e de contestação do Estado denunciado, e antes da abertura do procedimento oral, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as supostas vítimas ou seus representantes e o Estado denunciado podem solicitar à Presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a celebração de outros atos do procedimento escrito.

Caso a Presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estime pertinente, deve determinar os prazos para a apresentação dos documentos respectivos. Uma vez que as partes tenham enviado à referida corte regional as listas definitivas das pessoas indicadas como declarantes para a audiência pública, estas deverão ser então transmitidas para as respectivas contrapartes para a apresentação de observações (OEA, 2012).

A seguir, o Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve emitir uma "Resolução de Convocatória a Audiência Pública", na qual, com base nas observações das partes e fazendo uma análise das mesmas e da informação que constam no expediente, deve resolver quais peritos e testemunhas prestarão sua declaração na audiência pública do caso e quais a realizarão através de declaração juramentada.

Nesta mesma Resolução, o Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve estabelecer um dia e hora específicos para a celebração da referida audiência e convocar as partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para

que participem na mesma. Com a celebração da audiência pública, inicia-se a segunda etapa do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe destacar que, além dos argumentos e da documentação entregados pelas partes, em qualquer estado da causa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá: (a) buscar de ofício toda prova que considere útil e necessária; (b) solicitar o fornecimento de alguma prova ou de qualquer explicação ou declaração que, a seu juízo, possa ser útil; (c) solicitar a qualquer entidade, órgão ou autoridade de sua eleição, que obtenha informação, que expresse uma opinião ou que faça um relatório ou dê um parecer sobre algum ponto específico; (d) comissionar a um ou vários de seus membros que realizem qualquer medida de instrução, incluindo audiências, seja na sede da Corte ou fora dela (OEA, 2012).

Uma vez recebidas as alegações finais escritas das partes e, se for o caso, realizada alguma das medidas anteriormente mencionadas, o caso então se encontra na etapa de emissão de sentença. Portanto, inicia-se a quarta etapa relativa à adoção de sentenças (OEA, 2012).

As sentenças ditadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são definitivas e inapeláveis. Entretanto, em caso de que alguma das partes no processo queira esclarecer o alcance da sentença em questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos o faz através de uma sentença de interpretação.

A referida interpretação se realiza a pedido de qualquer uma das partes, sempre que o pedido seja apresentado dentro dos 90 dias contados a partir da data da notificação do julgamento.

Assim, apenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes podem submeter um caso à análise para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, essa corte regional permite a participação de vítimas envolvidas nos casos sob seu julgamento, sendo que essa participação consiste na apresentação de solicitações, provas e argumentos durante o processo.

Uma vez oferecida a denúncia de violação a direitos humanos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos por parte de um Estado-parte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deverá proceder com o processo. Restando comprovado que efetivamente ocorreu a violação, deverá determinar a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ainda condenar o Estado denunciado a pagar uma justa compensação à vítima. A decisão dessa corte regional tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado denunciado seu imediato cumprimento (SIEGHART, 2000, p. 53). Se a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O JULGAMENTO DE TERRAS INDÍGENAS: O BRASIL E A CORTE

O presente capítulo visa analisar os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que versam sobre terras indígenas. De forma prioritária, observar-seão quais os casos que se tornaram parâmetros interpretativos em relação aos elementos que definem juridicamente as terras indígenas de acordo com a visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para posteriormente observar os casos brasileiros julgados por essa corte regional.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cultura das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de sua íntima relação com as propriedades tradicionais e seus respectivos recursos naturais.

Assim, as terras indígenas se tornam elementares nesse contexto, visto que não se relacionam apenas como meio de subsistência indígena, mas também por constituírem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade, e, portanto, de sua identidade cultural (CHIRIBOGA, 2006, p. 156).

E esse posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos se fundamenta nos artigos 13 e 18 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, os quais expressam que os Estados devem respeitar “a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados se revise sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que ocupam ou utilizam de alguma outra maneira, e em particular os aspectos coletivos dessa relação (CIDH, 2016, p. 136).

A garantia do direito à propriedade coletiva das comunidades indígenas, também denominada propriedade comunal, deve considerar que a terra está estreitamente relacionada com as tradições, expressões orais, costumes, artes, rituais, conhecimentos, uso da natureza, culinária, direito consuetudinário, vestimenta, filosofia e valores desses povos (MOLINA, 2017, p. 40).

Conhecimentos que são transmitidos de geração em geração como patrimônio cultural-imaterial (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 124). E esse posicionamento decorre, principalmente, da interpretação do artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), que trata especificamente do direito à propriedade privada.

Ressaltando que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no artigo 21, se refere à propriedade privada, porém sua interpretação foi ampliada para envolver a proteção às terras tradicionais, as quais necessitavam de uma interpretação normativa apta a resguardar os direitos humanos indígenas.

Segundo Laurence (2014), a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à propriedade comunal se consolidou de forma evolutiva, com base no artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. E essa evolução se explica pela combinação de três contextos: o contexto legal, relacionado ao conteúdo da convenção; o contexto político, referente ao estado de violência institucionalizada na América Latina; e o contexto sociológico, concernente à composição da própria corte regional⁴⁶.

Assim, é possível verificar que essas técnicas têm por objetivo interpretar os direitos protegidos de maneira extensiva, de modo a ampliar o âmbito de aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda conforme o entendimento de Laurence, o artigo 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que trata das normas de interpretação, valoriza o princípio *pro homine* [pelos direitos humanos]⁴⁷, que privilegia a interpretação mais favorável aos indivíduos.

Nesse contexto, o artigo 29.b da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao postular a relevância da interpretação *pro homine* [pelos direitos humanos], proporciona a exploração de inúmeras fontes exteriores para interpretar a convenção como um “instrumento vivo”, de modo que a Corte Interamericana de

⁴⁶ Afirma Burgorgue-Larsen: “La otra faceta de la interpretación evolutiva y se caracteriza por latoma en consideración de ciertos contextos específicos delcontinente latinoamericano. La idea importante aquí, sobre la quees necesario insistir, es la idea de eficacia. La Corte hará todo lo posible para que los derechos consagrados en el texto del tratadotengan un alcance concreto y efectivo en el contexto eminentemente complejo y violento de la realidad latino-americana” (2014, p. 123).

