

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

THALITA LOPES MOTTA

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS TERRITORIAIS
INDÍGENAS: A ANÁLISE DOS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO NO
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

**Manaus
2012**

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

THALITA LOPES MOTTA

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS TERRITORIAIS
INDÍGENAS: A ANÁLISE DOS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO NO
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Edson Damas da Silveira

**Manaus
2012**

Catálogo na fonte

Elaborada pela Bibliotecária Nayla Viviane Bastos de Oliveira CRB-11/613

M921p Motta, Thalita Lopes
A proteção internacional dos direitos territoriais indígenas:
a análise dos mecanismos de implementação no sistema
interamericano de direitos humanos / Thalita Lopes Motta. –
Manaus: Universidade do Estado Amazonas, 2012.
121 fls.: 30 cm

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas –
UEA.

Orientador: Prof. Dr. Edson Damas da Silveira

1. Propriedade Indígena. 2. Direitos Humanos. 3. Proteção
Internacional. I. Título

CDU 349

THALITA LOPES MOTTA

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS TERRITORIAIS
INDÍGENAS: A ANÁLISE DOS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO NO
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, por meio da Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 04 de maio de 2012.

Prof. Dr. Edson Damas da Silveira
Universidade do Estado do Amazonas

Prof. Dr. Serguei Aily Franco de Camargo
Universidade do Estado do Amazonas

Prof. Dr. Gilson Pinto Gil
Universidade Federal do Amazonas

*Aos meus pais, Nilton e Sherly Motta, à
minha irmã Ingrid e à Darcy, com amor e
carinho.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ter me guiado com luz na trilha do caminho acadêmico e da pesquisa científica.

À Santa Rita de Cássia, que fez de muitas situações impossíveis em possibilidades plenas.

Aos meus pais Nilton e Sherly Motta, pelo eterno amor incondicional a mim deferido.

À minha irmã Ingrid Motta e à Darcy, que sempre fizeram da minha estada em casa um momento especial e imprescindível e completam com carinho o lar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Edson Damas da Silveira, pela confiança e crença em mim depositadas na execução da pesquisa a ser apresentada.

Aos Profs. Msc. Silvia Maria da Silveira Loureiro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas, por terem em mim plantado a semente inicial do objeto desta Dissertação, mediante, respectivamente, o ensino inicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o estudo de direitos territoriais indígenas em iniciação científica na Graduação em Direito.

Agradeço também à assistência prestada pela formação da Secretaria e Coordenação do PPGDA/UEA, em especial ao Prof. Dr. Serguei Aily Franco de Camargo e às secretárias Lucia Helena Ferreira e Raimunda Oliveira.

Aos colegas de Mestrado Joelson Cavalcante, Patrícia Pellanda, Denison Aguiar e Bianca Dias, pelas risadas, estudos conjuntos e discussão de referências a serem utilizadas em nossas pesquisas.

À Jacilena Loureiro, Luciana Motta e Daniel Aquino Neto, pelas alegrias, sorrisos e lágrimas compartilhados ao longo desses anos.

Aos meus chefes David Matalon Neto, Pablo da Silva Negreiros e Samira Litaiff Azize Gomes, que permitiram a minha ausência momentânea na PDA/PGM nos dias necessários ao cumprimento de carga horária regulamentar no PPGDA.

À CAPES, pela concessão de bolsa de fomento à pesquisa durante minha estada no Mestrado em Direito Ambiental.

RESUMO

A ótica tradicional de que o Estado se estrutura mediante o conjunto dos elementos *povo*, *território* e *governo soberano* tem demandado, nas últimas décadas, o desenvolvimento de um novo aporte filosófico. As novas concepções advêm da existência de sujeitos que não integram a noção homogênea do verbete *povo* e não concebem os pilares do *território* e *governo soberano* com base no poder dominante do Estado. Entre esses atores sociais, inserem-se os povos indígenas, indivíduos estes que se politizaram nas últimas décadas com vistas à proteção, sob o prisma do direito estatal, de seus costumes, crenças, línguas e tradições e, essencialmente, a terra por eles habitada em caráter tradicional. Busca-se analisar, primeiramente, a estruturação de tais elementos sob uma nova ordem estatal, não mais calcada no reconhecimento e positivação de normas em torno das diferenças. A primeira fase ora assinalada encontra, entretanto, um ponto de saturação, tendo em vista que o Estado monopolizou o dever de reconhecer os direitos territoriais indígenas, mediante a concessão de títulos formais de propriedade ou outros institutos sob a órbita civilista por meio de procedimentos administrativos instruídos e decididos por órgãos integrantes de sua estrutura. Verifica-se, porém, que em algumas circunstâncias o Estado age em descompasso com as previsões normativas protetoras do direito do indígena à terra, seja pelo indeferimento do pedido de demarcação de uma área, ou mesmo pela omissão em dar celeridade nestes feitos, os quais se arrastam por décadas sem qualquer conclusão de mérito. Analisa-se, após, a insuficiência da jurisdição interna do Estado frente ao reconhecimento de tais direitos, o que motivou os indígenas à utilização dos sistemas internacionais, inclusive para a obtenção de provimento condenatório ao dever de demarcação de terras indígenas. O discurso dos direitos humanos pairou como apto à análise da ocorrência de violação de um direito fundamental, o que levou à apresentação de denúncias perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, em consequência, à prolação de decisões perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. As sentenças dela provenientes constataam a ocorrência de violação ao direito à propriedade, inscrito no art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por considerarem que os vetores de aplicação da propriedade individual atendem aos pressupostos inerentes à ocupação de uma terra indígena. As condenações vem, outrossim, considerando que há violação ao direito à vida, previsto no art. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que a ausência de terra conduz os indígenas a um estado de vulnerabilidade a ponto de afetar esse valor. O estudo investiga, por conseguinte, a diferença entre as abordagens em torno da terra indígena: enquanto o Estado a interpreta com base no direito à propriedade, os índios a visualizam como direito à vida. Assim sendo, esta pesquisa pretende analisar, a partir da técnica bibliográfica, se as decisões em exame estão de acordo com as interpretações do que se entende por *terra indígena* à luz dos vetores do Estado nacional e dos povos indígenas, mediante a apresentação da conformação institucional do Estado nacional; o estudo dos mecanismos de proteção perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas decisões em torno desta temática e digressões sobre os valores da vida e propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE. INDÍGENAS. TERRA. DIREITOS HUMANOS. VIDA.

ABSTRACT

The traditional approach in which the State is structured by the elements *people*, *territory* and *sovereign government* has demanded, in the previous decades, the development of a new philosophical resolution. These new concepts derive from the existence of individuals that do not integrate the homogeneous concept of the term *people* and do not conceive the *territory* and *sovereign government* pillars based on the State's superior acting. Among this social group, indigenous peoples can be inserted, whom have become politicized in the past decades, with the intent to protect, under the optics of the State law, its behaviors, beliefs, languages and traditions and, essentially, the land they inhabited in a traditional manner. The current study aims at analyzing, foremost, such elements' structuring under a State order that is no longer based on the recognition and validation of rules regarding the differences. The first phase above described encounters, however, a saturation point, due to the fact that the State has monopolized the duty of recognizing indigenous land rights, by means of conceding formal property titles or other institutes under the civil orbit throughout administrative procedures which have been instructed and decided by integrating members of its organization. It is verified, though, that the State's actions, under some circumstances, are not consonant with the normative protective predictions to the Indigenous land rights, either by the rejection of an area demarcation request or even by its inefficiency in speeding up such activities, which are, for decades, without any merits completion. It is analyzed, thereafter, the State's internal jurisdiction's insufficiency before the recognition of such rights, which motivated the utilization of international systems by the indigenous peoples, including for acquisition of sentencing provision for land demarcation. With the emersion of the Human Right Speech as apt to the analysis of a fundamental right violation occurrence, several formal accusations have been presented before the Inter-American Human Rights System and, as a consequence, the Inter-American Human Rights Court pronounced the correspondent sentences, which verified a property right violation occurrence, inscribed on the art. # 21 of the American Human Rights Convention, attributed to the conformity between the individual property fundamentals and the premises inherent to the occupation of indigenous lands. The condemnations have also considered that there's a violation to the right of life, stated on the art. # 4 of the American Human Right Convention, when regarding that the absence of land creates a vulnerability state among the native peoples, which affects such right. Therefore, the present essay investigates the differences between the approaches concerning the indigenous land: the State's view, elucidating land throughout land rights conceptions and; the indigenous view, based on the right of life. Thus, the present research intends to delve into, as from a technical literature, the multiple interpretations of the expression *indigenous land* through the presentation of the national State's institutional conformation; the study of the protection mechanisms before the Inter-American Human Rights System and; its decisions over this surrounding theme and digressions about life and property values.

KEYWORDS: PROPERTY. INDIGENOUS. EARTH. HUMAN RIGHTS. LIFE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA CONFORMAÇÃO INSTITUCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: DO ESTADO PLURAL À PROTEÇÃO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS	13
2.1 BREVE SÍNTESE DA PESQUISA	13
2.2 DO ESTADO FEUDAL AO ESTADO NAÇÃO: DIGRESSÕES JURÍDICAS SOBRE OS ELEMENTOS POVO, TERRITÓRIO E GOVERNO SOBERANO	17
2.2.1 Do povo	18
2.2.2 Do território	20
2.2.3 Do governo soberano	23
2.3 DO ESTADO PLURAL	24
2.3.1 Dos atores sociais envolvidos	25
2.3.2 Dos fundamentos do Estado plural	26
2.3.3 Estado plural e povos indígenas	29
2.4 OS ESTADOS E O DIREITO INTERNACIONAL: UMA NOVA ORDEM PROTETIVA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	30
2.4.1. Da celebração de tratados	31
2.4.2. Da normativa internacional para os povos indígenas: a convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho	33
2.4.3 Da declaração das nações unidas sobre os povos indígenas	38
3 DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: DA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS	40
3.1 RAÍZES HISTÓRICO-CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	40
3.2 A GÊNESE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	42
3.3 DA GENERALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O INÍCIO DA CAMINHADA EM DIREÇÃO À ESFERA INTERNACIONAL NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	44
3.4 SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	47
3.4.1 Sistema global	47
3.4.2 Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos	50
3.4.2.1 Sistema Europeu de Direitos Humanos	50
3.4.2.2 Sistema Africano de Direitos Humanos	54
3.4.2.3 Sistema Interamericano de Direitos Humanos	56

3.4.2.3.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	59
3.4.3.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos	63
3.5 DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS	65
3.6 LINHAS GERAIS SOBRE OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO CONGÊNERE	66
4 LEITURAS EM TORNO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: UMA CAMINHADA ENTRE OS CASOS SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS INTERESSES DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS	69
4.1 PERFIL PARADIGMÁTICO DOS CASOS SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	69
4.1.1 Casos submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos	70
4.1.1.1 Informes de Admissibilidade	70
4.1.1.1.1 Presidentes da Vila de Chicupac no Município de Rabinal contra Guatemala	70
4.1.1.1.2 Raposa Serra do Sol contra Brasil	71
4.1.1.1.3 Comunidade de Ponta Pedra Garifuna e seus membros contra Honduras	72
4.1.1.1.4 Comunidades Agricultoras do Huasco contra Chile	73
4.1.1.1.5 Hulqhminun Group contra Canadá	74
4.1.1.1.6 Povos Indígenas Xucuru contra Brasil	75
4.1.1.1.7 Caso Comunidade Indígena Ngöbe e seus membros contra Panamá	76
4.1.1.1.8 Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano contra Panamá	77
4.1.1.2 Medidas cautelares e Caso da Hidrelétrica de Belo Monte <i>versus</i> Brasil	78
4.1.2 Casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos	80
4.1.2.1 Caso Moiwana <i>versus</i> Suriname	80
4.1.2.2. Caso Yakye Axa <i>versus</i> Paraguai	81
4.1.2.3. Caso Sawhoyamaxa <i>versus</i> Paraguai	82
4.1.2.4. Caso Xákmok Kasek <i>versus</i> Paraguai	85
4.2 DOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS A PARTIR DO ESTADO E DOS ÍNDIOS: DA PROPRIEDADE PRIVADA E DO DIREITO À VIDA	87
4.2.1 Da autodeterminação dos povos	88
4.2.2 Da proteção aos direitos humanos no contexto do multiculturalismo	90
4.2.3 Da Terra Indígena sob a ótica do Estado: da hegemonia da propriedade privada	94
4.2.4 Do direito à terra sob o olhar dos povos indígenas	99
4.2.5 Das concepções sobre a terra indígena adotada por Estado e indígenas e a protetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	102
5 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

A concepção tradicional do Estado vem enfrentado contemporaneamente a necessidade de uma releitura. A rígida tríade segundo a qual o aparelho em questão advém da soma dos elementos *povo, território e governo soberano* se mostra insuficiente para atender aos anseios de novos sujeitos emergentes na política nacional e internacional (ou mesmo já há muito existentes, porém com valores não-aceitos pelo poder dominante).

O Estado Plural se avultou como um modelo de possível resposta à ruptura do paradigma então vigente. Para este, entende-se essencialmente que o aparelho estatal deve convergir para abarcar os diferentes valores de sua pluralidade, de forma a garantir o núcleo do direito à diferença. Essa necessidade emana da existência de minorias, tais como as mulheres, crianças e indígenas, quilombolas, entre vários outros sujeitos.

A presente pesquisa alçou, então, o indígena como sujeito sobre o qual recairia o seu tema e objeto de estudo. Durante um longo tempo, pairou um estado de invisibilidade jurídica perante os índios, vivendo estes à margem de um aparelho estatal em que não conseguiam se ver diante de quaisquer de seus elementos clássicos. Não se integravam à noção de povo, o sentido de território estatal a eles se mostrava estranho e, em igual modo, o governo soberano.

Nesse sentido, iniciou-se nos Estados latino-americanos um movimento de previsão de direitos aos povos indígenas, em especial a partir da década de 1980 do século XX. A nova conformação jurídica então deflagrada teve como foco tal inserção em textos constitucionais, seguindo a máxima de que a Constituição representa o documento normativo máximo de um Estado. Previu em tais diplomas, de um modo geral, o dever dos Estados nacionais protegerem a organização, costumes, línguas, crenças, instituições e manifestações culturais dos povos indígenas, valores estes que perpassam necessariamente sobre a terra indígena sobre a qual, em geral, foram concedidos institutos civilistas para garanti-la a tais sujeitos, notadamente a propriedade.

A previsão de direitos aos povos indígenas em textos constitucionais e infraconstitucionais não encerrou, contudo, a problemática em exame. O Estado reservou para si o direito de verificar se os povos solicitantes atendem aos requisitos para a concessão dos títulos de propriedade das terras por eles ocupadas tradicionalmente. Esta exigência demanda a instauração e tramitação de processos administrativos no âmbito

interno, sendo que, em muitos casos, ou a conclusão de mérito não se mostrou consentânea com o dever normativo de garantia da terra ou mesmo não apresenta qualquer resultado após décadas a contar do início de sua instrução.

Após a via nacional, não se demonstrava qualquer alternativa para os povos indígenas, o que os tornava reféns das filosofias do poder dominante dos Estados nacionais. Diante da inércia acima relatado, buscaram outros instrumentos jurídicos os quais não se esvaíam unicamente no âmbito interno para verem reconhecidos os seus direitos territoriais sobre as áreas por eles ocupadas. Recorreram, em consequência, à esfera internacional para tanto, tendo em vista a insuficiência procedimental do aparelho estatal para este desiderato.

O recurso à senda internacional ensejou a edição de normas cogentes para os Estados nacionais, com vistas à garantia dos direitos territoriais indígenas. A proteção repousa especialmente sobre a Convenção n. 169/OIT, a qual previu um amplo dever de proteção para as áreas em apreço e serviu de alicerce jurídico para diversas reivindicações nesse sentido.

Como já indicado anteriormente, a norma, por si só, não apresenta todas as respostas para a problemática dos direitos territoriais indígenas. Não basta ao Estado nacional ou a organizações internacionais a genérica inserção em um texto normativo de que “tem o índio o direito à terra por ele ocupada” se, em caso de inércia ou descompasso de decisões do aparelho estatal em relação a essa previsão, não há qualquer outro meio cogente para compeli-lo a deferir um valor negado. Essa imperatividade demanda, em consequência, a existência de um aparelhamento contencioso e judicial apto ao conhecimento de feitos de possíveis violações.

O sistema judicial em que aconteceria a análise de tais casos certamente não corresponderia, em muitas situações, aos Tribunais pátrios. A senda internacional se mostrou como a alternativa mais consentânea às demandas territoriais dos povos indígenas, pois a grosso modo se reputaria alheia a ingerências administrativas. A ampla numerosidade de índios nos Estados latino-americanos suscitou decisões de mérito, em tais feitos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na possível violação a um direito humano dos povos indígenas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem prolatando, desde 2001, sentenças condenatórias dos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos

Humanos, com base na violação do artigo 21, da mesma, qual seja, o direito à propriedade. Entende essencialmente aquele Tribunal que não deve se exigir qualquer título formal de propriedade para que os índios exerçam seus direitos de uso e gozo sobre as terras por eles habitadas, restando necessária tão somente a posse, tendo em vista que a relação com as terras é a base fundamental de suas culturas, integridade, vida espiritual e sobrevivência econômica.

Nesse sentido, recai a presente pesquisa sobre a verificação de tais decisões de mérito à luz do direito de propriedade atendem às leituras de ambos os sujeitos envolvidos na problemática em questão, quais sejam, os Estados e os povos indígenas, notadamente se o sentido deferido à terra se mostra consentâneo às interpretações deferidas por ambos.

A execução do vertente trabalho apresenta, em consequência, em seu capítulo inaugural, a noção de Estado nacional à luz dos seus elementos clássicos, quais sejam *povo*, *território* e *governo soberano* à luz da ordem contemporânea e sua possível cessão de espaço a outras conformações institucionais. Explora-se, em consequência, a erupção de um novo modelo, qual seja, o Estado plural, que objetiva conformar os anseios de diferentes atores sociais sob a sua ordem, inclusive os povos indígenas, sujeitos estes sobre os quais recai a presente pesquisa. Uma vez reconhecido o direito à diferença e, reflexamente, a possibilidade jurídica do direito do índio à terra, passa-se à análise da conformação do Estado perante a ordem internacional e seu comportamento normativo em torno da proteção aos direitos territoriais indígenas.

O segundo capítulo adentra especificamente, por sua vez, pela vereda da proteção internacional dos direitos humanos e sua aplicação em torno dos direitos territoriais indígenas. A análise se inicia com indicação das raízes histórico-constitucionais em torno dos direitos humanos, vez que estas se mostram historicamente anteriores aos diplomas internacionais com esse objeto. A pesquisa atinge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de identificar os marcos históricos antecessores de sua erupção, notadamente o Pós-Segunda Guerra Mundial. Após, a pesquisa realiza o estudo das noções estruturais dos sistemas de proteção aos direitos humanos, com enfoque minucioso sobre os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, notadamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O capítulo final analisa o comportamento jurisprudencial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em torno de casos os quais versem sobre violações em matéria de direitos territoriais indígenas, de forma a apresentá-los de forma descritiva nos seus aspectos fáticos e jurídicos em relação aos Informes de Admissibilidade e solicitações de Medidas Cautelares no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa se encerra com o estudo dos reflexos de tais entendimentos junto aos sentidos deferidos à terra indígena pelos diferentes sujeitos diretamente interessados em torno da questão, quais sejam, o Estado e os povos indígenas. Evidencia-se a existência de leituras aparentemente divergentes: os índios visualizam a terra sob a ótica do direito à vida e os Estados a interpretam à luz do direito de propriedade, pois imanente à sua estrutura institucional. A pesquisa conclui a leitura sob a ótica de tais discursos à luz dos vetores de autodeterminação dos povos, multiculturalismo e sob o prisma da apropriação do discurso dos direitos humanos por índios, a fim de destrinchar a conjuntura na qual são exaradas as decisões provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 DA CONFORMAÇÃO INSTITUCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: DO ESTADO PLURAL À PROTEÇÃO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

2.1 BREVE SÍNTESE DA PESQUISA

A pesquisa em exame se circunscreve à temática dos direitos dos povos indígenas e tem como objeto a pesquisa, identificação e análise de violações aos direitos territoriais dos povos indígenas submetidas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, consubstanciadas em denúncias no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como medidas provisórias e casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de difundir tais órgãos como um instrumento alternativo e subsidiário de tutela às garantias fundamentais de tais comunidades.

As garantias fundamentais emergiram de um paradigma controverso e não-codificado. A partir da efervescência da previsão expressa de princípios inerentes aos seres humanos em documentos escritos, constatou-se a edição de vários instrumentos tendentes a vedar práticas contrárias a tais valores essenciais (NADER, 2004, p. 366).

Nesse sentido, Piovesan (2006, p. 109) considera, para fins de marcos da historicidade da proteção aos direitos humanos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. A consolidação da internacionalização dos direitos humanos, porém, alcançou estágio apto à formação de sistemas de proteção somente com o pós-guerra. Nesse sentido, Buergenthal e Shelton (2005, p. 17) os contextualizam a partir das monstruosas violações perpetradas na era Hitler e à crença de que poderiam ser evitadas se um efetivo sistema de proteção internacional existisse.

Sobrevieram a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, documentos que conduziram ao ímpeto decisivo do processo de generalização da proteção dos direitos humanos, consistindo na fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos posteriores instrumentos regionais e globais (TRINDADE, 1997, p. 1).

No que concerne aos planos regionais de proteção de direitos humanos, aplicam-se ao continente americano as disposições concernentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Organização dos Estados Americanos fomenta a manutenção dos seus órgãos,

quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos com atribuição e competência inscritas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A República Federativa do Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. A aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu por meio do Decreto Legislativo 89, de 10 de dezembro de 1998, para todos os casos referentes à interpretação ou aplicação da Convenção Americana.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, consubstancia-se como o instrumento de maior importância no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Foi assinada em San José, na Costa Rica, no ano de 1969, entrando em vigor somente em 1978 e elenca os direitos individuais protegidos (direitos civis e políticos) (PIOVESAN, 2006, p. 227).

Nessa esteira, convém estabelecer um diálogo com a proteção aos direitos territoriais indígenas, elevados, no decorrer da história, a direitos fundamentais.

O nascedouro da proteção aos direitos territoriais indígenas remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Elege-se tal instrumento como pioneiro, uma vez que garante direitos inerentes a todos os seres humanos. No que tange especificamente aos povos indígenas, porém, o primeiro diploma normativo a regular seus direitos fora a Convenção n. 107/1957, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com previsão anterior de dispositivos na Convenção de Diversidade Biológica e, mais recentemente, na Convenção 169/OIT e Declaração das Nações Unidas de Direitos dos Povos Indígenas (VILARES, 2009, p. 48-49).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, prevê, no artigo 21, o direito à propriedade: “toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens, podendo a lei subordiná-los ao interesse social; nenhuma pessoa pode ser privada dos seus bens”.

O dispositivo supramencionado incide especificamente, em nível interamericano, na garantia do uso e gozo dos direitos territoriais indígenas dos países da América Latina, de acordo com o aporte jurisprudencial a ser esposado nesta pesquisa. Classificam-se, então, os direitos internacionais dos povos indígenas em direitos gerais e especiais: os primeiros atinam a direitos previstos genericamente em tratados internacionais de direitos humanos e

a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, enquanto os últimos prevêm as demandas e vulnerabilidades específicas dos grupos em questão (IKAWA, 2007, p. 465).

A fim de garantir efetividade aos direitos territoriais indígenas, a Corte Interamericana já proferiu o entendimento no sentido de que não deve ser exigido qualquer título formal de propriedade para que se exerçam direitos de uso e gozo sobre as terras em que habitam, bastando a posse, uma vez que a relação com as terras é a base fundamental de suas culturas, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica (CORTE IDH, 2005, p. 131).

Denota-se urgente, portanto, como problema desta pesquisa, o estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um possível instrumento de tutela dos direitos territoriais indígenas, após esgotados os procedimentos administrativos de reconhecimento e demarcação de tais terras e/ou processos judiciais com tal objeto, ou mesmo em caso de inércia estatal no trâmite de quaisquer deles.

