

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS**

---

P735

Pluralismo jurídico e diferenças [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-510-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Pluralismo jurídico. 4. Diferenças. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

## **PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Diferenças. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**PROPRIEDADE COLETIVA E OS LIMITES DA PROPRIEDADE PRIVADA NO  
BRASIL: OS DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS ORIGINÁRIOS**

**COMMON OWNERSHIP AND THE LIMITS OF THE PRIVATE PROPERTY IN  
BRAZIL: THE TERRITORIAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES**

**Gisele Jabur  
Juliana de Oliveira Sales**

**Resumo**

RESUMO: Este artigo objetiva delinear as origens do instituto jurídico da propriedade no Brasil, assim como evidenciar a normativa nacional e internacional acerca dos direitos territoriais dos povos originários. Através de revisão bibliográfica, o presente artigo demonstra como a partir da invasão européia nas Américas os povos indígenas vêm sendo expulsos de seus territórios ancestrais e têm seus direitos fundamentais violados enquanto sujeitos coletivos. Entretanto, a Constituição Federal brasileira do ano de 1988 dispõe sobre os direitos e garantias dos povos originários e obriga o Estado a cumprir com a efetivação destes, principalmente os territoriais. Dita obrigação estatal está fundamentada na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.051, em 19 de abril de 2004. A partir da Constituição Federal brasileira se constata que as terras tradicionais são de propriedade da União Federal, porém de posse permanente indígena, com usufruto exclusivo dos povos sobre os recursos do solo, rios e lagos situados nos territórios tradicionais. Essa análise busca demonstrar como o instituto jurídico da propriedade privada se sobrepõe à propriedade coletiva dos povos indígenas e em que medida os direitos territoriais dos povos originários não são efetivados pelo Poder Público brasileiro. Por fim, verifica-se a importância dos direitos territoriais, tendo em vista a relação especial que esses povos têm para com a terra, justamente porque dela dependem não apenas para a sobrevivência de suas famílias, mas de sua cultura, sendo esta imprescindível para a existência destes povos.

**Palavras-chave:** Propriedade coletiva, Direitos territoriais, Povos originários

**Abstract/Resumen/Résumé**

ABSTRACT: This article's main objective is to punctuate the legal origin of the term property in Brazil, and to highlight the national and international normatives around the indigenous peoples territorial rights. Through bibliographical analysis, this article demonstrates how since the start of the european invasions the indigenous peoples have been cast off their ancestral territories and had their fundamental rights violated as collective subjects. However, Brazil's federal constitution of 1988 deals with the indigenous peoples rights and forces the state to abide by them, especially the territorial rights. The State's obligation is fundamented by the 1989 nº 169 Indigenous and Tribal Peoples Convention,

from the International Labour Organization, which was ratified in the 19th of April, 2004, through the nº 5.051 Decret. The Brazilian Federal Constitution states that the traditional lands are Federal Union's property, however the indigenous peoples have permanent possession and exclusive rights over the resources contained in the traditional territories. This analysis seeks to demonstrate how the juridical origin of private property overthrows the indigenous peoples collective property and to what measure their territorial rights are not attended by the brazilian Public Power. In the end, the article highlights the importance of the territorial rights taking in consideration the special relationship these people have with the land, depending on it for the survival of both their families and cultures.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Property ownership, Territorial rights, Indigenous peoples

## INTRODUÇÃO

Este trabalho procura evidenciar os traços do direito de propriedade, visto a partir de sua gênese, no incipiente capitalismo europeu, além de trazer seus limites na regulamentação atual. Busca-se, dessa maneira, delinear um paralelo entre a propriedade privada hegemônica e as racionalidades não capitalistas, em especial, a territorialidade indígena.

O sistema de propriedade essencialmente individualista e ancorado no patrimônio capitalizável é apresentado, de maneira que as terras indígenas, bem como a compreensão territorial indígena, representam, no bojo deste artigo, uma fissura irreparável com o ordenamento legal pautado em direitos de titulares individuais, apontando, assim, para a necessidade de abertura às coletividades.

