XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marco Antônio César Villatore, Rogerio Luiz Nery Da Silva, Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 9978-85-5505-318-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Essa obra é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de “Direito Internacional dos Direitos Humanos II” realizado no XXV Congresso do CONPEDI em Curitiba, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, o qual focou suas atenções na temática “Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos.

Alana Lima de Oliveira faz um estudo sobre as diferentes formas de conceber os direitos humanos e analisa esses direitos como produto de uma construção social. Já Cristiane Feldmann Dutra e Suely Marisco Gayer apresentam os obstáculos que a população do Haiti encontra após a migração para o Brasil, frente à dificuldade de aprender a língua portuguesa.

Larissa Sampaio Teles e Marcella Rosiére de Oliveira analisam o conflito entre decisões de diferentes cortes por meio do caso “Guerrilha do Araguaia” e da lei de anistia, com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n° 153, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso “Gomes Lund e outros”.

Marianny Alves e Rejane Alves De Arruda comparam os crimes contra a humanidade previstos no Estatuto de Roma e os tipos penais previstos pelo Projeto de Lei 4.038/2008, questionando a viabilidade de se combater a violência do Estado acionando seu próprio sistema penal. Luís Antonio Zanotta Calçada e Anizio Pires Gaviao Filho trabalham a eventual influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos nos movimentos constitucionalistas após a Segunda Guerra Mundial.

O artigo de Karla Eliza Correa Barros Kataoka apresenta forma e intensidade com que os direitos econômicos, sociais e culturais são tratados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente referente à compreensão de ‘desenvolvimento progressivo’, a partir do estudo do caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Na mesma esteira sobre direito dos indígenas, Gilberto Schäfer e Íris Pereira Guedes tratam dessa característica, mas sobre as políticas que nortearam a construção dos direitos indigenistas desde o período do Brasil colônia até a promulgação do texto constitucional vigente.

Gilson Fernando da Silva e Alisson Magela Moreira Damasceno abordam impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na ordem jurídica nacional e a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos à luz da Constituição brasileira de 1988. E Hugo Lázaro Marques Martins traz reflexos sobre o uso da força convencional, pautado nas Cartas da ONU, os quais impõem à Sociedade Internacional o emprego de outros mecanismos que não a guerra, fator que trouxe à baila o uso das Sanções Econômicas Internacionais como mecanismo de política internacional detentor de capacidade para efetivar a promoção dos Direitos Humanos.

Fábio Rezende Braga e Elisa Schmidlin Cruz identificam, a partir de uma análise acerca dos principais elementos que estruturam a política econômica internacional e das consequências da implementação do Programa estabelecido pelo Banco Mundial, possíveis alternativas para uma necessária reforma das instituições financeiras internacionais. Marco Antônio César Villatore e Regeane Bransin Quetes fazem uma análise do contexto vivido pelos trabalhadores informais "laranjas e sacoleiros" na zona fronteiriça Paraguai e Brasil, que o MERCOSUL incorpore este problema, como um desafio a ser enfrentado por ele.

Jonatan de Jesus Oliveira Alves e Gabriel Faustino Santos traçam um paralelo entre a justiça de transição no Brasil e na Argentina, procurando entender as diferenças e semelhanças no processo de consolidação democrática desses países após viverem sob a égide de governos ditatoriais. Já Alessander Santos Barbosa avalia se é possível afirmar que a decisão recentemente tomada pelo Reino Unido, através de plebiscito realizado em junho de 2016, e que alude em sua retirada da União Europeia, poderá implicar em aspectos negativos e de indesejável retrocesso na luta da comunidade internacional pela universalização dos Direitos Humanos.

Natasha Karenina de Sousa Rego e Lorena Lima Moura Varão identificam o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na promoção dos direitos humanos e do desenvolvimento a partir dos casos em que o Estado Brasileiro recebeu uma sentença. Rogério Luiz Nery Da Silva e Cristiane Brum Dos Santos resgatam a temática da dignidade da pessoa humana e fazem um recorte da dimensão intersubjetiva da dignidade na tutela dos direitos fundamentais, investigando a relação entre a dignidade como reconhecimento e a tutela dos direitos.

Andressa Dias Aro e Sérgio Tibiriçá Amaral fazem um estudo acerca da importância dos direitos de informação e de expressão na atual Sociedade de Informação, e ainda o acesso à uma vida digital como um direito do ser humano. E por fim Bruno Barbosa Borges investiga o Sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos na realização do

Controle de Convencionalidade e sua afirmação como importante instrumento à integração interconstitucional e convencional.

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore - PUC-PR

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery Da Silva - UNOESC

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - PUC-SP

DIREITOS DOS INDÍGENAS NO BRASIL: PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.

LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN BRASIL: PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Gilberto Schäfer [1]
Íris Pereira Guedes

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre as políticas que nortearam a construção dos direitos indigenistas desde o período do Brasil colônia até a promulgação do texto constitucional vigente. Posteriormente, serão abordados os principais avanços e desafios do direito indigenista, no âmbito interno e internacional, para finalmente analisar as possíveis alterações a que estes direitos estão suscetíveis devido às /novas interpretações e entendimentos jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, com análise de dados de forma qualitativa.

Palavras-chave: Direitos indígenas, Direitos humanos, Aculturação, Marco temporal, Estudos descoloniais

Abstract/Resumen/Résumé

La investigación tiene como objetivo discutir las concepciones que han guiado las políticas de los derechos indígenas desde Brasil colonia hasta el sistema constitucional actual, con la crítica del paradigma de la aculturación. Para esto, serán tratados los principales avances de estos derechos, en el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, se analizará el reconocimiento e implementación de los derechos originarios sobre las tierras indígenas a juicio en el STF, con la evaluación de que la cuestión debe ser entendida como condición para proteger la identidad social y cultural de los pueblos indígenas.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos indígenas, Derechos humanos, Aculturación, Marco temporal, Estudios descoloniales

---

[1] Artigo indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter.

Direitos dos indígenas no Brasil: perspectivas do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Los Derechos de los Indígenas en Brasil: perspectivas del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Introdução

As comunidades indígenas, indigenistas e defensores dos direitos humanos têm reivindicado a implementação da demarcação das terras tradicionais, conforme disposto no texto constitucional, reconhecendo que a efetivação de uma série de outros direitos se torna inviável na medida em que as comunidades estão longe do seu *tekoha,* lugar "onde se é" na língua guarani.