Partindo da delimitação em torno das ações levadas a cabo pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos para levar a cabo a proteção dos direitos territoriais indígenas, impõe-se também, a título de problema, verificar se a forma como a questão está sendo tratada em seu âmbito corresponde à leitura desejada pelas partes envolvidas. Senão vejamos.

As decisões em casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos asseguram o direito às terras indígenas, partindo-se de uma interpretação à luz do direito de propriedade, inscrito no artigo 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. A pioneira sentença, proferida no caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicarágua, considerou que a propriedade comunal das terras indígenas encontra amparo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que constitui a base fundamental das suas culturas, integridade, vida espiritual e sobrevivência (CORTE IDH, 2001, p. 149), ratificando-se posteriormente o entendimento acima exarado nos casos Massacre Plan de Sanchez vs Guatemala (CORTE IDH, 2002, p. 79), Comunidade Moiwana vs Suriname (CORTE IDH, 2005, p.134-135), Comunidade Yakye Axa vs Paraguai (CORTE IDH, 2005, p. 73) e Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguai (CORTE IDH, 2006, p. 118).

Postos esses fundamentos, o trabalho pretende identificar se a simples análise da questão sob a ótica do direito à propriedade, como vem sendo alinhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, atende aos discursos de ambos os sujeitos nela envolvidos, quais sejam, os povos indígenas e o Estado nacional. Diz-se isto, pois, para o indígena, não há uma relação de ordem capitalista ínsita no direito de propriedade, sendo este um valor historicamente estruturante para o Estado nacional; para ele, a terra não representa, substancialmente, como um elemento de mercado, o que afasta a sua natureza jurídica de propriedade. Para o índio, terra é vida!

Antes, porém, de se adentrar especificamente no objeto da pesquisa acima alinhada, mostra-se salutar que se desvencilhe como se comporta o Estado contemporâneo frente às demandas por direitos territoriais indígenas. A clássica concepção de que o Estado se constitui a partir dos elementos território, povo e governo soberano pode estar a sofrer atenuações, o que demanda uma análise por este trabalho, apresentando-se, em consequência, um possível modelo alternativo ou suplementar, qual seja, o Estado plural.

Assim sendo, o presente capítulo será estruturado de forma a discorrer, em um primeiro momento, sobre os elementos constitutivos do Estado de Direito (povo, território e governo soberano). Após, a pesquisa analisa a possibilidade de aplicação do pluralismo jurídico, entendido este genericamente como um modelo de respeito às diferenças, sendo os direitos de todas as minorias preservadas pelo aparelho estatal, incluindo-se nessa hipótese as demandas dos povos indígenas pelas terras por eles ocupadas. A etapa inicial da vertente dissertação se encerra com a exploração de como aquele Estado se comporta no seio de um todo maior, a comunidade internacional, a qual também edita normas a serem respeitadas por todos que as reconheçam, o que ocorreu precipuamente, em se tratando das lutas dos atores sociais aqui estudados, por meio da Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho e da Convenção das Nações Unidas para os Povos Indígenas.

2.2 DO ESTADO FEUDAL AO ESTADO NAÇÃO: DIGRESSÕES JURÍDICAS SOBRE OS ELEMENTOS POVO, TERRITÓRIO E GOVERNO SOBERANO

O estágio de organização política denominado de *Estado* irrompeu apenas após um longo período de ordem tribal vivenciado pela sociedade humana (SILVEIRA, 2009, p. 27). O desmantelamento do feudalismo conduziu, aproximadamente por volta do século XVI, à consolidação do ente estatal na forma como se o conhece contemporaneamente, com base ainda nos parâmetros éticos e morais inerentes à doutrina cristã, pois calcada esta no postulado de uma divindade personificada à feição humana (SILVEIRA, 2009, p. 27).

Souza Filho (2011, p. 80-81) reflete que as feições atuais do Estado remontam à Europa, desenvolvendo-se a partir de uma tradição judaico-cristã com alcunha de *civilização* e marcada pelo expansionismo como sua força e verdade. Resultam de vários movimentos, em especial guerras, revoluções e imposições, após trezentos anos de elaboração teórica e luta prática, com vistas à criação de um sistema jurídico assentado em regras claras e execução pronta.

Seguiu-se, então, a Política das Luzes. O Iluminismo, enquanto movimento político e social, procurou dar formato à sociedade civil por meio de um Contrato Social, fundamentando o poder político a partir do indivíduo, mas ao mesmo tempo pensando em um Estado apto a assegurar a todos a liberdade e a igualdade (NEVES, 2003, p. 14). Nesse sentido, Bresser (1995, p. 1995) corrobora com essa visão, afirmando que o ente estatal faz parte da sociedade, consistindo simultaneamente em uma estrutura política e organizacional que a ela se sobrepõe.

A estruturação acima indicada exigiu a sua previsão em um texto escrito. A vinculação normativa se fez aparecer por meio de Constituições nacionais, documentos estes dotados de supremacia e eficácia normativa (SOUZA FILHO, 2011, p. 27).

Os textos constitucionais dos Estados, entretanto, representam a execução de um projeto político já idealizado anteriormente. Para haver Constituição, o ente estatal já deveria ter uma estruturação fixa. Esse modelo erigiria, então, de elementos já definidos anteriormente em um documento conhecido por *Paz de Westphalia*, assinado em 1648 (também conhecido por *Tratado de Westphália*. Por meio deste, a Guerra dos Trinta Anos,

um embate religioso travado no continente europeu se encerrou, culminando com a celebração da liberdade religiosa para luteranos, calvinistas e católicos. Cada indivíduo escolheria livremente sua crença, sem qualquer intervenção do príncipe ou outra autoridade (KUCHENBECKER, 2004, p. 147).

A literatura credita a edição do referido documento como o termo inicial da concepção atual dos seguintes elementos como formacionais do Estado, quais sejam: povo, território e governo soberano (GROSS, 1984, p. 26).

Em vista da estrutura conformacional acima alinhada em relação ao Estado, cuida o tópico abaixo de delimitar a abrangência dos elementos fundantes do sistema estatal, por meio de uma análise do que representa o povo, o território e o governo soberano.

2.2.1 Do povo

O modelo clássico de Estado se fundamenta na existência de indivíduos os quais integrarão um todo. Esses atores sociais não representam, na visão de Neves (1995, p. 15), unicamente um número de pessoas sob um determinado espaço, mas também a expressão da soberania do ente estatal.

A fim de delimitar a importância dos indivíduos para a conformação do Estado, Azambuja (2008, p. 17) alinha que o homem, desde o nascimento e durante toda a sua existência, integra simultaneamente diversas instituições e sociedades, por meio de ligações como o parentesco, interesses materiais ou objetivos espirituais. Em outras palavras, o ser humano não foi concebido para viver isolado em um determinado espaço.

O primeiro núcleo habitado pelo homem é a família, responsável por educá-lo e protegê-lo e representando a sociedade natural por excelência. Ao longo de sua trajetória, passa a integrar outros meios, tais como a escola, a igreja e as universidades. Na fase adulta, pode incorporar-se a outros centros de inserção social, consistindo estes em empresas, institutos científicos, sindicatos, clubes, entre outros (AZAMBUJA, 2008, p. 17).

A reunião de todos os núcleos acima exemplificados há de conceber uma sociedade ainda maior, também denominada de sociedade política, qual seja, o Estado.

Azambuja (2008, p. 18) infere, em conclusão, que o Estado representa uma sociedade constituída essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados

permanentemente com vistas à realização de um objetivo comum, devendo-se a denominação de sociedade política a uma organização concebida por normas de direito positivo, bem como à hierarquização na forma de governantes e governo com a específica finalidade de alcance do bem público.

A premissa acima indicada permite concluir, para fins da vertente pesquisa, que o Estado representa a união de vários indivíduos organizados de forma permanente para a consecução de um objetivo comum.

Faz-se importante, por conta de uma finalidade didática, destrinchar as diferenças entre alguns termos: população, povo e nação.

A população gira em torno de um conceito numérico. Um Estado pode ter, por exemplo, 10 mil habitantes, 50 milhões de habitantes, 100 milhões de habitantes, ou qualquer outro número que demonstre a união de indivíduos de forma organizada. Como alinha Azambuja (2008, p. 35), não existe um número mínimo ou máximo total de indivíduos dentro de um espaço territorial estatal.

A delimitação do vocábulo povo advém de um critério jurídico, assim entendido como o grupo humano visualizado na sua integração em uma ordem estatal determinada. Representa o conjunto de indivíduos subordinados às mesmas leis, por meio de uma relação de cidadania com o Estado. Nessa esteira, concebe-se o elemento humano do Estado sempre como seu povo, mesmo que a ele se integrem diferentes raças, com interesses, aspirações e idéias diversas (AZAMBUJA, 2008, p. 36).

A fim de demonstrar as diferentes idéias entre os integrantes do povo de um Estado, situam-se os povos indígenas, sujeitos estes sobre os quais se centraliza o objeto da pesquisa em questão. O processo de formação do Estado na América Latina restou marcado por tensões na relação entre as sociedades nacionais emergentes e as comunidades originárias previamente existentes no espaço geográfico em análise (UNRIDS, 2001, p. 4).

Depreende-se, desta forma, que o povo de um Estado representa uma definição prevista em uma determinada norma. Enquanto a população está para um critério numérico, o elemento em questão se identifica com um escorço jurídico. Gómez (2006, p. 36) confirma essa reflexão, adotando o seguinte pensamento, a partir de uma perspectiva por ele chamada de construtivista: a identificação de um povo com um território de um Estado

é uma construção moderna, desprovida de quaisquer elementos naturais, pois nada mais representam que linhas fronteiriças demarcadas para diferenciá-los de um vizinho. Uma manifestação comprobatória do raciocínio ora alinhado corresponderia justamente às sociedades indígenas, muitas vezes marcadas por freqüentes mudanças de territorialização, sem que isso esteja necessariamente atrelado ao território estatal.

A nação, por sua vez, representa o projeto de unidade política e econômica, sendo este concebido a partir de uma proposta de homogeneização cultural e social. Esse conceito se reflete sobre a proteção aos direitos territoriais indígenas, à medida em que demandou o extermínio e a transformação forçada da sociedade e cultura dos índios, tendo em vista a intolerância da heterogeneidade cultural (UNRIDS, 2001, p. 4).

Uma vez alinhada a existência de uma representação populacional para fins de configuração de um Estado, passa-se à análise do elemento territorial para fins de sua estrutura fundante.

2.2.2 Do território

A formação do Estado nacional comporta o preenchimento de alguns requisitos imprescindíveis à sua disposição. O território, para Iturralde (2001, p. 3), constitui o elemento central do processo em questão, visto que a partir dele se erigem fronteiras inter-étnicas, prevalecem situações de discriminação estrutural e se estabelecem as dinâmicas da economia.

A vertente pesquisa, para delinear a representatividade do território para a conformação do Estado nacional, analisará, desde logo, como esse elemento estruturante se manifestou no contexto da América Latina, justificando-se a adoção dessa descrição pelo fato de conter esta região a predominância das populações indígenas existentes no globo terrestre, bem como a fim de demonstrar os conflitos históricos existentes em torno do direito à terra por esses sujeitos em possível confronto com o Estado.

A constituição dos Estados latino-americanos se baseou na existência de diversos confrontos entre as sociedades nacionais emergentes e as sociedades indígenas anteriormente habitantes da região. As lutas travadas se fundamentavam essencialmente em virtude da ocupação da terra, aqui se visualizando a questão territorial, e da exigência de

subordinação dos povos originários aos colonizadores, manifestando-se esta última por meio da exploração do trabalho e da apropriação de recursos. O resultado desse processo desencadeou principalmente o extermínio forçado de populações e culturas indígenas (ITURRALDE, 2001, p. 3).

A fim de regular a relação entre o território e as populações originárias com os europeus, desenvolveram-se institutos coloniais como a mita, a encomienda e as sesmarias em regiões colonizadas por Portugal. O controle político-territorial veio a se aperfeiçoar posteriormente, erigindo-se por meio do governo colonial e de instituições econômicas com vistas à distribuição da terra e do trabalho, tais como as minas e fazendas (ITURRALDE, 2001, p. 4).

Os movimentos em torno da conquista da independência dos Estados latino-americanos frente às Coroas européias vieram a acentuar ainda mais o contexto de dizimação e controle do poder acima descrito, de acordo com a seguinte reflexão de Iturralde (2001, p. 5):

La independencia aceleró los procesos de subordinación de la población indígena y de eliminación de sus formas de organización política y la ampliación del ejercicio de la autoridad sobre el territorio. En las regiones nucleares como los altiplanos de Mesoamérica y los Andes y algunos puertos marítimos, este proceso se completó más temprano, mientras en las tierras bajas tropicales fue tardío y se realizó mediante delegación a terceros (misioneros, propietarios, colonizadores). En las selvas tropicales de la región la consolidación del control militar y administrativo por parte del Estado, así como su aprovechamiento económico, ocurrió apenas en la segunda mitad del siglo XX., Porque en la práctica este proceso estuvo basado en declaraciones legales y acuerdos diplomáticos, más que en una ocupación real del territorio

É possível alinhar, em consequência, que o processo de luta pela independência nacional apenas resultou em um deslocamento de poder: as manifestações políticas de controle se deslocaram de uma perspectiva eurocêntrica para uma conformação possivelmente com essência latino-americana. O controle da propriedade e a conformação estrutural do Estado permaneceu, entretanto, de acordo com as ordenações européias, com a elite política empreendendo tentativas atroz de apropriação do território e da propriedade, o que se refletiu sobre os povos indígenas originários.

A relação territorial entre o indígena e o Estado se desenvolveu historicamente por meio de uma fronteira interna, em muitas situações com a existência de antagonismos.

Iturralde (2001, p. 5) alinha a existência de três perspectivas centrais em torno desse desiderato, quais sejam: a ocupação da terra por intermédio da força, quando a população originária era substituída por colonos, inclusive a partir da ocorrência de campanhas de extermínio; a submissão do índio ao controle político da sociedade política dominante; a reserva de espaços territoriais nos quais os indígenas podem organizar-se de acordo com sua tradição social e cultural.

O processo de desterritorialização dos povos indígenas se concentrou, diante de visão defendida por Iturralde (2001, p. 5), em terras altas, pois mais interessantes à agricultura, refletindo-se também em políticas de reforma agrária. Trata-se, em consequência, de uma forma de consolidação do Estado como ente superior, com a incidência histórica de um aumento progressivo da autoridade estatal, incidindo aqui a vertente da relação firmada com fundamento no controle político do índio pela sociedade dominante.

A terceira tendência de relação entre o indígena e o Estado, qual seja, a reserva de espaços territoriais para a manutenção das tradições dos sujeitos ora analisados, se deu, em um primeiro momento, em terras que não as mais rentáveis à agricultura, denominadas de terras baixas por Iturralde (2001, p. 6). As tensões persistiram, entretanto, devido ao fato de consistirem essas áreas em terreno propício à exploração de minérios e dos recursos naturais ali encontrados.

A defesa do território, a partir da ótica dos povos indígenas, guarda, entretanto, fundamentação por meio de lutas de sua preservação não apenas sob o prisma da vida material, mas também sob o sentido de representação de um espaço simbólico e político de suas identidades. Essa premissa se comunica com a existência de boa parte dos enfrentamentos cruéis travados entre os índios e o Estado durante o colonialismo europeu e após a independência dos Estados-latino americanos (ITURRALDE, 2001, p. 6).

É possível alinhar, para fins de entendimento desenvolvido por este trabalho, que o indígena defende o território por conta do interesse da manutenção de seu *habitat* natural, e não precipuamente por conta de uma relação de mercado.

Assim sendo, a presente pesquisa delinea o território a partir da seguinte perspectiva para os dias contemporâneos, ora defendida: representa esse elemento um fator estruturante e de diálogo do Estado nacional com seus habitantes. De um lado, tem-se um

aparelho estatal que visa a permanecer com sua forma de domínio; em sentido oposto, existem os sujeitos, os indivíduos conformadores de seu povo, que podem pretender uma relação diversa ou minoritária com a terra.

2.2.3 Do governo soberano

A erupção de um controle de poder com conformação soberana, a partir de 1648, remonta a uma conformação denominada por Keeley (2009, p. 88) como Sistema de Westphália.

O Estado soberano representa a fonte primária de decisões e de dominação. A autoridade de seus governantes se reflete primeiramente no plano interno e há de conformar as relações internacionais. Nenhum Estado há de se subordinar a outro, bem como não é lícita a intervenção em assuntos domésticos da esfera nacional alheia (KEELEY, 2009, p. 89).

Nesse sentido, prevalece na esfera interna a autoridade do governo eleito pelos habitantes do Estado nacional. Consistiria, no entender de Dickerson, Flanagan e O'neill (2009, p. 4), na atividade especializada desenvolvida pelos indivíduos e instituições as quais tomam decisões públicas vinculantes a toda a sociedade, bem como fazem cumpri-las.

A soberania, por sua vez, advém de uma criação dos homens em sociedade, em decorrência de uma construção ou invenção para que esses sujeitos fizessem gerir seu próprio destino. A sua titularidade cabe ao povo, que pode transferi-la ao Estado (MARÉS, 2011, p. 85).

A entrega da soberania a um governante ou ao Estado acarreta não apenas efeitos no plano interno, mas também na esfera internacional, repercutindo-se sobre um dever de não-intervenção entre países.

Faz-se importante alinhar, entretanto, e para fins de uma perspectiva desenvolvida por esta pesquisa, que se tem o povo como elemento definidor do governo a que se submeterá e, mais ainda, do Estado o qual pretende ver conformado em seu redor. Povo este, porém, que não representa um todo heterogêneo, acabando por girar sobremaneira em torno de uma elite dominante e provedora dos caminhos políticos de todos os habitantes de

um Estado. A existência de diferenças sob um mesmo espaço geográfico e seus reflexos sob o aparelho estatal passa a ser abaixo analisando, por meio da discussão dos fundamentos de um novo modelo, qual seja, o pluralismo.

2.3 DO ESTADO PLURAL

Uma vez analisada anteriormente a estrutura da determinação de um Estado, tem-se que aqueles são seus elementos estruturais, a partir dos quais se torna possível o desenho institucional daquele ente nas suas mais variadas formas (ARIAS SCHREIBER, p. 2).

A partir desse raciocínio, esta pesquisa analisa a possibilidade de erigir-se o Estado em um específico modelo, qual seja, o plural, realidade esta proveniente de demandas e necessidades encampadas por atores sociais emergentes na América Latina. O ente estatal concentrou a edição de leis em uma única pessoa, ele próprio, o que se entendeu por monismo jurídico. Esse fenômeno, entretanto, demandou questionamentos em torno de sua possível ineficiência, bem assim casos de corrupção e sua legitimidade. Um novo sistema jurídico e, por arrastamento, uma nova forma estatal demandou conformação (GARCÍA, 2008, p. 11), representada esta no pluralismo.

Vega (2004, p. 59) reconhece que, em períodos anteriores à década de 1980, a América Latina se compunha de Estados monoculturais, monoétnicos e monolinguísticos, mesmo diante da presença de três grandes grupos populacionais, quais sejam, os mestiços, indígenas e afrodescendentes.

O Estado plural, em consequência, nasceu inicialmente, de acordo com visão defendida pela pesquisa sobre a qual se discorre, para combater a produção de normas, a positivação de leis, apenas por parte do sujeito estatal. A existência de realidades e atores peculiares, com regras não necessariamente inscritas em textos legais e representativas de minorias numéricas, demandou o reconhecimento das diferenças em uma forma estatal, e não apenas em um sistema jurídico.

O poder estatal não representa a única fonte de todo o Direito, mas sim um dos seus múltiplos campos de produção e de aplicação. O pluralismo, em consequência, de acordo com reflexões de Wolkmer (2010, p. 3) engloba uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito. O contexto plural ora alinhado estará em constante e permanente

diálogo, de acordo com raciocínio desenvolvido por este trabalho, com os sujeitos conglobantes das diferentes demandas de uma determinada sociedade, a fim de garantir direitos diante de indiscutíveis desigualdades.

Burgoa (2007, p. 9) alinha o recente movimento constituinte ocorrido na Bolívia como a manifestação maior da busca por esse novo modelo plural, diante das transformações estruturais ali vivenciadas. Buscou-se uma nova estruturação, calcada em um Estado Unitário Plurinacional que implica não apenas no reconhecimento da existência de diversidade e heterogeneidade em sua população, mas também a pluralidade em todos os níveis, seja ele o político, cultural, econômico, social ou quaisquer outros.

Este tópico da pesquisa em apreço, em consequência, analisará os atores sociais envolvidos na construção de uma incipiente forma de Estado e, uma vez delineados aqueles indivíduos, os característicos, perspectivas e antagonismos do pluralismo.

2.3.1 Dos atores sociais envolvidos

O pluralismo jurídico representa a conformação de demandas iniciadas não apenas nos séculos XX e XXI, mas remonta a várias centúrias anteriores. Na Europa, a cada guerra e a cada nova invasão empreendida pelos povos bárbaros, criava-se uma diversidade de fontes do direito, sendo que estas posteriormente derrocaram diante da imposição da universalidade e da “lei do mais forte”: os povos conquistados passaram a dever subserviência ao conquistador. Toda produção jurídica não oficial deixou de guardar qualquer relevância para o Estado, ainda que superior em eficácia, pois apenas teria legitimidade a lei codificada e imposta ao cidadão (SPENGLER, 2005, p. 147).

O velho continente esprou suas formas de dominação para o além-mar, atingindo em suas conquistas um novo continente: a América. Não se limitou a apenas visualizar um novo espaço de terra dantes desconhecido, mas achou por bem dominá-lo, seja por meio da implantação de um aparelho institucional político e econômico que lhe fosse servo, ou o estabelecimento de formas de dominação dos habitantes ameríndios, em especial os povos indígenas (HOBBSBAWN, 2008, p. 94). Essas práticas culturais, de acordo com perspectiva desenvolvida por esta pesquisa, nulificavam qualquer possibilidade de desenvolvimento de práticas plurais no continente americano.

Entre os colonizadores presentes no continente americano, cuidaram os portugueses, em sua maioria, da atual República Federativa do Brasil. Nessa região, de acordo com visão alinhada por Spengler (2005, p. 145-147), o pluralismo se mostrou tímido nas duas primeiras centúrias de presença lusitana, tendo em vista a predominância do direito alienígena capitaneada pelos portugueses. Aquelas práticas não refletiam, em muitas situações, os usos e costumes da população aqui instalada, com manifestações insurgentes isoladas apenas nas comunidades socializadas de índios e negros do Brasil colonial. Com o advento da Monarquia, coexistiram o Direito Estatal da Monarquia e a legislação canônica, pois a religião católica era a oficial dos Estados Unidos do Brasil. O surgimento da República, porém, contemplou as oligarquias do café e a sedimentação de uma ordem liberal-burguesa e de uma cultura jurídica positivista, centralizada na Escola de Recife e na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco.

No que se refere especificamente aos povos indígenas, é possível refletir que, em virtude da necessidade de homogeneização para fins de consolidação dos Estados na América Latina, a incorporação do indígena à sociedade nacional se tornava uma medida necessária, demonstrando um problema que esses entes estatais deveriam necessariamente resolver. Os Estados latino-americanos foram construídos a partir do modelo do Estado-nação, com o fim de formar uma nação única e uma sociedade coesa (JUSTUS DA SILVEIRA, 2009, p. 159).

Amaya (2002, p. 53) acrescenta, entre os atores sociais diretamente envolvidos a esse processo, os núcleos detentores dos processos de globalização do capital e em situação de crise institucional, entendimento com o qual se ousa divergir, tendo em vista que aquele a partir do qual se concentra uma demanda econômica inverte o direito a seu favor, passando de minoria a fonte de regulação normativa.

2.3.2 Dos fundamentos do Estado plural

O pluralismo jurídico ou cultural emergiu como espécie de desregulação. Spengler (2005, p. 143) sintetiza o pluralismo jurídico como uma reflexão do aparecimento de novas forças geradas a partir da autodeterminação de organizações sociais e, conseqüentemente, de sua intensa participação nas decisões dos órgãos públicos.