Dessa maneira, busca-se partir da análise da propriedade privada, como instituto, para então vê-la como direito regulamentado pelos ordenamentos jurídicos ao redor do globo, partindo da Europa e segundo os ideais do Estado moderno. O trabalho culmina, na sequência, na análise dos direitos à terra, que não se confundem com a propriedade sob o prisma hegemônico – já que esta propriedade se centra na titularização, individualização, ressaltando seu viés privatístico.

Na sequência, portanto, o trabalho analisa os direitos territoriais dos povos originários a partir da normativa constitucional interna, assim como da ratificação e aplicação de acordos e tratados internacionais, tendo como marco normativo principalmente a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumento ratificado pelo Brasil.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho é um tratado internacional firmado por vários países, em Genebra, na data de 07 de junho de 1989 e ratificado pelo Brasil mediante o Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, portanto, encontra-se em vigência devendo ser plenamente cumprido.

Ao questionar a efetividade destas normativas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se demonstrar a importância da efetivação dos direitos territoriais indígenas para os povos originários, pois o ordenamento jurídico brasileiro vigente possui a promessa de tratar a todos de forma igualitária, promessa essa prevista categoricamente na Constituição Federal ao afirmar, no tocante aos povos indígenas, que não haveria mais a necessidade de integração total à sociedade hegemônica, como

também se reconhece que os povos indígenas e comunidades tradicionais têm o direito de viver conforme suas crenças e costumes.

Todavia, sabe-se que determinados grupos da sociedade sofrem de abusos que acabam levando-os a sobreviver em condições piores que os demais, por meio de razões até então alheias às suas vontades. Ao redor do mundo povos indígenas vêm sendo expulsos de seus territórios para a exploração indevida dos recursos naturais por grandes empresas multinacionais.

Dessa forma, se o Direito deseja honrar com os exemplos de promessas acima elencadas, a legislação deve assegurar a todos, e, especialmente aos grupos de diversidade social e cultural, um tratamento igualitário em todas as áreas do direito.

Os direitos e garantias fundamentais são considerados cláusulas pétreas, ou seja, não podem sofrer alteração pelo legislador, nem ao menos por meio de Emenda Constitucional. Ao tratar de direitos fundamentais é essencial destacar sua importância na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que nem todos os direitos elencados na Constituição Federal detenham a dignidade da pessoa humana como fundamento, sua estima merece destaque no presente trabalho.

Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição Federal de 1988, que buscou se cercar de todas as garantias para com esse direito fundamental dos sujeitos e povos indígenas. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos de usufruto*, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas.

José Afonso da Silva (2011, p. 855) esclarece que: “a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural”, haja vista todos os demais direitos pertinentes a eles decorrerem do direito fundamental às terras de caráter tradicionalmente indígenas.

Nas palavras de Souza Filho (2005, p. 120): “destituir, assim, um povo de seu território equivale a condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos”.

## **HISTÓRICO DA PROPRIEDADE PRIVADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

O Brasil se compõe de um mosaico de culturas que guardam em si diferentes usos da terra. São conhecidos diversos grupos culturalmente diferenciados, desde os povos indígenas, aos povos camponeses – como os faxinalenses e os fundo de pasto, e povos extrativistas – como os seringueiros e pescadores tradicionais. No que diz respeito à estrutura agrária brasileira, na qual se observa um elevado grau de concentração da terra, predominam os latifúndios, mas mais que isso, é necessário perceber a hegemonia da propriedade privada, tida como a única capaz de legitimar a ocupação das terras.

O ponto central da questão se manifesta na propriedade privada, legitimada e regulamentada pelo Direito como meio exclusivo de direito sobre a terra. Por essência e definição, essa propriedade, voltada a um titular determinado, não é compatível com a forma de ocupação e utilização dos povos originários americanos, que precedem à propriedade privada na América e às instituições jurídicas nacionais.

O berço da propriedade privada pode ser identificado como a Inglaterra do século XVI. Para WOOD (2000, p. 12), as raízes do capitalismo são agrárias e, neste contexto, a propriedade privada é a célula determinante do sistema.

Segundo WOOD, a criação de um mercado capaz de regular o valor das terras e conseqüentemente exigir que se produzisse muito a um custo baixo foi possível, em um primeiro momento, na Inglaterra – pautando-se na produtividade e da competitividade. Para esta autora, a ideia fundante da propriedade privada é a de “melhoramento”, posto e entendido como “aumento da produtividade da terra visando o lucro” (WOOD, p. 19-20).