A demarcação das terras tradicionais está inserida em um paradigma de reconhecimento e de valorização dos índios e de sua cultura. Para compreender a evolução deste processo discutir-se-á as concepções que nortearam a construção da política dos direitos indigenistas do Brasil colônia até a promulgação do texto constitucional vigente, com a identificação dos aspectos que auxiliaram na consolidação do fenômeno da aculturação e de como os novos instrumentos internos e no plano internacional se propõe a superar esta concepção.

Importante ressaltar, inicialmente, a distinção utilizada neste trabalho sobre os conceitos “direito indígena” e “direito indigenista”. Neste sentido, a expressão “direito indigenista” diz respeito ao aparato jurídico no direito brasileiro e aos instrumentos internacionais voltados sobre questões indígenas, elaborados sem a participação e consulta das comunidades, como por exemplo, a Constituição Federal, o Estatuto do Índio (Lei 6001 de 1973) e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Por outro lado, direito indígena diz respeito aos direitos consuetudinários, que fazem parte do dia-a-dia das comunidades, criados e organizados pelos próprios indígenas (GUEDES, 2015).

O estudo será dividido em três capítulos, partindo da analise dos estudos descoloniais como forma de superar mecanismos de opressão produzidos por concepções coloniais, expressos com todo o seu vigor, justamente, na questão indígena. Posteriormente, serão explanados os principais direitos indigenistas conquistados, bem como, o rompimento com a

lógica da aculturação com a promulgação da Constituição de 1988, e a influência do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, seus principais Tratados e Convenções sobre o tema. O último capítulo fará uma análise crítica das decisões do STF envolvendo a questão da demarcação que não leva em conta este novo arcabouço normativo para resolver os conflitos que envolvem a demarcação das terras indígenas, evidenciando a forma como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem adequadamente explicitado uma concepção que dialoga com estes novos paradigmas.

1 - Perspectiva Descolonial e os Processos de Aculturação em Relação às Comunidades Indígenas no Brasil

O fenômeno da aculturação em relação às comunidades indígenas é fruto de uma concepção política com fortes inspirações coloniais, e que a construção dos instrumentos jurídicos internos e internacionais precisa romper para considerar as especificidades das comunidades e indivíduos indígenas.

As decisões políticas tomadas na questão indígena são pautadas pela lógica de um pensamento de superioridade cultural e racial, o que, por óbvio não se limita apenas ao período colonial e aos ordenamentos jurídicos anteriores ao texto constitucional de 1988, mas se reflete também nos tempos atuais, nas mais diversas esferas da sociedade brasileira.

A aculturação é um fenômeno que não pode ser visto de forma isolada, mas sim, como uma consequência (extensão) do processo de colonização. É preciso delimitar as diferenças entre aculturação, integração e assimilação, sendo estas duas últimas espécies da primeira. A elucidação destes termos é importante para que as espécies não sejam erroneamente utilizadas como sinônimos, pois cada uma faz parte de um recorte histórico específico, tem objetivos, concepções e recebe previsão constitucional diferente.

A assimilação significa a alienação da cultura de origem, neste caso indígena, e a assimilação da cultura de "acolhimento" por meio da imposição. Por outro lado, a integração supõe um nível de aceitação e "respeito dos valores culturais da sociedade de acolhimento, mas com base na preservação da identidade da cultura de origem" (SILVA, P. T. G., 2015, p. 34-35) de forma espontânea. A primeira espécie, da assimilação, foi utilizada como política nas bases do processo colonialista, especialmente Espanha e Portugal, partindo paradoxalmente da ideia de igualdade e homogeneização da sociedade. No Brasil, a assimilação foi implementada desde o início do período de colonização no até o final do século XIX (SILVA, P. T. G., 2015). Segundo Paulo Thadeu Gomes da Silva "não havia espaço

para o significado de igualdade das diferenças, semântica esta que foi sendo construída, paulatinamente na história da sociedade mundial." (2015, p. 35).

A integração, por sua vez, teve como base na crença de que as comunidades indígenas caminhavam para a extinção física e cultural, passando a "integrar" de forma "natural" nas demais parcelas da sociedade brasileira no início do século XX até o seu final, permanecendo vigente até a promulgação do texto constitucional de 1988 (SILVA, P. T. G., 2015), conforme será visto no próximo capítulo acerca da análise do direito indigenista. Neste sentido, com relação as comunidades indígenas, sempre houve por parte do Estado brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, tentativas ou de assimilação, ou de integrá-los à sociedade não indígena, portanto, aculturá-los (SILVA, P. T. G., 2015).

Dito isto, devemos nos questionar quais foram os motivos que levaram a um processo histórico tão longo de aculturação? Como é possível que em um Estado com diferenças étnicas tão marcantes exista tanta discrepância entre o tratamento destinado a este ou aquele indivíduo ou grupo social? Quais foram os fatores que levaram ao atual processo de invisibilização pelo qual estão submetidas as comunidades indígenas, como o desconhecimento por parte da sociedade não indígena de seu saber, existência, língua, cultura e crença,? Por fim, como é possível explicar os ditos avanços na esfera dos direitos humanos e fundamentais que tivemos nas últimas décadas, mas que não foram suficientes para alterar significativamente a situação de vulnerabilidade em que as estas comunidades se encontram[1]?

Os estudos descoloniais refletem sobre esses questionamentos e as consequências de um processo que tem tornado parcela da sociedade subalternizada e invisível. O próprio conceito dos Direitos Humanos, seu aparato e estrutura de proteção, passam a ser questionados na medida em que ao longo de décadas parecem não dar conta de anseios específicos, como os da questão indígena.

Como mencionado anteriormente, o fenômeno da aculturação não pode ser visto como um fato isolado na história do país, e, mesmo com os avanços de direitos positivados em textos legislativos e Tratados visando conceber o respeito e reconhecimento pluriétnico, ainda não há melhora significativa na vida das comunidades indígenas.