García (2008, p. 11) sintetiza que o pluralismo absorve, dentre seus elementos: a a existência, em um mesmo espaço político, de diferentes sistemas jurídicos os quais se refletem sobre práticas e concepções culturais diversas; o âmbito de contexto ou aplicação pode ser local, regional, nacional ou transnacional; o grau de intercessão entre os diferentes sistemas, tanto sob o ponto de vista geográfico como nas disposições e representações dos atores sociais.

O desenvolvimento do pluralismo jurídico contemporâneo advém, em consequência, a partir da ampliação do próprio conceito de direito e se submete a específicos propósitos teóricos. Manifesta-se, dentre outros, em partidos políticos, sindicatos de trabalhadores, grandes empresas e organizações empresariais, tendo em vista o poder de influência destes sujeitos sobre as decisões estatais. Fatores como a redução da autonomia das políticas macroeconômicas nacionais, o aumento do alcance e da velocidade do processo de diferenciação econômica, a reorganização industrial, a reordenação dos espaços econômicos e novos padrões técnicos se tornam decisivos para a conformação do modelo em exame, desembocando na reformulação do direito estatal e suas fontes. Além disso, a própria Sociologia Jurídica indica que, em inexistindo normas a respeito de uma dada situação, reclama-se uma solução jurídica para o fato em questão. Atualmente, o eixo do Direito está mudando: o que antes era calcado em um Estado intervencionista que configurava o “direito central”, passa à era da economia globalizada centralizada no “direito da produção”, com a obrigação política horizontal (SPENGLER, 2005, p.145).

Ainda que o sistema jurídico atual esteja em processo de reordenação, com vistas a consagrar o pluralismo, existem argumentos contrários ao modelo, de acordo com reflexão apresentada por Spengler (2005, p. 150): representa ele um sistema permeado de disfuncionalidade dogmática, pois revela a heterogeneidade do Estado e a concorrência de diversas ordens jurídicas em um mesmo espaço geopolítico, de forma a se relacionar em complementariedade, desarticulação ou confrontação.

A manifestação dos característicos ora alinhados decorre precipuamente das demandas de reconhecimento cultural dos povos indígenas, afrodescendentes e identidades minoritárias, o que coloca em debate o sistema jurídico monocultural, mesmo com as conquistas exitosas de direitos obtidas por esses atores sociais por meio das Constituições

nacionais e Convenção n. 169/OIT. Exige-se, então, um pluralismo jurídico aberto, flexível, participativo, diverso e democrático (GARCÍA, 2008, p. 11).

O Estado pluralista, então, inaugura um novo momento, marcado pelo reconhecimento de diferenças, com o objetivo de albergar diferentes anseios multiculturais. Insta transcrever, a respeito, considerações de Shiraishi Neto (2007, p. 28) a respeito da inserção do direito no âmbito da pluriethnicidade:

O processo de reconhecimento do caráter plural e multiétnico das sociedades têm favorecido a constituição de um campo jurídico do “direito étnico” e, portanto, de uma forma própria de refletir o direito. Isto implica no afastamento de uma postura cristalizada, expressa através de nossas “práticas judiciais” e, também, na abertura de outras possibilidades de interpretação jurídica que se encontram para além desses esquemas jurídicos. (...).

A interpretação do direito sob o ângulo da pluriethnicidade e multiculturalidade já encontra manifestações inclusive na Constituição Federal de 1988, em se tratando especificamente da República Federativa do Brasil, de acordo com as seguintes lições de Duprat (2007, p. 9) quando alinha que o texto constitucional ora vigente é pluriétnico e multicultural, devendo todo o direito a ser nele elaborado e aplicado ter como marco de referência inafastável essa premissa.

Convém salientar, entretanto, que apesar de o Estado pluralista emergir como um modelo contemporâneo necessário, em vista das peculiaridades inerentes às diversas organizações sociais, tais como os povos indígenas, fato é, a partir de uma perspectiva empírica, que ele ainda não atingiu o seu auge. Ainda não ocorreu a libertação da visão tradicional segundo a qual representa o aparelho estatal um ente organizado e referenciado por uma única nação. Vigora a presunção de que a sociedade é homogênea, por força de uma maior facilidade de controle a partir da referida premissa (SILVEIRA, 2009, p. 168).

A ciência jurídica leciona, desde os bancos acadêmicos da Graduação, que a norma jurídica representa um dever ser. O Estado plural representa um objetivo e desafio a serem alcançados. Importante se mostra que a pesquisa científica já o tenha reconhecido, inclusive para legitimá-lo junto à jurisprudência e às práticas administrativas do Poder Executivo em processos inerentes a direitos territoriais indígenas. A partir do reconhecimento da necessidade de uma democracia plural, em que os direitos de todos os sujeitos nela inseridos devem ser salvaguardados, não se verifica, por si só, uma ameaça ao Estado

nacional na demarcação e homologação de terras indígenas, passando o tópico abaixo a analisar as linhas de intercessão entre esses sujeitos e o aparelho estatal.

2.3.3 Estado plural e povos indígenas

É importante alinhar, desde já, que o Estado nacional vem reconhecendo direitos aos povos indígenas, o que faz a literatura se posicionar no sentido de uma nova ordem, qual seja, o pluralismo. Inksater (2006, p. 9) defende que esse movimento nada mais representa do que um pluralismo centralizador estatal, assim conformado: o Estado reconhece o “outro direito”, a exemplo do direito consuetudinário de povos originários à terra por eles habitada, mas esse fenômeno se restringe necessariamente a assuntos isolados sobre os quais o Estado não estava ou não estará envolvido.

A perspectiva acima descrita representa, no entender de Inksater (2006, p. 10), como um “falso pluralismo”, pois o Estado aceita uma realidade social diferente em seu território quando reconhece uma ordem legal paralela de direitos, mas sem renunciar ao objetivo do centralismo legal.

Para fins de um raciocínio a ser desenvolvido por este trabalho, a corrente de Inksater (2006) não pode representar um todo absoluto. O Estado realiza o pluralismo quando reconhece direitos até então negados a um determinado grupo social, pois este representa um característico do modelo em questão, sendo esta uma primeira fase do movimento. O estágio seguinte da reordenação em tela corresponde, entretanto, à conformação de um novo modelo jurídico e sua amplitude em relação aos atores envolvidos e ao Estado, a fim de analisar os limites e o grau de abrangência do modelo plural.

Esse fenômeno ocorreria, por exemplo, no objeto da presente pesquisa. Quando o Estado nacional confere o direito à terra aos povos indígenas, reconhece um direito dantes não previsto em seu ordenamento jurídico, de forma a consagrar o direito à diferença, sendo este um característico da primeira fase do pluralismo. A maneira como o indígena terá a titularidade desse bem jurídico representa o segundo estágio evolutivo do pluralismo, quando refletir-se-á a forma de manifestação desse valor, seja ele, entre outros, um direito à propriedade, à vida ou à posse.

2.4 OS ESTADOS E O DIREITO INTERNACIONAL: UMA NOVA ORDEM PROTETIVA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Antes de adentrar especificamente ao objeto do vertente tópico, que repercutirá sobre o estudo dos efeitos da ordem internacional sobre os direitos dos povos indígenas, faz-se necessário sublinhar que o ordenamento jurídico não se restringe apenas à conformação interna do Estado nacional.

A estrutura do Estado nacional não se descreve apenas sob uma ótica interna, com o binômio povo/território. O elemento do “governo soberano”, como já assinalado anteriormente, evidencia uma manifestação sobre a esfera internacional, a partir do qual se demonstra o direito de não-intervenção de um Estado sobre outro, bem como autonomia para se conformar além de suas fronteiras delimitativas.

Em vista desse raciocínio, Brandão (1977, p. 65) defende que o Estado não pode advir de um fato ou núcleo isolado. Insere-se, entretanto, em um sistema de convivência internacional, cabendo-lhe manter relações com outros sujeitos de Direito Internacional. Esse diálogo culmina com a formulação de que o além-nacional deve se basear nos pressupostos da coexistência e cooperação (NASSER, 2005, p. 203).

A seguinte transcrição indica a epistemologia dos objetivos do Estado junto aos diferentes sistemas de alinhamento internacional:

Afinal, se a primeira característica essencial do sistema internacional é sua natureza anárquica, a segunda consiste na equivalência das funções desempenhadas por suas atividades principais. Isso significa assumir que os Estados buscam, no mínimo, a preservação de sua própria soberania e, no máximo, o domínio sobre o conjunto do sistema internacional, o que seria outra forma de indicar sua mais completa satisfação em relação ao problema da segurança. Exatamente porque não têm a quem recorrer na eventualidade de suas fronteiras ou atribuições serem violadas por outro Estado, os Estados nacionais previnem-se, seja por meio do desenvolvimento de estruturas militares e da acumulação de outros recursos de poder, inclusive econômicos e tecnológicos, seja por meio da celebração de alianças, com base nas quais esperam dissuadir potenciais inimigos de ações que firam seus interesses e sua soberania (ROCHA, 2002, p. 269).

A passagem acima alinhada reforça a ideia, de acordo com percepção desenvolvida por esta pesquisa, de que o Estado não pode caminhar de maneira isolada diante de seus pares. Ao longo dessa trajetória, acaba por almejar objetivos múltiplos. As relações internacionais desencadeadas não transitam, entretanto, apenas junto a aspectos de ordem

política, mas também atingem o Direito para regular barreiras protetoras da existência e liberdade de todos os povos (CERQUEIRA, 2007, p. 19).

Um dos mecanismos pelos quais o Estado se conforma na ordem internacional orbita em torno da celebração de tratados internacionais. A partir desses instrumentos, acordam-se disposições conjuntas das mais variadas ordens. O sub-tópico a seguir cuidará da descrição dos elementos jurídicos nodais em torno de tais avenças, apresentando sua dinâmica sob o ponto de vista do Direito para, após, indicar a repercussão das mesmas sobre a temática dos povos indígenas.

2.4.1 Da celebração de tratados

A disciplina das normas oriundas das relações internacionais dos Estados repousa na celebração de documentos normativos, entendidos estes genericamente por *tratados internacionais*.

A regulamentação contemporânea em torno dos tratados internacionais advém do pós-Segunda Guerra Mundial, quando a Comissão de Direito Internacional das Organizações das Nações Unidas inseriu-a dentre seus temas prioritários desde o início de seus trabalhos. Durante vinte anos, afloraram debates e estudos em torno do tema, com o envolvimento de cento e dez Estados, dos quais apenas trinta e dois celebraram o texto final adotado na Conferência de Viena, presidida pelo internacionalista italiano Roberto Ago, em data de 23 de maio de 1969. A vigência internacional da Convenção de Viena de 1969 não se deu de forma imediata, mas apenas após ultrapassados mais de dez anos de sua conclusão, quando se alcançou, nos termos de seu art. 84, o quorum mínimo de trinta e cinco Estados-partes (REZEK, 2010, p. 131).

Mazzuoli (2008, p. 131) assim reflete, em linhas gerais, sobre a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969:

Chamada *lei dos tratados*, *código dos tratados* ou ainda *tratado dos tratados*, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas também preocupou-se em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional. Entre as regras basilares de direito das

gentes reconhecidas pela Convenção, pode ser citada a regra *pacta sunt servanda* (art. 26) e o seu corolário segundo o qual o Direito interno não pode legitimar a não execução de um tratado (art. 27); recorda-se, ainda, o reconhecimento da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a denúncia de um tratado quando passa a existir uma mudança fundamental nas circunstâncias que tenham ocorrido em relação àquelas existentes ao tempo da estipulação do mesmo (art. 62), entre outras.

Assim sendo, as linhas fundamentais em torno da temática dos tratados internacionais se encontram na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Convém ressaltar, entretanto, que ainda que um Estado não haja aderido ao citado documento normativo, ele se reveste de autoridade jurídica, pois as disposições ali contidas são aceitas como manifestação do direito consuetudinário vigente, a partir da prática reiterada dos Estados em torno da matéria ali contida (MAZZUOLI, 2008, p. 131).

Em suas lições orbitacionais sobre o Direito Internacional, Miranda (2006, p.58) assim reflete sobre a representação dos tratados internacionais para a sociedade:

I – Por tratado ou convenção internacional entende-se um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos na relação entre eles; ou, de outra perspectiva, um acordo de vontades, regido pelo Direito Internacional, entre sujeitos de Direito Internacional; ou, ainda, um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, agindo enquanto tais, de que derivam efeitos jurídico-internacionais ou jurídico-internacionalmente relevantes .

A passagem acima transcrita permite concluir, em sua essência e para uma perspectiva ora alinhada, que o tratado internacional corresponde a um documento jurídico com disposições vinculantes para aquele que o celebra. Esse entendimento não se confronta com a definição inscrita na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quando prevê, em seu art. 2.1.a, que o tratado internacional representa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, constando de um instrumento único ou mesmo de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Para a celebração de um tratado, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados exige os seguintes requisitos: capacidade, ou seja, que os agentes signatários dos Estados ou organizações internacionais estejam legalmente habilitados para tal ato; mútuo consentimento, isto é, o livre e inequívoco direito de opção pelo Estado ao tratado, com

manifestação em documentação expressa; objeto lícito e materialmente possível, assim entendido como a promessa de uma prestação de caráter absoluto, amoral ou irrealizável. Uma vez cumpridos aqueles, têm-se a existência de quatro fases solenes pelas quais deve passar a avença até sua conclusão: as negociações preliminares e assinatura; a aprovação parlamentar por parte de cada Estado interessado em se tornar parte na avença; a ratificação do texto, concluída com o depósito ou troca dos instrumentos que a consubstanciaram; a promulgação e publicação do tratado na imprensa oficial do Estado (MAZZUOLI, 2008, p. 160-161).

A presente pesquisa defende, em síntese, que consiste o tratado em um conjunto de normas jurídicas acordadas por Estados ou organizações internacionais e, uma vez concluídos sob o prisma interno e internacional, vinculam os aderentes ao seu cumprimento.

2.4.2 Da normativa internacional para os povos indígenas: a convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho

A sedimentação do Direito Internacional desencadeou, como citado anteriormente, a celebração de tratados, a fim de que se regulem os objetos considerados valorosos em um determinado momento histórico, conferindo-lhes um contexto normativo e evitando os mandos e desmandos desregrados dos Estados celebrantes. Os direitos dos povos indígenas representam atualmente um dos assuntos a serem debatidos e regulamentados, inclusive em vista da emergência de um Estado plural.

A normativa internacional em favor dos direitos dos povos indígenas tem se concentrado principalmente a partir dos trabalhos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A criação desse organismo internacional remonta ao ano de 1919, em um contexto emanado do pós-Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de promover a justiça social, o direito à liberdade sindical e à negociação coletiva e estando atrelada especialmente à regulação das normas concernentes às relações trabalhistas. O papel central da OIT reside no estabelecimento de Convenções e Recomendações com força jurídica apta a estabelecer obrigações entre os Estados que a elas aderirem (GÓMEZ, 2006, p. 133).

A partir da década de 1920, a OIT se viu diante de conflitos no mundo trabalhista rural, passando a editar Convenções em torno dessa temática. A exploração desses

fenômenos demonstrou, entretanto, que o meio do campo não se restringia apenas às lutas dos camponeses, mas também a outros sujeitos ali residentes. As reflexões atingiram os direitos dos povos indígenas, tendo aquela organização internacional aprovado de forma pioneira, em 1957, a Convenção n. 107, cujo objeto recaia sobre direitos dos povos indígenas e tribais (GÓMEZ, 2006, p. 133).

A Convenção n. 107/OIT emana de um contexto político dominante à época de sua edição, qual seja, o do paternalismo e da integração ou assimilação. Gómez (2006, p. 135) assim descreve essa conjuntura e os reflexos dela advindos sobre o documento internacional em questão:

A Convenção n. 107 da OIT, aprovada em 1957, refletiu a política que era dominante naquele tempo, qual seja, a do paternalismo e a integração ou assimilação, no marco de um ideal protecionista. Isso significa que, ao assumirem-se como cidadãos, tenderiam a desaparecer os povos indígenas como tais. Nesta Convenção, pela primeira vez em nível internacional, utilizou-se o conceito de população indígena como coletividade e se estabeleceu que os membros de tais populações têm direito à igualdade como qualquer outro cidadão. Também se lhes foi reconhecida uma série de direitos específicos, por exemplo, a noção do direito coletivo à terra, o direito à educação na língua materna e abordou, desde então, o direito consuetudinário. Reconheceu os costumes e as formas pelas quais os povos indígenas resolvem tradicionalmente uma série de conflitos em uma comunidade. Para aquela época, estes reconhecimentos eram avançados. Apesar disso, ao buscar-se a integração ou assimilação à sociedade nacional, esses reconhecimentos perdiam força e se atentava contra a sobrevivência dos povos indígenas. (Tradução nossa)

A citada transcrição permite considerar, a partir da perspectiva defendida por esta pesquisa, que a importância da Convenção n. 107/OIT reside na sua característica de refletir o pioneirismo no tratamento de direitos antes não-reconhecidos. Os debates em torno da temática em questão demonstraram, entretanto, inconsistências no discurso ali positivado.

A insustentabilidade da visão integracionista descrita na Convenção n. 107/OIT adquiriu força a partir da década de 1980, quando o movimento indígena passou a buscar o reconhecimento de sua autonomia e livre determinação. A OIT iniciou um processo de revisão do referido documento, o que aconteceu posteriormente por meio da Convenção n. 169/OIT (GÓMEZ, 2006, p. 135).

De acordo com Gómez (2006, p. 135), é importante alinhar que as oficinas da OIT em Genebra as quais antecederam a aprovação da Convenção n. 169/OIT tiveram a

presença de algumas lideranças indígenas como observadoras. Esse fato, porém, não ensejou a efetiva participação desses sujeitos na discussão das normas internacionais ora analisadas. O documento em questão logrou aprovação de seu texto na Conferência n. 76, em sessão realizada no dia 27 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, com trezentos e vinte oito votos a favor, um contra e quarenta e nove abstenções. As duas primeiras ratificações advieram de Noruega e México, tendo o mesmo entrado em vigor a partir de setembro de 1991.

Quando da celebração dos vinte anos da aprovação da Convenção n. 169, a OIT editou celebração de casos em torno dessa norma internacional. Registrou que, até o fechamento daquela obra, a maior parte das ratificações àquele documento veio dos países da América Latina e Caribe, em número de catorze ao total. Essa comprovação se justifica devido ao fato de que muitos daqueles Estados são multilingües e multiculturais, bem assim que, em alguns, a população indígena constitui a maioria de seus habitantes. O quadro que se seguiu àquele momento apresentou várias alterações históricas e jurídicas: uma significativa porcentagem dos celebrantes atravessou processos de transição de regimes militares a democráticos no período compreendido entre a década de 1980 e o ano de 2000, refletindo-se esse fator sobre a ocorrência de reformas constitucionais (com a inclusão em muitos textos constitucionais de disposições em favor dos povos indígenas), a expansão da justiça constitucional e a ratificação e concessão de status legal privilegiado a tratados que versem sobre direitos humanos (OIT, 2009, p. 5-7).

A aprovação da Convenção n. 169/OIT produziu novos contornos jurídicos em torno da temática indígena. Gómez (2006, p. 136) ressalta os seguintes: da sua ratificação decorrem efeitos imediatos para a ordem interna dos celebrantes, significando um avanço no processo de juridicidade dos direitos ali inscritos, pois os direitos coletivos surgem diante da hegemonia dos direitos individuais; o indígena adquire a condição de sujeito de direito, bem como sua definição surge a partir de elementos de origem histórica, a persistência de todas ou parte de suas instituições sociais, culturais e políticas, atrelando-se-as ao princípio básico da auto-identificação; o conceito de terra indígena abrange o de território, assim entendido como o hábitat dos povos indígenas.

É importante ressaltar, outrossim, que a Convenção n. 169/OIT preferiu o termo povos indígenas, em detrimento da expressão populações indígenas. Entendeu-se que essa

adoção importaria em uniformizar uma compreensão para Estados, organizações internacionais e os sujeitos indígenas. Ainda assim, a mudança enfrentara resistências no âmbito das discussões travadas na OIT, pois alguns defendiam que, ao se aplicar o verbete *povo*, várias nações indígenas poderiam vir a provocar rupturas institucionais e a desintegração dos Estados-Membros do organismo internacional em questão (GÓMEZ, 2006, p. 137). O raciocínio contrário desenvolvido se explica em razão de consistir o povo em um dos elementos constituintes do Estado.

O primeiro dispositivo da Convenção n. 169/OIT revela a adesão ao vocábulo *povos*, de acordo com a seguinte transcrição:

1. A presente convenção aplica-se:
 - a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
 - b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.
3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Além da preferência ao verbete *povos*, têm-se o caráter de sujeitos coletivos dos povos indígenas (Peru, 2010, p. 14), ensejando a visualização dos povos originários como componentes presentes e substantivos da sociedade. A prevalência do critério da auto-identificação, a fim de que se conceba a natureza de indígena ou não de um indivíduo se soma às disposições ora alinhadas, consistindo um indivíduo como índio a partir do momento em que se identifica como tal.

A Convenção n. 169/OIT prosseguiu dispondo, em seus arts. 13 a 19, sobre um elemento fundamental à manutenção das tradições inerentes aos povos indígenas: o direito à terra. Algumas previsões normativas incidiram de forma inovadora em relação à anterior Convenção n. 107/OIT.

Reconheceu-se uma relação especial entre o indígena e a terra por ele ocupada, bem como a existência de aspectos coletivos a ela inerentes (GÓMEZ, 2006, p. 137), o que se depreende da leitura do art. 13, da Convenção n. 169/OIT:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Além da natureza simbiótica entre o indígena e o local por ele ocupado, a Convenção n. 169/OIT cuidou, como visto acima, de conceber a terra indígena de maneira a nela incluir o território, bem assim a totalidade do hábitat, assim representado pela água, solo, espaço aéreo, meio ambiente, centros cerimoniais, entre outros elementos nela compreendidos. Essa proposição se justifica, de acordo com Gómez (2006, p. 140), devido à política de repartição de terras até então prevalente e responsável por desmembrar os povos indígenas.

O art. 14, da Convenção n. 169/OIT, consagra o direito à propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas:

Artigo 14

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

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

O vocábulo *território* despertou, assim como a expressão *povos*, resistência e discussão por parte dos Estados-Membros durante as reuniões prévias à aprovação da Convenção n. 169/OIT. O debate decorreu também devido ao fato de consistir o território

em um sustentáculo do ente estatal. Procurou-se enfatizar que o território indígena não se confundiria com o território nacional como um todo pois, do contrário, incorrer-se-ia em possível transgressão à soberania nacional (GÓMEZ, 2006, p. 140) (grifo nosso)

Pelo que se refere particularmente a garantir a propriedade ou posse da terra, aborda-se a questão no art. 14. Aqui há que se assinalar que os conceitos de “propriedade” e “posse” introduziram na Convenção conceitos tipicamente ocidentais, direitos fundamentais privados e individuais próprios dos sistemas de direito estatais que não correspondem à maioria da cosmovisão indígena. Para os indígenas, é totalmente absurdo e sumamente arrogante conceber a propriedade da terra, posto que a terra é a mãe, é eterna (GÓMEZ, 2006, p. 142).

2.4.3 Da declaração das nações unidas sobre os povos indígenas

Na 107ª Sessão Plenária, ocorrida em 13 de setembro de 2007, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, a partir da recomendação contida na Resolução 1.2 do Conselho de Direitos Humanos, de 29 de junho de 2006.

O referido documento assim dispôs sobre o direito dos povos indígenas à terra por eles ocupada:

Artigo 25

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

Artigo 26

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

A leitura do citado dispositivo conduz ao entendimento, para fins de uma perspectiva desenvolvida pela presente pesquisa, segundo a qual o direito dos povos

indígenas à terra deve obedecer à conformação e natureza jurídica a ser deferida pelos Estados nacionais. Essa premissa demanda, em consequência, a prevalência da ordem cível nacional à temática ora apresentada.

