

**VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

ELISAIDE TREVISAM

IRANICE GONÇALVES MUNIZ

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

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 Napolini 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

D597

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

Coordenadores: Elisaide Trevisam; Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-479-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Liberdade. 3. Constituição. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Dentre as várias reflexões tratadas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos II, que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI, na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, foi levantada a necessidade de discutir-se o estupro como crime de guerra no âmbito internacional em período de guerra. Após um levantamento das situações de estupro vivenciadas em vários conflitos internacionais, principalmente na África, concluiu-se que a prática de tal crime assume contornos de dominação e de humilhação mais do que por motivações de ordem sexual em si mesmas. Ficou registrado que no âmbito interno os Estados devem prever e tipificar os crimes atentatórios da dignidade humana, nomeadamente aqueles que atentam contra a integridade sexual dos cidadãos – situação especialmente gravosa no quadro da república do Brasil. Quanto à problemática da universalização dos Direitos Humanos, buscou-se elucidar a dificuldade da legitimação da perspectiva ocidental na conceptualização desses direitos. Com efeito, os problemas da diversidade cultural e religiosa implicam questionar a imposição de um direito universal. A busca de uma solução dos dissensos mediante o balanceamento entre o respeito pelas identidades e o respeito incondicional da dignidade humana, que está na base de todos os direitos humanos e na base de qualquer organização política, deve a dignidade da pessoa humana ser o valor-limite contra as situações de aniquilação existencial e vivencial do ser humano, pois ela tem um valor próprio que baseia o princípio antropológico inerente a todos os direitos fundamentais e humanos. Deve, portanto, a dignidade humana ser o bem jurídico específico que exige respeito e proteção universal. Sobre a justiça indígena em países da América Latina, foi feito um percurso sobre o poder judiciário e o sistema carcerário na América Latina, propondo-se um combate ao sistema da ditadura de privilégio questionando-se como o estado de coisas inconstitucionais pode mudar o sistema carcerário e a mentalidade social sobre tal sistema e, no que tange a situação desumana nas prisões brasileiras, se fez referência às necessidades de reformas para humanizar o sistema atual. Com o avanço da crise migratória na União Europeia, delimitou-se, como objeto de reflexão, as implicações das medidas adotadas pela União Europeia (UE) sobre os Direitos Humanos dos indivíduos. Sendo certo que a solidariedade humana implica que a proteção dos refugiados esteja ligada à proteção internacional dos Direitos Humanos, refletiu-se sobre a proibição das expulsões coletivas, prevista no art. 4.º da CEDH, e o princípio da “não-repulsão”, o que demonstra que a União Europeia honra os compromissos decorrentes do Direito Internacional e está vinculada aos direitos fundamentais, tal como consignados na

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sob um outro aspecto dos Direitos Humanos, foi discutido o tema da tradição, cultura e civilização, analisando as premissas religiosas que formam a cosmovisão da cultura judaico-cristã. Ainda que afirmando que os direitos fundamentais devem ser intrinsecamente neutros, sustentou-se que os preceitos cristãos fundamentaram os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Humanos, de 1948, e os direitos consignados no Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966. Sendo a liberdade de religião uma liberdade negativa que consiste em professar ou não uma religião ou mudar de religião, tal significa que tal liberdade é uma liberdade de defesa frente ao Estado. A liberdade religiosa sob a visão da União Europeia foi situada na complexidade do cosmopolitismo e nas consequências da supressão de fronteiras europeias sobre os direitos fundamentais, em especial sobre o exercício da liberdade religiosa. Mencionando que a liberdade religiosa tem por fonte o art. 9.º, n.º 1, da CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros da União Europeia e partindo do fato que a proteção na União Europeia deve ser pelo menos igual à garantida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se trata de um direito pessoal universal.

Diante das necessárias e relevantes reflexões apresentadas nos artigos desse livro, o que deve ser salientado é que se trata de assuntos que são bases para a construção de um novo pensamento sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, indispensáveis para a busca de uma vivência mais justa e democrática. Os artigos aqui apresentados tem o escopo de auxiliar os leitores e pesquisadores a estarem atentos, de forma dinâmica, às problemáticas enfrentadas na área dos Direitos Humanos.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Profa. Dra. Iranice Gonçalves Muniz (Centro Universitário de João Pessoa)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TERRA COMO ELEMENTO NEVRÁLGICO DA IDENTIDADE INDÍGENA: A VIOLAÇÃO DO DIREITO COLETIVO ÀS TERRAS E TERRITÓRIOS E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

THE LAND AS A NEURALGIC ELEMENT OF INDIGENOUS IDENTITY: THE VIOLATION OF COLLECTIVE RIGHTS TO THE LAND AND TERRITORIES AND THEIR TREATMENT IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Pablo Ronaldo Gadea de Souza ¹

Cecília Bojarski Pires ²

Resumo

O trabalho desenvolve o conceito de terras e territórios para os povos indígenas, tratando dos direitos relativos e inerentes a estes. Para tal, analisa-se a violação da posse da propriedade coletiva dos povos indígenas, suas causas, consequências e o impacto destas no direito brasileiro, bem como o tratamento que se dá ao tema no contexto latino-americano, observando para tanto a legislação pertinente em âmbito nacional e internacional. Propõe-se, ainda, um breve estudo dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Direito indígena, Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, Direitos coletivos dos povos indígenas, Direito à terra e territórios