O “melhoramento” foi inicialmente relacionado às técnicas e usos agrícolas de otimização, mas logo em seguida se tornou a justificativa maior da produtividade a qualquer custo, dessa forma o “melhoramento” teria reformulado o sentido da agricultura, qualificando a terra como necessariamente produtiva e fonte de lucro – principal característica da propriedade capitalista.

Pode-se perceber a realidade e a atualidade de tal qualificação, pois mesmo o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a necessidade da propriedade da terra ter um “aproveitamento racional e adequado”, como um dos requisitos para o cumprimento de sua função social – a isso se interpreta de forma simplista como coincidente à

produtividade, por meio do Grau de Utilidade da Terra (GUT), que conjuga extensão territorial com meta produtiva.

Atualmente, com a completa inserção da terra no sistema capitalizado, surgiu como ideia hegemônica pensar na manutenção da propriedade somente se cultivada e produtiva para o mercado e, portanto, sendo útil a este.

No que concerne às terras tradicionais, WOOD (2000, p. 20-21) assevera que a consequência da expansão da lógica do “melhoramento” na Inglaterra dos séculos XVI e XVII foi o enfrentamento de práticas que se opusessem a ela, tais como costumes antigos de uso da terra. Assim, as comunidades que àquele tempo semeavam e agricultavam glebas de forma comunal, não visando o enriquecimento do senhor ou proprietário, mas sim o bem-estar do grupo, não se encaixaram neste padrão.

Pode-se considerar, aqui, a propriedade comunal em si mesma como um obstáculo ao pretense “natural desenvolvimento do capitalismo”.

Neste contexto, WOOD (2000, p. 22) apresenta que os achaques à propriedade comunal (consistentes nas propriedades tidas segundo os costumes antigos e as posses), que aconteceram tanto no plano concreto, da espoliação, quanto no teórico, visto que, sob crivo do Estado, os tribunais utilizavam da argumentação do “melhoramento” para ceder aos interesses e às pretensões dos proprietários capitalistas.

Conforme CORONIL (2005, p. 108), o colonialismo foi a face obscura do capitalismo, justamente porque este dependeu das colônias e da exploração do trabalho e da terra, sendo a acumulação primitiva colonial como elemento essencial para o funcionamento do capitalismo emergente europeu.

A propriedade no Brasil e na América se dá, notadamente, pela ocupação e colonização europeia. A gênese da propriedade nestas terras de além-mar pode ser atribuída ao modo de ocupação imposto por Portugal e Espanha. Em específico, no que toca ao Brasil, localiza-se no cerne da questão a existência do regime de sesmarias como justificativa para povoação das terras e de dominação – que mais tarde culmina noutros regimes de mercado, capitalizando a terra.

Note-se que, por analogia ao tido na Europa, em especial em Portugal, quando das sesmarias medievais, no território brasileiro foi visto a mesma necessidade de ocupar as terras consideradas desocupadas e torná-las produtivas, porém aqui era outra a conotação de ocupar tais terras, haja vista as mesmas já se encontrarem ocupadas pelas populações

originárias, bem como pela fauna e flora circundante, de maneira que tal ocupação deu-se em prol de destruir gentes e natureza em detrimento do desenvolvimento agropecuário.

O regime das sesmarias em Portugal consistia na transferência de terras abandonadas, pelo reino, ao interessado objetivando seu cultivo (SOUZA FILHO, 2003, p. 23).

Dessa maneira, em 1375 surge a Lei do Trabalhador Livre, conhecida também como Lei das Sesmarias, a qual dispõe sobre a distribuição de terras no Brasil, concessões de terras dadas por funcionários do rei ou sesmeiros, a fim de ocupar terras não produtivas para produção e moradia.

Todavia, no Brasil à época não existiam terras desocupadas, mas sim terras ocupadas pelas populações originárias, as quais tinham entre si a posse comunitária da terra, cuja preservação era basilar para o desenvolvimento da comunidade, haja vista o modo de vida destas populações.