⁴⁷ Segundo Clément (2015), o princípio [pelos direitos humanos] consiste na adoção da norma que assegure a maior proteção à pessoa humana, nos casos que seja necessário escolher qual norma será aplicada a um caso concreto.

Direitos Humanos eleve a convenção ao “*corpus iuris* [corpo de leis] interamericano” e também ao “*corpus iuris* [corpo de leis] internacional”.

Para Silva e Rivas (2014), a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uso do método multicultural de interpretação quando analisa matéria envolvendo direitos dos povos indígenas e tribais. E a adoção desse tipo de método interpretativo tem como consequência a abertura ao universalismo jurídico, que torna possível a incorporação do direito consuetudinário indígena, bem como os princípios tradicionais das comunidades tradicionais e tribais e os componentes fundamentais da cosmovisão indígena.

Na perspectiva da cosmovisão indígena, os seus territórios constituem os elementos fundamentais, para a manifestação do seu modo particular de ser, ver e atuar no mundo. Com isso, a preservação e utilização de seus territórios e recursos naturais se tornam imprescindíveis à sobrevivência física e cultural desse povo, devendo ser alcançada pelo disposto no artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado amplas fontes normativas para assegurar os direitos humanos indígenas. Instrumentos como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), que foram analisados no presente trabalho.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos povos indígenas no marco da propriedade comunal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos compreende que os povos indígenas possuem uma tradição comunitária sobre a forma comunal de propriedade coletiva da terra, cujo pertencimento dessa não se centra em um só indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade (CIDH, 2010).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também defende que os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios, devido a sua própria existência, uma vez que a existência dessas comunidades deriva da estreita relação que elas mantêm com a terra, a qual deve ser reconhecida e compreendida como a base

fundamental de sua cultura, de sua vida espiritual, de sua integridade e de sua sobrevivência econômica (CIDH, 2009).

Desse modo, resta claro que, para os povos indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que o direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado em consideração, de maneira especial, para os efeitos de que trata. Como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra obtenham o reconhecimento oficial de dita propriedade e o conseqüente registro (CIDH, 2009).

Portanto, com fundamento no artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos visa salvaguardar a estreita vinculação dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais e aos recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontram, bem como os elementos incorporais que se desprendam deles.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também pondera que, nos casos em que houver contradições entre a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular, a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a jurisprudência dessa corte regional devem definir as restrições admissíveis ao gozo e exercício desses direitos, como aquelas estabelecidas por lei, necessárias e proporcionais (CIDH, 2009).

Todos esses parâmetros normativos empregados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos têm como objetivo central o objetivo de assegurar a efetividade dos direitos humanos face a uma sociedade democrática. E a importância de assegurar uma sociedade democrática por meio desses parâmetros tem como base o artigo 21.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe que “a lei pode subordinar o uso e gozo dos bens ao interesse social”.

A empregabilidade de restrições legalmente contempladas deverá levar em consideração a satisfação de um interesse público imperativo, sendo insuficiente que se

demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno (RIBEIRO, ALVES, LIMA, 2018).

A proporcionalidade se refere à restrição, a fim de se ajustar estreitamente ao alcance de um objetivo legítimo, interferindo na menor medida possível no efetivo exercício do direito restringido. Finalmente, para que sejam compatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade do pleno gozo do direito restringido (RIBEIRO, ALVES, LIMA, 2018).

Ao aplicar esses *standards* [modelos] aos conflitos que se apresentam quanto à propriedade privada e às reclamações de reivindicações de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem valorar, caso a caso, as restrições que resultariam do reconhecimento de um direito sobre outro.

Assim, por exemplo, os Estados devem levar em conta que os direitos territoriais indígenas abarcam um conceito mais amplo e diferente, que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu habitat como uma condição necessária à reprodução de sua cultura, ao seu próprio desenvolvimento e à execução de seus planos de vida.

A propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural. Ao desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, pode-se estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros (RIBEIRO, ALVES, LIMA, 2018).

Diante disso, o presente capítulo visa analisar os principais casos de territórios tradicionais brasileiros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A análise objetiva compreender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos compreende a atuação do Estado brasileiro no contexto dos direitos humanos territoriais indígenas.

4.1. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TERRITORIAIS DA COMUNIDADE YANOMAMI

A violação dos direitos humanos tradicionais da comunidade Yanomami, em 1980, foi o primeiro caso brasileiro submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A sua denominação se deu como "Caso 7615".

A comunidade Yanomami se situa entre o estado do Amazonas no território de Roraima e a fronteira com a Venezuela. E sua população, no contexto do caso tratado, era de 10.000 a 12.000 índios (RAMALHO, 2008, p. 11).

Os direitos humanos dessa comunidade indígena passaram a ser desrespeitados a partir de 1973, quando se iniciou a construção da estrada BR-210, denominada Rodovia Perimetral Norte, que atravessava o local onde a comunidade Yanomami residia.

A rodovia federal alcançou 225 km de terras indígenas, ocasionando o conflito entre indígenas e operários. Além da apropriação indevida do território indígena pela rodovia federal, houve epidemias causadas pelo contato entre operários e yanomamis, ocasionando um grande índice de morte de indígenas (RITA RAMOS, 2004).

E se instauraram conflitos entre colonos e indígenas que contribuíram para um grande número de indígenas mortos. A partir desses acontecimentos, a invasão das terras Yanomami se consolidou, e entidades como *Indian Law Resource Center*, *American Anthropological Association*, *Survival International* e *Anthropology Resource Center* denunciaram a violação dos direitos humanos das populações Yanomamis à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 1985).

O fundamento das citadas organizações não-governamentais era de que o Estado brasileiro transgredia os seguintes direitos constantes da Declaração Interamericana de Direitos Humanos: o artigo 1º, referente ao direito a vida, liberdade, segurança e integridade da pessoa; o artigo 2º, referente ao direito de igualdade perante a lei; o artigo 3º, que estabelece o direito de liberdade religiosa e de culto; o artigo 4º, que prevê o direito a preservação da saúde e do bem-estar; o artigo 5º, referente ao direito a educação; e o artigo 21, referente ao direito à propriedade (CIDH, 1985).

Por meio das alegações fundadas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos inferiu alguns antecedentes de fato e de direito a respeito do caso.