Abstract/Resumen/Résumé

The article develops the concept of the land and territories for the indigenous peoples, dealing with the relative rights inherent to them. For this, it analyzes the violation of the possession of collective property of indigenous peoples, their causes, consequences and their impact on Brazilian law, as well as the treatment of the issue in the Latin American context, observing the pertinent legislation, nationally and internationally. It also proposes a brief study of the cases of the Inter-American Court of Human Rights on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, Indigenous rights, Inter-american system for the protection of human rights, Collective rights of indigenous peoples, Right to the land and territories

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF)

² Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF)

Introdução

A regulação e a demarcação das terras indígenas continuam sendo motivo de demora pelos governos e ameaça permanente para os povos indígenas. O tema ligado a terra é central, uma vez que tal questão se desenvolve através dos direitos garantidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

O presente trabalho tem como objetivo estudar a concepção de terras e territórios para os povos indígenas, bem como os direitos relativos e inerentes a estes, analisando para tanto os contornos jurídicos adotados no Brasil e no mundo, no que tange a garantia destes direitos aos povos indígenas. Para uma melhor compreensão do contexto jurídico relacionado a este tema, considerou-se a legislação em âmbito nacional e internacional.

Assim, no âmbito nacional averigua-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais da proteção dos direitos à propriedade coletiva indígena questionando se nesses instrumentos normativos estão presentes instrumentos que possibilitem uma efetividade condizente à atual realidade indígena.

Para tanto, realizou-se um estudo comparado da proteção de tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando principalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e da maneira que se dá a proteção dos mesmos direitos em seus países vizinhos inseridos no mesmo contexto, levando em conta principalmente os textos constitucionais do chamado novo constitucionalismo latino-americano, estabelecendo assim as diferenças existentes entre tais, expondo também as suas respectivas deficiências.

No âmbito internacional, considerando principalmente o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o trabalho propõe-se a analisar o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que envolve o Povo Indígena Xucuru e seus membros contra o Brasil, abordando principalmente os aspectos da violação da posse da propriedade coletiva e a violação da posse pacífica de terras indígenas.

A fim de compreender a relação dos índios com seus territórios e a adaptação do ordenamento jurídico e da política à realidade dos povos indígenas, traça-se uma análise da representatividade política, bem como da garantia jurisdicional de tal direito coletivo. O tema foca na área jurídica, mas utiliza outros conhecimentos oriundos das Ciências Sociais, a fim de demonstrar os contornos da relação entre os povos indígenas e seus territórios a partir de uma perspectiva interdisciplinar.

Nesse contexto, levantam-se algumas questões: a) como se funciona a relação entre os povos indígenas e seus territórios e qual seria a importância desta relação para preservar a

existência dos próprios povos indígenas? b) quais são os obstáculos para a demarcação de terras indígenas no Brasil e no mundo? c) a legislação brasileira se demonstra insuficiente para garantir os direitos coletivos dos povos indígenas? Quais são as causas da demora do acesso à justiça no Brasil no que tange a tais questões? d) A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de fato tem efetividade prática nos países com forte presença de povos originários?

No que se atém à metodologia, utilizou-se o método dialético, recaindo sobre a realidade documental, através do exame de fontes primárias, complementada com a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, adotando para a matriz teórica a ótica do pensamento descolonial e do pluralismo jurídico, aplicados ao novo constitucionalismo latino-americano.

1. O problema da demarcação das terras como tema central dos povos indígenas no Brasil e no mundo

A questão da demarcação das terras indígenas tem sido central no Brasil e no mundo, uma vez que os povos indígenas possuem uma ligação especial com seus territórios ancestrais, muito além da visão colonial. Dentro das especificidades da cultura indígena, a mais conhecida é, sem dúvida alguma, a relação que o indígena mantém com a sua terra ancestral. Segundo a cosmovisão indígena a terra não pode ser apropriada ou alienada, contrapondo-se ao estabelecido nos códigos civis do continente.¹

Assim, na cosmovisão maia o sol é o pai, a lua é a avó e a terra é a mãe. No idioma Tzotúl a palavra homem (*Swinkilel Lum*) significa “aquele que possui a terra”. No sul do continente o povo Mapuche se autoidentifica como gente (*che*) da terra (*mapu*). Na Nicarágua o termo “*Yapty Tasba*” significa “terra mãe” em miskito, o idioma de um dos povos indígenas que habita a Costa Caribe do país centro-americano.²

Indubitavelmente o direito à terra e ao território, assim como o direito à gestão de recursos naturais, constitui o núcleo das reivindicações indígenas. Estas demandas claramente expostas pelos diferentes povos indígenas ao longo de todo o continente, e em muitos casos

¹ ZELAYA, Roger Antonio Salgado: *Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua*, Managua: BITECSA, 2014.

² ZELAYA, Roger Antonio Salgado: *Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua*, Managua: BITECSA, 2014.

ignoradas pelos Estados, expressam uma situação fática genuína: a relação especial que os povos estabelecem com seu território, que vai muito além da questão da propriedade.³

A centralidade deste direito tem a sua razão de ser: os povos indígenas dependem da terra para sobreviver como tal, uma vez que sua cosmovisão e a sua espiritualidade estão construídas sobre esta relação. A cosmovisão dos povos indígenas, sua forma de vida e sua cultura se nutrem da terra que estes mesmos povos habitam.⁴

Cultural e espiritualmente, a relação que os povos indígenas estabelecem com a terra é transcendental para suas vidas. Política e economicamente, ter a propriedade, além de estar em posse, de suas terras significa solidificar suas próprias organizações, assentando-se como nação e, tendo como corolário, a possibilidade certa de viver dignamente.⁵

Assim, o papel da terra é extremamente importante para os indígenas, uma vez que lhes confere identidade, de modo que esta tem um valor de sobrevivência física e cultural, pois a terra é um meio importante para manter a união do grupo, permitindo a sua continuidade ao longo do tempo, bem como a preservação da cultura, dos valores e de seu modo particular de vida dentro da comunidade.⁶

As terras indígenas são, portanto, o suporte do modo de vida diferenciado e insubstituível dos povos indígenas que habitam o Brasil e o mundo, considerando a valiosa existência e resistências dos povos originários e desprendendo-se das normas constitucionais e dos próprios instrumentos jurídicos internacionais, ressalta-se que os Estados tem a obrigação de arbitrar os meios necessários para garantir a sua existência como sujeitos coletivos.