Com a Constituição Federal de 1824 surge o direito à propriedade plena, quer dizer, a propriedade está garantida em sua plenitude, de maneira que é conferido o direito a usar, gozar, dispor e reaver a propriedade de quem a injustamente a possui, bem como o direito de não uso da propriedade, configurado pelo caráter absoluto do direito à imprescritibilidade.

Incompatível com o novo sistema constitucional, a lei das Sesmarias é revogada, mas somente em 1850 surge a Lei de Terras no Brasil (Lei 601, de 18 de setembro de 1850), a qual dispunha sobre a manutenção de reserva de terras para as elites, estando estritamente vinculada à teoria do “preço suficiente” desenvolvida por Edward Wakefield, cujo conteúdo fundamental era que as terras desocupadas deveriam ter um preço suficiente para desestimular os trabalhadores livres a adquiri-las.

Neste sentido, aponta Souza Filho (2009, p. 125):

A confirmação das sesmarias e, conseqüentemente, sua transformação em propriedade plena veio somente em 1850, com a Lei de Terras – Lei 601, de 18 de setembro-. A Lei de Terras tratava da transferência das terras devolutas para o patrimônio privado, reconhecendo o direito de quem havia adquirido terras por sesmarias. Da mesma forma, embora sem atribuir o título de propriedade privada, a lei determinou que seriam reservadas terras para a colonização dos indígenas, assim como para outros usos públicos.

De tal modo, a ocupação efetiva da terra deu-se somente para homens com capital, consolidando assim a única forma de aquisição originária de propriedade no Brasil, sendo que a partir 1891, com a primeira Constituição federal e republicana, a concessão de terras devolutas passou a ter competência estatal, estando, portanto, diretamente relacionado às oligarquias locais, consolidando o atual sistema latifundiário de terras no país.

Tem-se que o período escravagista no Brasil deu-se a fim de suprir as demandas tanto no corte do Pau Brasil, como na lavoura do café, bem como no cultivo da cana de açúcar para os engenhos. Surpreendente foi a luta demográfica pertinente às populações originárias desde a invasão dos europeus, culminando principalmente na década de oitenta, cuja população indígena prosperou, ainda que muitas das etnias seguissem sob risco de extinção.

As terras americanas, submetidas ao regime colonial, como extensão dos institutos e instituições europeias, foram refreadas ao uso do Direito imposto pelo Estado-nação, este fundado na propriedade como direito – propriedade eminentemente privada.

De outro modo, quanto à elaboração do direito de propriedade, as leis brasileiras que trataram do instituto inicialmente, notadamente as Constituições de 1824 e 1891, além do Código Civil de 1916, foram inspiradas no teor do Código Napoleônico, como foi a tendência seguida por toda a América Latina na época.

No código francês a propriedade era tida como “o direito de fruir e de dispor as coisas *da maneira mais absoluta*, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos”. Neste sentido, as disposições do Código Civil de 1916, refletiam o cunho liberal e individualista do diploma, que eram perfeitamente compatíveis com os interesses da classe latifundiária monopolista da época.

Quanto ao conteúdo e à formação da propriedade privada como coincidente ao direito de propriedade, SOUZA FILHO (2011, p. 23-47) aponta a propriedade privada como a máxima expressão do direito individual, localizado dentro de um sistema estatal dicotômico, que põe em um lado o privado e de outro o público.

Para SOUZA FILHO (2003, p. 38-39) propriedade privada é apresentada como uma construção jurídica e humana – só existente enquanto direito, legitimado a partir do contrato válido e a partir do momento em que se comprova sua titularidade, com a ausência de vícios que lhe comprometam. O contrato, nesse sentido, justificaria o direito à terra e a transferência da propriedade seria a transferência do título.

Para esse autor, os Estados modernos, assim como o Direito, se assentam sobre as bases de uma almejada liberdade, esta, no entanto, que coincide com a liberdade de contratar (SOUZA FILHO , 2003, p. 39).

Assim, para o autor, se a propriedade privada se legitimaria pelo contrato, portanto pela existência de um papel (título), a propriedade do Estado se afirmaria de acordo com seus usos, com sua destinação com vistas ao benefício público, de todos (SOUZA FILHO , 2003, p. 45).