O primeiro passo para responder alguns dos questionamentos levantados parece ser o de explorar os meios pelos quais são produzidos os conhecimentos destas estruturas nacionais

[1] Segundo manifestação da ONU, em setembro de 2016, a atual situação das comunidades indígenas é a mais grave desde 1988: "Os desafios enfrentados por muitos povos indígenas do Brasil são enormes. As origens desses desafios incluem desde a histórica discriminação profundamente enraizada de natureza estrutural, manifestada na atual negligência e negação dos direitos dos povos indígenas, até os desdobramentos mais recentes associados às mudanças no cenário político". (ONU, 2016).

e internacionais de proteção dos Direitos Humanos, pois “a lógica na produção do saber que presidiu as violações e práticas de dominação e exploração iniciadas no processo colonial não foi deixada de lado” (ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO, 2014, p. 3). Há necessidade perceber que a ideologia humanista também dos direitos humanos "tem relação com os processos colonialistas, tanto por perceber as origens coloniais da ideologia humanista como na colonialidade de mundo que persiste. Destarte, o intento epistemológico é por ultrapassar os padrões dominantes e a produção do saber eurocêntrico" (ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO, 2014, p. 4).

As potências colonialistas, por um lado, debatiam, idealizavam e firmavam Tratados e Convenções de Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial, por outro, eram coniventes e até mesmo responsáveis pela exploração de países mais frágeis econômica e estruturalmente. Estes processos de exploração visando a expansão, seja pela via econômica ou pela via epistêmica, são difíceis de serem rompidos devido a própria historicidade dos processos de colonização como o da América Latina (MIGNOLO, 2008).

MIGNOLO apresenta uma importante síntese de como as revoluções econômicas e epistêmicas no século XVI serviram uma ao propósito da outra, mesmo que não intencionalmente:

> En esa historia compleja que puede rastrearse hacia la segunda mitad del siglo XVII, los procesos desencadenados a partir del siglo XVI en la formación de los circuitos comerciales del Atlántico generaron formas de gestión política y económica, de transformaciones subjetivas, de regulaciones sexuales y jerarquías humanas medidas por normas patriarcales y racistas distintas a las que aparecen en las organizaciones sociales existentes en el planeta hacia 1500. Los cambios se produjeron a dos niveles. Por un lado, cambio en órdenes específicos. Por ejemplo, la gestión y el control de la economía mediante la explotación del trabajo, la apropiación de tierras y recursos naturales (principalmente estos últimos a partir de la Revolución Industrial). En resumen, las revoluciones económicas y epistémicas del siglo XVI funcionaron en complicidad, aunque no necesariamente intencional. La complicidad se dio y se da en dos dimensiones. Una en el hecho de que tanto los “descubrimiento científicos” como los “descubrimientos geográficos y sus consecuencias econômicas La otra en el hecho de que, en el proceso desencadenado por la economía de re-inversión y acumulación (e.g., capitalista), los conocimientos científicos comienzan a ponerse a su servicio en la medida en que la economía capitalista va reconfigurando el horizonte de vida en la misma Europa (en relación al periodo anterior al Renacimiento y a los descubrimientos geográficos y científicos). (MIGNOLO, 2008, p. 9).

A formação dos circuitos comerciais do Atlântico é apontada pelo autor como o processo desencadeador de novas formas de gestão política e econômica, assim como, de transformações subjetivas de regulações sexuais e hierarquias humanas, baseadas no

patriarcado e no racismo. Finalmente, o autor ressalta que o período foi rico no que tange ao descobrimento científico (produção de conhecimento) e geográfico, os quais serviram ao propósito da lógica de acumulação capitalista por meio da exploração do trabalho, apropriação de terras e dos recursos naturais. E é justamente neste contexto, desde a colonização do Brasil, que a lógica entre conquistador e o conquistado segue mantendo fortes laços com o arcabouço jurídico protetivo, tutelando boa parte dos direitos originários sem diálogo com as próprias comunidades indígenas destinárias da política.

Como visto os processos de colonização não se basearam apenas na esfera econômica, mas também na utilização dos novos conhecimentos eurocêntricos desenvolvidos a partir do século XVI até meados do século XVII. Basicamente, são estes conhecimentos eurocêntricos, que geraram inclusive a ideia de hierarquização de raças, produzidos ao longo da história, que têm norteado a parcela mundial ocidental até os dias de hoje (QUIJANO, 2015)[2]. Mesmo em esferas como a dos Direitos Humanos, a produção de conhecimento e das formas de organização segue sendo fundamentalmente de uma perspectiva colonizadora, em que de fato houve pouca participação das comunidades indígenas, pois havia uma ideia de que a concepção universalista abarcaria a todos.

O pensamento colonial ao impor uma ideia de hierarquia entre as raças permite sustentar uma justificação de medidas como a subjugação, escravidão ou formas de tutelar os índios, o que em alguns casos se diferenciava apenas na letra de lei, pois desde o período colonial eram tomadas medidas que ora libertavam, ora escravizavam os indígenas. Isto pode ser visto inicialmente com o instituto denominado de "administração particular", que consistia em dar aos "colonos o papel de administradores particulares dos índios, considerados incapazes, e no desempenho desse papel exercessem controle pleno sobre a pessoa e a sua propriedade, sem que isso caracteriza-se escravidão" (SILVA, P. T. G., 2015. p.42).

Esta lógica respaldada na incapacidade, está presente no Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 1973, que dispõe sobre o regime de tutela dos indígenas e suas comunidades por parte do Estado e seus respectivos órgãos. Mesmo que considerado, em parte, não recepcionado[3] pela

[2] Esta mesma produção de conhecimento envolveu concepções e imposição de hierarquização entre as raças, o que possibilitou afirmar a "superioridade eurocêntrica" diante das populações tradicionais conquistadas. (QUIJANO, 2015).

[3] De acordo com o trabalho técnico de Representação para Propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF sobre "Legitimidade Processual dos Indígenas, suas Comunidades e Organizações. Não Recepção do Regime Tutelar. Representação para Fins de Propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental." produzido pela Clínica de Direitos Humanos e protocolado na Procurador-Geral da República em 06 de 07 de 2016, entende-se que a não-recepção se justifica "em face de lesões aos direitos ao devido processo legal, ao acesso à justiça, à autodeterminação e ao direito à diferença dos povos indígenas, conforme previsão dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, violações que se verificam art.