Destarte, proteger os direitos a terra e ao território constitui um dos primeiros passos para construir um Estado pluricultural, uma vez que os povos indígenas devem ser encarados como minorias étnicas com direitos especiais e históricos, que exercem um domínio territorial de caráter ancestral, tendo a titularidade da terra caráter coletivo, por estes também serem povos “essencialmente coletivos”.⁷

³ RAMÍREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latinoamericanas são capazes de garantir os direitos dos povos indígenas. AA. VV. Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília, Instituto de Estudios Socioeconómicos-INESC, p. 215-235, 2009.

⁴ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

⁵ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos em América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile, 2009.

⁶ SARMENTO, Daniel. Pareceres Jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais. Manaus. UEA, 2007.

⁷ BRANDÃO, Pedro. O novo constitucionalismo Pluralista Latino – Americano. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 49.

Partindo do pressuposto de que a terra é constitutiva da própria identidade dos povos indígenas e do entendimento que ela permite a sobrevivência coletiva, muitas instâncias tem sido sensíveis para a regulamentação deste direito. Assim, como resultado das próprias lutas indígenas, os organismos internacionais e os Estados abriram os olhos para tais demandas, sejam nos instrumentos internacionais como nas constituições nacionais.

A maioria dos países latino-americanos reconheceu constitucionalmente o direito dos povos indígenas como a Venezuela (1999), Equador (1994 e 1998), Bolívia e Argentina (1994), Peru (1993), Paraguai, El Salvador e Guatemala (1992), México (1992 e 2001), Colômbia (1991), Brasil (1988), Nicarágua (1987) e Panamá (1971). Porém, todas estas constituições latino-americanas compartilham da mesma deficiência, que é justamente a proteção dos direitos coletivos dos indígenas sobre as suas terras e territórios.⁸

Assim, os obstáculos enfrentados pelos indígenas para demarcação de suas terras na última década têm sido bastante numerosos. Por trás destes obstáculos encontram-se setores latifundiários, mineiros e extrativistas. Tais setores vem nos indígenas uma ameaça aos seus direitos de propriedade e às suas atividades econômicas, ou, em último caso, como obstáculos a serem removidos em prol do desenvolvimento econômico.

Nos últimos anos estes setores tem tomado a ofensiva impedindo de múltiplas formas a efetivação destes direitos, utilizando-se para tal do lobby legislativo e político, ações ante as instancias judiciais e ameaças e violências físicas contra os indígenas como mecanismos para frear os avanços na demarcação ou ocupação efetiva pelos indígenas das terras que tenham sido identificadas como tais.⁹

Muitas terras indígenas encontram-se desprotegidas, sendo objeto de invasões por grupos interessados em explorar os recursos naturais existentes nestas. Os invasores incluem posseiros, fazendeiros, madeireiros, garimpeiros, empresas nacionais e transnacionais. Tal situação afeta muitos povos indígenas considerados isolados ou em isolamento voluntário.¹⁰

⁸ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

⁹ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile, 2009.

¹⁰ ANAYA, James: Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil. United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 August 2009.

Desta forma, os indivíduos pertencentes aos povos indígenas são vítimas de grandes violações aos direitos da pessoa humana, bem como de seus direitos coletivos, perpetradas pelos Estados e por agentes privados movidos, geralmente, por interesses econômicos.

2. Insuficiência e atraso da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira a respeito do tema

Os povos indígenas apresentam, desde a fundação do Estado brasileiro, uma relação complicada com os indivíduos pertencentes à parte dominante da sociedade, sendo, por muito tempo, considerados como uma “parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação” ao restante, consoante à definição dos indígenas pelo antropólogo Darcy Ribeiro¹¹:

“Aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato.”.

Assim, os povos indígenas no Brasil sempre representaram um estorvo para a exploração das terras e riquezas naturais presentes em seus territórios ancestrais, o que resultou em mortes e deslocamentos de grande parte da população indígena, somando-se a isso grandes obras hidráulicas e de infraestruturas que provocam também a deflorestação e destruição dos povos e territórios indígenas.¹²

Estima-se que antes da colonização e da chegada de Cristóvão Colombo no continente americano, viviam no atual território do Brasil cerca de cinco milhões de indígenas. O decréscimo da população indígena ao longo de mais de quinhentos anos se deve a uma série de fatores, como as doenças, a exploração e deslocamentos dos povos indígenas.¹³

Com o passar dos anos os índios foram expulsos de seu hábitat natural através da antiga política integracionista, que permitia a aculturação das populações indígenas, sem respeitar seus costumes e suas tradições diversas, sufocando e provocando a descaracterização étnica que, com o tempo, provocou uma onda de suicídios de muitas etnias, diante da falta de

¹¹ RIBEIRO, Darcy. Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1970.

¹² JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

¹³ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

perspectiva e do abandono por parte do Estado, que deixava de cumprir com seus deveres constitucionais¹⁴.