Em nível da Organização dos Estados Americanos (OEA), não se editou ainda um diploma especificamente voltado aos direitos e interesses dos povos indígenas. Para se fazer conferir o direito à terra a esses sujeitos, tem-se utilizado o artigo 12 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mediante o qual o direito à propriedade individual demanda o uso e gozo de suas terras pelos seus habitantes.

Feitas as considerações acima alinhadas, passa-se ao estudo da conformação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua consolidação em sistemas regionais de proteção, a fim de se atingir a leitura dos casos contenciosos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos territoriais indígenas.

3 DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS: DA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

3.1 RAÍZES HISTÓRICO-CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

As garantias fundamentais da pessoa humana, mesmo que atualmente se encontrem inscritas em vários diplomas normativos nacionais e internacionais, possuem suas bases em um paradigma controverso e não codificado. A previsão expressa de princípios inerentes aos seres humanos em documentos escritos desencadeou, em consequência, a vedação a atos dissonantes e infringentes de valores caros à existência humana (NADER, 2004, p. 366).

O Constitucionalismo representa, sob o enfoque do Direito Positivo, o marco da proteção aos direitos humanos e à inscrição de garantias fundamentais em normas com os mais diversos enfoques, sejam elas históricas ou escritas. As ondas constitucionais advêm, inicialmente, de acordo com os registros histórico-jurídicos, da Magna Carta Inglesa de 1215, advinda de pressionamentos da nobreza britânica junto ao Rei João Sem Terra, com vistas a deferir-lhes garantias tendentes a minimizar o poder arbitrário do Estado. O pioneirismo dessa norma, para fins de uma perspectiva humanista, se deve à previsão de medidas assecuratórias até então inéditas, tais como o devido processo legal e o *habeas corpus*. Emendas e alterações posteriores ao diploma em questão reforçaram a proteção aos direitos humanos, não apenas enumerando as garantias a serem deferidas aos indivíduos, mas também estruturando o aparelho estatal para conferir efetividade a elas (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 4).

Deve-se à Magna Carta de 1215, outrossim, a construção inicial da idéia de separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, concepções estas posteriormente aprimoradas em eventos de rompimento com a ordem anterior, quais sejam, as Revoluções Inglesa e Francesa. Esses movimentos desencadearam a segregação das competências executiva, legislativa e judiciária (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 5).

O Constitucionalismo se propagou, em consequência, para a deflagração de revoluções democráticas em vários países, notadamente nos Estados Unidos da América,

por meio da Declaração Americana de Independência, de 4 de julho de 1776. Uma incipiente afirmação dos direitos humanos individuais irrompeu a partir do século XVIII, a exemplo da positivação de garantias como a liberdade religiosa, liberdade de expressão, juiz natural e julgamento imparcial nas dez primeiras emendas à sintética Constituição Americana.

Apesar de a independência dos Estados Unidos da América se inspirar em ideologias iluministas, esse processo revolucionário não se mostrou isolado, do ponto de vista histórico. Para fins de consagração da proteção aos direitos humanos, tem-se também a irradiação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada no auge da Revolução Francesa, mas promulgada apenas em 27 de agosto de 1789, algumas semanas após a Queda da Bastilha (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 5).

O século XX inaugurou uma nova fase do Constitucionalismo, marcada pela promulgação de Constituições analíticas no âmbito de Estados Soberanos. O Estado não mais deve apenas se abster de qualquer intervenção na vida de seus cidadãos e relegá-los ao livre arbítrio da iniciativa privada, mas a ele incumbe a edição de normas garantidoras da igualdade material e de uma existência digna. Não mais existem apenas direitos negativos, mas também o direito a prestações positivas, consubstanciadas em deveres de agir por parte do aparelho estatal (ALVES, 2005, p. 32).

Para Nascimento (2006, p. 31-32), denomina-se *Constitucionalismo Social* o movimento histórico que propõe a inserção de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos Estados soberanos, a fim de se realizar a justiça social. Alinha, outrossim, que a Constituição do México de 1917 fora a pioneira na inclusão de tais ditames, mediante a previsão dos seguintes direitos: jornada máxima noturna de sete horas; jornada normal diária de oito horas; proibição do trabalho de menores de doze anos e limitação a seis horas para os menores de dezesseis anos; descanso semanal; proteção à maternidade; direito de sindicalização; higiene e segurança do trabalho; direito de greve, conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas, entre outros (grifo nosso).

O Constitucionalismo Social não se restringiu à América Latina, mas também assistiu a manifestações no continente europeu, tendo como documento normativo de propagação a Constituição de Weimar de 1919. O texto em questão positivou os seguintes direitos e garantias: a proteção estatal ao trabalho; a participação do trabalhador no

processo político; a integração do trabalhador na empresa e o seu direito de participar na fixação do trabalho e outras condições laborativas; a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e produção; os seguros sociais; instituição de órgãos de gestão empresarial (NASCIMENTO, 2006, p. 34).

Diante das considerações acima expendidas, conclui-se, para uma perspectiva desenvolvida pela presente pesquisa, que a consagração dos direitos humanos em textos normativos está intrinsecamente ligada aos movimentos constitucionais. Coube às Constituições dos Estados soberanos tornar imperativos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo a inaugurar até mesmo a proteção internacional dos direitos humanos.

3.2 A GÊNESE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O início da historicidade da proteção internacional aos direitos humanos repousa, de acordo com Piovesan (2006, p. 109), nos seguintes marcos: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e o Direito Internacional do Trabalho.

Em relação ao Direito Humanitário, Lafer assim reflete em relação às dificuldades de sua inserção na proteção internacional aos direitos humanos:

(...) Essa linha de considerações explica, no plano internacional, os direitos originários dos dilemas de funcionamento do sistema internacional, não dirimível pela subjetividade das soberanias, entre os direitos dos povos e os direitos humanos. Foi o que ocorreu, igualmente no primeiro pós-guerra, quando a derrocada dos impérios multinacionais (Império Austro-Húngaro, Russo e Otomano) e a vigorosa afirmação do princípio das nacionalidades como critério de legitimação da personalidade internacional dos Estados provocou, especialmente na Europa Oriental, a não coincidência entre o Estado e a Nação. (LAFER, 2003, p. XXXVII).

Ainda que existam dificuldades na colocação do Direito Humanitário como vetor da proteção internacional de direitos humanos, defende a presente pesquisa que se reputa inegável o seu caráter de marco histórico da mesma. Isso se deve ao fato de que as normas a ele inerentes frearam a atuação do Estado como um todo diante da existência de conflitos armados de qualquer natureza. A guerra não mais representou um movimento a partir do qual os fins justificam os meios, mas sim devia respeito a direitos mínimos dos indivíduos.

A instituição da Liga das Nações, após a Primeira Guerra Mundial, reforçou a necessidade de relativização da soberania estatal, por meio da fixação da manutenção da paz e da segurança internacionais como objetivos globais. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, em dispositivos os quais representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, destacando-se inserções referentes aos sistemas das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho. O documento em questão estabelecia inclusive sanções econômicas e militares aos Estados que violassem suas obrigações, a serem impostas pela comunidade internacional (PIOVESAN, 2006, p. 110-111).

Lafer (2003, p. XXXVI) se posiciona também no sentido de que a Liga das Nações representou um instrumento relevante no contexto de posicionar os direitos humanos no *status* de uma temática global. A organização internacional em análise, no entender do autor, teve como ponto de destaque a militância na proteção internacional de minorias lingüísticas, étnicas e religiosas, com a realização de esforços a fim de proporcionar tratamento igualitário às mesmas nos Estados soberanos em que residiam, debate este, porém, que sempre enfrentou dificuldades sob o aspecto de sua inserção, pois não desencadearia qualquer troca compensatória mediante tratados de desarmamento e proliferação, ou mesmo concessões em tratados econômico-multilaterais.

O Tratado de Versalhes de 1919 previu expressamente um projeto de organização internacional de proteção ao trabalho, sendo a Parte XIII do mesmo considerada a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho, pautada no intuito de promover parâmetros básicos de trabalho e bem-estar social, e que desencadeou a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esse organismo internacional, a fim de atingir os seus objetivos, utilizaria como instrumento de consecução a técnica da harmonização legislativa, com a edição de Convenções e Recomendações aos Estados aderentes de seu Estatuto (LAFER, 2003, p. XXXVII).

Restou encerrada, em conseqüência, a concepção segundo a qual as relações internacionais entre Estados se restringiriam à esfera governamental, com a mera previsão de concessões e arranjos recíprocos entre tais entes, de acordo com o defendido por esta pesquisa. As normas de proteção aos direitos humanos posteriormente editadas visariam

não prioritariamente à defesa das prerrogativas estatais, mas sim à salvaguarda das garantias do homem.

3.3 DA GENERALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O INÍCIO DA CAMINHADA EM DIREÇÃO À ESFERA INTERNACIONAL NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Os marcos iniciais da historicidade da proteção internacional dos direitos humanos remontam à constituição da Liga das Nações, Direito Humanitário e instituição da Organização do Trabalho. Ainda assim, essa pesquisa visualiza que a previsão de normas internacionais com tal objeto, em vista dos contornos atuais, só se implementam com vistas a um aparato global após a deflagração da Segunda Guerra Mundial.

A Declaração de Moscou contra as Atrocidades Germânicas, de 30 de outubro de 1943, representa o termo inicial da configuração da necessidade de proteção além das fronteiras nacionais. Por meio do documento normativo em questão, as Potências Aliadas (Estados Unidos da América, Reino Unido, França e União Européia) emitiram nota contra as violações desencadeadas pelo Eixo durante a Segunda Guerra Mundial, o que desencadeou posteriormente a instituição do Tribunal de Nuremberg, Corte *ad hoc* esta responsável pelo início da difusão de entendimento segundo o qual a punição dos indivíduos infratores de lei imperativa internacional sujeitá-los-ia a sanções calcadas no princípio de direito costumeiro de que os direitos humanos deveriam ser protegidos em nível de Direito Internacional (PIOVESAN, 2006, p. 121).

A sedimentação do Direito Internacional dos Direitos Humanos advém, entretanto, somente com o pós-Segunda Guerra Mundial. Atribui-se o seu desenvolvimento às atrocidades infringentes dos direitos humanos perpetradas durante a era Hitler, bem assim à convicção de que essas violações poderiam ser evitadas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, acaso existente (BUERGENTHAL, SHELTON, STEWART, 2002, p. 17).

A previsão de sistemas de proteção aos direitos humanos indicaria o primeiro anseio da comunidade internacional à necessidade de uma tutela global. A convicção segundo a qual o Estado se esvai em sua soberania, a partir da qual somente por ela se tratam os assuntos referentes à democracia e à paz, restou corroída. Os direitos humanos não se

restringem, em consequência, a mera questão doméstica, mas concernem a uma temática de interesse transfronteiriço (ALVES, 2003, p. 16).

O contexto ora descrito ocasionou a edição da Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Esses documentos normativos configuram, de acordo com Trindade (1991, p. 1), o decisivo ímpeto do processo de generalização da proteção de direitos humanos, bem como ponto de irradiação e fonte de inspiração e convergência de posteriores instrumentos regionais e globais.

Ainda que a Carta das Nações Unidas de 1945 não haja adotado uma linguagem técnica apurada e precisa no que diz respeito aos termos “direitos humanos e liberdades fundamentais”, a previsão de dispositivos referentes à matéria se alargou em nível global. Piovesan (2006, p. 129) reflete, inclusive, que representa esse documento o verdadeiro responsável pela internacionalização da proteção aos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por seu turno, instituiu premissas necessárias à difusão universal dos direitos humanos, a partir da previsão de uma “ética universal”. Inscreveu características atualmente concebidas como basilares de garantias fundamentais, a exemplo do respeito à dignidade humana, universalidade e indivisibilidade.

O objetivo de construir uma ordem pública mundial voltada ao respeito a valores básicos universais guarda relação com as demandas da característica da individualidade. Toda e qualquer pessoa é titular de direitos, independentemente de cor, sexo, raça ou quaisquer características a ela inerentes. Essa concepção necessitava, entretanto, de um reforço normativo após a Segunda Guerra Mundial, a fim de expurgar a ideologia nazista para a qual a titularidade de direitos apenas pertencia à raça pura ariana. A leitura da universalidade dos direitos humanos deve ser conjugada, em consequência, com o princípio da dignidade humana, vez que se trata de concepção que seria posteriormente incorporada em todos os instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006, p. 131).

O discurso social da cidadania e a ideologia liberal autorizariam, a partir de uma interpretação conjunta, a combinação expressa de valores como a liberdade e a igualdade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 previu, em consequência, a

indivisibilidade dos direitos humanos, ao inscrever o catálogo dos direitos civis e políticos, somados aos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2006, p. 131).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou, de acordo com reflexões de Lafer (2003, p. XXXVIII), uma revolução. As bases do documento normativo em questão resultaram, no entender do autor, da percepção política de que as atrocidades do capitalismo não se conformariam à tradicional preocupação ética com um bom governo. Assim sendo, todo ser humano teria um direito, resultante de sua participação político-social, à hospitalidade universal, que só viabilizar-se-ia com a implementação do “direito a ter direitos” sob uma perspectiva de tutela internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se fundamenta, outrossim, em um contexto de repúdio às violações desencadeadas pelo nazi-fascismo. As atrocidades constatadas demandaram anseios de legitimidade política na arena internacional, a fim de se obter distanciamento de passados ditatoriais e de constantes infringência à protetiva dos direitos humanos. Em vista disso, os Estados anuem a normas de caráter internacional, aderindo a instrumentos jurídicos internacionais de proteção às garantias fundamentais, bem assim passam a participar de organizações com competência para supervisão de suas políticas internas, a fim de fazer valer a imperatividade dos documentos por eles ratificados (RAMOS, 2005, p. 62-63).

A partir de uma perspectiva desenvolvida pela presente pesquisa, tem-se que a existência e deflagração de conflitos mundiais, com base em regimes totalitários, desencadeou uma preocupação global com o respeito a garantias mínimas do indivíduo. O Estado não se mostraria, porém, como o aparelho mais útil à consecução de políticas com tal finalidade, tendo em vista a sua estrutura predominantemente voltada às questões domésticas. A legitimidade adveio, em conseqüência, de normas internacionais, de vigência para além das fronteiras nacionais, tendo como marcos históricos Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

A previsão de normas internacionais referentes à proteção aos direitos humanos não seria suficiente, entretanto, ao integral respeito às suas disposições. Os Estados, enquanto sujeitos de Direito Internacional, estão sujeitos a serem tanto sujeitos ativos como passivos de desrespeito aos direitos humanos. Fazia-se necessária, em conseqüência, a previsão de sistemas de proteção aos direitos humanos, a fim de aplicar sanções em caso de

descumprimento das previsões inseridas em tratados internacionais. Assim sendo, passa-se abaixo à análise dos mecanismos em exame, notadamente os sistemas regionais de proteção e, mais precisamente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3.4 SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A efetividade da proteção aos direitos humanos demanda que inexista uma lacuna no que diz respeito à coerção e sanção em caso de descumprimento de normas de tratados com tal objeto. Essa proposição já indica a existência de variados sistemas internacionais, e não apenas um único, de modo a agirem de forma conjunta e complementar.

Os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos se classificam a partir de duas grandes categorias: o global e os regionais.

De acordo com linhas gerais apresentadas por esta pesquisa, o sistema global de proteção aos direitos humanos encontra suas raízes no âmbito da Organização das Nações Unidas, tendo sua essência calcada em um constante monitoramento político genérico das condições da proteção aos direitos humanos nos Estados. Os sistemas regionais, por sua vez, analisam casos concretos de violação a tais garantias, a fim de determinar sanções aos Estados-convenientes.

3.4.1 Sistema global

Esta pesquisa alinhará breves considerações acerca do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, ressaltando-se, porém, que por força do objeto da mesma, não haverá minuciosa dissertação a respeito de sua organização, funcionamento e objetivos institucionais.

Os mecanismos globais de proteção aos direitos humanos se classificam topograficamente como convencionais ou não-convencionais. Entendem-se aqueles como instrumentos instituídos no âmbito de tratados específicos para exercer o monitoramento da implementação de dispositivos concernentes aos direitos humanos inscritos nesses documentos. Em contraposição, os mecanismos não-convencionais emanam de órgãos criados pela Carta das Nações Unidas, tais como a Assembleia-Geral, o Conselho

Econômico, Social e Cultural e o Conselho de Direitos Humanos, ocupando esta última uma posição hierárquica inferior, porém de natureza central, na promoção de direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 210).

Godinho (2006, p.40) reflete, outrossim, sobre a natureza jurídica da Corte Internacional de Justiça na proteção aos valores fundamentais da pessoa humana. Entende a autora que o órgão em questão corresponde a um mecanismo do sistema não-convencional, haja vista, entre outros fundamentos, a competência a ela deferida por força de tratados internacionais a fim de que se posicione em caso de controvérsias entre dois ou mais Estados-partes, a exemplo da Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e a Convenção sobre a Tortura. Pondera, entretanto, que o referido Tribunal possui caráter exclusivamente estatal quando da análise de casos a ele submetidos, motivo pelo qual, em muitas situações, as decisões contenciosas proferidas por ele não alcançam materialmente os indivíduos.

Durante um longo período, a Comissão de Direitos Humanos se afigurou como o mecanismo de maior abrangência na esfera não-convencional. Foi criada em 1946, com vinculação inicial ao Conselho Econômico, Social e Cultural, porém destinada a objetivos específicos de proteção dos direitos e liberdades humanas. Após sua instituição, mostrara-se atuante em seu papel emblemático, servindo-se de fórum para a troca de experiência entre Estados, organizações não-governamentais e defensores de direitos humanos, bem como posicionando-se como observatório de violações do bem jurídico em questão (GODINHO, 2006, p. 22).

A atuação emblemática acima alinhada não perdurou, entretanto, durante os anos seguintes. Godinho (2006, p. 25) destaca o fato de que, em 1947, a Comissão se absteve de proferir qualquer manifestação após um caso de violação de direitos humanos aparentemente afeto às suas finalidades, tendo reconhecido sua incompetência para conhecê-lo e apurá-lo. Essa decisão restou posteriormente homologada pelo Conselho Econômico, Social e Cultural, por meio da Resolução 75 (V), de 5 de agosto de 1947, com a previsão de restrições à análise de descumprimentos de obrigações internacionais em matéria de garantias fundamentais.

Considerando-se as críticas de inefetividade, iniciou-se o processo de reforma no sistema global, mediante a extinção da Comissão de Direitos Humanos e a posterior

substituição pelo Conselho de Direitos Humanos, por meio da Resolução A/Res/60/251, de 15 de março de 2006. Seguiram-se as seguintes mudanças em relação à sua antecessora: o órgão não mais se vinculava ao ECOSOC, mas à Assembleia-Geral; não mais haveria reuniões esporádicas, mas sim por não menos que três vezes ao ano, totalizando um período mínimo de dez semanas). Ressalte-se, porém, que as novas feições e posicionamentos do órgão ainda estão por serem construídos, visto a sua incipiência (GODINHO, 2006, p. 28).

Traz-se à baila as seguintes linhas distintivas entre os mecanismos convencionais e não-convencionais:

Órgãos baseados em convenções se distinguem por uma clientela limitada aos Estados-partes da convenção em questão; temas decorrentes dos termos da convenção; uma preocupação particular com o desenvolvimento de um entendimento normativo dos direitos relevantes; um número limitado de opções quanto aos procedimentos para lidar com as violações; um processo decisório baseado o quanto possível no consenso; e usualmente um relacionamento não-conflitivo com os Estados-partes (especificamente com respeito aos relatórios apresentados pelos Estados), pautado em um conceito de diálogo construtivo. Em contraste, os órgãos políticos (como a Comissão de Direitos Humanos) geralmente: focalizam-se em uma gama diversificada de temas; insistem que todos os Estados sejam clientes (ou requeridos) em potencial, a despeito de suas obrigações convencionais específicas; trabalham com base em um mandato possível de constante ampliação, que deveria ser apto a responder às crises na medida em que fossem surgindo; engajam-se, em último caso, em ações conflitivas no tocante aos Estados; pautam-se mais fortemente em informações trazidas por ONGs e na opinião pública para assegurar a efetividade de seu trabalho; tomam decisões pelo fortemente contestado voto da maioria; concedem relativamente pouca atenção a questões normativas; e são consideravelmente reticentes em estabelecer estruturas procedimentais específicas, preferindo uma aproximação *ad hoc* na maioria das situações. (ALSTON, STEINER, 2007, p. 600)

Diante das disposições ora alinhadas, entende-se, a partir de uma perspectiva desenvolvida por esta pesquisa, que o sistema global de proteção aos direitos humanos se fundamenta essencialmente na formulação de políticas de respeito aos direitos humanos, bem como de monitoramento de sua implementação, carecendo de força jurisdicional.

Não obstante a instituição do sistema global no âmbito das Nações Unidas e a amplitude de sua competência *ratione loci*, a ausência de uma jurisdição contenciosa não se mostraria suficiente para coibir e reparar as violações ocorridas no âmbito dos Estados-membros. Nesse sentido, propôs-se a criação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos os quais passam a ser abaixo analisados.

3.4.2 Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos

Este tópico cuidará de apresentar as linhas gerais a respeito dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.

A proteção aos direitos humanos demandou a existência de Cortes jurisdicionais para conhecer de violações individuais ao bem jurídico em estudo, mediante a previsão de competência para determinação de sanções em caso de procedência dos pedidos a elas encaminhados, de acordo com perspectiva desenvolvida por esta pesquisa.

A juridicização em exame se deu, entretanto, mediante a instituição de Tribunais regionais de proteção aos direitos humanos: a Corte Européia de Direitos Humanos, a Corte Africana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em vista dessas disposições, passa esta pesquisa a analisar, de forma breve, o Sistema Europeu de Direitos Humanos e, com mais minúcias, pois inerente ao objeto deste trabalho, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos para, após, adentrar ao comportamento jurisprudencial do mesmo em relação à temática dos direitos territoriais indígenas.

3.4.2.1 Sistema Europeu de Direitos Humanos

A necessidade de criação de mecanismos contenciosos de proteção aos direitos humanos, no âmbito do continente europeu, emana dos julgamentos no âmbito do Tribunal de Nuremberg. As decisões proferidas por aquela Corte de exceção demonstraram não apenas a necessidade de integrar a Europa, mas também de se fomentar o objetivo de eliminação de propagação de ideologias e movimentos como a ocupação nazista (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 12).

A criação de um sistema autônomo de proteção aos direitos humanos encontrou, entretanto, resistência política quando do início de sua formulação durante os trabalhos preparatórios de criação do Conselho da Europa. Não obstante a instituição da Assembléia daquele organismo internacional e seu Conselho de Ministros, bem como a redação do projeto de Convenção Européia de Direitos Humanos, ambos conduzidos no período

abrangido entre maio e julho de 1949, houve o registro de severas objeções ao Sistema Europeu de Direitos Humanos. Desconfiava-se da efetividade do mesmo, em contraposição ao nascente sistema global, conforme se depreende do seguinte pronunciamento de Rasmussen, representante da Dinamarca, inscrito na obra de Mark W. Janis, Richard S. Kay e Anthony Bradley (2008, p. 13):

Although the question of human rights had been discussed at length by the United Nations, it had not been possible to draft a text which held good in International Law. The universal declaration lacked precision. It could not be otherwise in view of the differences in civilization and forms of Government existing in different Member States of the United Nations. It would be a very different matter if the question was reconsidered on a purely Western Europe basis, in which case a text might be elaborated which would be binding in the legal sense.

Os argumentos acima expendidos não prevaleceram, tendo em vista os seguintes pressupostos históricos e jurídicos: a origem dos movimentos totalitaristas não ocorreu a partir de uma revolução desencadeada em poucos dias, mas sim por meio de uma evolução ideológica quase invisível, de acordo com os eventos ocorridos na Alemanha que culminaram com a condução do ditador Hitler ao poder; a Corte Internacional de Justiça não era europeia e, em vista disso, não detinha compromissos expressos de promoção da integração continental, logo em nada contribuiria com esse objetivo (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 16).