O que se depreende disso é que a criação da titularidade dicotômica de bens, entre público e privado, acarreta na necessidade de encaixar todos os bens nesse sistema. No entanto, conforme pontua Souza Filho, um destes bens representa limitação ao uso e condição para o exercício do direito de propriedade: são os direitos comuns do povo, tal como ao meio ambiente e à saudável qualidade de vida.

Há fissuras neste sistema – que se pretende globalizante ao exigir a definição de titular determinado – que podem ser identificadas. A exemplo, (SOUZA FILHO, 2003, p. 49) aponta as terras indígenas como a quebra da lógica privatista, visto que nos grupos indígenas se desconhece a propriedade, pois esta se limitaria aos bens de uso pessoal e não se comunicaria à terra, que é do grupo, de todos, é coletiva, portanto.

## **DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS ORIGINÁRIOS**

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira em 1988 foi inaugurado um capítulo destinado aos povos originários, segundo o qual lhes é reconhecido suas “organizações sociais, 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” (Constituição Federal de 1988, artigo 231).

No parágrafo primeiro deste mesmo artigo, são descritas as terras indígenas como sendo aquelas “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”.

Neste sentido, “o direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latinoamericanos” (SOUZA FILHO, 2005, p. 119).

Já no parágrafo seguinte, há a situação jurídica destas terras, sendo que a posse é permanente dos povos originários, “cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. As características das terras indígenas encontram-se no parágrafo quarto, sendo essas terras “inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”. De maneira que, conforme o parágrafo sexto, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras”.

Para Souza Filho (2005, p. 122), “o usufruto exclusivo quer dizer somente que não é transferível para qualquer apropriação individual e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do resultado pode dispor”.

O parágrafo terceiro trata da exploração dos recursos naturais que se encontrem nas terras indígenas, de maneira que “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”, garantindo os direitos à consulta prévia, livre e informada, assim como o consentimento e a participação dos povos indígenas nos benefícios.

Segundo o parágrafo quinto do artigo 231, da Constituição Federal, é vedado a remoção dos povos originários de suas terras, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sua população ou no interesse da soberania do País e, ainda assim, a decisão terá que ser aprovada *ad referendum* no Congresso Nacional e os povos indígenas devem retornar às suas terras tradicionais, tão logo cesse o risco.

Conforme o artigo 232, da Constituição Federal, os povos originários enquanto sujeitos coletivos de direitos têm legitimidade para “ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Ademais da normativa constitucional interna, o Brasil é signatário de tratados e acordos internacionais, os quais visam à proteção dos direitos e garantias dos sujeitos e povos indígenas, tais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a recente Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Soma-se à isso, a Organização Internacional do Trabalho promulga a Convenção nº 107, de 05 de junho de 1957, concernente à proteção e integração das populações

indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, a qual foi ratificada pelo Brasil no ano de 1965 mediante o Decreto Legislativo nº 20.

Em substituição à Convenção 107, no ano de 1989 a OIT promulga a Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais, também ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.051, em 19 de abril de 2004.

Conforme seu artigo primeiro, a Convenção 169 aplica-se aos povos em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas distingam-lhes de outros setores da coletividade nacional.

Ressalta-se que a própria Convenção estabelece a definição de povos tradicionais, sendo que no artigo 2 afirma que deve se considerar a auto consciência da identidade de população tradicional como critério fundamental para esta definição e aplicação das normas.

A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 6, garante aos povos tradicionais o direito de consulta, o qual deve ocorrer de maneira livre, informada e prévia à qualquer medida que possa vir a afetar direta ou indiretamente estes povos. Esta consulta deverá ser realizada de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, bem como deverá ter a finalidade de chegar a um acordo ou obter o consentimento dos povos que serão afetados por qualquer medida, seja ela administrativa ou legislativa.

Segundo o artigo 13 da Convenção, os governos devem respeitar a importância especial da relação que os povos tradicionais têm com suas terras e territórios, devendo ser levado em conta principalmente a cultura e os valores espirituais da coletividade na ocupação e uso da terra por estes povos.

Neste sentido, nas palavras de Souza Filho (2003, p. 45):

A terra sempre foi um bem coletivo, generosamente oferecido pelos antepassados que descobriram seus segredos e legado necessário aos herdeiros que o perpetuariam. A repartição haveria de ser dos frutos da terra, de tal forma que não faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo. Às vezes, se haveria de domesticar uma planta ou um animal, às vezes bastava cuidar da natureza que ela retribuía numa lógica inconsciente, mas quase perfeita. Não havia necessidade de Estado nem de teorias sobre a propriedade privada, nem instrumentos que justificassem seu exercício, nem que os garantisse. Ao não haver um era escusada a existência do outro.