Hoje, vivem no Brasil cerca de 220 povos indígenas, que equivalem a 0.22% da população total e uma área que equivale a 12.35% da superfície total do país.¹⁵ Segundo o Censo Demográfico de 2010, feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o “Brasil indígena” é composto por 896 mil pessoas, que se declararam ou se consideravam indígenas, das quais 572 mil, ou 63,8%, vivem na área rural e 517 mil, ou 57,5% moram em terras indígenas oficialmente reconhecidas.¹⁶

Tais povos indígenas que habitam hoje o Brasil enfrentam uma série de desafios extremamente complexos para garantir a sua sobrevivência tanto física, quanto cultural, dos quais se destacam a demarcação de terras, a exploração de recursos naturais em áreas indígenas, a preservação ambiental, a assistência à saúde, o direito à consulta prévia sobre questões que afetem diretamente as suas comunidades, a violência contra suas lideranças, a proteção ao seu conhecimento tradicional, dentre outros.

O marco jurídico dos direitos dos povos indígenas no Brasil está determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que concede natureza constitucional a vários direitos dos povos indígenas, reconhecendo aos índios, em caráter permanente, o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, devido à sua condição de primeiros e contínuos ocupantes históricos destas¹⁷.

A Constituição brasileira de 1988 estabelece a obrigação da União de demarcar e proteger as terras indígenas, no entanto como o direito dos povos indígenas às suas terras de ocupação tradicional configura-se como um direito originário, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, conseqüentemente, apresenta natureza meramente declaratória. Deste modo, a terra indígena não é criada por ato constitutivo, e sim reconhecida a partir de requisitos técnicos e legais, isto é, os direitos não nascem de um ato de outorga do Estado e sim, das circunstâncias históricas de ocupação original e utilização ancestral.¹⁸

¹⁴ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

¹⁵ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

¹⁶ CENSO, I. B. G. E. Disponível em: < <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em, v. 23, 2010.

¹⁷ CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 5.

¹⁸ CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 25 [o grifo é nosso].

No que tange à questão indígena a Constituição brasileira de 1988 representa um marco, pois trouxe uma ruptura com a “perspectiva integracionista” e com o conceito de “assimilação natural”, presentes na Lei 6.001 de 1973, o Estatuto do Índio. Tal perspectiva retrógrada propunha a assimilação cultural dos indígenas, visão esta que foi necessariamente abolida no texto constitucional promulgado quinze anos depois.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos destacou em seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil de 1997 que:

“A Constituição de 1988 (...) consagra uma das posições normativas mais avançadas da legislação comparada. Suas disposições diretamente relacionadas aos direitos dos indígenas superam a doutrina de "assimilação natural" previamente aceita. Por outro lado, são reconhecidos como permanentes os direitos originais inerentes aos povos indígenas por sua condição de primeiros e contínuos ocupantes históricos de suas terras.”¹⁹

No entanto, embora a Constituição brasileira de 1988 signifique um avanço em relação às suas antecessoras²⁰ pois ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais e introduziu perspectivas pluralistas no constitucionalismo brasileiro²¹, esta não se aproxima da dimensão de garantia da autodeterminação dos povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 se mostra, ainda, bastante atrasada na questão da propriedade da terra indígena, uma vez que estabelece em seu artigo 20, inciso IX, que o direito à propriedade das terras indígenas é conferido à União²², isto é, segundo a Constituição Federal, o Estado é o proprietário das terras indígenas, e não os povos indígenas e seus membros, a quem é garantida apenas a “posse permanente” das terras tradicionalmente ocupadas por eles e o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes²³

Tal dispositivo da Constituição vai contra o entendimento sobre o tema tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Interamericana, que já estabeleceram que, em virtude do artigo 21 da Convenção Americana, os povos indígenas são

¹⁹ CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 5.

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> Acesso em: 09/11/2016.

²¹ SOARES, Amanda Santos. Direito à terra e a "viagem da volta": processos de construção da terra indígena potiguara de Monte-Mor. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

²² CF 1988, artigo 20, XI. “(...) são bens da União: (...) IX- as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

²³ CIDH. RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 25

titulares de direitos de propriedade e domínio sobre as terras e recursos que hajam ocupado historicamente e, portanto, têm direito de serem reconhecidos juridicamente como os donos de seus territórios, obterem um título jurídico formal de propriedade de suas terras, que por sua vez deve ser devidamente registrado²⁴.

Da mesma forma, tal dispositivo constitucional também contraria o artigo 14.1 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, norma supralegal²⁵, que, no que tange ao direito de propriedade, estabelece que os povos indígenas devam ter “o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” devidamente reconhecidos.

Por se tratar de um bem da União, a terra indígena é inalienável e indisponível, e os direitos sobre ela são imprescritíveis, estando sujeitas à competência da justiça federal. Consoante o artigo 231 da Constituição:

“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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o

²⁴ Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. para. 137; CIDH, Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo (Belize), 12 de outubro de 2004, para. 115.

²⁵ RE 466.343-SP.

que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”²⁶.

Muitos dos direitos constitucionais expostos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 dependem de regulamentação que se dá através da legislação infraconstitucional. No entanto, a legislação infraconstitucional brasileira acerca do tema ainda se mostra bastante atrasada, uma vez que o Estatuto do Índio de 1973, portanto anterior à Constituição, ainda permanece em vigor, contrariando o estabelecido em muitos dispositivos da Constituição de 1988²⁷, uma vez que o Estatuto do Índio segue os preceitos integracionistas da antiga Convenção n.º. 107 da Organização Internacional do Trabalho, já superados no atual texto constitucional.

Não obstante tal conflito de entendimentos entre as legislações constitucional e infraconstitucional, o Estatuto do Índio é o responsável por referir-se ao procedimento para a demarcação de terras indígenas, determinando em seu artigo 19 que: “as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo”²⁸.