Constituição Federal de 1988 a figura da tutela segue sendo implementada nos tribunais brasileiros[4] e em demais esferas de serviços públicos, sendo exigida a intervenção da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e impedindo muitas vezes que os indígenas sejam os protagonistas de suas próprias histórias. Portanto, o argumento que justifica a figura da tutela embasado na ideia de que se tratam de comunidades e pessoas em uma situação de vulnerabilidade maior, tem servido não para a proteção, mas sim, em grande parte, para mantê-las isoladas sem que seja necessário preocupar-se com os direitos consuetudinários e pluriétnicos, possibilitando a imposição de um ordenamento criado de cima para baixo, eurocêntrico e que a guise de sua universalidade não protege de forma suficiente minorias.

A crítica apresentada pelos estudos descoloniais oferece um contraponto com a concepção universalista dos direitos humanos, pois considera que a concepção é insuficiente e obviamente formulada sem levar em conta as especificidades das culturas indígenas. Isto se justifica com a percepção de que em realidade Direitos Humanos são um produto do ocidente moderno, como um pressuposto praticamente indiscutível, mesmo parte da teoria critica destes são articuladas de dentro do próprio sistema, portanto, permanece o problema filiação exclusivo ocidental (ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO, 2014). Sendo assim, fazer a inclusão destes direitos, tanto no ordenamento jurídico interno quanto no plano internacional, sem a devida oitiva e consulta aos povos indígenas, conforme será explorado no capítulo seguinte sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT 169), acaba por fomentar uma legislação que não dialoga com o próprio grupo para a qual foi criada.

A ausência de avanços no Direito de Consulta no ordenamento jurídico brasileiro possibilita compreender a partir dos apontamentos de Bartolomé Clavero (2014) a perpetuação de subordinação, dependência e invisibilidade de comunidades tradicionais indígenas perante o Estado. As comunidades e minorias não são contempladas para lhes reconhecer e garantir igualdade de direitos, mas sim, apenas para alocá-las como pertencentes a elas por meio de direitos individuais. Estamos diante de questões de invisibilidade, propagada por aqueles que detém poder e influência. As chamadas minorias, na dicção de Bartolomé Clavero (2014) são incluídas para serem então excluídas. Isto ocorre quando não

---

7º e 35, ambos da Lei 6001/1973, na parte que regula a tutela indígena e sobre a representação processual indígena pela União" (CLÍNICA, 2016).

[4] Vide Mandado de Segurança Nº 29.087 – STF referente a Comunidade Indígena Guyraroká e o Recurso Extraordinário com Agravo n° 803.462 – STF referente a Comunidade Indígena Limão Verde. Em ambos os casos os índios e suas comunidades não são nominados em ações que discutem o seu direito originário sobre terras, portanto, sendo cerceado o direito de fazer provas a seu favor, prevalecendo o disposto no art. 7º e 35, ambos da Lei 6001/1973 no tocante à representação processual do indígena pelo órgão indigenista do Estado - FUNAI, o que, de acordo com nota anterior e os apontamentos deste estudo, viola o disposto no art. 232 da Constituição Federal de 1988.

lhes é dado espaço para, em caráter vinculante, serem consultadas sobre seus direitos coletivos.

Como visto, os processos pelo qual o Brasil, e a América Latina como um todo, foi sendo construído manteve as mesmas bases de produção de conhecimento eurocêntrico, baseado em ideias de subjugação e exclusão do outro, considerado diferente. Portanto, como forma de responder aos questionamentos levantados neste capítulo, parece inevitável apontar a problemática de uma concepção universalista dos Direitos Humanos, como resposta suficiente aos anseios destas comunidades. A aplicação do dever de consulta e o diálogo intercultural[5] dos Direitos Humanos, que recepciona o respeito aos direitos consuetudinários, possibilitariam a construção de aparatos e mecanismos efetivos e voltados para a realidade pluriétnica dos indígenas e suas comunidades.

2 - Direitos Indígenas Positivados: âmbito interno e internacional

No Brasil, os direitos indígenas passaram a fazer parte dos textos constitucionais brasileiros a partir da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934, art. 5º), seguida pelas Constituições de 1937 (BRASIL, 1937, art. 154), 1946 (BRASIL, 1946, art. 216), 1967 (BRASIL, 1967, 186) e 1969 (BRASIL, 1969, art. 198), conferindo o direito originário sobre as terras indígenas tradicionais, mas sem trazer o reconhecimento multicultural e pluriétnico. O substantivo índio não era utilizado, mas sim o termo, banido hoje em dia pela forte carga

[5] Acredita-se na necessidade de um debate intercultural, pois ele rompe com a lógica multicultural, em que direitos podem ser garantidos e efetuados pelo reconhecimento e políticas de diferença, sendo estas, suficientes para influenciar processos de transformação (TAYLOR, 1994) para a realidade dos indígenas e suas comunidades. O diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana pressupõe uma série de rompimentos, os quais, segundo Boaventura (1997), devem superar debates como o do universalismo e do relativismo cultural, pois tratam-se de debate "intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos" (p. 21). A segunda premissa levantada pelo autor é a "transformação cosmopolita dos direitos humanos" já que todas as "culturas possuem concepções de dignidade da pessoa humana, mas nem todas concebem o termo de direitos humanos" (p. 22). A terceira premissa para um debate intercultural é de que "todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana" (p. 22). Tal incompletude "provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se, cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura " (p.22). A quarta premissa é de que "todas as culturas têm versões de dignidade da pessoa humana, algumas mais amplas do que outras " (p. 22) e, a quinta e última premissa "é que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de hierarquia [...] a da igualdade e a da diferença", os quais "não se sobrepõe necessariamente e, por este motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais" (p. 22). O autor acredita que tal "diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção, que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis" (p. 22). Por fim, no "debate intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre culturas, ou seja, o universo de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis" (p. 23).

pejorativa, de “silvícolas”[6]. O artigo 5° da Constituição de 1934, por exemplo, trata da responsabilização por parte da União em incorporar os “silvícolas” à comunhão nacional, seguindo a lógica de que se tratavam de minorias em vias de extinção, não tendo, portanto, o reconhecimento de suas culturas como algo inerente à construção do país.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil, por sua vez, trouxe consigo algumas alterações, dentre elas, o abandono do uso do termo “silvícola”, substituído pelo substantivo “índios”. Também foi fator decisivo para a implementação da legislação internacional, que consequentemente refletiu nas questões envolvendo os indígenas e suas comunidades. Nota-se que os direitos indigenistas não constam de forma explícita no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, mas sim no capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto - Seção II Da Cultura, no artigo 215 (BRASIL, 1988). Independentemente disto, são considerados direitos fundamentais originários para uma concepção de vida digna.