Procedeu-se, então, à criação do Conselho da Europa em 1949, com os objetivos de promover a cooperação intragovernamental, aumentar a unidade entre os Estados europeus e prevenir eventuais conflitos. Assinou-se posteriormente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, na data de 4 de novembro de 1950, com entrada em vigor após a obtenção de dez ratificações, em setembro de 1953 (JANIS, KAY, BRADLEY, 2008, p. 16).

Alinha Godinho (2006, p. 51) que a Convenção Europeia se concebeu, a princípio, essencialmente como uma carta de direitos humanos com a finalidade de combate à tirania, o totalitarismo no continente europeu. Apesar dos tímidos objetivos, atingiu a natureza de instrumento configurador de uma ordem pública mais justa na Europa, mediante a sua insurgência contra as falhas do exercício regular dos governos democráticos. Os dispositivos nela inseridos, de acordo com reflexões da autora, têm possibilitado o

equilíbrio geral entre os interesses dos Estados-partes e a concreta proteção de direitos fundamentais individuais.

Extinguiu-se, em 1998, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, órgão este precursor do peticionamento à Corte Europeia de Direitos Humanos. Esse evento se justificou por conta dos níveis intoleráveis de demanda atingidos na década de 1990, em um contexto temporal de consciência elevada das garantias fundamentais perante os cidadãos europeus (GODINHO, 2006, p. 54). Assim sendo, de acordo com perspectiva desenvolvida por esta pesquisa, não mais se coadunaria com a realidade da Europa a existência de um órgão prévio do crivo de admissibilidade de demandas as quais versassem sobre direitos humanos, sob pena de se incorrer em violação ao acesso à justiça. Defere-se atualmente a qualquer indivíduo a legitimidade para representar contra um Estado perante o Sistema Europeu de Direitos Humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos possui competência consultiva e contenciosa em matéria de direitos humanos, com jurisdição compulsória. Compõe-se de magistrados em igual número ao de contratantes, de acordo com os artigos 20 e 26 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹

Para que um indivíduo demande junto ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, devem-se preencher os requisitos específicos de admissibilidade referente ao prévio esgotamento de todos os recursos processuais possíveis na jurisdição interna do Estado demandado e a apresentação da petição em até seis meses após a data de proferimento da decisão interna definitiva, sendo ambos exigidos para fins de reparação com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos e cessação dos descumprimentos apurados, nos termos do artigo 35, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²

¹ **Artigo 20. Número de juízes**

O Tribunal compõe - se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes.

Artigo 26. Assembleia plenária do Tribunal

O Tribunal, reunido em assembleia plenária:

- a) Elegerá o seu presidente e um ou dois vice - presidentes por um período de três anos. Todos eles são reelegíveis;
- b) Criará secções, que funcionarão por período determinado;
- c) Elegerá os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis;
- d) Adotará o regulamento do Tribunal;
- e) Elegerá o secretário e um ou vários secretários - adjuntos.

² **Artigo 35. Condições de admissibilidade**

Detêm legitimidade para submeter casos à Corte Européia de Direitos Humanos, no âmbito de sua competência consultiva, tanto os Estados-partes (na forma de “comunicações interestatais”) como os indivíduos (“petições individuais”). No que tange à sua competência consultiva, entretanto, os integrantes do Conselho de Ministros são legitimados ativos para a subsunção de qualquer feito à manifestação opinativa do Tribunal, a fim de que este analise questões jurídicas relacionadas à interpretação da Convenção Européia de Direitos Humanos, exceto em questões referentes ao conteúdo ou extensão dos direitos e liberdades sobre os quais incidam ressalvas, nos termos dos artigos 47.1 e 47.2 da Convenção Européia de Direitos Humanos.³

Godinho (2006, p. 72) reflete que a amplificação dos legitimados ativos para formulação de demandas contenciosas em matéria de violação a direitos humanos vem acarretando sérias dificuldades quanto ao funcionamento e alcance dos objetivos de fortalecimento e monitoramento do respeito aos direitos e liberdades previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. As modificações inseridas no Protocolo 11, em 1998, quando previram o acesso direto do indivíduo à Corte Européia, contribuíram para a efetividade do sistema em exame mas, ao mesmo tempo, alagaram-no de demandas, a ponto de não mais conseguir responder com a necessária dinâmica ao intenso fluxo.

Assim sendo, defende esta pesquisa que o Sistema Europeu de Direitos Humanos se configura como um mecanismo precursor da formulação de diretrizes para análise e sanção a violação de direitos humanos em Cortes regionais. A incipiência do modelo também resvala para uma nova conformação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois, a

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:

a) For anônima;

b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver fatos novos.

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que tal petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou tem caráter abusivo.

³**Artigo 47. Pareceres**

1. A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

partir dela, conferiu-se natureza jurídica de sujeito de direitos ao indivíduo, quando se mostra legitimado à propositura de demandas perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Passa-se abaixo à apresentação, em linhas gerais, do Sistema Africano de Direitos Humanos.

3.4.2.2 Sistema Africano de Direitos Humanos

A Carta Africana de Direitos Humanos, tratado este firmado em 1981, consagrou os direitos humanos dos indivíduos e dos povos no âmbito do continente africano. A defesa institucional das garantias mínimas de dignidade humana se dá por meio do Sistema Africano de Direitos Humanos, que se consubstancia a partir da Comissão Africana de Direitos Humanos e Corte Africana de Direitos Humanos.

A origem do Sistema Africano de Direitos Humanos remonta aos debates ocorridos na XVI Sessão Ordinária da Assembléia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana. Quando os trabalhos se encerraram, em julho de 1979, requisitou-se ao Secretário-Geral o início da redação de um projeto para uma futura Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Nessa esteira, o documento em questão foi votado, aprovado e assinado pelos membros da Organização em junho de 1981, tendo entrado em vigor em 21 de outubro de 1986, quando atingiu o número mínimo de ratificações necessárias (BRANT, PEREIRA, BARROS, 2007, p. 6917).

A Carta Africana de Direitos Humanos considerou a influência basilar da tradição local e dos valores da civilização africana. O documento normativo destaca em seu texto a prevalência de dispositivos contra violações em série aos direitos humanos, com pouco espaço a garantias individuais, tendo em vista o histórico de crimes contra a humanidade vivenciados pelo continente. Essas disposições devem ser lidas, no entanto, em conjunto com o histórico recente da proteção às garantias humanas na localidade, a fim de se construir uma sistemática protetiva em consonância com as necessidades globais imperantes de inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais. Esse contexto encontra obstáculos, entretanto, nas dificuldades de homogeneidade política e na escassez de recursos financeiros (GODINHO, 2006, p. 129-130).

Godinho (2006, p.131) assim reflete sobre as peculiaridades da Carta Africana:

Um dos elementos de destaque da Carta Africana é a sua declaração de “direitos dos povos” africanos. Sob essa nomenclatura, incluem-se direitos concernentes à afirmação da independência, da autonomia e do progresso dos Estados africanos, mantendo-se, no entanto, o foco principal no bem-estar das comunidades de indivíduos que os formam. Assim, a Carta afirma o direito dos povos à auto-determinação, à livre disposição e em seu interesse exclusivo de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, e ao meio ambiente satisfatório e adequado a esse desenvolvimento. Por fim, é declarado o direito à paz e à segurança nacionais e internacionais dos povos africanos.

Em relação especificamente às competências dos órgãos do Sistema Africano de Direitos Humanos, a Comissão Africana de Direitos Humanos detém a atribuição de difundir e realizar trabalhos de promoção de garantia da pessoa humana. As suas decisões não se revestem de caráter jurisdicional, considerando-se a sua natureza não-obrigatória. Compõe-se de onze membros eleitos pela Assembléia de Chefes de Estado e Governo da União Africana, para mandato de seis anos cada e se reúne anualmente em, pelo menos, duas sessões (GODINHO, p. 137). Brant, Pereira e Barros (2007, p. 6919-6920) observam, entretanto, o seu caráter restrito de atuação, em decorrência da realização de atividades inerentes apenas à divulgação de relatórios.

A inexistência de um órgão essencialmente jurisdicional no Sistema Africano de Direitos Humanos conduziu a Assembléia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana a deliberar, em sua XXX Sessão, sobre a criação da Corte Africana de Direitos Humanos, incluindo-a por meio de um Protocolo Adicional à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Resolução AHG/230). Os dispositivos aditivos entraram em vigor após a 15^a ratificação necessária, em dezembro de 2003. Entre os seus característicos, tem-se uma mistura das previsões destinadas ao Sistema Europeu de Direitos Humanos e Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a previsão de competências contenciosa e consultiva (BRANT, BARROS, PEREIRA, 2007, p. 6921).

Cumprе transcrever as seguintes reflexões, a título conclusivo, sobre o sistema em epígrafe:

O sistema africano de proteção aos Direitos Humanos se desenvolveu tardiamente em relação aos sistemas europeu e americano, como consequência da própria história de colonização e subjugação pela qual passou o continente. Se por um

lado este fato pode ser percebido, isto é, de que há ainda um vasto caminho a ser percorrido para a efetiva proteção dos direitos e liberdades na África, por outro, é preciso reconhecer que houve, nos últimos anos, grandes avanços neste âmbito. Avanços estes que levam em consideração a influência das tradições africanas, buscando equacionar as peculiaridades locais com o que há de efetivo para a proteção de direitos humanos em outros sistemas regionais.

A não existência de uma cláusula derogatória de certos direitos em caso de situações de exceção, como previsto nas respectivas Convenções Européia e Americana, e a possibilidade de que indivíduos recorram diretamente à Corte Africana de Direitos Humanos são exemplos importantes que demonstram como a África tem se preocupado em criar respaldo legal para o fim das atrocidades há muito cometidas contra seres humanos no continente, bem como para a punição dos perpetradores destas violações. (BRANT, PEREIRA, BARROS, 2007, p. 6931)

Assim sendo, para uma perspectiva defendida por esta pesquisa, tem-se a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um instrumento com vistas a instigar contenciosamente locais em que ainda não havia sido instituído, bem como para vencer outras barreiras, como a previsão de valores ocidentais de direitos humanos em consonância com a cultura de povos tribais africanos.

3.4.2.3 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Organização dos Estados Americanos (OEA) mantém os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambos possuem atribuições e competências previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo a função primordial de zelo pelo efetivo cumprimento das garantias fundamentais no âmbito interno dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos.

No caso específico da República Federativa do Brasil, ratificou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos em 9 de julho de 1992, tendo sido o depósito efetuado em 25 de setembro do mesmo ano. O Estado brasileiro aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos como obrigatória e de pleno direito em 10 de dezembro de 1998, por tempo indeterminado, em todos os casos os quais possuam como objeto a interpretação ou aplicação da Convenção Americana, sob reserva de reciprocidade e com alcance sobre fatos posteriores a esta data (OEA, 2007, p. 50).

Convém ressaltar que a implementação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos não anula a concepção universalista de positivação de normas com o

objetivo de assegurar garantias fundamentais, mas sim a reforça, com esteio nos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos. A proteção e implementação dos direitos humanos também abrange várias reflexões em torno de deveres, compromissos com as gerações presentes e futuras e responsabilidades com a comunidade. A declaração de direitos e a previsão de uma sistemática protetiva contra suas violações se revela como de extrema importância, pois, sem que isso ocorra, fica o indivíduo mais vulnerável à dominação e ao sofrimento (PEIXOTO, 2007, p. 12).

Em relação ao aparato jurídico sobre qual repousa a temática em exame, os seus primórdios se revelam na Carta da Organização dos Estados Americanos, sendo esta considerada a primeira normatização em nível americano com vistas a sedimentar um sistema regional de proteção aos direitos humanos no continente. Foi aprovada em 30 de abril de 1948, tendo entrado em vigor em dezembro de 1951 e sendo posteriormente alterada protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena das Índias (1985), Washington (1992) e Manágua (1993). Diferencia-se o documento internacional em estudo do pilar do sistema global de proteção aos direitos humanos, qual seja, a Carta da Organização das Nações Unidas, nas seguintes medidas: enquanto esta elencou os direitos fundamentais da pessoa humana como um fim a se alcançar e estabeleceu que os Estados possuem o dever de respeitá-los (obrigação de não-fazer), o texto regional os elevou a direitos fundamentais e determinou a promoção de seu respeito por meio de obrigações de fazer (CORREIA, 2008, p. 95).

O art. 1º da Carta estabelece o propósito essencial da entidade, *in verbis*:

Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover a solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência.

A previsão jurídica da protetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se deu unicamente, em um primeiro momento, por meio somente da Carta da OEA, vez que simultaneamente se editou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Esse documento carece de obrigação jurídica contratual, pois foi regulamentada na forma de Resolução. Algumas reflexões contemporâneas demandam, entretanto, que esse instrumento internacional integra os princípios gerais de direito, consistindo em norma de

jus cogens impositivas de obrigações *erga omnes*, logo detém coercibilidade (CORREIA, 2008, p. 98).

Por obrigações *erga omnes*, entendem-se aquelas que protegem valores essenciais de toda a comunidade internacional, de forma a fazer nascer o direito dos Estados de exigir a sua efetivação (RAMOS, 2005, p. 71).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos indicou filiar-se ao entendimento de que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem importa em norma de natureza cogente quando, na análise da Opinião Consultiva n. 10/89, entendeu que o fato de o diploma em questão não ser formalmente um tratado não inviabiliza a emissão de posicionamento nela respaldado por aquele Tribunal (CORTE IDH, 1989, p. 11-12).

Correia (2008, p. 99) alinha que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem constituiria em um acordo sobre quais seriam os direitos a serem previstos na Carta da OEA, tendo servido de esboço para a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seus pioneiros trabalhos. Representaria, em consequência, a interpretação dos direitos previstos na Carta da OEA.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, revela-se como o instrumento de maior importância para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A sua assinatura ocorreu em São José, na Costa Rica, no ano de 1969, porém com entrada em vigor somente em 1978 (PIOVESAN, 2006, p. 227).

O diploma normativo em questão enumera os direitos individuais protegidos, assim entendidos como direitos civis e políticos⁴. Não descreve, porém, qualquer forma específica de direitos sociais, econômicos e culturais, nos termos de seu art. 26, tendo os regulamentado por meio do Protocolo de São, adotado pela Assembléia-Geral da OEA em 1988.⁵

⁴ São eles: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), direito à vida (art. 4º), direito à integridade pessoal (art. 5º), proibição da escravidão (art. 6º), da legalidade e retroatividade (art. 9º), direito à indenização (art. 10), proteção da honra e da dignidade (art. 11), liberdade de consciência e de religião (art. 12), liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), direito de retificação ou resposta (art. 14), direito de reunião (art. 15), liberdade de associação (art. 16), proteção da família (art. 17), direito ao nome (art. 18), direito das crianças (art. 19), direito à nacionalidade (art. 20), direito à propriedade (art. 21), direito de circulação e residência (art. 22), direitos políticos (art. 23), igualdade perante a lei (art. 24) e proteção judicial (art. 25).

⁵ Art. 26: Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura,

Assim sendo, verifica-se, para fins de perspectiva defendida por esta pesquisa, que os documentos ora alinhados, quais sejam, a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos, independentemente da natureza jurídica que lhes for conferida, contribuiram para a implementação do sistema regional de proteção aos direitos fundamentais em exame, a partir da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos estes sobre os quais passa-se à análise de suas competências e atribuições.

3.4.2.3.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O órgão em análise possui sede em Washington D.C. e é composto por sete membros, eleitos pela Assembléia Geral da OEA a partir dos seus reconhecidos conhecimentos jurídicos em matéria de direitos humanos e idoneidade moral, nos termos do art. 34, da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 2º, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 41, estabelece as principais competências do órgão em estudo, quais sejam: o estímulo à consciência em direitos humanos dentre os povos da América; a formulação de recomendações, quando entender pertinente, aos governos dos Estados-Membros, a fim de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos em suas leis internas e preceitos constitucionais, bem assim disposições apropriadas para o fomento ao devido respeito a esses direitos; estudos e informes que considere convenientes para o desempenho de suas funções; a solicitação de esclarecimentos acerca de medidas adotadas em matéria de direitos humanos junto aos Estados Membros; o atendimento às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da OEA, lhe sejam formuladas pelos Estados-Membros em questões relacionadas aos direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes assessoria por eles requerida; a atuação em respeito às petições e outras comunicações em exercício de sua autoridade,

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

em conformidade com os arts. 44 a 51 do mesmo diploma; a remessa de um informe anual de suas atividades à Assembleia-Geral da OEA.

Dentre as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, inicia-se, neste momento, uma análise detida da trajetória compreendida entre o peticionamento ao órgão em apreço mediante denúncia a ele formulada até uma possível demanda contra um Estado junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando constatada a existência de violação de obrigação internacional em direitos humanos, para fins do objeto da vertente pesquisa.

Dispõe o art. 23.1, do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre a faculdade de qualquer indivíduo de apresentar petição ao órgão, sendo este a seguir transcrito:

Artigo 23. Apresentação de petições

1. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

Em vista do dispositivo acima alinhado, tem-se que o procedimento de tramitação de uma denúncia de violação a direito inscrito na Convenção Americana de Direitos Humanos se inicia com petição endereçada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual deve preencher requisitos de admissibilidade, tais como o prévio esgotamento dos recursos internos (i.e, não mais existem instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico do Estado demandado aptos a oferecer um efetivo deslinde da questão submetida), salvo no caso de injustificada demora processual ou em ausência de previsão de remédio processual para as circunstâncias narradas (PIOVESAN, 2006, p. 33).

Remón (2008, p. 83) alinha que a possibilidade de apresentação de denúncias por qualquer indivíduo, junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, representa uma nítida manifestação da sua elevação de sujeito de direitos na esfera internacional. Consiste, no entender da autora, na pedra angular e melhor garantia de que seus direitos serão efetivados e respeitados.

Uma vez constatados os requisitos mínimos para tramitação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos notificará o Estado denunciado a fim de que apresente manifestação dos fatos narrados na petição no prazo prorrogável de dois meses, a contar da data de transmissão da solicitação. Após esse prazo, verificará o órgão se persistem os motivos da petição e, em não o ocorrendo, determinará o arquivamento do expediente, sendo todos estes procedimentos na forma do art. 30, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Se subsistirem os motivos expendidos para a petição, providenciará a Comissão Interamericana de Direitos Humanos o Informe de Admissibilidade do caso, etapa esta prévia ao exame do mérito dos fatos, com fundamento no art. 37, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após a abertura do caso, a Comissão notificará os peticionários a fim de que se manifestem sobre eventuais observações adicionais, bem como solicitará ao Estado que apresente, no prazo de dois meses a contar da transmissão do documento, considerações sobre o mérito da questão. Proporá, outrossim, para ambas as partes, a solução amistosa, nos termos do seu Regulamento, com fulcro no art. 38, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Uma vez finalizados tais atos, o órgão deliberará sobre a questão meritória, procedendo à redação de Relatório sobre os fatos narrados e enviando a demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em caso de o Representado haver aceitado a jurisdição daquele Tribunal.

Uma situação hipotética ilustra o procedimento acima narrado: suponha-se que tramite na Fundação Nacional do Índio há trinta anos um procedimento de demarcação de uma determinada terra indígena. A delonga no transcurso desse processo administrativo presume que o direito à terra dos povos indígenas nela envolvidos pode estar desencadeando violações a direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois queda inerte o Estado brasileiro em reconhecer a titularidade não restando

mais outra alternativa que não recorrer à esfera internacional para se obter o reconhecimento de tais direitos. Os interessados denunciam o caso, então, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que notifica a República Federativa do Brasil para prestar informações no prazo convencional e, se não convencida da legalidade da conduta empreendida pelo Estado, edita um Informe de Admissibilidade do mesmo, representando este documento o início de uma espécie de investigação contra aquele que viola um direito humano. Ao final da instrução desse procedimento, caso se entenda que o Representado incorreu em violações a dispositivos inscritos na Convenção Americana de Direitos Humanos, pode o caso ser levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo o Estado sofrer uma condenação naquele tribunal.

Urge destacar também a possibilidade de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de suas competências, determinar a adoção de medidas cautelares em face do Estado demandado quando da tramitação de denúncias as quais se refiram a violações a direitos humanos. A possibilidade do seu deferimento ocorreria, ilustrativamente, se o Estado está em vias de autorizar a exploração de um empreendimento petrolífero em uma terra indígena, o que revela a gravidade e urgência de se protegerem os direitos humanos dos povos que nela habitam. Faculta-se à Comissão, em consequência, determinar que o Estado se abstenha de dar prosseguimento a um procedimento administrativo autorizativo de uma violação, na forma do seguinte dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 25. Medidas cautelares

1. Em casos de gravidade e urgência, e sempre que necessário de acordo com a informação disponível, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar ao respectivo Estado a adoção de medidas cautelares para evitar danos pessoais irreparáveis.
2. Se a Comissão não estiver reunida, o Presidente, ou na ausência deste, um dos Vice-Presidentes, consultará, por meio da Secretaria Executiva, os demais membros sobre a aplicação do disposto no parágrafo anterior. Se não for possível efetuar a consulta em prazo razoável de acordo com as circunstâncias, o Presidente tomará a decisão, em nome da Comissão, e a comunicará aos seus membros.
3. A Comissão poderá solicitar informação às partes interessadas sobre qualquer assunto relacionado com a adoção e a vigência das medidas cautelares.
4. A concessão dessas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirão prejulgamento do mérito da questão.

A apresentação das competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos conduz à conclusão, de acordo com perspectiva defendida por esta pesquisa, que o órgão possui funções preventivas, centralizadas no seu objetivo maior de promoção da consciência em direitos humanos e, em caso de violações, detém competência repressiva de apuração de denúncias. A partir dela, advém um crivo dos casos que serão submetidos ao processo e julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre cuja análise recai o tópico abaixo.

3.4.3.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

Uma vez finalizado o procedimento no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, inicia-se a tramitação do caso na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este Tribunal se caracteriza como um órgão jurisdicional do sistema regional de proteção vigente no continente americano. Compõe-se de sete juízes autônomos e eleitos a título pessoal para um mandato de seis anos, com reconhecida idoneidade moral e profundos conhecimentos em matéria de direitos humanos. Diferentemente dos membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cabe a escolha do nacional de um Estado o qual não tenha aceitado a jurisdição deste Tribunal (PIOVESAN, 2006, p. 237-238).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos detém competência consultiva (a qual compreende a análise de uma questão em contraste com os instrumentos interamericanos de proteção aos direitos humanos para manifestação opinativa) e contenciosa (a verificação concreta de violação aos direitos consagrados por diplomas normativos interamericanos os quais o Estado demandado haja ratificado), nos termos dos artigos 63 e 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após a submissão do caso ao Tribunal em estudo, devem as vítimas de violações constituírem representantes, a quem caberá a apresentação de memoriais, argumentos e requerimento de produção de provas, sendo todos estes atos autônomos, na forma do art. 25, do Regimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim sendo, para fins de perspectiva visualizada por esta pesquisa, tem-se que a atuação da Comissão se revela prevalente apenas em relação a uma análise prévia de

constatação de violações em direitos humanos. Quando este órgão, porém, leva o caso ao processo e julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, transmuda-se ele apenas para um fiscal da lei, revelando-se como preponderante a defesa dos interesses das vítimas por seus representantes constituídos e do Estado por seus agentes diplomáticos.

O art. 27, do Regimento Interno da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também prevê a possibilidade de aquele Tribunal deferir Medidas Provisórias, sempre que estiver diante de casos de extrema gravidade e urgência, ou quando seja necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas neles envolvidas. Esse requerimento independe da prévia submissão contenciosa de uma demanda à Corte, quando será solicitado pela Comissão, ou mesmo, se aquela já for existente, faculta-se aos representantes das vítimas.