Assim, o decreto do Poder Executivo que rege o processo de demarcação das terras indígenas é o Decreto n.º. 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe em seu artigo 1º, de maneira similar ao Estatuto do Índio, que as terras indígenas “serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto”²⁹.

O Decreto n.º. 1.775/96 explica minuciosamente as distintas etapas a seguir para o reconhecimento, demarcação e titulação das terras indígenas, prevendo em seu artigo 2º, parágrafo 3º que: “o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”³⁰.

Segundo o artigo 2º e seus parágrafos 1º, 6º e 7º do Decreto n.º. 1.775, o processo de demarcação de terras indígenas inicia-se com a identificação e delimitação do respectivo território, que deve ser aprovada pelo Presidente da FUNAI, nos seguintes termos:

²⁶ CF 1988, artigo 231.

²⁷ RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 16.

²⁸ Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, artigo 19.

²⁹ Decreto n. 1.775 de 8 de janeiro de 1996, artigo 1º.

³⁰ Decreto n. 1.775, artigo 2, para. 3.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

(...)

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.³¹.

Uma vez divulgado o estudo de identificação e delimitação realizado e aprovado pela Fundação Nacional do Índio, terceiros interessados no território identificado e delimitado podem impugnar os trabalhos da Fundação Nacional do Índio e litigar seu direito de propriedade sobre a área, ou então solicitar indenizações por benfeitorias³², de acordo com os parágrafos 8º e 9º do artigo 2º do Decreto nº 1.775, quando então os autos do procedimento deverão ser encaminhados ao Ministro da Justiça:

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subsequentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas³³.

³¹ Decreto n. 1.775/96.

³² CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

³³ Decreto n. 1.775/96.

Após receber os autos, o Ministro da Justiça deverá adotar uma decisão, dentro do prazo de trinta dias, conforme o parágrafo 10º do artigo 2º do Decreto nº. 1.775. De acordo com os incisos I, II e III, respectivamente, poderá: (I) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação; (II) prescrever todas as diligências adicionais que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; ou (III) desaprovar o estudo de identificação e delimitação, retornando os autos à FUNAI, mediante decisão fundamentada³⁴.

Se a portaria do Ministro da Justiça confirma a identificação e delimitação e determina a demarcação do território indígena, o artigo 4º do Decreto nº 1.775 ordena a realização da desintrusão da área, nos seguintes termos:

“verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente”³⁵

Ainda, conforme o artigo 5º do Decreto No. 1.775, “a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto”³⁶ do Presidente da República. Assim, o artigo 6º do Decreto nº 1775 dispõe que:

“em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro [do território indígena] em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda”³⁷.

Como demonstrado nas linhas acima, o processo de demarcação das terras indígenas no Brasil é extremamente longo e complexo e encontra vários obstáculos em sua execução, sendo que se não houver efetivo acesso aos territórios originários, não haverá a possibilidade de uma proteção efetiva dos direitos coletivos dos povos indígenas.

Existe um arcabouço jurídico-normativo brasileiro que, formalmente, objetiva a efetivação da proteção dos direitos coletivos dos povos indígenas, porém, a maioria desses dispositivos se manteve colonial e reforça a visão de que o índio necessita de tutela para efetivação de seus direitos e para inserção social.

³⁴ Decreto n. 1.775, artigo 2, parágrafo 10, incisos I, II e III.

³⁵ Decreto n. 1.775, artigo 4º.

³⁶ Decreto n. 1.775, artigo 5º.

³⁷ Decreto n. 1.775, artigo 6º.

O Estado brasileiro adota um caráter segregador ao considerar os povos indígenas, sem sequer cogitar a criação de uma Justiça Indígena, como se deu, por exemplo, na Bolívia com a promulgação de seu texto constitucional em 2009, resultando assim em uma falta de representação e participação indígena.

As instituições jurídicas brasileiras, da mesma forma, e na contramão da história, ainda resistem em admitir a possibilidade de que os conflitos sobre a aplicação dos direitos indígenas sejam resolvidos pelas próprias comunidades indígenas, com o reconhecimento do exercício de jurisdição por suas próprias autoridades.

Tal postura resulta em uma grande demora de acesso à Justiça e na resolução de tais questões, sendo o resquício de um passado integracionista, que já não é compatível com o parâmetro do pluralismo étnico, garantido pela Constituição brasileira de 1988, que, no entanto, ainda mostra-se marcadamente colonial e resistente à mudanças.

Assim, o modelo de participação, representação política e institucional que vigora no Brasil é ultrapassado no que tange aos povos indígenas uma vez que garante apenas simbolicamente a participação destes, sem se atentar de fato à realidade dos oprimidos, reforçando ainda o “velho *vício tutelar* do Estado colonialista brasileiro”.³⁸

3. Aportes de complementaridade à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

Graças à pressão das organizações indígenas dos Estados-membros da OIT, foi adotada em 1989 a Convenção nº 169 sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, sendo que a internalização da referida Convenção no direito brasileiro se deu alguns anos mais tarde, por meio de sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e por sua promulgação pelo Decreto nº 5.051, de 2004, passando a vigorar, portanto, com força normativa vinculante no Brasil.

A Convenção nº 169 da OIT estipula obrigações específicas aos países signatários e revela, expressamente, em seu preâmbulo, a adesão ao relativismo cultural, com o fim de se eliminar a orientação para a assimilação constante das normas anteriores, como na Convenção nº 107 da OIT.³⁹

³⁸ VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 97.