O primeiro era de que a constituição federal brasileira a época (a Emenda Constitucional n. 01 de 1969) garantia o direito dos índios ao seu próprio território e

estipulava que este constituiria propriedade permanente e inalienável, conforme previa em seu artigo 98.

O segundo se referia ao artigo 23 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que estabelecia a previsão de que os territórios dos indígenas consistia na terra habitada de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, e fosse indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

O terceiro consistia no apontamento do artigo 2, IX, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que estabelecia que era reconhecida a posse permanente das terras habitadas por indígenas, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais a de todas as utilidades naquelas terras existentes.

O quarto citava o artigo 6 do Código Civil de 1916, que previa que os índios eram considerados relativamente incapazes e estariam sob a tutela da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Portanto, essa instituição federal tinha a obrigação de defender, proteger e preservar os interesses patrimoniais e culturais dos índios.

A proteção das populações indígenas se fundamenta em razões históricas, princípios morais e humanitários, como um compromisso dos Estados, visto que são anteriores à própria formação do Estado.

As omissões e abusos de poder cometidos e constados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos violaram não apenas as normas nacionais de proteção aos indígenas yanomamis, mas os seus direitos humanos.

Ressaltando que, quando há a violação de direitos humanos por agentes públicos vitimando grupos vulneráveis, torna-se necessário aperfeiçoar os meios de defesas legislativas para as comunidades tradicionais. Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizou uma série de recomendações aos Estados americanos.

Recomendou-se a obrigação dos Estados capacitarem os funcionários que fossem exercer suas tarefas com as populações tradicionais. Visto que, para assegurar o cumprimento dos direitos humanos e bem como os direitos fundamentais desses grupos, é necessário a colaboração dos agentes estatais (OEA, 1975).

Ações prioritárias para os Estados membros da Organização Estados Americanos foram recomendadas também. De modo a preservar e fortalecer a herança cultural dos grupos étnicos, bem como a luta contra a discriminação.

Sendo que a discriminação étnica invalida o potencial dos indígenas como seres humanos, mediante a destruição de sua identidade cultural e individualidade como povo tradicional.

Com isso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado brasileiro violou uma série de direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

Violação que se deu em virtude da falta de medidas oportunas e eficazes em favor da proteção dos índios Yanoinami por parte do governo do Brasil.

Analisado o caso da comunidade Yanomami, que é um marco no contexto das demandas judiciais do Brasil face à Corte Interamericana de Direitos Humanos, as próximas seções versam sobre o caso mais recente pelo qual o Brasil foi demandado em relação à não concretização dos direitos humanos indígenas.

4.2. O HISTÓRICO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SUA JUDICIALIZAÇÃO FACE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As referências históricas ao povo indígena Xucuru em seu território se iniciam no século XVI, no estado de Pernambuco. Os documentos históricos demonstram áreas ocupadas pelos Xucuru ao longo do século XVIII⁴⁸.

Atualmente, o chamado povo Xucuru de Ororubá é constituído por 2.354 famílias, as quais vivem em 2.265 casas. No território indígena Xucuru, vivem 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades dentro de um território de aproximadamente 27.555 hectares, no município de Pesqueira, estado de Pernambuco (LEAL & HOFMANN, 2019).

O povo Xucuru tem sua própria organização, com estruturas políticas e de poder, como a Assembleia, o Cacique e o Vice-Cacique, o Conselho Indígena de Saúde de Ororubá, uma Comissão Interna para resolução de problemas entre a comunidade, um Conselho de Líderes e um Pajé (líder espiritual da comunidade e dos líderes do povo).

⁴⁸ Vânia Fialho. Estratégias e Tentativas de Regularização da Terra indígena Xucuru. Relatório citado no Ministério da Justiça /FUNAI/Direção de Assuntos de Terras/CGID (expediente de prova, folhas 1003 a 1007). Ministério da Saúde/Secretaria Especial de Direito Indígena. Memorando No. 04/2017, de 3 de março de 2017. Informação sobre o registro de famílias do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIASI) (expediente de prova, folha 469).

E a judicialização de seu território se iniciou no ano de 2016, quando foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em março daquele ano. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o referido caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido a violações de direitos cometidos pelo Brasil (GUEDES, SCHAFER, LARA, 2020).

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as violações se referiam ao direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do povo indígena Xucuru. O direito à propriedade coletiva fora violado em virtude da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais (LOUREIRO, SILVA, BRASIL, 2019).

O processo de titulação, demarcação e delimitação das terras ancestrais Xucuru se iniciou em 1989, com a criação do Grupo Técnico para realizar a identificação e delimitação do território, por meio da Portaria n. 218 da FUNAI/1989⁴⁹.

Segundo o Decreto 94.945/1987, a Fundação Nacional do Índio deveria propor a demarcação da área com base no estudo do Grupo Técnico. Assim, o Grupo Técnico emitiu o Relatório de Identificação, em 6 de setembro de 1989, mostrando que os Xucuru tinham direito à uma área de 26.980 hectares (CIDH, 2018).

O relatório técnico foi aprovado pelo presidente da Fundação Nacional do Índio em 23 de março de 1992, e, em 28 de maio do mesmo ano, o ministro da Justiça concedeu a posse permanente da terra ao povo indígena Xucuru, segundo a Portaria n. 259/MJ/9254.

No ano de 1995, a extensão do território indígena Xucuru foi retificada, determinando-se uma área de 27.555,0583 hectares, realizando-se, posteriormente, a demarcação física do território. E, em 1996, o presidente da república promulgou o Decreto n. 775/96, que estabeleceu mudanças no processo administrativo de demarcação.

Diante disso, o referido decreto presidencial reconheceu o direito de terceiros interessados no território de impugnar o processo de demarcação e interpor ações judiciais por seu direito à propriedade e de solicitar indenizações. E, nos casos em que o

⁴⁹ Decreto nº 1775, de 8 de janeiro de 1996, artigo 1o (expediente de prova, folhas 14-16). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2021.

processo administrativo estivesse em curso, os interessados tinham o direito de se manifestar em um prazo de 90 dias, a contar da data de publicação daquele decreto presidencial.

Com isso, aproximadamente 270 objeções contra o processo demarcatório Xucuru foram interpostas por pessoas interessadas. Em 10 de junho de 1996, o ministro da Justiça declarou todas essas objeções improcedentes, por meio do Despacho n. 32.