Se, por exemplo, tomando-se como premissa o caso hipotético desenvolvido no tópico anterior, a República Federativa do Brasil está em vias de conceder a Licença de Instalação ou Operação de um empreendimento do setor energético em área tradicionalmente ocupada por povos indígenas em detrimento de seus direitos territoriais, demonstra-se possível o requerimento de Medidas Provisórias perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em uma primeira análise, constatam-se os requisitos da gravidade e urgência, tendo em vista que não se mostra possível a espera por toda a regular remessa e processamento do caso, à espera de uma sentença de mérito, perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Uma vez notificados o Estado e as vítimas, dispõem eles de dois meses para a apresentação de Memoriais de Solicitações, Argumentos e Provas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento no art. 40, de seu Regimento Interno, declarando também quem os representará em audiência, a ser realizada na forma do art. 51, do mesmo diploma. Após esse ato, protocolam as partes Alegações Finais, seguindo-se à sentença a ser proferida no caso, tudo com espeque nos arts. 57 e 61 do Regimento Interno.

A constatação da existência de violação a dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos enseja a aplicação de sanções em desfavor do Estado representado, em decorrência da responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos, tema este que passa a ser abordado a seguir.

3.5 DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

As raízes longínquas da responsabilidade internacional remontam historicamente à proteção diplomática que, nos seus primórdios, fundava-se no sistema de cartas de represálias, por meio das quais o soberano era instado a permitir a reação privada em decorrência do tratamento dado aos seus mercadores em território estrangeiro (RAMOS, 2005, p. 43).

Trindade (1997, p. 90) reflete sobre a responsabilidade internacional do Estado, alinhando-a como a infração a norma de conduta internacional, configurada a partir de ação ou omissão imputável ao Estado, sem que haja a possibilidade de avaliação de culpa por parte de quaisquer de seus agentes.

Considera-se um Estado responsável internacionalmente pela violação a um direito quando viola uma obrigação internacional. A noção de responsabilidade repousa no princípio fundamental da justiça, que se desdobra nas obrigações de manter os compromissos assumidos de boa-fé e de reparar o mal injustamente causado a outrem. (SANTOS, 2008, p. 3238).

Na seara da proteção aos direitos humanos, a teoria da responsabilidade internacional do Estado em razão do descumprimento de obrigações contraídas junto a tratados internacionais demandou contornos específicos: conferiu-se ao indivíduo o direito de buscar reparações por violações de valores fundamentais perpetradas pelo aparelho estatal, por meio dos sistemas regionais (PETIOT, 2006-2007, p. 131). Assim, reflete Santos (2008, 3238) ser a responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos uma espécie do gênero responsabilidade internacional do Estado.

A concepção ora descrita advém do regime de proteção objetiva conformado pelos tratados internacionais de direitos humanos, por meio do qual se determina ao Estado o dever de respeito aos direitos dos indivíduos que estejam sob sua jurisdição. Caracteriza-se, em consequência, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em caso de descumprimento aos dispositivos neles inseridos (PETIOT, 2006-2007, p.131).

A responsabilidade internacional do Estado em direitos humanos consolidou a ideia segundo a qual a proteção deles não mais se restringe apenas ao domínio reservado dos Estados, tendo em vista que diz respeito à comunidade internacional. Em vista disso, os indivíduos obtiveram o direito de levar denúncias a organismos internacionais quase-judiciais, de forma a pautar suas ações, ou mesmo de se dirigir a Cortes internacionais (SANTOS, 2008, p. 3239).

A casuística hipotética apresentada em tópicos anteriores, a fim de apresentar a tramitação de denúncias perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, volta à baila a fim de se traçar as linhas basilares da responsabilidade internacional do Estado nessa seara. Suponha-se que a República Federativa do Brasil não haja ainda finalizado, no âmbito de seus órgãos internos, a demarcação de uma terra indígena, após várias décadas de tramitação de um procedimento administrativo com tal finalidade. O Estado brasileiro pode, em consequência, ser em tese responsável por uma violação a direitos humanos em decorrência desse fato, tendo em vista que há uma omissão imputável a agentes seus e descumpridora de um tratado internacional, qual seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim sendo, passa-se abaixo a analisar, em breves incursões, a forma a partir da qual se configura a responsabilidade internacional em direitos humanos no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como premissa objeto dos direitos territoriais indígenas.

3.6 LINHAS GERAIS SOBRE OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO CONGÊNERE

A proteção aos direitos territoriais indígenas remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Elege-se tal instrumento como pioneiro, tendo em vista o caráter garantidor de direitos inerentes a todos os seres humanos. Em se tratando de previsões específicas destinadas a povos indígenas, porém, o primeiro diploma normativo a regular seus direitos fora a Convenção n. 107/1957, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com inserção anterior de dispositivos na Convenção de Diversidade

Biológica e, mais recentemente, na Convenção 169/OIT e Declaração das Nações Unidas de Direitos dos Povos Indígenas (VILARES, 2009, p. 48-49).

No âmbito da legislação concernente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, inexistente atualmente qualquer diploma que verse especificamente sobre a proteção aos direitos territoriais indígenas. Diante das condutas omissivas e comissivas dos Estados em conferirem tais valores, vêm os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos fundamentando as violações ora analisadas com base nos dispositivos os quais repousem sobre a garantia do direito à propriedade, de acordo com a jurisprudência a ser apresentada.

Em relação ao direito de propriedade, o primeiro documento normativo interamericano a estatuí-lo foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quando, em seu art. XXIII, previu que toda pessoa tem direito à propriedade individual, como necessidade a uma vida decente e para a manutenção da dignidade humana.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê, por sua vez, no artigo 21, o direito à propriedade:

Art. 21. Direito à propriedade privada

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

O dispositivo supramencionado incide especificamente, em nível interamericano, na garantia do uso e gozo dos direitos territoriais indígenas dos países da América Latina, de acordo com o aporte jurisprudencial a ser esposado nesta pesquisa. Classificam-se, então, os direitos internacionais dos povos indígenas em direitos gerais e especiais: os primeiros atinam a direitos previstos genericamente em tratados internacionais de direitos humanos e a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, enquanto os últimos prevêm as demandas e vulnerabilidades específicas dos grupos em questão (IKAWA, 2007, p. 465).

Ching - Soto (2010, p. 222) reflete sobre a natureza jurídica do art. 21, da CADH. Alinha a autora que tal dispositivo surgiu para proteger o direito individual de propriedade,

mas as demandas coletivas levadas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos exigiram sua releitura, de forma a atender a necessidade de reparações coletivas de povos indígenas.

Essa concepção se reforça a partir da reflexão de Burgogue-Larsen, Torres e Greenstein (2011, p. 624), segundo a qual o art. 21, da CADH, ganhou novos contornos a partir da leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de sua jurisprudência, quando este Tribunal estendeu-o à garantia dos direitos dos indígenas às terras ancestrais por eles ocupadas.

A fim de garantir efetividade aos direitos territoriais indígenas, a Corte Interamericana já proferiu o entendimento no sentido de que não deve ser exigido qualquer título formal de propriedade para que se exerçam direitos de uso e gozo sobre as terras em que habitam, bastando a posse, uma vez que a relação com as terras é a base fundamental de suas culturas, vida espiritual, integridade e superveniência econômica (CORTE IDH, 2005, p. 131).

Nesse contexto, passa-se no capítulo seguinte à apresentação dos casos submetidos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos junto a seus órgãos, de forma a verificar o estágio do comportamento jurisprudencial em torno da temática dos direitos territoriais indígenas. A partir desta pontuação, a pesquisa adentrará sobre a incorporação do discurso dos direitos humanos pelos índios como uma manifestação de aceitação do direito estatal para obtenção de garantia institucional de seus valores. Ao final, o estudo explora as diferentes leituras circundantes do objeto em questão a partir dos sujeitos nele envolvidos: enquanto o Estado repousa sob a premissa basilar da propriedade como seu elemento estruturante, os indígenas efetuam leitura diversa da mesma, interpretando-a como um direito à vida. Diante dessa dicotomia, surge a Corte Interamericana de Direitos Humanos a fim de conciliar os interesses em questão.

4 LEITURAS EM TORNO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: UMA CAMINHADA ENTRE OS CASOS SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS INTERESSES DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS

O presente capítulo apresentará os casos cujo objeto recaia sobre direitos territoriais indígenas junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), por meio da atuação de seus órgãos, quais sejam: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após a indicação dos contextos fáticos e jurisprudenciais em torno do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a pesquisa cuidará de extrair as reflexões deles advindos, a partir dos diferentes sujeitos envolvidos. O objeto recai, em consequência, sobre a análise do sentido jurídico utilizado pelo Estado a fim de fundamentar o direito do indígena à terra e, após, a noção imprimida pelo próprio índio, a fim de demonstrar a existência de uma dicotomia, associando-as às decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.1 PERFIL PARADIGMÁTICO DOS CASOS SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A apresentação dos casos submetidos em matéria de direitos territoriais indígenas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos seguirá, nos tópicos abaixo, a forma da tramitação regular no âmbito do mesmo.

Assim sendo, inicialmente serão alinhadas as denúncias recebidas para apuração na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de Informes de Admissibilidade, bem como as Medidas Preventivas solicitadas aos Estados representados pelo órgão, a fim de evitar prejuízos irreparáveis aos sujeitos envolvidos em uma determinada investigação. Após, a pesquisa indicará o teor material dos fundamentos alinhados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na temática em questão, por meio de sua jurisprudência em casos contenciosos a ela submetidos.

4.1.1 Casos submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

4.1.1.1 Informes de Admissibilidade

A presente pesquisa indicará os Informes de Admissibilidade de casos recebidos pela Comissão e publicados entre o período de 2009 (termo inicial da pesquisa) até 2011, a fim de traçar um perfil paradigmático das recentes denúncias encaminhadas ao órgão.

Serão alinhados abaixo, entre outros, os contextos fáticos de violações apresentados pelos denunciadores, as informações prestadas pelo Estado representado e a subsunção jurídica entre a possível ausência de proteção a direitos territoriais indígenas e o art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

4.1.1.1.1 Presidentes da Vila de Chicupac no Município de Rabinal contra Guatemala

A Comissão recebeu o caso em exame por meio do Informe n. 144/10, de 1o de novembro de 2010, tendo o órgão o autuado por meio da Petição n. 1579/2007, em 13 de dezembro de 2007.

Os peticionantes alegaram que 82 membros da comunidade indígena Maya Achí foram vítimas de uma política de extermínio anuída pela Guatemala durante os anos de 1981 a 1986. A partir dela, consumaram-se massacres, raptos, execuções, determinações de trabalho escravo, entre outros atos ilícitos praticados por meio de condutas do Exército do Estado representado (CIDH, 2010, p. 1).

A Comissão recebeu o caso para apurar a possível violação do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que indica eventuais ilícitos contra o direito à terra dos peticionantes (CIDH, 2010, p. 2). Ocorre que, após a leitura do Informe de Admissibilidade em questão por esta pesquisadora, não se vislumbrou o contexto específico desencadeador da possível transgressão a esse dispositivo. Narram-se apenas vários eventos de violência contra os indígenas, sem que houvesse a necessária correlação a demandas de direitos territoriais, o que não desnatura a demanda para se apurar sua transgressão, a partir de perspectiva ora defendida, inclusive porque se trata de apenas da publicação de um

único relatório da denúncia, sem qualquer visualização dos demais documentos constantes dos autos.

Faz-se importante alinhar que o Estado alegou, em preliminar de mérito, a impossibilidade de conhecimento da denúncia, haja vista que se datavam mais de seis meses entre os fatos narrados e o protocolo da petição inicial. A Comissão observou, entretanto, que os efeitos das alegadas violações perduravam até a data de recebimento da demanda, autorizando-se o recebimento do feito (CIDH, 2010, p. 14).

Ao receber o caso para apuração, o órgão se limitou a indicar os possíveis artigos violados da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre eles o art. 21, objeto deste estudo, sem fazer qualquer concatenação jurídica entre os fatos e o dispositivo (CIDH, 2010, p. 15).

4.1.1.1.2 Raposa Serra do Sol contra Brasil

A Comissão admitiu o caso em questão por meio do Informe n. 125/10, de 25 de outubro de 2010, a partir de petição protocolada no ano de 2004 (CIDH, 2010, p. 1) e formulada pelas organizações não-governamentais Conselho Indigenista de Roraima e Rainforest Foundation US.

Trata-se de um caso cujo objeto recai sobre a proteção do direito à terra dos povos Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Waphichana, que habitam uma área de 1.747.465 (hum milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e cinco) hectares na parte nordeste do Estado de Roraima. A população total somava 18.000 (dezoito mil) indígenas, distribuídos em 167 (cento e sessenta e sete) comunidades em quatro diferentes regiões étnicas (CIDH, 2010, p. 4).

Os peticionantes alegaram uma expressiva demora entre o início e a finalização do procedimento administrativo de demarcação das terras da comunidade indígena Raposa Serra do Sol, tendo tramitação entre 1977 e 2009, em nítida infringência ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Aduziram que a delonga ocasionou incidentes de violência e degradação ambiental na área demarcada a partir de condutas praticadas por populações não-indígenas (CIDH, 2010, p. 1), em decorrência de confrontos com plantadores da cultura de arroz .

Os denunciante pontuaram também que a lei brasileira de proteção aos direitos territoriais indígenas possui essência discriminatória, tendo em vista que não concede o direito à propriedade a esses sujeitos, mas apenas o direito à posse, permanecendo as áreas demarcadas sob o domínio da União. A isso se soma o fato de que a decisão do procedimento demarcatória é discricionária do Estado brasileiro (CIDH, 2010, p. 2), não tendo qualquer participação das populações indígenas envolvidas.

A República Federativa do Brasil, em resposta à solicitação de informações pelo órgão, aduziu que a denúncia não poderia ser recebida, tendo em vista que quaisquer eventuais violações aos direitos territoriais indígenas haviam perdido o objeto com a finalização do procedimento administrativo de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. O Estado também aduziu que a Fundação Nacional do Índio vem promovendo a compensação e retirada de terceiros não-indígenas da área reivindicada desde 2002 (CIDH, 2010, p. 5).

A Comissão recebeu a denúncia, a fim de apurar a alegada violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo a fundamentado a partir de reprodução das alegações dos denunciante, sob as seguintes perspectivas: o Estado incorreu em transgressão ao direito de propriedade quando restou em excessiva demora no processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a inefetividade da proteção judicial a fim de garantir esse direito (CIDH, 2010, p. 10).

4.1.1.1.3 Comunidade de Ponta Pedra Garifuna e seus membros contra Honduras

A Comissão recebeu denúncia referente ao caso em exame em data de 29 de outubro de 2003. O caso foi conhecido por aquele órgão por meio do Informe de Admissibilidade n. 63/10, de 24 de março de 2010 (CIDH, 2010, p. 1).

A fim de fundamentar a alegada violação do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, os petionante alegam que o Estado de Honduras incorreu no descumprimento quando não conferiu proteção aos direitos territoriais indígenas ao não estabelecer limitações a atos de terceiros nas terras de domínio dos sujeitos em análise (CIDH, 2010, p. 1). Aduzem, outrossim, que receberam títulos de uso e gozo de suas terras em 1993 e 1997, mas que desde antes daquela data e até os dias atuais vêm se estabelecendo

em seus limites internos fazendeiros do rio Mel, contra os quais os índios travaram vários confrontos ao longo dos anos. Ressaltam que o próprio título que lhes foi conferido reserva ao Estado a prerrogativa de permitir a permanência de terceiros não-indígenas no local (CIDH, 2010, p. 3).

O Estado de Honduras, quando prestou informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito do caso, aduziu que inexistia violação do direito de propriedade dos indígenas, tendo em vista que concedeu o domínio aos mesmos das terras por eles ocupadas. Alegou que não dispõe de recursos econômicos para conter toda e qualquer intervenção de terceiros não-indígenas em relação à área litigada (CIDH, 2010, p. 5).

O órgão entendeu, ao admitir o caso, que não existe controvérsia sobre a inexistência de qualquer propriedade em favor dos indígenas envolvidos, mas sim do alcance e efeitos do título conferido pelo Estado, o que enseja a apuração de violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 2010, p. 6).

4.1.1.1.4 Comunidades Agricultoras do Huasco contra Chile

Os peticionantes protocolaram denúncia correspondente ao caso em questão em data de 10 de janeiro de 2007. A apuração dos fatos levou a Comissão a admiti-lo, por meio do Informe n. 141/09, de 30 de dezembro de 2009 (CIDH, 2010, p. 1).

Narram os representantes das vítimas que o Estado do Chile concedeu licenciamento ambiental a um projeto econômico para extração de ouro, prata e cobre no interior das terras dos indígenas ora envolvidos, de forma a prejudicar a manutenção de seus costumes de vida e tradições, bem como a produção de alimentos para sua subsistência (CIDH, 2010, p. 1). Relatam também que os indígenas não tinham conhecimento do impacto sobre sua cultura, bem como não participaram do procedimento administrativo contra os quais se insurgem (CIDH, 2010, p. 3). Esses fatos ocasionariam, em consequência, a violação do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, em desfavor dos requerentes.

O Estado alegou, em resposta, que os indígenas não se insurgiram na via administrativa interna contra o licenciamento, bem como que a questão esbarra no não-

esgotamento dos recursos internos, tendo em vista a existência de demandas judiciais ainda pendentes de análise no mérito. Acrescentam que o prejuízo aos costumes de vida, tradições dos indígenas e ao meio ambiente advém de condutas praticadas no território limítrofe da Argentina. Assim sendo, não visualizam quaisquer violações a dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 2010, p. 5).

A Comissão admitiu o caso para apuração, tendo considerado verificada a potencial violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando o Estado do Chile não concedeu o direito de participação aos povos indígenas no licenciamento de projeto econômico a ser desenvolvido no interior de suas terras (CIDH, 2010, p. 6).

4.1.1.1.5 Hulqminun Group contra Canadá

A denúncia referente ao caso em análise restou protocolada na Comissão em data de 10 de maio de 2007, tendo o órgão admitido o caso por meio do Informe de Admissibilidade n. 105/09, de 30 de outubro de 2009.

Os peticionantes alegam que o Estado violou o artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos Humanos, que versa sobre o direito de propriedade, quando incorreu nos seguintes ilícitos: a omissão em demarcar as terras ocupadas por indígenas e lhes deferir título de domínio; a ausência de compensação pela constante presença de terceiros não-indígenas em suas terras, bem como a concessão de licenças nesse sentido sem qualquer consulta prévia aos sujeitos envolvidos; a degradação do meio ambiente natural ali inserido, entendido como sagrado para os povos em questão (CIDH, 2009, p. 1). Ressaltam que o território reivindicado é por eles ocupado desde o século XIX, sendo que 85% (oitenta e cinco por cento de suas terras) foi transferida a terceiros (CIDH, 2009, p. 5).

Nos últimos anos, os direitos territoriais indígenas dos envolvidos vêm sendo prejudicados por meio da concessão de licença para casas, edifícios comerciais, hotéis e instalações para os Jogos Olímpicos de Inverno de 2010, construções estas que demandaram a poda de árvores provenientes da própria área objeto da denúncia. Os peticionantes narram que o reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre o território demandado constitui pressuposto imprescindível à manutenção de seus costumes e

tradições (CIDH, 2009, p. 6), tendo a Comissão considerado que esses fatos consubstanciam violação ao artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos Humanos.

É importante alinhar que o Estado do Canadá não ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e não aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim sendo, não se mostra possível a subsunção do caso em questão para julgamento e imposição de sanções perante um Tribunal, mas tão-somente sua inclusão em relatório anual de casos submetidos à Comissão.

4.1.1.1.6 Povos Indígenas Xucuru contra Brasil

Em 16 de outubro de 2002, a Comissão recebeu denúncia referente ao caso em questão, tendo esta sido formulada pelas organizações não-governamentais Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares. O órgão admitiu o caso em 29 de outubro de 2009, por meio do Informe de Admissibilidade n. 98/09 (CIDH, 2009, p. 1).

Os peticionantes alegam que a República Federativa do Brasil permanecia omissa quanto à demarcação das terras dos indígenas Xucuru até aquela data, tendo o procedimento se iniciado no longínquo ano de 1989. Os sujeitos envolvidos ocupam menos da metade da área a qual têm direito, sendo o restante de posse de terceiros não-indígenas que nela adentraram devido à inércia do representado em garantir o direito reivindicado, na forma do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não obstante a omissão na via administrativa, os indígenas não tiveram qualquer sucesso em ações judiciais com o objeto em questão (CIDH, 2009, p. 1).

O Estado brasileiro alegou, em preliminar, que a denúncia não reunia os requisitos de admissibilidade para ser conhecida junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista a não-ocorrência do esgotamento dos recursos internos. Aduziu também que, em Portaria do Ministro da Justiça editada em 1992, houve a homologação dos limites da área ocupada pelos povos Xucuru, bem como o Decreto Presidencial n. 1775/1986 a demarcou, mas o Município de Pesqueira, situado no Estado de Pernambuco, se insurgiu judicialmente contra o ato, levando a questão ao Poder Judiciário. A União

requereu sua integração à lide e pugnou o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, considerando-se o interesse federal na questão. À época da admissibilidade da representação, estava pendente o recebimento da petição inicial pelo juízo federal. Ressalta também que está implementando medidas compensatórias aos sujeitos não-indígenas envolvidos na controvérsia (CIDH, 2009, p. 3).

Da leitura do Informe de Admissibilidade em análise, verifica-se que o caso não se resume, no âmbito da jurisdição interna, apenas a uma única ação judicial, mas também contabiliza várias outras ajuizadas pelos terceiros não-indígenas, notadamente com Ações de Reintegração de Posse, estando algumas pendentes de julgamento inclusive no Supremo Tribunal Federal (CIDH, 2009, p. 6).

Em vista dos fatos acima alinhados, a Comissão admitiu o caso para apuração, tendo considerando a pretensa violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir da demora no processo administrativo de demarcação da terra indígena em questão, bem como a inefetividade da jurisdição interna em conferir proteção aos direitos territoriais dos sujeitos envolvidos (CIDH, 2009, p. 10).

4.1.1.1.7 Caso Comunidade Indígena Ngöbe e seus membros contra Panamá

A denúncia a ser analisada foi recebida em data de 07 de maio de 2008 pela Comissão, tendo sido admitida por meio do Informe n. 75/09, de 5 de agosto de 2008 (CIDH, 2009, p. 1).

Os peticionantes aduzem que o Estado do Panamá deferiu concessão para construção de uma hidrelétrica no interior das terras da Comunidade Indígena Ngöbe, em prejuízo ao meio ambiente, costumes e tradições dos envolvidos, de forma a causar violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Narram que ocupam uma área de aproximadamente 6.000 (seis mil) hectares, sendo que o ato administrativo contra o qual se insurgem não considerou a falta de apoio à licença em questão por parte das populações interessadas (CIDH, 2009, p. 3).

O Estado aduziu, em informações prestadas à Comissão, que os denunciantes não ocupam uma área de terras ancestrais, como salientado na inicial, mas sim uma área de proteção ambiental, fato este negado pelos indígenas (CIDH, 2009, p. 4).

A Comissão considerou, em consequência, que a falta de concessão de títulos de domínio em favor dos indígenas interessados, bem como a não-consideração da falta de apoio por eles indicada ao empreendimento do setor energético, consubstanciam violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a receber a denúncia para apuração no âmbito do órgão (CIDH, 2009, p. 7).

4.1.1.1.8 Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano contra Panamá

A Comissão recebeu representação contra o Estado do Panamá referente ao caso em análise em data de 11 de maio de 2000, tendo a admitido por meio do Informe n. 58/09, de 21 de abril de 2009 (CIDH, 2009, p. 1).

Alegam, em síntese, os peticionantes que o Estado incorreu nas seguintes violações aos direitos humanos: o deferimento de concessão para a construção de hidrelétrica na área habitada pelos indígenas envolvidos, o que forçou a remoção dos mesmos para outro local entre os anos de 1973 e 1977; a omissão estatal em reconhecer formalmente os direitos dos povos residentes sobre as terras por eles ocupadas; a conivência com a invasão de colonos não-indígenas sobre o território em que residem atualmente, tendo em vista a pavimentação da Rodovia Panamericana em seus limites; a falta de ressarcimento pecuniário em decorrência da remoção. Narram que todas essas condutas prejudicam a manutenção dos usos e costumes dos denunciante (CIDH, 2009, p. 1).