³⁹ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

Assim, estabelece o art. 5º, “a” e “b”, da referida Convenção nº 169 da OIT, que deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios dos povos mencionados e deverá ser considerada a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletivamente, como individualmente e ser respeitada a integridade dos valores, das práticas e das instituições desses povos.

No que tange ao direito de propriedade, o artigo 14.1 da Convenção nº 169 estabelece que:

“Deverão ser reconhecidos aos povos interessados o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, devem ser tomadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estão ocupadas exclusivamente por eles, mas às quais eles tradicionalmente tiveram o acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.”

Desta forma, o artigo 14 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho reitera que os direitos à posse e à propriedade aos quais se refere tal artículo não se referem somente àquelas terras sobre as quais os povos indígenas tem propriedade legal, mas também faz referência àquelas de propriedade ancestral, ainda os povos indígenas ainda não tenham o título de domínio sobre elas, ressaltando ainda o dever dos Estados de garantir e proteger tal propriedade.⁴⁰

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho teve uma grande influência nos avanços verificados no reconhecimento jurídico e na implementação prática dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos naturais na América Latina.⁴¹ O reconhecimento, tanto constitucional como legal, destes direitos tem sido, em grande medida, resultante dos processos de ratificação da Convenção pela maior parte dos Estados da região.

A Convenção também tem incidido de maneira determinante nas políticas setoriais impulsionadas pela maioria dos Estados com o objetivo de identificar, demarcar, titular e proteger as terras e territórios indígenas⁴², servindo como um verdadeiro divisor de águas na questão territorial indígena na América Latina.

Em um nível regional, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem sido extremamente importante para fazer valer o previsto na Convenção 169 da

⁴⁰ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

⁴¹ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

⁴² AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

Organização Internacional do Trabalho, uma vez que esta reconheceu a existência de um *corpus juris* dos direitos humanos aplicáveis aos povos indígenas, compostos por um conjunto de normas de direitos humanos que estabelecem proteção especial aos membros das comunidades indígenas, com base nos instrumentos internacionais atinentes ao tema, incluindo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.⁴³

4. O direito coletivo dos povos indígenas às terras e aos territórios perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos referentes na Corte Interamericana de Direito Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos promulgou uma série de decisões sobre os direitos coletivos dos povos indígenas. A partir de sua análise se extraíram importantes regras a respeito do conteúdo do direito de propriedade dos povos indígenas, bem como acerca dos deveres dos Estados para garantirem tais direitos.

A Corte Interamericana reconhece o direito consuetudinário dos povos tribais e indígenas como fontes do direito, outorgando ao direito à posse e à propriedade comunitária o caráter de direito coletivo. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou o direito à propriedade comunitária ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio do artigo 21 da Convenção Americana, de modo que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho serve como fonte complementar à referida Convenção em matéria de propriedade comunitária.⁴⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já em suas primeiras sentenças em relação aos conflitos territoriais que envolvem povos indígenas traz algumas definições sobre o que se deve entender por propriedade comunitária. A partir destes conteúdos definidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos podem-se caracterizar os territórios indígenas e entender porque estes adquirem tal grau de centralidade.

Os casos mais relevantes nos quais interveio a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são aqueles onde se dirimiram conflitos territoriais, pois a Corte não apenas definiu em sua jurisprudência o que se deve entender por direito à terra, como também avançou de modo a ordenar aos Estados as tarefas de demarcação, visando a garantia de tais direitos.

⁴³ Corte IDH, Sentença do Caso Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, parágrafo 127.

⁴⁴ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

No caso *Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001) a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, à luz do artigo 21 da Convenção Americana, a propriedade coletiva dos povos indígenas sobre a terra.⁴⁵ Assim, reconheceu a validade da posse da terra baseada nos costumes e tradições indígenas, ainda que na falta do título sobre essa, como fundamento de sua propriedade sobre e a terra, ressaltando também a necessidade de que a relação próxima que os indígenas tem com suas terras seja reconhecida e compreendida como base fundamental da cultura, da vida espiritual, da integridade e da sobrevivência econômica⁴⁶ destas comunidades indígenas.

Nos anos seguintes a Corte Interamericana de Direitos Humanos ratificou sua interpretação sobre a matéria, ao reconhecer os direitos de carácter coletivo sobre as terras ancestrais das comunidades de *Yakye Axa e Sawhoyamaka no Paraguai*⁴⁷, que, assim como no caso *Awas Tingni*, as terras reivindicadas pelos indígenas estavam ocupadas por proprietários privados.

Deste modo, levando em consideração as implicações que estas terras tem para a cultura e para a sobrevivência destes povos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu a necessidade de restringir a propriedade privada dos particulares de modo a alcançar o objetivo coletivo de preservar às identidades culturais dos referidos povos, assim o artigo 21.2 da Convenção fala do pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, no que tange à restrição da propriedade privada.⁴⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre a manutenção dos direitos de propriedade sobre as terras ancestrais dos povos indígenas quando estes tenham perdido a posse sobre as mesmas, na sentença do caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, determinando que o direito à reivindicação das terras de propriedade ancestral reclamadas pelos povos indígenas não se extinguirá enquanto estes mantiverem sua relação com tais terras, seja esta material ou espiritual,⁴⁹ assim, “enquanto esta relação existir, o direito à reivindicação permanecerá”.

Em 2007, no caso do povo *Saramaka vs. Suriname*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que os povos indígenas, com base no artigo 21 da Convenção

⁴⁵ Corte IDH, Sentencia caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001, para. 148-149.

⁴⁶ Corte IDH, Sentencia caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001, para. 151.

⁴⁷ Corte IDH, Sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005

⁴⁸ Corte IDH, Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, para. 149.