Os terceiros interessados apresentaram um mandado de segurança ao Superior Tribunal de Justiça, visando combater a improcedência das objeções. E, em 28 de maio de 1997, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a favor dos terceiros interessados, concedendo um novo prazo para as objeções administrativas.

As novas objeções foram recusadas pelo ministro da Justiça, que reafirmou a necessidade de se continuar a demarcação. E, na data de 30 de abril de 2001, o presidente da república expediu o decreto presidencial que homologou a demarcação do território indígena Xucuru, correspondente a uma área de 27.555,0583 hectares.

Após a homologação demarcatória do território Xucuru, a Fundação Nacional do Índio solicitou o registro do território junto ao cartório de registro de imóveis da municipalidade de Pesqueira, em 17 de maio de 2001. E, em 2005, executou-se a titulação do território indígena Xucuru, ante o Primeiro Cartório de Registro de Imóveis de Pesqueira, como propriedade da União para posse permanente do povo indígena Xucuru.

O contexto do processo de delimitação, demarcação e desintrusão da terra indígena do povo Xucuru foi marcado por um contexto de insegurança e ameaças que resultou na morte de vários líderes indígenas da comunidade.

A presença de ocupantes não-indígenas no território do povo Xucuru, durante o processo administrativo de demarcação, e a existência de interesses alheios, provocaram dissidências e conflitos internos na própria comunidade indígena (CIDH, 2018).

O filho e sucessor do cacique Xicão, o cacique Marquinhos, e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, receberam ameaças por sua posição de líderes da luta do povo indígena Xucuru pelo reconhecimento de suas terras ancestrais.

Diante de todo esse contexto, a comunidade indígena do povo Xucuru decidiu buscar proteção internacional, e, no dia 16 de outubro de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a petição inicial, apresentada pelo

Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), à qual foi atribuído o número de Caso 12.728.

Após o recebimento da petição inicial, no ano de 2009, foi aprovado o Relatório de Admissibilidade n. 98/2009, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisar e julgar o caso, como será analisado na seção seguinte.

4.3. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO XUCURU

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil violou os direitos humanos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo estes o direito de propriedade coletiva, o dever de garantir o direito à propriedade coletiva, o direito a integridade pessoal da comunidade, a garantia de prazo razoável e a efetividade do processo administrativo.

O direito à propriedade coletiva dos povos indígenas possui características singulares pela especial relação desses povos com suas terras e territórios tradicionais. E da integridade territorial depende sua própria sobrevivência como povo, portanto a proteção territorial é objeto de proteção jurídica internacional (SANTOS, 2009, p. 40).

O território indígena não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas no tradicional uso e posse das terras e recursos. Devendo o Estado assegurar a efetividade, demarcação e reconhecimento das terras e recursos, uma vez que esse procedimento constitui o meio pelo qual se oferece segurança jurídica à propriedade coletiva dos povos indígenas.

E por meio da demarcação que se previne conflitos com diversos atores, proporcionando as bases para a consecução da posse e uso pacífico de suas terras e territórios. E, no caso Xucuru, o Estado brasileiro não cumpriu com sua obrigação de proporcionar a demarcação e desintrusão oportuna do território indígena.

O Brasil se posicionou de modo omissivo à mora excessiva de concluir a demarcação territorial da comunidade tradicional, bem como aos casos violentos em represália ao povo Xucuru. E essa conduta estatal ocasionou ao povo indígena Xucuru a não possibilidade de exercer a posse pacífica de suas terras e territórios, devido à presença de pessoas não indígenas nesse território (CIDH, 2018).

E, nesse caso, o Estado tinha o dever de proceder à desintrusão das terras indígenas demarcadas. E posteriormente arcar com as indenizações das benfeitorias realizadas pelos terceiros ocupantes de boa-fé não-indígenas e permitir dessa maneira sua retirada das terras do povo indígena.

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as violações decorrentes da demora na resolução das ações judiciais interpostas por terceiros pessoas não-indígenas, nos anos de 1992 e 2002, configurou uma ameaça permanente sobre o direito à propriedade coletiva. Situação que agravou a violência contra o grupo indígena (CIDH, 2018).

O direito à integridade pessoal da comunidade Xucuru também foi violado devido à desintrusão total em tempo razoável dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou que essa falta de reconhecimento oportuno e a falta de proteção eficaz ocasionaram situação de insegurança e violência, pela qual considerou, em virtude do princípio jurídico *iura novit curia* [o juízo conhece o direito], que se violou o direito à integridade psíquica e moral dos membros do povo Xucuru, contrariando o disposto no artigo 5.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Os representantes afirmaram que as falhas estatais relativas à falta de reconhecimento rápido das terras Xucuru, à falta de proteção eficaz dos povos indígenas e à remoção efetiva de pessoas não-indígenas provocaram um clima de insegurança, tensão e violência que causou danos à saúde e à integridade pessoal dos membros do povo Xucuru e ao povo Xucuru como um todo (SANTOS, 2009, p. 35).

Segundo os representantes do povo Xucuru, a violação do artigo 5º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos “decorre da natureza dos danos sofridos, pelo povo Xucuru: assassinatos, hostilidade e outras tensões e violências, além de processos recorrentes de criminalização”.

Constataram-se também a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do alegado descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, a ser julgado em um prazo razoável.

E diante a comunidades tradicionais, o dever de cumprimento de julgar em tempo razoável se torna ainda mais latente, visto que os Estados devem oferecer uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades e suas características econômicas e sociais, além de sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

O processo administrativo de demarcação teve uma demora excessiva, iniciando-se em 1989 e terminando em 2001. E esse lapso temporal não concretizou a duração razoável do processo, conforme assevera o artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que estabelece que, em processos de natureza administrativa, ainda mais quando, por intermédio deles, se pretende proteger, garantir e promover os direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial, existe o direito à duração razoável do processo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos constatou a responsabilização do Estado brasileiro no que tange ao desrespeito aos direitos humanos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o é signatário.

4.4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PELA VIOLAÇÃO DOS DIREITO HUMANOS DA COMUNIDADE XUCURU

Todo o contexto exposto levou a responsabilização do Brasil face à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em julho de 2015.