A Constituição tem um Capítulo VIII, que tem com título "Dos Índios" compostos pelos artigos, 231 e 232. A Constituição reconhece no *caput* do artigo 231 a multiculturalidade e plurietnicidade às comunidades indígenas:

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

O dispositivo representa um avanço, pois rompe a lógica integracionista apresentada nas Constituições anteriores, como é o caso da Constituição de 1934, em seu artigo 5° (BRASIL). O artigo 232, por sua vez busca legitimar os índios e suas comunidades para ingressar em juízo de acordo com seus direitos e interesses:

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

No mesmo sentido, o Decreto n° 6.040 (BRASIL, 2007) - Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, dispõe no artigo 1°, inciso I, do Anexo, que:

---

[6] O termo faz referência de forma pejorativa como aquele que “vive na selva, ignorante, incapaz, selvagem”. (HOUAISS, 2008).

> I - o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade;

Existe um reconhecimento da diversidade cultural dos povos de comunidades tradicionais, salientando a necessidade de respeito e atuação visando à redução das desigualdades em relação a estes povos. No entanto, o Brasil não logrou levar a cabo a efetivação de tais direitos, adotando uma posição prática insuficiente, sendo alvo de denuncias perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, principalmente no que tange aos conflitos destas demarcações de terras, dos quais muitos envolvem alto índice de violências e mortes (OEA, 2015)[7].

No âmbito internacional, o Estado brasileiro é signatário de uma série de Tratados, Protocolos e Convenções Internacionais que, embora não sejam, de proteção indígena compõe-se de textos normativos que têm sofrido uma atribuição de sentido que abarca esta proteção como é o caso de um dos principais documentos de proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano que é o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1992 e, é formada basicamente por dois órgãos de controle e monitoramento dos direitos humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), os quais compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2012). Ao ratificar esta Convenção o Brasil passou a se submeter à competência jurisdicional da Corte IDH, a qual pode ser acionada também em casos de violações dos direitos coletivos e indígenas.

No âmbito do sistema universal um dos documentos mais importantes ratificados pelo Brasil é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Também pode se mencionar a Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DUDPI) da Organização das Nações Unidas (ONU), documento que permite balizar todos os acúmulos de discussão da matéria de proteção dos povos indígenas.

O dever de consulta aos povos indígenas está disposto tanto na Convenção 169 da OIT, quanto na DUDPI mas que no Brasil ainda não foi regulamentado no plano interno[8].

---

[7] Para maiores informações, ver também Relatório No. 125/10 (OEA, 2010).

[8] Diferente do Peru que possui esta regulamentação na Lei nº 29.785. Na análise do processo Peruano se destacam: "Dos aspectos louvados, em consonância com os paradigmas internacionais, ressalta-se a identificação de um procedimento de consulta com etapas orientadoras e o estabelecimento do acordo entre Estado e povos

Estes documentos também estabelecem o reconhecimento de que os povos indígenas possam assumir suas próprias instituições e formas de vida, desenvolvimento econômico e o direito de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões. Questões como o significado e importância da terra e da natureza, no direito indigenista, por exemplo, são tratados de forma reducionista ao conceito econômico e individualista de propriedade, sendo impossível um diálogo intercultural com o direito indígena, o que ocasiona uma série de conflitos.

A Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas - DUDPI (ONU, 2007), embora seja entendida pela maioria da doutrina como instrumentos não vinculante aos países, diferentemente do que ocorre com as convenções, são consideradas como metas, objetivos a serem atingidos pelos Estados que as firmam, mas sem o valor obrigacional do tratado. No caso da DUDPI o instrumento foi aprovada por um número expressivo de Estados-membros, na Assembleia Geral e que assume, por essa condição, o teor de compromisso em implementar sua aplicação. No que tange a questão da autodeterminação concedida aos povos indígenas, baseado no fato de que estes seriam titulares originais de seus direitos[9], este direito é afirmado pela DUDPI, conforme os artigos 3º e 4º:

> Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
> Artigo 4. Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas. (ONU, 2007)

A Declaração prevê também o direito dos povos indígenas de terem observados e aplicados os tratados e acordos celebrados com os Estados, cabendo, portanto, a este último primar e respeitar tais direitos (ONU, 2007, art. 37). O disposto apresenta-se como uma preocupação no sentido de tentar consolidar a responsabilidade dos Estados, tendo em vista a

---

indígenas como vinculante e obrigatório, dois elementos que já haviam sido destacados em diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional peruano. Dos aspectos criticáveis, observa-se que não inclui expressamente as causas que obrigatoriamente demandam consentimento prévio e que estão contemplados na Convenção nº 169, por exemplo, o consentimento para a reassentamento voluntário (art. 16). Ademais, a lei não define um órgão técnico para sua implementação, função exercida pelo "Viceministerio de Interculturalidad", órgão que não conta com participação indígena em sua conformação. Por fim, a lei exclui do seu âmbito de aplicação as medidas administrativas e legislativas anteriores à sua entrada em vigência (CRUZ; SCHÄFER, LEIVAS, 2016, p. 25-26).

[9] Houve grande controvérsia e dificuldade de aceitação por parte dos Estados justamente no que tange as limitações desta autoderminação. Ancorado na Declaração, restou o debate de que o artigo 46 desta, não poderá ser utilizado com qualquer fim que almeje destruir ou violar a integridade territorial dos Estados soberanos. (PETERKE, Sven, 2009).

vulnerabilidade em que as populações indígenas estão inseridas pela violação de seus direitos humanos.

O direito à autodeterminação, foi expresso como um direito humano art. 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), o que resulta em uma superação da concepção de direitos humanos concernem apenas a indivíduos. Infelizmente a autodeterminação aqui tem um viés ainda racionalista e liberal de formação dos próprios Estados nacionais e não a de que grupos coletivos possam ser sujeitos de direitos, sem o propósito de formar estados nacionais.