⁴⁹ Corte IDH, Sentencia caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006, para.131.

Americana, sempre tem o direito a usar e gozar dos recursos naturais, que se encontrem nas terras ancestrais que tradicionalmente ocupam e, que são necessários para a preservação de sua própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade de seu estilo de vida.⁵⁰

Ainda no mesmo caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou, de maneira expressa em relação aos planos de desenvolvimento econômico que provocavam um grande impacto nos territórios deste povo, decidindo que os Estados tem a obrigação de obter o consentimento livre, prévio e informado, em consonância com os costumes e tradições⁵¹ dos povos indígenas e não apenas consultar os povos indígenas de maneira apropriada⁵² no que tange a estas questões.

No Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros contra o Brasil, o ponto central é que o Estado brasileiro se estendeu injustificadamente no processo de reconhecimento dos territórios ancestrais do povo Xucuru, desrespeitando o acesso à propriedade territorial coletiva resultando em uma série de problemas e prejuízos decorrentes desta demora e, que, por sua vez, perduram até hoje.

Dezesseis anos se passaram para que o Povo Indígena Xucuru obtivesse o reconhecimento de seu território, em 2005, através de um processo iniciado em 1989, demonstrando um prazo totalmente irrazoável e não compatível com os mecanismos vigentes de proteção aos direitos coletivos dos povos indígenas.

Não obstante a alarmante demora no longo processo de demarcação, que se dá da maneira demonstrada no ponto 2 do presente trabalho, o Povo Indígena Xucuru sofre até hoje por não poder gozar de suas terras de forma pacífica, uma vez que a desintrusão do território demarcado ainda não foi concluída, contando ainda com a presença de ocupantes não indígenas. A respeito disso se pronunciou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório de Mérito do caso:

“A Comissão Interamericana considera estar provado que o povo indígena Xucuru não vem podendo usar e gozar suas terras de forma pacífica. O Estado reconheceu a contínua presença de ocupantes não indígenas no território indígena Xucuru. Ressaltou, ainda, os esforços da FUNAI para realizar o pagamento das indenizações a esses ocupantes previamente à realização da desintrusão do território, a partir do ano de 2001. É fato, porém, que durante anos o Estado absteve-se de realizar efetivamente a desintrusão do território indígena Xucuru. Além disso, em sua última comunicação perante a Comissão, o Estado reconheceu que a desintrusão ainda não havia concluído. Estes elementos permitem que a Comissão conclua que o Estado

⁵⁰ Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 134.

⁵¹ Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 135

⁵² Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 134

brasileiro não cumpriu de maneira diligente e oportuna com sua obrigação de realizar a desintrusão do território do povo indígena Xucuru.”⁵³

O caso do Povo Indígena Xucuru pode servir como exemplo para demonstrar o retrato da situação da demarcação das terras indígenas no Brasil e todos os problemas decorrentes desta, uma vez que vários destes elementos se fazem presente neste caso como a demora não razoável e injustificada por parte do Estado brasileiro no processo de demarcação de terras, a existência de várias ações na justiça de terceiros interessados na terra que retardam a efetivação da demarcação, a violência contra as lideranças indígenas, a falta de desintrusão dos territórios indígenas com a presença de não indígenas e intrusos nas terras demarcadas, a violação da posse da propriedade coletiva e a violação da posse pacífica das terras indígenas, dentre outros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela violação dos direitos coletivos do Povo Indígena Xucuru, não tendo garantido uma proteção eficaz do direito destes à propriedade coletiva, configurando assim uma violação ao artigo 21 da Convenção Americana. Deste modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou no Relatório de Mérito do caso que:

“Com base no anteriormente exposto, a CIDH considera que o reconhecimento tardio e as falhas do Estado em assegurar a propriedade e posse pacíficas do território indígena Xucuru através da desintrusão efetiva, implicaram que o sistema em geral e a maneira como implementado no caso concreto, não permitiram uma proteção eficaz do direito à propriedade e, portanto, constituíram uma violação do artigo 21 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento internacional, a partir da ratificação deste instrumento pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992. Anteriormente a essa data, a CIDH considera que é aplicável o artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.”⁵⁴

Conclusão

Conclui-se que os direitos territoriais dos povos indígenas estão longe de estar plenamente garantidos e protegidos pelos estados, embora existam avanços significativos, ao menos na perspectiva de reconhecer aos povos indígenas o direito à posse e propriedade que tem sobre suas terras e territórios de caráter ancestral, assim como o uso, a participação e o controle sobre os recursos naturais existentes nestes.

Analisando a nível nacional, os ordenamentos jurídicos da América Latina tem reconhecido de maneira crescente o caráter originário dos direitos dos povos indígenas sobre

⁵³ CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

⁵⁴ CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

suas terras, o que constitui um passo importantíssimo para os Estados da região assegurarem efetivamente os direitos territoriais dos povos indígenas.

Tal reconhecimento jurídico deve ser um impulso para as experiências concretas que permitam o controle político e financeiro dos povos indígenas sobre suas terras e territórios como forma de exercício da sua livre autodeterminação.

Entretanto, ainda faltam meios verdadeiramente efetivos de garantir a proteção de tais direitos, principalmente se tomarmos como exemplo casos concretos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o mais recente que envolveu o Povo Indígena Xucuru e o Brasil. Tal caso pode ser apontado como o retrato típico da situação da demarcação das terras indígenas no Brasil e de todos os seus vícios.

Conclui-se ainda que a demarcação de terras indígenas deve ser encarada como um direito dos povos originários, sendo a sua garantia extremamente importante para estes e para a sociedade como um todo, uma vez que a demarcação representa a busca pela plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas, contribuindo para a consolidação do estado democrático e pluriétnico.