Considerando as violações aos direitos dos povos originários situados no Brasil, o direito ao território é a mais grave das violações aos direitos humanos fundamentais ao tratar-se de populações expropriadas não só de seu território, mas de seu modo de vida

das presentes e futuras gerações.

Ainda, conforme Souza Filho (2011, p. 120):

“É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo.

Esta afirmação é válida para todos os povos exatamente porque o conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopéia e arte de cada povo”.

Nos termos do artigo 14 da Convenção 169 da OIT, deve-se reconhecer aos povos originários o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como deve-se tomar medidas que sejam necessárias para determinar a proteção efetiva do direito à posse e usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Extrai-se do artigo 5 que, ao aplicar as disposições da Convenção deverá adotar-se, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas encaminhadas com a finalidade de proporcionar novas condições de vida e trabalho dignos.

Desta maneira, imperioso o diálogo com os povos que possam ter seus direitos violados, para que estes tenham o direito de decidir sobre suas próprias prioridades de desenvolvimento, assegurado pelo artigo 7, da Convenção 169 da OIT. Sendo que, o melhoramento das condições de vida, trabalho, nível de educação e saúde dos povos interessados deve ser prioritário nos planos de desenvolvimento econômico da região que habitam.

Neste sentido, é o artigo 16 da Convenção, segundo o qual as populações tradicionais não devem ser retiradas das terras que ocupam, exceto se considerados necessários como medida excepcional. Se retiradas de seus territórios, sempre que possível esses povos terão o direito de retornar às suas terras tradicionais assim que cesse o motivo de sua transferência.

Não sendo possível retornar ao território originário, ainda segundo a Convenção 169 da OIT, “esses povos deverão receber terras de qualidade e situação jurídica pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente e que possam satisfazer suas necessidades presentes e garantir seu desenvolvimento futuro”:

Sujeito ao disposto nos próximos parágrafos do presente artigo, os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam. Quando a retirada e o reassentamento desses povos forem considerados necessários como uma medida excepcional, eles só serão realizados com seu livre consentimento e conhecimento. Não sendo possível obter seu consentimento, essa transferência só será realizada após a conclusão dos procedimentos adequados previstos na lei nacional, inclusive após consultas públicas, conforme o caso, nas quais os povos interessados tenham oportunidades de ser efetivamente representados. Sempre que possível, esses povos terão o direito de retornar às suas terras tradicionais tão logo deixem de existir razões que fundamentaram sua transferência. Quando esse retorno não for possível, como definido em acordo ou, na falta de um acordo, por meio de procedimentos adequados, esses povos deverão receber, sempre que possível, terras de qualidade e situação jurídica pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente e que possam satisfazer suas necessidades presentes e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados manifestarem preferência por receber uma indenização em dinheiro ou espécie, essa indenização deverá ser adequadamente garantida. Pessoas transferidas de uma terra para outra deverão ser plenamente indenizadas por qualquer perda ou dano.

Aprovada em 13 de setembro de 2007, na 107ª Sessão Plenária da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas e Tribais, “afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais”.

As disposições enunciadas na presente Declaração, além de repetir o que já fora expresso normativamente na Convenção 169 da OIT, demonstram preocupação com o fato de que os povos indígenas tiveram seus direitos violados como resultado das relações de colonização e colonialidade.

Nesta Declaração os direitos e as garantias territoriais dos povos originários são interpretados de acordo com os Direitos Humanos, em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da justiça e da democracia, da igualdade e não discriminação.

Recentemente, na data de 15 de junho de 2016 na capital da República Dominicana, Santo Domingo, foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A Declaração promulgada pela OEA integra as demais declarações de direitos humanos e dos povos originários na exata medida em que reconhece o direito à livre determinação dos sujeitos e povos indígenas, os direitos territoriais e dos recursos naturais à ele intrínsecos, desenvolvimento sustentável e cultural.