A falta de representatividade dos povos indígenas nos espaços de tomadas de decisão parte de uma concepção que não valoriza adequadamente a sua proteção o que reflete a fragilidade de aplicação e promoção de tais direitos, principalmente diante do quadro fático em que os Estados defendem a aplicação dos tratados apenas para pleitear vantagens estatais e em detrimento aos povos indígenas. A fim de compreender esse contexto de exclusão, buscou-se amparo nos estudos de Isabelle Schulte-Tenckoff, que o define inclusive como discriminatório – à medida que impede a real efetivação dos direitos dos povos indígenas:

> Os povos indígenas tem o direito à autodeterminação no sentido que ele possuem o direito de livremente decidir seu próprio destino; eles devem, portanto, receber uma genuína escolha (e possivelmente o benefício da dúvida em relação à secessão). Eles devem ter a oportunidade de rever a questão do colonialismo: seria discriminatório caso fossem os povos indígenas privados do direito de descolonizar - um direito que muitas ouras pessoas no mundo exerceram. (...) Nesse sentido, falhar ao reconhecer o status dos povos indígenas enquanto partes aos tratados internacionais celebrado entre os estados é discriminatório, porque isso similarmente arrisca diminuir o status legal dos povos indígenas enquanto entidades coletivas e seus direitos inerentes no direito internacional. (SCHULTE, 2012, p. 83).

Como visto, o legislador brasileiro e a comunidade internacional se preocuparam em criar diversos mecanismos de proteção e promoção dos direitos indigenistas. No entanto, ao não promoverem um rompimento com as produções de conhecimento eurocêntricas que não atende as demandas destas comunidades.

As comunidades indígenas não têm o direito de consulta efetivado adequadamente ou mesmo respeitado e, ainda que permaneçam resistindo e lutando por seus direitos, acabam, de certa forma, limitadas pelo arcabouço jurídico que os deveria proteger e promover o seu livre desenvolvimento.

De acordo com a FUNAI e dados do IBGE do ano de 2010 “a população brasileira soma 190.755.799 milhões de pessoas. Ainda segundo o censo, 817.963 mil são indígenas, representando 305 diferentes etnias. Foram registradas no país 274 línguas indígenas” (FUNAI). Estas pessoas ainda estão submetidas a um desrespeito a suas manifestações

culturais e ao seu direito consuetudinário, numa prática de dominação de cima para baixo, como manifestado por Boaventura Santos (SANTOS, 1997). Tal lógica pode ser implementada na desconsideração e desconstrução de uma cultura e etnia, vista como inferior, ser alvo de constantes degradações e mesmo assim, permanecer invisível pela grande maioria do restante da população. Boaventura critica e define como uma prática de "marca ocidental", o que inclui a não consulta da maioria dos povos do mundo, por exemplo, na construção de instrumentos de proteção dos Direitos Humanos (SANTOS, 1997).

Esta realidade multicultural - conforme pode ser observada no caso brasileiro de acordo com os ordenamentos jurídicos internos e instrumentos internacionais abordados – "enfrenta um dilema com consequências normativas e práticas, principalmente quando vamos tratar dos direitos de grupo" (FALCÓN, 2014, p. 145). O autor acaba por concluir que no "marco de discussão do multiculturalismo, o ponto central deve ser o valor que é dado a estes grupos dentro da estrutura da sociedade em que ele está inserido e, em decorrência disto, como seria possível afirmar direitos e manter suas culturas e tradições protegidas" (FALCÓN, 2014, p. 146).

Boaventura afirma que na medida em que todas as culturas são incompletas, assim como em suas concepções de dignidade de pessoa humana (SANTOS, 1997), cresce a necessidade de concepção multicultural dos direitos humanos, e, sugerindo finalmente um diálogo intercultural, numa política cosmopolita, como visto anteriormente em nota explicativa n° 8 do presente capítulo (SANTOS, 1997). Ou seja, é possível que comunidades tradicionalmente originárias tenham seus direitos promovidos, garantindo-lhes autonomia, expressão e, assim possam manter suas culturas e tradições, mesmo que isso signifique a opção pelo isolamento total. O que se sobrepõe é a dignidade da pessoa humana e, a forma como estes grupos decidem viver de forma coletiva, respeitando suas tradições, ou seja, "é possível que comunidades tradicionalmente originárias tenham seus direitos promovidos, garantindo-lhes autonomia, expressão (dever de consulta), e, assim possam manter suas culturas e tradições" (GUEDES, 2015), indiferente ao fato de que algumas comunidades optem pelo isolamento total, "o que se sobrepõe é a dignidade da pessoa humana e, a forma como estes grupos decidem viver de forma coletiva, respeitando suas tradições." (GUEDES, 2015).

3. Análise da posição do STF na demarcação indígena: necessidade de diálogo com os instrumentos internacionais e com uma concepção de reconhecimentos dos direitos originários.

Conforme visto no capítulo acima tanto no plano interno como no internacional foi reconhecida a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Por outro lado, mesmo reconhecidos de forma explícita, posicionamentos e interpretações conceituais por parte do STF têm gerado preocupação críticas doutrinárias no que tange à aplicabilidade concreta destes direitos em relação aos processos de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas, principalmente após o julgamento da Ação Popular Raposa Serra do Sol (BRASIL, Petição n. 3.388, 2005) e a aplicação das condicionantes que dela decorrem. Percebeu-se também que tais entendimentos têm caminhado no sentido contrário aos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), conforme será abordado a seguir em análise jurisprudencial internacional.

O caso Raposa Serra do Sol é utilizado como paradigma, pois, como mencionado, foi através de seu julgamento que o STF criou uma série de condicionantes[10], que embora não vinculantes estão servindo como *standard* para os outros casos[11], para determinar a tradicionalidade, ou não, de uma terra indígena. Ressaltamos que em que pese tais condicionantes não possuam caráter vinculante a demais casos semelhantes, onde o mérito do caso concreto seja a demarcação das terras, as mesmas têm sido aplicadas como se assim fossem, sem atentar para um diálogo com o direito internacional. Dentre os principais conceitos, os mais destacados são marco temporal de ocupação e o esbulho renitente, conceitos que não estão expressos na Constituição Federal de 1988 e são limitadores à demarcação das terras tradicionais, levando à subtração de direitos fundamentais e originários dos índios.