O Estado alegou, em informações prestadas à Comissão, que a construção da hidrelétrica em análise representava uma necessidade para os seus habitantes, a fim de não mais importarem energia de outros países. Acrescentou que removeu todos os indígenas envolvidos (CIDH, 2009, p. 4).

A Comissão decidiu apurar a violação ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a inefetividade e o não-pagamento das medidas pecuniárias reivindicadas pelos sujeitos em análise (CIDH, 2009, p. 10).

4.1.1.2 Medidas cautelares e Caso da Hidrelétrica de Belo Monte versus Brasil

No período abrangido por esta pesquisa (2009 a 2011), a Comissão publicou 8 Medidas Cautelares em situações que envolvem possíveis violações a direitos territoriais indígenas, de forma a demonstrar, de acordo com perspectiva aqui desenvolvida, uma grande demanda junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos a fim de se obter efetividade às garantias em questão.

Cumprido ressaltar que, quando da edição de Medidas Cautelares, a Comissão não incorre em qualquer juízo de valor quanto a pretensas violações a quaisquer dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Verifica-se apenas a possibilidade de prejuízo irreparável aos indígenas em decorrência de alguma ação ou omissão do Estado.

Contabilizaram-se as edições de Medidas Cautelares em casos com os seguintes objetos: remoção forçadas de indígenas a terras que não as por eles tradicionalmente ocupadas (2 casos); ocupação de terceiros não-indígenas em áreas de ancestral posse de índios (2 casos); ausência de reconhecimento de direitos territoriais indígenas em procedimento administrativo de demarcação (1 caso); possíveis prejuízos em decorrência de iminente processo de licenciamento em hidrelétricas (2 casos) e projetos de mineração (1 caso). Os Estados envolvidos nas situações fáticas descritas foram Guatemala (2 casos), Argentina, Brasil, Suriname, Chile, México e Panamá, sendo todos estes com 1 caso cada.

Considerando-se o grande número de Medidas Cautelares, esta pesquisa opta por, neste momento, alinhar o caso sobre o qual se agiu em desfavor da República Federativa do Brasil, qual seja, o Caso das Comunidades Indígenas situadas no Rio Xingu.

Em data de 1º de abril de 2011, a Comissão garantiu Medidas Cautelas em favor dos membros de comunidades indígenas situadas às margens do Rio Xingu, no Estado do Pará, quais sejam: Arara de Volta Grande, Juruna de Paquiçamba, Juruna do Quilômetro 14, Xikrin de Trincheira Bacajá, Asurini de Koatinemo, Kararaô e Kaiapó, Parakanã de Apyterewa, Araweté do Igarapé Ipixuna, Arara de Cachoeira Seca e indígenas em isolamento voluntário. Para obtenção do provimento em questão, as vítimas alegaram risco às suas vidas e integridades físicas, em decorrência da potencial construção da futura Hidrelétrica de Belo Monte.

Os eventos acima alinhados conduziram a Comissão à recomendação da suspensão imediata do processo de licenciamento da Hidrelétrica de Belo Monte e a paralisação de qualquer construção dela advinda. Em consequência dessa medida, deveria a República Federativa do Brasil garantir: a consulta aos indígenas na área de abrangência do empreendimento em relação à licença a ser concedida; o acesso prévio ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental, em formato acessível, incluindo a tradução aos dialetos indígenas; a adoção de medidas com vistas à proteção dos direitos à vida e integridade física dos povos em isolamento voluntário, bem como a evitar a disseminação de doenças e epidemias em decorrência do excessivo fluxo de pessoas por conta da construção.

Durante a sua 142ª Sessão, realizada em 29 de julho de 2011, a Comissão alterou as referidas recomendações, com base nas informações encaminhadas pelo Estado e peticionários. Sugeriu ao as seguintes medidas contra o denunciado: a adoção de medidas com o objetivo de proteger a saúde, vida e integridade física dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário e habitantes das margens do Rio Xingu, bem como proteger a integridade cultural dos sujeitos envolvidos e efetivar medidas para mitigar o impacto ambiental sobre eles; acelerar a implantação e implementação do Programa de Saúde Indígena para a UHE Belo Monte, bem como o planejamento traçado pela FUNAI na Opinião Técnica n. 21/09; garantia de que os processos internos de regularização dos direitos territoriais indígenas ainda pendentes sejam finalizados com a maior brevidade. Considerou que a República Federativa do Brasil logrou êxito em cumprir com o objeto das Medidas Cautelares, pois voltou a analisar o mérito do licenciamento impugnado, mediante abertura de consulta às populações interessadas.

Convém ressaltar que, até o presente momento, inexistente qualquer admissão de Informe de Admissibilidade com vistas a apurar denúncias de violações a direitos humanos passíveis de responsabilidade internacional do Estado brasileiro no licenciamento da Hidrelétrica de Belo Monte, mas tão-somente a adoção de Medidas Cautelares pela Comissão, de acordo com informações apuradas junto à página eletrônica do órgão.

Uma vez apresentados os casos submetidos à Comissão e a sua atuação em torno da temática de direitos territoriais indígenas, a pesquisa passa a analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da solicitação de Medidas Provisórias em desfavor dos Estados representados, bem como do processo e julgamento de casos

contenciosos destinados à verificação de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos.

4.1.2 Casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos

O presente tópico cuidará da apresentação das linhas basilares acerca das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos territoriais indígenas, a fim de delinear os marcos teóricos utilizados em sua jurisprudência a respeito da temática em estudo.

4.1.2.1 Caso *Moiwana versus Suriname*

Em 15 de junho de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu a primeira sentença em matéria de reconhecimento a direitos territoriais indígenas, no caso *Moiwana vs Suriname*.

A sentença condenatória emana da situação fática desencadeada a partir do massacre de membros da Comunidade *Moiwana* praticado por membros das Forças Armadas do Suriname em 29 de novembro de 1996. Os soldados supostamente mataram mais de quarenta homens, mulheres e crianças, bem como arrasaram a comunidade. Os remanescentes fugiram para áreas adjacentes de floresta, deixando de ocupar suas terras ancestrais. Até a data da apresentação da demanda, não havia qualquer investigação a respeito dos atos de violência relatados e, em virtude desses fatos, os representantes das vítimas requereram o reconhecimento da violação do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE I.D.H., 2005, p. 2).

Relatam as vítimas que, diante da inexistência de qualquer procedimento formal tendente à investigação do massacre ocorrido, os indígenas não viam revestido o retorno às suas terras ancestrais com a necessária segurança (CORTE I.D.H., 2005, p. 54).

O Estado do Suriname não apresentou qualquer fato ou fundamento jurídico com vistas a desmontar a alegada responsabilidade por violação do direito de propriedade, na forma como inscrito na Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE I.D.H., 2005, p. 55).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que houve violação do direito à propriedade por parte do Estado demandado, ainda que não houvesse qualquer título formal em favor de um indivíduo ou de um grupo em relação à área reivindicada. O Tribunal considerou que, em matéria de direitos territoriais indígenas, basta a posse e a demonstração de laços ancestrais para que os sujeitos em estudo tenham o direito à terra por eles requerida, assim entendida como a base fundamental de suas culturas, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica (CORTE I.D.H., 2005, p. 57).

O dispositivo condenatório da sentença em análise determinou ao Estado do Suriname a adoção de todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias à garantia do direito de propriedade das terras de que foram expulsos aos membros da comunidade Moiwana e, em consequência, assegurar o uso e gozo das mesmas (CORTE I.D.H., 2005, p. 92).

4.1.2.2 Caso Yakye Axa *versus* Paraguai

O caso a ser analisado emana de sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seguir denominada de “a Corte”, em data de 17 de junho de 2005. A Comissão suscitou, dentre outros dispositivos, a violação aos arts. 4 e 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais correspondem aos direitos à vida e propriedade, tendo em vista que tramitava no Estado do Paraguai desde 1993 um procedimento de reivindicação territorial formulado pela Comunidade Yakye Axa sem qualquer resultado satisfatório. Reforçou-se que a impossibilidade de acesso dos seus membros às terras ancestrais levou-os a um estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, de forma a ameaçar sua sobrevivência cultural (CORTE I.D.H., 2005, p. 2).

A Comunidade Yakye Axa possui características nômades. Por volta de 1980, os seus membros se retiraram de suas terras ancestrais, por força do nomadismo, e buscaram nela reingressar no início da década de 1990. Quando do seu retorno, porém, a área correspondia a propriedade privada de terceiros, tendo os índios de estabelecido às margens de uma rodovia, espaço este o qual impossibilita a prática de caça, o acesso à água e alimentos em geral (CORTE I.D.H., 2005, p. 15).

A Corte interpretou que, para fins de configuração de violação ao direito de propriedade, esta deve ser lida em cotejo com outros tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Convenção n. 169/OIT, que prevê a propriedade dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (CORTE I.D.H., 2005, p. 78). O art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ter seu alcance lido à luz das coisas materiais apropriáveis, bem assim por todos os direitos os quais podem formar parte do patrimônio de uma pessoa. Essa proteção abrange os bens móveis e imóveis, os elementos corporais ou não e qualquer objeto imateriais valorável (CORTE I.D.H., 2005, p. 80).

O direito de propriedade, nos moldes estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, abrange tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária. A Corte entendeu, porém, que quando estas estiverem em posição de conflito, devem ser utilizados os seguintes critérios para admissão de restrições ao gozo e exercício da terra pelos indígenas: devem ser necessárias, proporcionais, estabelecidas por lei e com um objetivo legítimo em uma sociedade democrática (CORTE I.D.H., 2005, p. 81), sempre sob o prisma de que os direitos territoriais dos índios envolvem o direito coletivo à sobrevivência cultural (CORTE I.D.H., 2005, p. 82).

Entendeu-se, outrossim, que o Estado do Paraguai incorreu em violação do direito à vida dos povos indígenas em questão. A falta de acesso à água e aos recursos naturais necessários à sobrevivência cultural dos demandantes conduziu-os a um estado de desnutrição e, conseqüentemente, vulnerabilidade, de modo a não garantir uma condição de vida digna aos seus membros (CORTE I.D.H., 2005, p. 90).

Ao final, a Corte condenou o Estado a identificar o território tradicional dos membros da Comunidade Indígena Yakyé Axa e a entregá-lo de maneira gratuita a seus membros no prazo de três anos a contar da intimação da sentença (CORTE I.D.H., 2005, p. 109).

4.1.2.3 Caso Sawhoyamaya versus Paraguai

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seguir denominada de “a Corte”, proferiu sentença de mérito, reparação e custas no vertente caso em data de 29 de março de 2006.

A Comissão suscitou, em demanda, a violação dos arts. 4 e 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais se referem aos valores fundamentais da vida e propriedade. A situação fática concernente a uma possível responsabilidade internacional do Estado do Paraguai decorreu da existência de tramitação de reivindicação territorial dos povos Sawhoyamaxa no âmbito interno desde o ano de 1991, sem que até aquela data houvesse qualquer conclusão a respeito, levando-os a habitarem as margens de uma rodovia nacional. A ausência de finalização do procedimento administrativo impediu os indígenas de terem acesso às suas terras, bem como os obrigou a um estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária (CORTE I.D.H., 2006, p. 2).

Alinhou-se que a remoção forçada dos indígenas de suas terras data inicialmente do final do século XIX, quando a Bolsa de Valores de Londres adquiriu grandes extensões de áreas do Chaco paraguaio, como decorrência das dívidas contraídas pelo Estado demandado durante a Guerra do Paraguai. A concessão de títulos de propriedade a terceiros se acentuou com o desfecho da Guerra da Bolívia, nos anos de 1933 a 1936, o que forçou os povos indígenas da região a se retirarem de suas terras ancestrais (CORTE I.D.H., 2006, p. 30-31).

Após o protocolo de requerimento de reivindicação territorial no âmbito interno, em 1991, desencadeou-se uma resistência da empresa Companhia de Bovinos S/A, pois detentora de título de propriedade das áreas em questão (CORTE I.D.H., 2006, p. 37).

O procedimento de reivindicação territorial em análise culminou, em 16 de agosto de 2000, com a rejeição de projeto de lei tendente à desapropriação da área solicitada pelos Sawhoyamaxa (CORTE I.D.H., 2006, p. 44).

Em relação ao estado de vulnerabilidade médica, alimentícia e sanitária dos demandantes, o Estado paraguaio inclusive a reconheceu, por meio da edição do Decreto n. 3789/1999, devido à situação de pobreza extrema, aos baixos níveis de saúde e atenção médica e às restrições de cultivo e prática livre de suas atividades tradicionais de subsistência (CORTE I.D.H., 2006, p. 46).

No mérito, a Corte considerou a existência de violação ao direito de propriedade dos povos indígenas em relação às terras por eles ocupadas. O Tribunal partiu da Convenção n. 169/OIT como marco teórico para salvaguarda de tais valores, tendo em vista a garantia, por esse diploma normativo, do direito de propriedade dos índios sobre suas terras.

Entendeu, outrossim, que o alcance do art.21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, abrange a estreita vinculação entre os membros de uma comunidade com o espaço em que habitam e os recursos naturais necessários às suas culturas ali encontrados, bem assim os elementos não-corpóreos (CORTE I.D.H., 2006, p. 69).

O Tribunal alinhou que as definições de posse e propriedade, por parte das comunidades indígenas, podem ter uma significação coletiva, no sentido de pertencimento centralizado não em um indivíduo, mas sim em um grupo. Essa representação pode ser alcançada também pelo art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mesmo que o dispositivo abranja apenas a propriedade individual (CORTE I.D.H., 2006, p. 70).

Considerou-se que não há necessidade de posse atual da área reivindicada pelos indígenas, mas sim a demonstração de existência de um vínculo anterior com o espaço. A Corte reiterou os seguintes critérios por ela utilizados em sua jurisprudência anterior: a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras possuem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio outorgado pelo Estado e lhes defere o direito de exigir o reconhecimento oficial de sua propriedade e registro; os membros de comunidades que tenham perdido a posse de suas terras por circunstâncias alheias às suas vontades, tendo elas sido transferidas a particulares, têm o direito de recupera-las ou a obter outras de igual extensão e qualidade (CORTE I.D.H., 2006, p. 71-71).

A existência de responsabilidade internacional do Estado do Paraguai por ocorrência de violação do direito à vida, nos termos do art. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, restou configurada. A Corte assinalou que o alcance do dever de proteção à vida abrange não apenas a obrigação negativa de não se privar arbitrariamente a vida de um indivíduo, mas também o deferimento de prestações positivas de garantia de pleno e livre exercício dos direitos humanos, sempre interpretadas de modo a não impor às autoridades uma carga impossível ou desproporcionada de políticas públicas (CORTE I.D.H., 2006, p. 79).

Determinou-se, ao final, que o Paraguai adotasse todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias à entrega física e formal das terras reivindicadas pelos povos Sawhoyamaxa, no prazo de três anos a contar da publicação da sentença em questão (CORTE I.D.H., 2006, p. 73).

4.1.2.4 Caso Xákmok Kasek *versus* Paraguai

Em 24 de agosto de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada “a Corte”, proferiu sentença de mérito, reparações e custas no Caso Xákmok Kasek vs. Paraguai.

A situação fática concernente ao caso em análise foi submetida à Corte em demanda protocolada pela Comissão em data de 03 de julho de 2009. Havia potencial responsabilidade internacional do Estado do Paraguai quando da violação do direito de propriedade ancestral da Comunidade Indígena Xákmok Kasek, tendo em vista a não-conclusão de procedimento de reivindicação territorial iniciado em 1990. A isso se soma que os indígenas demandantes não contavam com o pleno acesso às suas terras, de forma a se encontrarem em um estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária aptas a ameaçar a sobrevivência de seus membros e a integridade da mesma (CORTE IDH, 2010, p. 2).

O presente caso representou a consolidação de um marco paradigmático no contexto dos direitos territoriais indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo esta visualizada a partir do momento em que a Comissão solicitou à Corte novamente fosse reconhecida a violação não apenas do direito à propriedade dos povos indígenas em relação às terras por eles ocupadas, na forma do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também o descumprimento do direito à vida, com fundamento no art. 4, do mesmo diploma, por força do estado de vulnerabilidade acima indicado (CORTE IDH, 2010, p. 3).

Durante a tramitação da demanda perante a Corte, o Estado do Paraguai ofereceu proposta de acordo. Os indígenas não a aceitaram, sob a justificativa de que consideravam-na apenas um artifício para protelar um pronunciamento final de mérito no caso (CORTE I.D.H., 2010, p. 10).

A Comissão aduziu, em sua demanda, que mesmo com o reconhecimento do direito à propriedade da terra por indígenas na legislação paraguaia, não se logrou êxito, até aquela data, em concluir procedimento administrativo interno com tal finalidade. Alegam que a área pretendida pelos Xákmok Kasek era seu habitat desde tempos imemoriais, motivo pelo qual solicitou a recuperação daquele espaço ou a concessão de terras de idêntica extensão

ou qualidade, tendo em vista que os proprietários privados dificultavam o acesso cotidiano a ela, bem como o Estado ali instituiu área florestal silvestre (CORTE I.D.H., 2010, p. 14).

Em contrapartida, o Estado refutou os aludidos requerimentos, sob as seguintes justificativas: o procedimento de demarcação ficou paralisado durante muitos anos, devido ao fato de que os indígenas não alteraram sua denominação de “Comunidades Salazar”, para Xákmok Kasek; a legislação interna garante o direito de propriedade aos seus cidadãos, sendo que a área reivindicada está registrada em nome de terceiros não-indígenas; o Paraguai colocou à disposição dos demandantes o esgotamento da via administrativa (CORTE I.D.H., 2010, p. 14).

No mérito, a Corte reconheceu a violação do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Considerou que há estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais relacionados à sua cultura, assim como os elementos imateriais nela presentes, para fins de sobrevivência de suas culturas, vida espiritual, integridade e subsistência econômica, o que se insere no dispositivo em questão. Assinalou que a relação do indígena com a propriedade não se centraliza em um único indivíduo, mas sim no grupo e na comunidade (CORTE I.D.H., 2010, p. 23).

A Corte considerou que os conceitos de posse e propriedade, em se tratando especificamente de direitos territoriais indígenas, podem ter uma representação coletiva. Essa noção de domínio não advém da concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE I.D.H., p. 24). O Tribunal determinou, ainda, que o Estado deve reconhecer o direito do indígena à terra mesmo quando tenha sua posse parcial ou esteja ela sob o domínio de particulares, como no caso em questão, bastando apenas a comprovação da ancestralidade da ocupação pelos índios (CORTE I.D.H., p. 29).

Para fins de verificação da propriedade comunitária das terras indígenas, estabeleceu a Corte os seguintes requisitos, com base em sua jurisprudência reiterada: a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio outorgado pelo Estado; a posse tradicional defere aos indígenas o direito de requerer o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; o Estado deve delimitar, demarcar e outorgar título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; os índios os quais, por causas alheias às suas vontades, tenham saído ou perdido da posse de

suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, bem como de recuperá-las ou obter outros espaços de igual extensão e qualidade (CORTE I.D.H., 2010, p. 29).

A violação do direito à vida, previsto no art. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, restou constatada. Entendeu-se que esse valor fundamental compreende o direito às condições garantidoras de uma vida digna. A partir do momento em que o Estado obsta o acesso dos indígenas à terra mantenedora de seus recursos naturais, por meio da qual praticam a caça e a pesca, há prejudicialidade a uma condição de vida digna, tendo essa situação sido verificada no caso (CORTE I.D.H., 2010, p. 29). A existência de responsabilidade internacional ficou configurada por meio da falta de distribuição de água (CORTE I.D.H., 2010, p. 49), a proibição de cultivo de alimentos em área própria (CORTE I.D.H., 2010, p. 50), ausência de serviços de saúde (CORTE I.D.H., 2010, p. 52) e educação (CORTE I.D.H., 2010, p. 54).

A Corte condenou, ao final, o Estado do Paraguai a remover os obstáculos formais internos à titulação dos indígenas sobre a área reivindicada, no prazo de seis meses, bem como a realizá-la, após, em um ano (CORTE I.D.H., 2010, p. 86).

4.2 DOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS A PARTIR DO ESTADO E DOS ÍNDIOS: DA PROPRIEDADE PRIVADA E DO DIREITO À VIDA

A proteção aos direitos territoriais indígenas demanda uma leitura reflexiva em torno das diferentes concepções em torno da terra indígena, a partir dos atores envolvidos na temática em questão, quais sejam: o Estado e os índios.

Para tanto, em um primeiro momento, a pesquisa cuidará de analisar temas pontuais que se mostram necessários para o desenvolvimento da perspectiva a ser defendida por este trabalho.

A reflexão teórica em exame se iniciará a partir da fixação das linhas basilares em torno da autodeterminação dos povos, tendo em vista a contemporânea reivindicação de autonomia por parte dos povos indígenas. Após, a pesquisa adentra sobre o estudo da proteção dos direitos territoriais indígenas sob a ótica dos direitos humanos, pois a pesquisa requer que se proceda a uma investigação sobre por qual razão recorrem tais povos a essa política. Importa em saber se o discurso da proteção aos direitos humanos guarda uma relação intrínseca com os anseios e os anseios defendidos pelos indígenas, ou se se trata de

um discurso por eles apropriado e seus reflexos sobre o reconhecimento dos direitos em estudo, notadamente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A pesquisa conclui com a verificação dos sentidos deferidos à territorialidade indígena, todos eles em cotejo com as decisões proferidas nos casos contenciosos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os povos indígenas têm sido tradicionalmente indicados como sujeitos contra o Estado e visualizam a terra a partir de uma representação: a de direito à vida. Ao caminhar na retaguarda de tal concepção, o Estado procura aplicar sua estrutura conformacional à política de reconhecimento de direitos territoriais indígenas, indicando uma outra concepção do direito em análise, qual seja, o de propriedade, dela não podendo se dissociar.

4.2.1 Da autodeterminação dos povos

Existe, atualmente, uma demanda por partes dos povos indígenas latino-americanos, a qual se concentra na reivindicação de autonomia por parte deles, como núcleo de um projeto político por eles idealizado, a fim de que se edifiquem sociedades nacionais simultaneamente democráticas e justas. Entre os marcos históricos do movimento em exame, estão, entre outros eventos, em 1984, o processo de autonomia da Costa Atlântica nicaraguense; em 1994, o movimento zapatista; a revolta indígena no Equador, em 1990, e suas consequências (POLANCO, 2005, p. 43).

A reivindicação por autonomia se justifica a partir de um cenário peculiar: apesar de várias centúrias de opressão deflagrada contra os povos indígenas, estes ainda mantêm seus traços culturais essenciais, o que justifica o pleito de reconhecimento de seus direitos culturais (NORIEGA, 2007, p. 169).

A partir das peculiaridades acima relatadas, apresenta-se uma erupção de ideais em torno da reivindicação por reconhecimento dos povos indígenas, o que desembocará nos requerimentos de autonomia. Surgem palavras, todas tradutoras de um mesmo ideal, como “livre determinação”, “autodeterminação”, “autogoverno”. O movimento nasceu com a luta pelo direito à terra, passando pelas solicitações de direitos ao território e ao habitat, para ao final incorporar o conceito de “etnodesenvolvimento”, representando este o desenvolvimento com identidade (WILHELMI, 2006, p. 399).

As demandas por autodeterminação encontram supedâneo legal, e ponto de partida, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao estabelecerem: “Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, estabelecem sua condição política e proveem seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Para Wilhelmi (2006, p. 408-409), trata-se de um direito de natureza coletiva.

No plano político-ideológico, há obstáculos na luta ora proposta, tais como a negação da autodeterminação como atributo dos povos indígenas (POLANCO, 2005, p. 43-44).

A concepção negatória acima descrita se lê a partir da reflexão descrita por Marés (2006, p. 68) a respeito dos fundamentos da negação da autodeterminação dos povos. O autor infere que, para os povos indígenas passarem a ter direitos reconhecidos internacionalmente, deveriam estruturar-se em Estados, tendo essa premissa como marco temporal especialmente a Segunda Guerra Mundial. A lógica do aparelho estatal contemporâneo demandou que, nos territórios já constituídos, fosse a autodeterminação dos povos diferenciadas contornada em direitos individuais garantidos a cada integrante de um povo, por meio do discurso dos direitos humanos ou direitos de cidadania e, mais recentemente, dos direitos culturais, econômicos e sociais.