Nos termos do artigo II e III da Declaração da OEA, os povos originários têm o direito à autodeterminação e, portanto, devem determinar livremente o próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Conseqüentemente, os Estados têm o dever de reconhecer e respeitar as especificidades culturais e linguísticas dos povos indígenas.

Neste sentido, é primeiro ponto do artigo 10 da Declaração da ONU sobre o direito à autodeterminação e direito ao plano de vida digno:

Artigo 11

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

Portanto, é de responsabilidade do Estado brasileiro através do Poder Público e da sociedade civil garantir condições para a reprodução do meio ambiente físico-biótico e também do meio ambiente antrópico, ora representado pelo modo de vida tradicional dos povos originários situados no Brasil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por trás de cinco séculos de dominação e escravidão os povos originários encontraram amparo normativo junto à Constituição Federal brasileira de 1988, a primeira a abrangê-los como sujeitos de direitos, tendo seus idiomas, crenças, rituais e tradições preservados pelo ordenamento jurídico vigente, bem como um marco regulatório para a situação territorial destes povos, rompendo as características paternalistas e assimilacionistas da relação entre Estado e povos e sujeitos indígenas vigentes até então, superando doravante, portanto, o paradigma eurocêntrico hegemônico.

Contudo, no que diz respeito ao direito ao território, os grupos indígenas enfrentam a incompatibilidade com o sistema jurídico, que tem a propriedade privada como elemento basilar, sobre a qual erige todo o conjunto de direitos sobre a terra.

Com origem eurocentrada, a propriedade privada tal como tida hoje não surgiu a partir da realidade indígena, mas foi imposta a esta. As terras tradicionalmente ocupadas, dessa maneira, necessitam de tratamento diferenciado, visto que não se enquadram no padrão individualizado do Direito oriundo dos Estados-modernos e ainda vigente.

Buscou-se demonstrar a importância dos direitos territoriais para os povos originários, bem como a fundamentação legal destes na Constituição Federal brasileira de 1988 e nos acordos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas e dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ao longo dos ciclos de colonização e colonialidade grande maioria povos indígenas ao redor do mundo tem sido violentamente deslocados de suas terras tradicionais sem seu consentimento livre, prévio e informado, sem mecanismos satisfatórios para reassentamento e sem qualquer consentimento compensação adequada.

Os direitos territoriais dos povos originários devem ser assegurados, senão como direito originário, como reparação à dívida histórica que o Estado e a sociedade brasileira mantêm para com os povos indígenas situados no Brasil.

Por fim, constata-se que a normativa internacional têm avançado no que se refere aos direitos territoriais, todavia, aqui no Brasil segue uma tendência assimilacionista de sobrepor o instituto jurídico da propriedade sobre a propriedade coletiva dos povos indígenas, lhes são negados os seus direitos culturais e seus meios de subsistência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)> Acesso em: 12.out.2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20.out.2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em: 13.out.2016.

CORONIL, Fernando. **Natureza do pós-colonialismo**: do eurocentrismo ao globocentrismo. In LANDER, Edgard et al. A colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires ; CLACSO. 2005.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 5051, de 19 de abril de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 17.out.2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 5484, de 27 de junho de 1928**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>> Acesso em: 15.out.2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)> Acesso em: 15.out.2016.

Instituto Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>> Acesso em: 15.out.2015.

Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org>> Acesso em: 15.out.2016.

LEROY, Jean Pierre. **Mercado ou bens comuns?** O papel dos povos indígenas, comunidades tradicionais e setores do campesinato diante da crise ambiental. Rio de Janeiro: FASE - Federação de Órgãos para a Assistência Social e Educacional, 2016, 44p.

Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 21.out.2016.

Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <[http://indianlaw.org/sites/default/files/American%20Declaration%208\\_25.pdf](http://indianlaw.org/sites/default/files/American%20Declaration%208_25.pdf)>. Acesso em: 21.out.2016.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 169**. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236247/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20.out.2016.

SILVA, José Afonso da. Curso **de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Perú: Asociación Gráfica Educativa, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos invisíveis. In: **A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais**. Editora Arte & Letra. Curitiba, 2011.

WOOD, Ellen M. **As origens agrárias do capitalismo**. Revista Crítica Marxista, n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo. p.12-30.