---

[10] O STF ao julgar a Petição n° 3.388/RR - Raposa Serra do Sol estipulou 19 condicionantes para a demarcação das terras indígenas, ou seja, trata-se de condições específicas consideradas pelos ministros do STF como requisitos para determinar se uma terra é indígena ou não pela tradicionalidade da ocupação, dentre outras. (STF, 2009).

[11] As condicionantes propostas pelo STF no julgamento da Petição n° 3.388/RR - Raposa Serra do Sol (BRASIL, Petição n. 3.388, 2005), foram inicialmente ditas como não vinculantes, ou seja, ficariam restritas ao caso Raposa Serra do Sol, podendo vir a servir como orientação nos demais casos sem, no entanto, consideradas como requisitos obrigatórios para outros casos de disputas judicial de terras. Segundo o STF, o efeito vinculante " é aquele pelo qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica." (STF). Vide os casos das Terras Indígenas Limão Verde e Guyraroká no Mato Grosso do Sul e os Canela-Apãnjekra que tiveram anulada a portaria (de 2009) de revisão de limites da TI Porquinhos no Maranhão, em que foram aplicas algumas das 19 as condicionantes como se vinculantes fossem (PORANTIM, 2016).

A condicionante do marco temporal de ocupação se refere a exigência de que para que a terra seja considerada tradicional das comunidades indígenas, deve esta estar ocupando o espaço geográfico na data da promulgação do texto constitucional, na data certa de 05 de outubro de 1988. No entanto, a Constituição Federal nunca mencionou tal imposição, ao contrário, reconhece originariamente o direito à terra tradicional, e, ao reconhecê-los desta forma, passa a admitir que os mesmos "já existiam mesmo antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: ´são conferidos, etc.´, então, sim, estaria fixando o momento da sua promulgação como marco temporal destes direitos" (SILVA, J. A., 2015, p. 8). Por fim, ressaltamos que foi o texto constitucional na Constituição de 1934 que pela primeira tratou sobre os direitos originários sobre terras indígenas. Portanto, se há um marco temporal a ser assinalado este é o da data da promulgação da Constituição de 1934, qual seja 16 de julho de 1934 (SILVA, J. A., 2015).

Segundo José Afonso da Silva, a situação já calamitosa com a imposição do marco temporal se agrava com a necessidade de comprovação do esbulho renitente (Agravo no Recurso Extraordinário 803462/MS), que seria um conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual, sendo assim, conflito este que se materialize por circunstancias de fato, ou controvérsia possessória judicializada (SILVA, J. A., 2015). Tais conceitos não levam em conta processos históricos de intimidação, políticas de genocídio e de etnocídio, assim como, questões básicas como os entraves da língua, na medida em que exige como comprovação de esbulho renitente por meio de conflito judicial (SILVA, J. A., 2015).

O texto constitucional em nenhum momento abarca as interpretações e exigências criadas pelos Ministros do STF, salientando que estas cumpriram seu papel em questão de conflito concreto, e que por isto não possuem caráter vinculante, devendo sempre levar em conta as especificidades dos povos indígenas. Portanto, na medida em que os direitos originários não foram limitados em 1988, a utilização sistemática das condicionantes redunda numa política de aniquilação e ceifamento dos direitos indígenas conquistados, afrontando diretamente os artigos 231 e 232, assim como, os Tratados, Convenções Internacionais supramencionados e o próprio entendimento da Corte IDH.

Na análise da jurisprudência da Corte IDH (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014),[12] é possível extrair o dever dos Estados de proteger efetivamente as terras indígenas, combinando

[12] Os casos analisados versam sobre: Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni VS Nicarágua, Caso da Comunidade Indígena YakyeAxa VS Paraguai, Caso Yatama VS Nicarágua, Caso do Povo Saramana VS

a Convenção 169 da OIT, com os Artigos 21 (Direito à Propriedade Privada) e ainda com o Artigo 29 (Normas de Interpretação) da Convenção Americana, no sentido que o alcance dado pelas legislações dos países que ratificaram as referidas Convenções se estabeleça e se cumpra efetivamente.

De acordo com a Corte IDH o direito à propriedade aos indígenas, também vincula o Estado ao seu dever de proteção de propriedade comunitária. Os Estados têm o dever de devolver às comunidades indígenas suas terras ancestrais, pois os indígenas tem o direito de produzir e viver nas suas terras independente de que atualmente estejam sendo objeto de "exploração racional"[13] por seus atuais ocupantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Nesse sentido os Estados devem garantir as condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos das pessoas sob sua jurisdição e considerar características próprias que diferenciam a comunidade indígena da população em geral, conforme sua identidade cultural.

De acordo com a Corte (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014) há necessidade de adotar disposições do direito interno (artigo 2º da Convenção) por entender que os Estados condenados em relação ao tratamento dispensado aos indígenas, deveriam ter medidas legislativas suficientes para garantir os direitos e liberdades garantidos na Convenção Americana, para serem instituídos marcos legais necessários e acessíveis para processar as reivindicações de terras de povos indígenas interessados. De acordo com a Corte os Estados devem adotar medidas legislativas e administrativas necessárias para o gozo do direito à propriedade do povo indígena.

4. Considerações Finais

Suriname, Caso ChitayNech e outros VS Guatemala, Caso da Comunidade Indígena XákmokKásek VS Paraguai, Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS Equador.