A responsabilização estatal brasileira se deu por meio do Relatório de Mérito n. 44/2015, em conformidade, no qual se chegou a uma série de conclusões e se formularam várias recomendações ao Estado brasileiro, sendo posteriormente foi confirmada pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 16 de março de 2016.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Brasil era responsável internacionalmente pelas violações: do direito à propriedade, consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no

artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento jurídico regional, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros.

E também pela violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento jurídico regional, em detrimento da comunidade indígena Xucuru.

Além da constatação de violação de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado brasileiro que adotasse de forma rápida as medidas necessárias, tais como legislativas, administrativas ou de outra natureza, à proteção territorial e física do povo indígena Xucuru, levando em consideração o direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

O Estado brasileiro deveria garantir aos membros do povo tradicional a vivência plena, de acordo com sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

A reparação individual e coletiva por parte do Estado também deveria ser realizada, em virtude dos danos provocados pela demora no reconhecimento, demarcação e delimitação da terra comunitária. Assim como a consolidação de medidas necessárias para evitar que, no futuro, os indígenas nacionais, em especial a comunidade Xucuru, por ausência de instrumentos jurídicos nacionais aptos a resolver seus direitos de modo célere e eficaz, tivessem de passar por fatos similares; em especial, adotar um recurso administrativo simples e rápido para a mesma demanda relatada relativamente a terras tradicionais.

As referidas recomendações foram realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para serem cumpridas em um prazo de dois meses, mediante comunicação de 16 de outubro de 2015. Após a concessão de uma prorrogação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Estado brasileiro não havia avançado substancialmente no cumprimento das recomendações.

E a resposta brasileira foi a ausência de apresentação em relação à efetividade das recomendações protetivas para a comunidade Xucuru. Portanto, em 16 de março de

2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ante a necessidade de obtenção de justiça, os fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito.

Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi solicitada a declaração de responsabilidade internacional do Brasil pelas violações constantes do Relatório de Mérito. E a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela responsabilização do Estado brasileiro.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sentença proferida é um instrumento de reparação, devendo os envolvidos utilizarem-na para ter os danos reparados. A sentença definiu que o Estado brasileiro teria o prazo de um ano, contado a partir da notificação da mesma, para apresentar àquela corte regional um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento. Entretanto, o Estado brasileiro não apresentou o solicitado relatório, como tampouco colocou as recomendações em prática.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar o direito às terras indígenas na perspectiva dos direitos humanos face ao Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa foi dividida em quatro capítulos de maneira a estruturar os conceitos pertinentes à temática.

Inicialmente, o primeiro capítulo analisou a construção histórica dos direitos humanos, tendo como ponto de partida os anos pós-Segunda Guerra Mundial. E a proteção integral ao homem se consolidou para evitar na história a violação de direitos humanos que ocorrera no referido episódio.

A partir de então, houve a construção de um sistema internacional centrado no valor da pessoa humana, e estabelecendo o direito a ser sujeito de direito. A Organização das Nações Unidas foi criada, impondo nova conduta mundial voltada para a paz, o desenvolvimento social e principalmente a proteção internacional dos direitos humanos.

Após a criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada. Com seu advento, fixou-se um código comum e universal dos direitos humanos. E, posteriormente, outros documentos internacionais de direitos humanos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), também foram promulgados, visando à proteção dos direitos humanos.

Os instrumentos normativos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos demonstram a universalidade dos direitos humanos. Universalidade que reside em proteção em qualquer contexto geográfico, étnico, histórico ou econômico-social, nos quais sempre está presente o ser humano.

No segundo capítulo, foram analisados os documentos de direitos humanos voltados à proteção indígena. O primeiro documento foi a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (1957), cujo objetivo era a proteção indígena; no entanto, como adotava o paradigma assimilacionista ou integracionista, não permitia o direito de os indígenas continuarem indígenas.

Apesar de discriminatória, a citada convenção internacional é considerada um marco nos direitos humanos, por ser destinada aos indígenas. O paradigma integracionista objetivava a incorporação gradual dos indígenas à comunhão nacional, pelo que não estava em harmonia com a proteção integral ao homem.

E, em resposta a essa desarmonia, em 1989, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho foi adotada pela Conferência Geral dessa organização universal, superando a anterior Convenção n. 107 promulgada pela mesma. Reconhecendo que os indígenas tinham o direito de se manterem índios, portanto teriam o direito a autodeterminação.

A autodeterminação dos indígenas é o direito de manterem e serem respeitados conforme seus usos, costumes e tradições. Englobando também o direito à terra, que seria coletivo e inerente à identidade indígena. A partir da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, outros documentos internacionais e regionais voltados à proteção dos direitos humanos indígenas foram estruturados, de modo a resguardá-los, e, ao longo da pesquisa, se destacou, como foi possível ver os direitos territoriais indígenas.

Em 2007, internacionalmente, foi estruturada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. E essa declaração internacional estabeleceu o direito dos povos indígenas não serem removidos à força de suas terras ou territórios, em virtude da relação material e imaterial que possuem com o território.

E, no ano de 2016, regionalmente, estruturou-se a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos, de maneira a assegurar os direitos humanos indígenas no território americano. De modo semelhante à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, o direito às terras e territórios estava presente nessa declaração regional. Destacando-se mais uma vez a relação espiritual que os indígenas possuem com seus territórios.

O direito ao território tradicional foi destaque ao longo do segundo capítulo, visando demonstrar a importância vital desse direito para os indígenas.

No terceiro capítulo, refletiu-se sobre a influência dos direitos humanos no Brasil, visto que a Constituição Federal de 1988 institui o compromisso com a ordem

internacional, a prevalência dos direitos humanos em suas relações e estabelece a terra indígena como direito fundamental.

A prevalência dos direitos humanos, como princípio constitucional orientador do Brasil implica a integração das regras de direitos humanos à ordem normativa nacional brasileira. O reconhecimento dos direitos humanos na ordem normativa brasileira compromete o país a respeitar os direitos humanos.

Sendo assim, os direitos humanos passam a constituir uma legítima preocupação e interesse da comunidade brasileira, fazendo com que Estado se torne signatário das normas de direitos humanos, tais como os que versam sobre os direitos humanos indígenas, que foram citadas acima.