Assim, proteger os direitos à terra e ao território constitui um dos primeiros passos para construir um estado pluricultural, uma vez que um Estado que se afirma plurinacional e/ou multicultural deve possuir mecanismos efetivos de participação dos povos indígenas originários que respeitem as suas cosmovisões.

Os Estados devem impor políticas públicas visando garantir os direitos coletivos das populações indígenas com a finalidade de construir uma sociedade mais justa, equitativa e democrática, evitando assim a exclusão de importantes setores da população destes países, bem como de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Os povos indígenas devem ser tratados como povos autônomos, tendo garantido o direito ao exercício do autogoverno no âmbito de seus territórios, bem como uma participação popular direta e representativa na política nacional de seus respectivos Estados e, sendo reconhecida, protegida e garantida a propriedade coletiva de suas terras.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANAYA, S: James, Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid, Trotta y Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

ANAYA, James: Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil. United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 August 2009.

AYLWIN OYARZÚN, José (Ed.). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. Iwgia, 2004.

AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama. Editorial Abya Yala, 2003.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto; BARABAS, Alicia. Autonomías Étnicas Y Estados Nacionales. México, D.F.: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes : Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998.

BELLO, Enzo. A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano. 1 ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOLÍVIA. Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia (2009). Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Nueva_CPE.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRANDÃO, Pedro. O novo constitucionalismo Pluralista Latino – Americano. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 abr.2017.

BRUNN, Reinhild Margarete von. Metamorfosis y desaparición del vencido: desde la subalternidad a la complementariedad en la imagen de Santiago ecuestre en Perú y Bolivia. Tesis de Magíster en Artes con mención en Teoría e Historia del Arte. Universidad de Chile. Facultad de Artes. Escuela de Postgrado. 2009. Disponível em: <http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2009/brunn_r/sources/brunn_r.pdf>. Acesso em: 27 Nov. 2016.

CAMARGO, Alfredo José Cavalcanti Jordão. Bolívia – A criação de um Novo País a Ascensão do Poder Político Autóctone das Civilizações pré-Colombianas a Evo Morales. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2006.

CENSO, I. B. G. E. Disponível em:< <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em, v. 23, 2010.

CIDH, Sentença do Caso Yakye Axa vs. Paraguai, 2005.

CIDH. Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais. 2009. Para. 55. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>;

CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”.

CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

CORREAS, Oscar; CAMPOS, Arturo Berumen; ORTIZ, Jacqueline. Derecho Indígena Mexicano. Derecho Y Sociedad. México, D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Ediciones Coyoacán, 2007.

DANTAS, Fernando. Os povos indígenas brasileiros e a cidadania ativa. In: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46> Acesso em: 24 abr. 2017.

FIALHO, Vânia. Estratégias e Tentativas de Regularização da Terra Indígena Xucuru, citado em Comunicação dos peticionários de 10 de outubro de 2002.

IKAWA, Daniela. Direito dos Povos Indígenas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010. p. 497-524.

JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

JUMPA, Antonio Peña; MALLOL, Vicente Cabedo; BÁRCENAS, Francisco López. Constituciones, Derecho y Justicia em los Pueblos Indígenas de América Latina. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 45, n. 177. Jan/mar 2008, Brasília: Senado Federal, 2008. p. 19-29.

MALDONADO, Daniel Bonilla *et al.* Pluralismo jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javerina, 2007.

MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena em América Latina*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2004.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA MORAES, Germana de e FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o Bem Viver (Sumak Kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (Org) 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 103 – 124.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova constituição boliviana – contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (Org) 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 141-152.

RAMÍREZ, Silvina. Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico–La justicia indígena en un nuevo modelo estatal. CONVENIO 169 DE LA OIT, p. 150.

RAMIREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latinoamericanas são capazes de garantir os direitos dos povos indígenas. AA. VV. Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília, Instituto de Estudios Socioeconómicos-INESC, p. 215-235, 2009.

RAMÍREZ, Silvina. *Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

RAMÍREZ, Silvina; MAISLEY, Nahuel. The protection of the rights of indigenous peoples. *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*, p. 189, 2016.

RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1970.

RICARDO, Carlos Alberto. Passados 500 anos, sequer sabemos seus nomes. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISCHMANN, Roseli (org.). Povos Indígenas e Tolerância: Construindo Práticas de Respeito e Solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 63-70.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica: para uma filosofia antropológica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SARMENTO, Daniel. Pareceres Jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais. Manaus. UEA, 2007.

SOARES, Amanda Santos. Direito à terra e a "viagem da volta": processos de construção da terra indígena potiguar de Monte-Mor. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Universalidade Parcial dos Direitos Humanos. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISCHMANN, Roseli (org.). Povos Indígenas e Tolerância: Construindo Práticas de Respeito e Solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 253-261.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Pueblos Originarios: El Debate Necesario. Buenos Aires: CLACSO: Instituto de Estudios y Formación de la CTA: CTA ediciones, 2010.

SVAMPA, Maristella. Debates latinoamericanos: indianismo, desarrollo, dependencia y populismo. Edhasa, 2016.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 91-112.

VERGOTTINI, Giuseppe, Derecho Constitucional Comparado, México, UNAM, Secretariado Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. (Org) 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 20-42.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista3/antoniovolkmer.pdf> Acesso em: 09/11/2016.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GRAVITO, César Roberto (Comp.) El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 9-62.

ZELAYA, Roger Antonio Salgado: Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua, Managua: BITECSA, 2014.