[13] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai, Sentença de 17 de junho de 2005(Mérito, Reparação e Custas). IX Violação do artigo 21 da Convenção Americana (Direito à Propriedade Privada) em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. 121, i) A impossibilidade de restituir a terra ancestral à Comunidade Yakye Axa, em razão da existência de uma "exploração racional"por parte dos atuais proprietários da terra reclamada, éum argumento equivocado. No presente caso, o Estado aplicou à terra ancestral critérios de avaliação da exploração da terra próprios do direito agrário rural não indígena, apesar da incorporação em sua legislação interna da Convenção n. 169 da OIT e da remissão expressa que faz a Lei n. 904/81 àquela Convenção, e j) A Convenção Americana oferece diretrizes para definir as restrições permissíveis aos direitos; a saber: a) deve ser uma medida adotada legalmente, b)deve ser necessária (e não apenas útil ou razoável) e c)deve ser feita com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática de acordo com o estabelecido pela Convenção. No presente caso, a decisão tomada é uma medida necessária porque é possível compensar economicamente os atuais proprietários, não corresponde a medida menos restritiva de direitos, já que sacrificar o direito de propriedade da Comunidade Yakye Axa à sua terra ancestral com propósito de tutelar uma particular noção de produtividade de propriedade privada implica em sacrificar a própria existência da Comunidade, e não garante tampouco o interesse social em uma sociedade democrática e pluralista no Marco da Convenção (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Há que se reconhecer o fortalecimento dos instrumentos do direito interno e do direito internacional para os povos indígenas, mas com deficiências processuais e procedimentais para atuar coletivamente na busca do território de modo que possam ser reconhecidos culturamente e escapem da marginalização econômica, política e social.

Os relatórios sobre violência publicados anualmente pelo CIMI (2016), assim como, notícias, informes e recomendações internacionais (OEA, 2015) seguem revelando o descaso do Estado brasileiro em fazer cumprir minimamente os direitos positivados. O alto índice de conflitos decorrentes das demandas de demarcações de terras, assassinatos de lideranças indígenas, cercos organizados por fazendeiros com o apoio de milícias armadas, impossibilidade a compra e plantio de alimentos de subsistência e a própria situação política nacional que tem implementado mecanismos que impossibilitam novas demarcações, permitem que demarcações de terras sejam revistas, ao contrário do disposto em lei, e não permitem a participação adequada e direita dos indígenas o que aponta para um cenário preocupante.

É preciso criar mecanismos que dêem legitimidade e reconhecimento internacional a situação especial dos povos indígenas em relação à sua prévia existência nos Estados em que hoje vivem, de forma que possam também pleitear adequadamente seus direitos, inclusive com representividade no plano internacional.

Referências:

BRASIL. Decreto n° 6.040, de 7 de fev. de 2007. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>.Acesso em: 08 de jun. de 2015. _____. Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. Lei número 5.371, 05 de dez. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/1950-1969/L5371.htm>.

_____. Decreto n° 5.051 de 19 de abr. De 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____.Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de nov. de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 de 18 de set. de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.
_____.Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.
_____. Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de out. de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.
_____. Supremo Tribunal Federal: Plenário. **Petição n. 3.388**. Augusto Affonso Botelho Neto e União Federal. Relator : Min. Carlos Britto; requerente(s): Augusto Affonso Botelho Neto; Advogado(a/s): Cláudio Vinícius Nunes Quadros; assistente(s): Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti Advogado(a/s): Antonio Glaucius de Morais e outros; Requerido(a/s): União Advogado(a/s): Advogado-geral da União, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>.

CRUZ, Alessandra Quines, SCHÄFER, Gilberto e LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **O dever de consulta aos povos indígenas: considerações sobre o instituto e sobre o proveito de uma legislação interna a partir da experiência peruana**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 140, Junho, 2016, p. 25/26.
CIMI. Conselho Indigenista Missionário/Publicações. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=publicacoes&cid=30>.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS. Representação para Propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - "Legitimidade Processual dos Indígenas, suas Comunidades e Organizações. Não Recepção do Regime Tutelar. Representação para Fins de Propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" ao Procurador-Geral da República em 06 de 07 de 2016.

FALCÓN. Jaime Gajardo. **Derechos de los Grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. In: Autonomía Individual frente a autonomía colectiva. Derechos en Conflicto. Coord. HIERRO, Liborio L. Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco. Madrid, 2014.

FUNAI. Quem Somos. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>.

GUEDES, Íris Pereira Guedes. **Direitos Indigenistas: análise dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e a influência no sistema jurídico brasileiro**. 2015. Disponível em: < https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/1126/1309.pdf >.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss e Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa. 3 ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

MIGNOLO , Walter D. **La opción descolonial** *in* Revista Letral, n° 1, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas.

OEA. "A CIDH condena assassinatos de indígenas defensores de direitos humanos no Brasil", 2015. Disponível em:<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/060.asp>.
_____. Relatório 125/10, 2010. Disponível em:<cidh.oas.org/annualrep/2010port/BRAD250-04PO.doc>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13° ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 466.

ONU. "Situação dos povos indígenas no Brasil é a mais grave desde 1988, diz relatora da ONU", 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/situacao-dos-povos-indigenas-no-brasil-e-a-mais-grave-desde-1988-diz-relatora-da-onu/>.
_____. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro, 2008. UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008. 107ª Sessão Plenária. 13 de set. de 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>.
_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Coordenador: Sven Peterke ; Colaboradores: André de Carvalho Ramos … [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13° ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. **Proteção dos Direitos Sociais: desafios do iuscommune sul-americano**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 102-139, out./dez. 2011.

PORANTIM. **Inconstitucionais**. Ano XXXVII. N0 382 Brasília-DF. Jan/Fev 2016. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/Porantim/2016/Porantim382_JanFev2016.pdf>.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latin** *in* A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas

latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aire, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>.

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Por uma Crítica Descolonial da Ideologia Humanista dos Direitos Humanos**, 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/POR_UMA_CRITICA_DESCOLONIAL_DA_IDEOLOGIA_HUMANISTA_DOS_DIREITOS_HUMANOS.pdf>.

SALVADOR, Bartolomé Clavero. **Derecho Global: por uma historia verossímil dos derechos humanos**. Ed. Trotta, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos,** 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>.

SCHULTE, Isabelle. In **Indigenous Rights in The Age Of The un Declaration** 64–86. Ed. Elvira Pulitano, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a Tese Jurídica do Marco Temporal**, 2015. Disponível: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal.pdf.
SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os Direitos dos Índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. 1 ed. São Paulo, SP: Editora Café com Lei, 2015.

STF. Glossário Jurídico. Efeito Vinculante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>.
_____. Renitente esbulho e terra tradicionalmente ocupada por índios. **RELATOR: Ministro Teori Zavascki.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo774.html>.
_____. "STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas", 2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036 **>.**

TAYLOR, Charles; APPIAH, Anthony K.; HABERMAS, Jurgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento** *in* Coleção: Epistemologia e Sociedade. Instituto Piaget, Lisboa, 1994.