No quarto capítulo, analisou-se de modo específico como o Brasil se posiciona diante os direitos humanos indígenas territoriais, seja no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois que signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Documento regional que estabeleceu um rol de direitos humanos, e, visando seu cumprimento pelos Estados americanos, estabeleceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os países que se tornaram signatários da referida convenção regional, como o Brasil, se sujeitam à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para julgar as questões relativas aos direitos humanos que compreenderem que os países signatários de sua jurisdição desrespeitem.

Na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também existe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela promoção dos direitos humanos pelos Estados que reconheceram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. As tarefas dessa comissão regional são recomendações aos governos dos Estados-partes quanto à proteção dos direitos figurados na convenção regional de 1969, bem como a preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários para tanto.

A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é anterior a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois ela é quem realiza os relatórios para essa corte regional no caso de ajuizamento de uma ação regional. E o Brasil fora acionado duas vezes no âmbito interamericano pelo descumprimento dos direitos indígenas.

O primeiro caso foi a violação dos direitos humanos tradicionais da comunidade Yanomami, em 1980. A sua denominação se deu como "Caso 7615" na Comissão

Interamericana de Direitos Humanos. Nesse caso, a referida comissão regional declarou que o Estado brasileiro violou uma série de direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969).

As violações ocorreram pela ausência estatal em promover medidas de proteção aos Yanoinami. Em virtude disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fez uma série de recomendações ao Estado brasileiro, visando assegurar o cumprimento dos direitos humanos e bem como os direitos fundamentais dos indígenas pelo mesmo.

O segundo caso analisado foi o julgamento do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos devido ao não-cumprimento dos direitos humanos indígenas, especificamente o direito à terra da comunidade Xucuru, de Pernambuco.

Como foi possível observar no capítulo quatro, o direito à propriedade coletiva possui características singulares pela especial relação desses povos com suas terras e territórios tradicionais. E a sua preservação promove a sobrevivência indígena, portanto a proteção territorial é objeto de proteção jurídica internacional, seja da Convenção Interamericana de Direitos Humanos seja das demais convenções internacionais e regionais que foram analisadas.

E, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil violou os direitos humanos previstos na Convenção Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto o direito de propriedade coletiva quanto o direito à integridade pessoal da comunidade, a garantia de prazo razoável e a efetividade do processo administrativo.

Conclui-se então que, apesar de uma legislação ampla de direitos humanos voltados à proteção indígena, em especial o direito territorial, de que o Brasil é signatário, e sujeito a julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando for matéria prevista na Convenção Corte Interamericana de Direitos Humanos, como foi no caso do povo Xucuru, não se tem cumprimento das normas de direitos humanos, como o direito as terras tradicionais, pelo Estado brasileiro.

Desse modo, a presente dissertação buscou analisar os direitos humanos indígenas, destacando o direito à terra, tendo como aporte primário a legislação internacional de direitos humanos indígenas, como a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (1957), a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos

Indígenas (2007), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

E, como aporte secundário, utilizou-se a Constituição Federal de 1988, visto que constitui o texto constitucional federal que permitiu a incorporação dos direitos humanos no ordenamento normativo nacional, e, conseqüentemente, a jurisdição da ordem internacional, como a da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, A. M. C. “Cooperação entre sistemas global e interamericano de direitos humanos no âmbito do mecanismo de revisão periódica universal”. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 07, n. 13, dez. 2010, pp. 177-191. [Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur13-port-antonio-m-cisneros-de-alencar.pdf>]

ANAYA, S. J. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Trotta, 2005.

_____. “Os direitos humanos dos povos indígenas”. In: ARAÚJO, A. V. *et al.* **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: O direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED / Museu Nacional, 2006.

_____. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. In: CHARTERS, C. & STEVENHAGEN, (eds.). **El desafío de la Declaración**: História y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.

ALLEN, S. & XANTHAKI, A. (orgs.). **Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

ALVES, A. M. M. & BARROS, J. M. P. M. “Identidade e diversidade cultural”. In: **Reunión de Antropología del Mercosur**, 2009.

ALVES, J. A. L. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ARREGI ORUE, J. B. **La diplomacia indígena en las relaciones internacionales 1992-2007**: Pueblos indígenas como actores emergentes en relaciones internacionales del siglo XXI. [USA]: Académica Española, 2011.

BARBOSA, M. A. “Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas”. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, v. 01, n. 02, jul./dez. 2007. [Disponível em: http://www.ufgd.edu.br/historiaemreflexao/julho_dez_2007/arquivos/conferencia-ospovos-indigenas-e-as-organizacoes-internacionais-instituto-do-indigenato-no-direitobrasileiro-e-autodeterminacao-dos-povos-indigenas]

BARRETO, V. P. “Multiculturalismo e direitos humanos: Um conflito insolúvel?” In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 249-269.

BARKAN, E. **The retreat of scientific racism**: Changing concepts of race in Britain and the United States between the world wars. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

BENGOA, J. **La emergencia indígena en América Latina**. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BERGAMASCHI, M. A. (org). **Povos indígenas & educação**. Porto Alegre: Mediação, 2008.

BICK, M. **El debate entre liberales y comunitaristas**. Santiago de Chile: Universidad Nacional Andrés Bello, 1995.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONNEMAISON, J. Viagem em torno do território. In: CORRÊA, R. L.; ROSENDHAL, Z.(Org.). **Geografia cultural: um século**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2002. v.3, p. 83-132.

BUERGENTHAL, T. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998.

BURGORGUE-LARSEN, L. "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos". **Estudios Constitucionales**, ano 12, n. 01, 2014.

BRYSK, A. **De la tribo a la aldea global: Derecho de los pueblos indígenas, redes transnacionales y relaciones internacionales en América Latina**. Barcelona: Instituto Piaget, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes . **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, R. A. E. S. **A internacionalização dos DDHH e o pós-guerra**. 2006.

CARBONELL, M. "La constitucionalización de los derechos indígenas en America Latina: Una aproximación teórica". **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, 2003. [Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=108>]

CALABRIA, C. "Alterações normativas, transformações sociojurídicas: Analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos". **Direito e Práxis**, v. 08, n. 02, 2017, pp. 1.286-1.355. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1286.pdf>]

CALEFFI, P. "O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI". **Dialogos Latinoamericanos**, 2003. [Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/162/16200702.pdf>]

CASTILLO GALLARDO, M. "Pueblos indígenas y derecho consuetudinario: Un debate sobre las teorías del multiculturalismo". **Nueva Antropología: Revista de Ciencias Sociales**, n. 71, 2009, pp. 13-29. [Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nueva-antropologia/article/view/15077/13455>]

CASTILHO, E. W. V. "Introdução". In: LIMA, A. C. S. (coord.). **Antropologia e direito: Temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília: Contra Capa / LACED / Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

CASSIN, R. "El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal". In: **Veinte años de evolución de los derechos humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

- CANDAU, V. M. **Multiculturalismo e direitos humanos**. 2010.
- CHIRIBOGA, O. R. **O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais**: Um olhar a partir do sistema interamericano. 2006.
- CHIZZOTI, A. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 2001.
- CIDH. **Derechos de los povos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrais y recursos naturales**: Normas y jurisprudência del sistema interamericano de derechos humanos. Doc. 56/2009. 30/12/2009.
- CLÉMENT, Z. D. "La complejidad del principio pro homine". **Jurisprudencia**, n. especial, fascículo 12, mar. 2015, pp. 98-111. [Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>]
- CORDEIRO, E. **Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco / Fundação Alexandre Gusmão / Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- COURTIS, C. "Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina". **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 10, jun. 2009, pp. 53-81.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. "Fundamento dos direitos humanos". In: **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2010.
- CUCHE, Denis: **A noção de cultura nas ciências Sociais**. Bauru, SP: EDUSC, 1999
- CUNHA, M. C. "Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais". In: SANTOS, S. C. (org.). **Sociedades indígenas e o direito**: Uma questão de direitos humanos. Florianópolis: UFSC / CNPq.
- _____. **Os direitos dos índios**: Ensaio e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- DANTAS, F. A. C. **O direito diferenciado**: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil. Tese em Doutorado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná. 2003.
- DEROCHE, F. **Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre**. Paris: L'Harmattan, 2005.
- DONNELLY, J. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003.
- _____. **International human rights**. Boulder: Westview Press, 1998.
- DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.
- DUPRAT, D. (org.). **A Convenção n. 169 da OIT e os Estados nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015.

EBERHARD, C. "Direitos humanos e diálogo intercultural: Uma perspectiva antropológica". In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 159-203.

ESPIELL, H. G. **Los derechos economicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986.

_____. **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1988.

ESTUPIÑAN SILVA, R. & IBÁÑEZ RIVAS, J. M. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales". In: BELTRÃO, J. F.; BRITO FILHO, J. C. M.; GÓMEZ, I.; PAJARES, E.; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Y. (coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: RedDHES, 2014.

FERNÁNDEZ, E. "¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?" **Persona y Derecho**, 2003.

FOSSUM, J. E. "Deep diversity *versus* constitutional patriotism: Taylor, Habermas and Canadian constitutional crises". **Ethnicities**, v. 01, n. 02, jun. 2001, pp. 179-206.

FIX-ZAMUDIO, H. **Protección jurídica de los derechos humanos**. 2000.

FIGUEIRA, R. R. **Os dez anos da Declaração da ONU sobre os direitos de povos indígenas**. São Paulo: JOTA, 2017. [Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/declaracao-da-onu-sobre-direitos-de-povos-indigenas-25092017]

FIX-ZAMUDIO, H. "La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latino-americanas". **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, 1993.

_____. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

GARCIA, T. A. "Consciência identitária, autonomia, participação e consulta: Caminhos para superação de práticas coloniais". **Interethnic@: Revista de Estudos em Relações Interétnicas**, 2018. [Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/12240>]

GONZÁLEZ CASANOVA, P. "Colonialismo interno (uma redefinição)". In: BORON, A. A.; AMADEO, J.; GONZALES, S. (orgs.). **A teoria marxista hoje: Problemas e perspectivas**. 2007.

GUEDES, I. P.; SCHÄFER, G.; LARA, L. S. "Territórios Indígenas: Repercussões do SIDH no direito brasileiro". **Direito e Práxis**, v. 11, 2020, pp. 179-206.

HABERMAS, J. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HENKIN, L. **International law: Politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HEINZE, H.-J. "Direitos humanos coletivos: direitos dos povos indígenas". In: PETERKE, S. (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Ministério Público da União, 2010.

HEYNS, C. & VILJOEN, F. "An overview of human rights protection in Africa". **South African Journal on Human Rights**, 2000.

IKAWA, D. "Direito dos povos indígenas". In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JULLIEN, F. **O diálogo entre culturas: Do universal ao multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

KAINGÁNG, A. **Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas: Uma publicação do Projeto Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos direitos humanos**. Cartilha, 2008.

KYMLICKA, W. (org.). **The rights of minority cultures**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. **Multicultural Odysseys: Navigating the new international politics of diversity**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LOUREIRO, S. M. S. **A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas: O resgate do pensamento da escola ibérica da paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo *jus gentium* para o século XX**. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2015.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOUREIRO, S. M. S.; SILVA, J. I. B.; BRASIL, V. B. "Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil: Comentários críticos à sentença de 05 de fevereiro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos". **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 19, 2019, pp. 313-334.

LEAL, M. C. H. & HOFFMANN, G. B. "A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em termos de reparação e prevenção de violações de direitos humanos e o alcance de suas sentenças sob a perspectiva das 'sentenças estruturantes'". **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & XII Mostra Internacional de Trabalhos Científicos**, 2019. [Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Gregora+Beatriz+Hoffmann.pdf/3f76ec7e-975d-7bb3-ffd1-a3553023ef4a>]

LIMA, S. M. C. "Multiculturalismo". **Revista Comunicação e Educação**, set.-dez. 1998.

LOUREIRO, S. M. S.; CALAFATE, P.; SILVA, J. I. B.; AGUIAR, D. M.; MIRANDA, B. M. B.; SILVA, C. H. F.; SANTOS, E. B. F.; CORDEIRO, I. A.; MENDES, K. G.; CARVALHO, M. A.; AZEVEDO, M. C.; UCHOA, T. M. S.; BRASIL, V. B. **Amicus**

Curiae no Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2017.

LUCIANO, G. J. S. "Diversidade cultural, educação e a questão indígena". In: BARROS, J. M. P. M. (org.). **Diversidade cultural: Da proteção à promoção.** Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MAIA, M. & LIMA, R. "O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015)". **Direito & Práxis**, v. 08, n. 02, 2017, pp. 1.419-1.454.

MAIA, M.; MACIEL, D.; KOERNER, A. **Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações, mobilizações.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.

MAIA, C. & PRADO, R. C. O. "As organizações internacionais e a proteção dos direitos dos indígenas no âmbito do direito internacional: Especial referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e ao direito brasileiro". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, 2012.

MARCONDES, D. "Apresentação à edição brasileira". In: JULLIEN, F. **O diálogo entre culturas: Do universal ao multiculturalismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

MARTINS, C. E. 2005. **Vinte anos de democracia?** Lua Nova, São Paulo, n. 64, p. 13-37.

MARINHO, T. A. "Os caminhos da identidade em um mundo multicultural". **Revista Fórum Identidades**, ano 3, v. 05, jan./jun. 2009.

MARTINEZ COBO, J. **Estudios del problema de la discriminación contra poblaciones indígenas: Conclusiones, propuestas y recomendaciones.** Nova York: Nações Unidas. (ENC.4/Sub. 2/1986, 1987/Add.4)

MARQUES, P. M. "O direito internacional dos povos indígenas: Ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional". **Revista Jurídica da Presidência**, 2011.

MacGREGOR, E. F. & MÖLLER, C. M. P. "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". **Estudios Constitucionales**, 2012.

MATHIAS, F. & YAMADA, E. **Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas.** Brasília: ISA, 2010.

MAGALHÃES, J. L. Q. "Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e a diversidade comportamental nas metrópoles". **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 53, 2008.

_____. "O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'**. Argumenta (FUNDINOPI), v. 15, p. 77-114, 2011.

MELO, M. & PFEIFER, R. A. C. "Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos direitos civis e políticos". In: GOMES, L. F. & PIOVESAN, F. (orgs.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, C. D. A. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MERON, T. **Human rights law-making in the United Nations**. Rio de Janeiro, 1996.

MENEZES, W. "A contribuição da ONU para a formatação do direito internacional contemporâneo". In: MERCADANTE, A. *et al.* **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.

MOLINA, L. P. "Terras incapturáveis: Notas para pensar autodemarcações indígenas". **Aceno: Revista de Antropologia do Centro-Oeste**, v. 05, 2018, pp. 39-58.

OLIVEIRA, J. P. **Uma etnologia dos "índios misturados"?** Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. Rio de Janeiro: Mana, 1998.

OLIVEIRA, O. M.; BRAUN, H. A. D.; GIACHIN, I. S. "Protagonismo de luta indigenista e a construção dos direitos humanos dos povos indígenas". **Direito e Justiça**, 2019.

OLIVEIRA, R. C. **O índio e o mundo dos brancos**. Brasília: UnB, 1981.

OEA. **Projeto de Declaração Interamericana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**.

_____. **Relatório Anual: Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2012. [Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2012.pdf]

OIT. **Convenção no 107, de 5 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. [Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)]

_____. **Convenção no 169 de 7 de junho de 1989**. Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm]

PANIKKAR, R. "Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?" In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 205-238.

PEREZ-LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion**. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, F. "Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos". In: GOMES, L. F. & PIOVESAN, F. (orgs.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2014.

_____. "Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In": **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, S. M. R. "Reflexões sobre pluralismo jurídico e direitos indígenas na América do Sul". **Revista Sociologia Jurídica**, 2008. [Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17769/1/2014_AnaCatarinaZemaDeResende.pdf]

PUREZA, J. M. "Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos". In: BALDI, C. A. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 73-100.

RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. Barueri, SP: Manole, 2006

RAMALHO, M. **Os yanomami e a morte**. Tese de Doutorado em Antropologia. Universidade de São Paulo. [Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-04052009-154152/publico/MOISES_RAMALHO.pdf]

RAMOS, A. R. **Sociedades indígenas**. São Paulo: Ática, 1988.

_____. **Los Yanomami en el corazón de las tineblas blancas**. Relaciones (Zamora), Michoacán, 2004.

REZEK, F. **Direito público internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Direitos humanos, igualdade e diferença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SACHS, I. "Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania". In: **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais / Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

SANTOS, B. S. "Por uma concepção multilateral de direitos humanos". In: SANTOS, B. S. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

SANTOS, C. M. "Xucuru do Ororubá e direitos humanos dos indígenas: Lutas pela terra-segurança e Estado no Brasil". In: BENVENUTO; A. A. C. *et al.* (org.). Recife: Ed. do Autor, 2009. [Disponível em: http://www.unicap.br/revistas/publicacoes/debates_comteporaneos.pdf]

SÁNCHEZ, C. "Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais". In: VERDUM, R. (org.). **Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.

SIEGHART, P. **The international law of human rights**. Oxford: Clarendon Press, 2000.

SMITH, R. K. M. **Textbook on international human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

STEINER, H. J.; ALSTON, P. **Human rights in context: Law, politics, morals**. Oxford, NY: Oxford University Press, 1996.

_____. **Regional promotion and protection of human rights: Twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace**. 1980.

TEREZO, C. F.; ALVES, R. A. A.; LIMA, T. S. "A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o princípio da precaução". **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 09, 2019, pp. 149-174.

THOMAZ, O. R. "As ilusões do multiculturalismo". **Cadernos de Campo**, 1994.

TRINDADE, A. A. C. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

_____. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. 2011.

TYLOR, E. B. "A ciência da cultura". In: **Evolucionismo cultural: Textos de Morgan, Tylor e Frazer**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

WALZER, M. "Comentário". In: TAYLOR, C. *et al.* **Multiculturalismo: Examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Piaget, 1998, pp. 139-145.

_____. **Esferas de justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WILL, K. L. P. **Genocídio indígena no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. 2014.

WOLKMER, A. C. "Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina". **Revista do Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais**, 2003.

_____ & LEITE, J. R. M. (orgs.). **Novos direitos do Brasil: Naturezas e perspectivas: Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ & FAGUNDES, L. M. **Para um novo paradigma de Estado plurinacional na América Latina**.

WOODWARD, Kathryn. "Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual". SILVA, T. T. (org.). **Identidade e diferença: A perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: 2000.