As frentes travadas contra a autodeterminação partem do pressuposto de que esse movimento traduziria um rompimento com a soberania estatal, pois podem significar um novo Estado (SILVEIRA, 2010, p. 31).

Reflete Wilhelmi (2006, p. 418) também a respeito, indicando que a resistência à autodeterminação dos povos não encontra amparo apenas em combate a discursos separatista ou de desmembramento de territórios nacionais, mas principalmente por conta do controle dos recursos naturais nos territórios indígenas, diante da insuficiência atual de recursos energéticos e da necessidade de novas áreas de especulação pelo capital financeiro, o que repercutiria para o terreno dos conhecimentos tradicionais e das patentes. Ademais, o próprio Estado nacional não consegue conceber a autodeterminação justamente pelo fato de ela não estar dentre os seus elementos basilares, pois tradicionalmente esse aparelho estatal cultuou processos civilizatórios.

Vê-se, então, que a autodeterminação representa um dos grandes ideais dos povos indígenas em tempos contemporâneos. Isso não implica em soberania, como tem sido constantemente apregoado, mas sim no respeito às diferentes formas de organização social dos povos indígenas dentro de suas terras, sem que importe em anular o Estado nacional do qual eles também completam a composição.

Em vista das disposições acima alinhadas, passa a presente pesquisa a analisar, tópico abaixo, sobre qual contexto se funda a proteção aos direitos territoriais indígenas sob a ótica dos direitos humanos, a fim de alinhar que se trata de um discurso introduzido pelo Estado nacional e incorporado pelos povos indígenas em favor de seus interesses.

4.2.2 Da proteção aos direitos humanos no contexto do multiculturalismo

A política de proteção aos direitos humanos se construiu, tradicionalmente, sob a plataforma da universalidade, desenvolvendo ideias dominantes, tais como a dignidade da pessoa humana. Os valores universais, porém, embora tentem semear a premissa da hegemonia, não atendem em sua plenitude alguns movimentos marginalizados no seio do Estado nacional, tais como os povos indígenas (SILVEIRA, 2010, p. 33-34).

A universalidade dos direitos humanos se traduz no objetivo de construir uma ordem pública mundial voltada ao respeito a valores básicos universais. Toda e qualquer pessoa é titular de direitos, independentemente de sexo, cor, raça ou quaisquer características que lhe sejam inerentes. Apesar de mostrar-se lógica na dogmática jurídica dos dias atuais, tal concepção necessitava de um reforço normativo após a Segunda Guerra Mundial, a fim de eliminar a ideologia nazista segundo a qual a titularidade de direitos pertencia somente à raça pura ariana (PIOVESAN, 2006, p. 131).

A partir da necessidade de frear movimentos atentatórios à dignidade da pessoa humana, como acima descrito, fixaram-se as bases da política de direitos humanos da contemporaneidade, avulta-se a dicotomia entre universalidade e particularidade. As discussões em torno da questão indagam se a proteção aos direitos étnicos de um povo, no contexto de uma plataforma multicultural, compatibiliza-se com os direitos e garantias individuais conferidos a todos os cidadãos no ordenamento jurídico-constitucional da maioria das sociedades contemporâneas (POLANCO, 2005, p. 45-46).

A dicotomia entre particularidades e universalidades se reflete precipuamente no estudo dos direitos humanos. A proteção aos direitos humanos, em sua essência, nasce no contexto universalista do corte neoliberal, o qual foi penetrando no pensamento contemporâneo progressista e de esquerda. Os direitos humanos, na realidade, não são direitos universais, mas “universalizáveis”, pois adquiriram a premissa de universais após longas discussões e acordos entre as comunidades humanas, como ocorreu, por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos (POLANCO, 2005, p. 54-55).

Krotz (2008, p. 12-14) descreve, de forma sintética, quatro teorias em torno da ideia dos direitos humanos nos contextos multiculturais e seus pontos de tensão: uma primeira teoria defende que os direitos humanos têm importância fundamental para garantir uma vida harmônica na esfera interna e no plano internacional, sendo que desconsidera as resistências decorrentes das diferenças culturais; uma segunda posição reflete que o ideal de direitos humanos traduz unicamente um pensamento ocidental, o que leva a maioria dos seus defensores a pugnar pela sua não-difusão; uma terceira teoria indica que os direitos humanos são aplicáveis a todas as sociedades, pois entre elas há um “núcleo ético” a ser respeitado, sendo que este posicionamento tende a tirar a história de algumas culturas e rituais; uma quarta posição pugna que a vigência dos direitos humanos deve atender às particularidades e consensos desenvolvidos pelas diferentes culturas.

O liberalismo, em verdade, foi a doutrina que conseguiu conglomerar sob o manto da universalidade várias concepções particulares do que seria o bem comum, resultando de uma visão impositiva de um grupo social. Por conta disso, acabam por espriar-se certas visões de que tudo aquilo que viola o universal, infringe os direitos humanos (POLANCO, 2005, p. 56).

Nesse enfoque, surgem algumas premissas consagradas não só na ordem jurídica, mas também política, social e econômica. Uma delas é a dicotomia entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais. O liberalismo firmou essa divisão para, ao final, fazer com que prevaleçam os direitos civis e políticos. Polanco (2005, p. 57) ecoa o entendimento segundo o qual não há divisão, mas sim integralização: os direitos humanos devem ser integrais. Se assim não o forem, constituirão apenas mais uma arma de combate político, no contexto de um falso universalismo interessado.

Não bastando a mencionada divisão, os direitos humanos costumam ser hierarquizados. Para alguns, a liberdade prevalece sobre a igualdade. Para outros, há direitos substantivos (os quais são inalienáveis) e adjetivos (dos quais se podem dispor). Esse discurso fundamenta o seguinte raciocínio: se os direitos humanos forem interdependentes, então vários governos os quais se proclamam como defensores de tais valores se tornarão violadores (POLANCO, 2005, p. 59).

Fato é, entretanto, que o discurso em torno da proteção aos direitos humanos tem raízes ocidentais. O nó da questão, quando esta base teórica é aplicada aos direitos territoriais indígenas, é que esses povos estão tendo que assimilar práticas externas às suas culturas a fim de desenvolver seus valores. Isso se exemplifica, por exemplo, com a incorporação de um discurso ambientalista, chamado de discurso “ecopolítico” por Gallois (2001, p. 180-181), ao mesmo tempo em que esta pondera que, mesmo diante dessas concepções, tal discurso de lideranças indígenas não está ocorrendo simultaneamente a uma reflexão do que ela representará para esses povos, vez que essa discussão pode resultar justamente do protecionismo contra o qual lutam os índios. O discurso ecopolítico enfraquece a luta por melhoria das condições sociais, econômicas e políticas desses povos, demonstrando que eles não são sujeitos do seu próprio desenvolvimento.

A visão da apropriação do discurso ambientalista por parte dos povos indígenas se mostra refutada, entretanto, por Dourado (2009, p. 77), devido ao fato de entender que inexistem mera incorporação de argumentos, mas sim resignificação de categorias, de forma a trazê-los para uma realidade específica de manejo de recursos naturais. Reflete, outrossim, que o próprio movimento indigenista estabelece críticas à vertente ambientalista, quando no item 40 da Carta da Terra dos Povos Indígenas, de 1992, se estabelece expressamente a recomendação de que os grupos afetos à questão ambiental considerem não apenas uma valorização maior dos animais em relação aos seres humanos, mas também o inverso.

A despeito da existência ou não da apropriação do discurso ambientalista pelos povos indígenas a fim de legitimarem suas lutas, defende-se desde já, de acordo com reflexão desenvolvida por esta pesquisa, que o indivíduo não está imune à percepção e adoção de diferentes idéias as quais lhe pareçam mais favoráveis em um determinado contexto político e social. Se uma determinada norma se mostra mais atraente aos interesses

de uma específica categoria, reputa-se clara a tendência de tentar trazê-la ao seu núcleo de abrangência. Os povos indígenas, uma vez constituídos de seres humanos e pensantes, não estão excluídos dessa premissa e, ainda assim, não há que se fazer qualquer juízo condenatório em desfavor dessa prática.

A referida concepção se confirma quando se visualiza que, ao longo dos tempos, os indígenas têm incorporado premissas inerentes ao Estado. Albert (1995, p. 2) delinea que os movimentos de resistência calcados na reivindicação de reservas de terra, por meio de “contra-espacos” diversificados no interior da fronteira, tais como as terras indígenas e reservas extrativistas, consistem em um discurso reivindicativo atrelado ao quadro jurídico e administrativo imposto pelo aparelho estatal. O antropólogo Albert (1995, p. 8) ora mencionado reflete que as etnicidades contemporâneas não se espraiam a partir de uma teatralidade alienada ou cínica, mas sim advêm de um processo político-cultural de adaptação criativa com vistas a permear as condições de possibilidade de uma negociação inter-étnica de contorno ou subversão do discurso colonial e o denomina de “auto-objetivação cultural”.

A perspectiva acima alinhada também se mostra descrita na obra de Bordieu (1998, p. 81), quando infere que as reações suscitadas a partir de uma determinada temática advêm da dinâmica entre as medidas adotadas e a lógica do campo em que se geram, tendo em vista que a razão de ser das instituições sociais não emana da vontade do indivíduo ou de um grupo, mas sim das forças antagônicas e complementares em função dos interesses associados às diferentes posições.

Bordieu (1998, p. 85-86) sintetiza a idéia da apropriação do discurso na seguinte passagem:

(...) Em suma, ninguém pode lucrar com o jogo, nem mesmo os que o dominam, sem se envolver no jogo, sem se deixar levar por ele: significa isto que não haveria jogo sem a crença no jogo e sem as vontades, intenções, as aspirações que dão vida aos agentes e que, sendo produzidas pelo jogo, dependem da sua posição no jogo e, mais exatamente, do seu poder sobre os títulos objetivados do capital específico – precisamente aquilo que o rei controla e manipula jogando com a mesma margem que o jogo lhe deixa.

A seguinte passagem permite entender, a partir de premissa defendida por esta pesquisa, que os povos indígenas, quando aceitam ocupar um determinado espaço diante de uma linha geográfica, optam por coadunar com um discurso hegemônico e dominante. Na

busca incessante pela delimitação desse território, porém, adequam-se ao jogo de lutas, de forma a apropriar-se dos mais variados discursos necessários à efetivação de seus direitos e, mais atualmente, esse ideal se personifica por meio da doutrina ocidental dos direitos humanos.

A inexistência de uma visão ocidental dos direitos humanos por parte dos povos indígenas é descrita por Mansilla (2008, p. 65), quando infere que essa concepção não prevalece sobre eles, mas sim a de comunidade. Relata o autor, ainda, a possibilidade de a natureza comunitária das ações e omissões daqueles sujeitos aceitar determinadas violações de direitos humanos não autorizadas, por exemplo, no âmbito de sistemas contenciosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹

Mansilla (2008, p. 76) descreve que essa apropriação do discurso reforça, inclusive, o paternalismo estatal, a partir da concepção de que os indígenas se igualaram a outros particulares quando passaram a exigir do Estado a formulação de políticas públicas em excesso. Com a devida vênia, esta pesquisa não se filia a esse entendimento, pois o próprio Estado nacional concentrou em si mesmo o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, por meio do seu ordenamento jurídico, gerando o movimento centrípeto da busca em análise, e não o contrário.

Não é possível, porém, afirmar, de forma categórica, que a retórica da proteção aos direitos humanos será benéfica ou ameaçadora aos interesses e direitos territoriais dos povos indígenas. Fato é, entretanto, que os primeiros resultados da aliança com frentes humanistas já tem produzido resultados, vez que os povos indígenas têm recorrido a Cortes de direitos humanos para verem tais direitos reconhecidos.

4.2.3 Da Terra Indígena sob a ótica do Estado: da hegemonia da propriedade privada

O direito imperial, na visão de Schacherreiter (2010, p. 1-2), enquanto direito transnacional, produzido por entes públicos e privados, penetrou sobre a periferia. Um exemplo atual desse direito são as políticas adotadas pelo Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Esse conceito se reflete sobre a proteção aos direitos territoriais indígenas, pois tem como uma de suas premissas a afirmação da propriedade privada, uma vez que se insere nesse sistema o conceito de *rule of law*. O autor cita, a título

exemplificativo, um caso prático do discurso empreendido pelo mercado econômico sobre tais direitos: a partir do Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o México destinou terras públicas dominiais à reforma agrária.

É importante salientar também que o sistema do direito imperial se funda na premissa da hegemonia, a qual se manifesta no consenso. Crucial se mostra que as elites políticas e a grande população de um determinado bloco anuam com uma dada prática de direito imperial, a fim de legitimá-la. Como essas práticas implicam em atração de investimentos estrangeiros, a adoção é fatal (SCHACHERREITER, 2010, p. 3).

A hegemonia, porém, não se dá só no Estado, mas também em toda a sociedade. Já a contra-hegemonia, contexto este no qual se fundamentam as demandas dos povos indígenas, desenvolvem-se apenas em determinados grupos da sociedade civil, não constituindo eles as elites políticas (SCHACHERREITER, 2010, p. 4).

Um dos valores da hegemonia se revela justamente a partir do discurso da propriedade privada, elevado a um discurso para a predominância do liberalismo, de acordo com Stefanello (2007, p. 101). A partir do cristianismo, tem-se que a terra foi concedida irrestritamente a todos os homens, sem que por conta dessa ótica se pudesse vislumbrar a possibilidade de concessão de áreas particulares aos indivíduos. Se se trata a terra de um bem de todos, não se afigura, em tese, possível que o homem a detivesse em particular, em detrimento da coletividade (LOCKE, 2010, p. 29).

O iluminista Locke então estreita a possibilidade de o homem deter a propriedade individual de uma área: apesar de a terra e os frutos a ela inerentes serem de propriedade comum a todos, em cada ser humano existe uma propriedade particular dentro de si, sobre a qual ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo, tal como ocorre no trabalho de seus braços e na obra de suas mãos. A propriedade enquanto instituto de direito privado nasce com a tomada do comum por um indivíduo que o transforma do estado original da natureza. A razão faz presumir que, se o homem obtém algo a partir de seu próprio trabalho, tal como a colheita de um fruto de uma árvore de um espaço, não se lhe pode retirar isso, pois ínsito a uma propriedade. Mesmo que Deus haja dado o mundo em comum para todos os homens, não é plausível presumir que o fez para que permanecesse sempre inculto (2010, p. 30).

Para Locke (2010, p. 32), a propriedade diz respeito não somente aos frutos da terra e aos animais nela habitantes, mas também a ela em si mesma com todos os seus

accessórios. Consiste em propriedade do homem a extensão destinada ao plantio, lavra, melhorio e cultivo de produtos, sendo destacável do comum a partir do trabalho. O iluminista defende que Deus, ao conceder as dádivas da natureza ao indivíduo, também lhe determinou o dever de trabalhar, exigência esta também da condição humana e da razão, a fim de melhora-la para benefício da vida e fecunda-la com algo que lhe pertencesse.

O instituto da propriedade privada evoluiu para uma significação em torno do poder político-social. Infere Arendt (2004, p. 71) que, no seu sentido original, o indivíduo proprietário possuía seu lugar em uma determinada parte do mundo e, em consequência, pertencia ao corpo político, de modo a constituir a esfera pública. Embora o nascimento do direito de propriedade abarque feições eminentemente individuais, possui certas qualificações que, conquanto imanescentes à seara privada, foram tidas como absolutamente importantes para o corpo político (ARENDDT, 2004, p. 70).

O caráter de sagrada e inviolável conferido ao direito de propriedade surgiu por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no âmbito da Revolução Francesa de 1789. A fundamentação teórica a erigiu sobre os princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade, o que conduziria o proprietário aos poder de usar a coisa como bem lhe aprouvesse, sem se importar com os demais indivíduos (FIGUEIREDO, 2010, p. 42).

A propriedade individual consiste, para uma perspectiva com a qual se filia a presente pesquisa, em elemento fundante do Estado nacional. Vitória (2001, p. 251), em seus escritos no século XVI, já professava que os índios não poderiam ser furtados de suas propriedades, demonstrando a generalização do direito à terra em torno desse instituto e a sua natureza pública.

O Estado, por meio de seu monopólio da produção normativa, ergueu a doutrina e institucionalização do Direito Privado com detalhes ao extremo, a ponto de conceber sistemas de registros civis com a finalidade de garantia do capital e para elidir quaisquer dúvidas em torno do destino, garantia e plenitude da propriedade privada. A cada crise econômica, transferiu-se parcela do privado ao público, de maneira a centralizar o aparelho estatal com mais espaço, tarefas, serviços. Em cada momento em que assumia mais responsabilidades, aproximava-se de um indivíduo e das regras privadas (SOUZA FILHO, 2006, p. 64-65).

A dicotomia acima descrita entre o público e o privado desencadeou reflexos sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, ficando esses sujeitos no meio de um contexto fático e, em efeito reflexo, excluídos de uma determinada proteção. A partir de reflexões colacionadas por Souza Filho (2006, p. 65), visualiza-se a natureza não-pública da terra indígena, tendo em vista que não se destina a um fim estatal ou a uso público geral, nem mesmo se constata o caráter privado sobre elas, pois não definem titulares individualizados.

O direito, enquanto instrumento hegemônico, erigiu a definição de terra a partir da ótica da propriedade individual, sendo este um conceito que carrega consigo feições de natureza civilística. Contrapõe-se, porém, ao conceito de território, que se refere a um espaço geográfico de seu caráter coletivo (SOUZA FILHO, 2006, p. 131).

Nessa concepção, os territórios indígenas se mostraram inadequados ao sistema jurídico estatal e se concebem como exemplo negativo da plenitude e completude do Estado nacional, independentemente do instituto jurídico adotado para defini-la sob o prisma da ordem interna (SOUZA FILHO, 2006, p. 66). Os ordenamentos jurídicos dos Estados latino-americanos delimitaram-nos em regra, porém, sob o direito de propriedade e a ordem civilista.

Os Estados vêm, contemporaneamente, reconhecendo a existência de direitos territoriais indígenas sob a ótica da propriedade. Atenuam, porém, esse discurso, a partir da premissa segundo a qual não vigem sobre ela os pilares do individualismo, por meio da idéia amplamente generalizada segundo a qual a propriedade indígena sobre a terra tem sido tradicionalmente coletiva e que a modernização capitalista a pressionou permanentemente para individualizá-la, com o objetivo de servir às dinâmicas do mercado (UNRIDS, 2001, p. 7).

Em um breve panorama, esse estudo enumera o disposto nas Constituições de alguns Estados latino-americanos, os quais comportam o maior número de demandas cujo objeto recai sobre o direito em estudo, estatuíram-no na seguinte perspectiva: a Constituição da Bolívia garantiu aos indígenas em isolamento o direito a se manterem nesta condição, ao território e à consolidação legal da área por eles ocupada (art. 31, II), bem como o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas originários quando da assinatura e ratificação de tratados internacionais (art. 255, II, 4) e da autonomia indígena (Capítulo Sétimo); a Constituição da Colômbia prevê que as Províncias são constituídas por

Municípios ou territórios indígenas circunvizinhos (art. 321), sendo estes de propriedade coletiva, cuja conformação ocorrerá de acordo com o disposto na Lei Orgânica de Ordenamento Territorial e sua delimitação se fará pelo Governo Nacional, com a participação de representantes indígenas (art. 329); a Constituição do Equador prevê o direito à propriedade comunitária das terras ancestrais dos povos indígenas, sendo estas inalienáveis, imprescritíveis e intransferíveis (art. 84.2), o que também ocorre na Constituição do Paraguai (art. 64) e Venezuela (art. 119).

Registra-se que as Constituições do Chile, Argentina, Peru, Uruguai, não previram qualquer disposição referente à proteção aos direitos territoriais indígenas.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil assim dispôs sobre o direito à terra indígena:

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, protegê-las 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 à 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 nela 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 nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7o. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3o e 4o.

A breve enumeração do instituto jurídico em estudo nos textos constitucionais dos Estados latino-americanos demonstra, em consequência, a concepção estatal do território indígena sob a ótica do direito de propriedade ou de qualquer outro emanado da ordem civilista, de modo a manter a estrutura estatal. A Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, ao dispor especificamente sobre o tema em seu art. 14.1, estatuiu que os índios têm o direito de propriedade e posse das áreas por eles ocupadas, premissas normativas estas as quais partem do contexto de que os tratados internacionais se formam a partir da vontade de Estados, de acordo com prisma defendido por esta pesquisa.

Uma vez alinhado que a propriedade constitui um dos pilares fundantes do Estado nacional e seu caráter de fundamentalidade para a manutenção do aparelho estatal, bem como que essa premissa se reflete sobre os direitos territoriais indígenas, passa-se à análise de suas representações para os índios, tendo em vista a existência de um discurso dicotômico a partir dos diferentes sujeitos envolvidos na temática em questão.

4.2.4 Do direito à terra sob o olhar dos povos indígenas

A concepção em torno do território, sob a ótica dos povos indígenas, guarda contornos díspares em relação à tratativa deferida pelo Estado nacional.

Quando da conquista pelos europeus, as nações indígenas habitantes da América definiam a jurisdição e alcance de sua organização social a partir do conceito de família, parentesco, língua, afinidade ancestral, costumes e religiões comuns, e não a partir dos limites territoriais ou mesmo pela propriedade. Cada povo construía e ainda faz a sua concepção de território (SOUZA FILHO, 2006, p. 43).

A invasão do continente americano pelos europeus desconsiderou qualquer noção indígena de territorialidade e investiu contra povos, dividindo-os e impondo características forçadas. Infere Souza Filho (2006, p. 44-45), em consequência, que cada povo indígena possui uma idéia peculiar de território ou divisa geográfica de seu território, sendo esta idealizada com base nas relações internas de povo e externa com outros povos.

Define Dantas (2003, p. 93-98) *terras indígenas* como aquelas habitadas por povos indígenas, enquanto espaço de vida, adequado a suas peculiaridades culturais e imprescindíveis para sua reprodução física e cultural. Também conceitua *terras ocupadas*

como as habitadas de forma permanente pelos índios em conformidade com seus usos, costumes e tradições, sobre as quais têm a posse e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes, bem assim entende por áreas reservadas os espaços que a União pode destinar à ocupação indígena.

A cosmovisão dos índios se mostra diferente dos institutos civilistas desenvolvidos pelos ordenamentos jurídicos da sociedade ocidental. Oliveira (2006, p. 13) descreve que, a partir de uma visão indígena, a terra corresponde a um espaço geográfico de natureza coletiva a ser definido de acordo com as concepções defendidas por cada povo.

As conceituações acima indicadas revelam, de acordo com perspectiva desenvolvida pela presente pesquisa, a primazia do elemento “vida” sob a propriedade, em se tratando do território, a partir da concepção adotada pelos povos indígenas.

Os indígenas interpretam a terra com um sentido diverso daquele deferido pelo Estado. Entre os escritos a respeito, encontra-se a luta dos Sarayaku, a qual tem uma conotação espiritual, de apego à terra-mãe fundamental, base da vida, onde se desenvolve a cultura, história, filosofia, forma de vida, respeito à terra e a espiritualidade necessária a suportar qualquer ingestão do capitalismo, sendo este um relato do indígena peruano Viteri (2004, p. 21).

A terra é assim definida pelos indígenas colombianos dos Andes Americanos:

Para los indígenas de los Andes americanos, la tierra es la Pachamama, madre de todas las cosas y de todas las personas, sustento primario de toda vida, protectora del equilibrio, razón primaria de nuestra existencia. Todo existe en su seno, nada puede concebirse fuera de ella. La Pachamama, la tierra, es la que nos permite la existencia (Documentos DHESC, 2009, p. 9)

A salvaguarda do direito à terra por parte dos povos indígenas busca, então, se valer da hegemonia para sua efetivação, tomando por base qualquer natureza jurídica que os sistemas jurídicos lhe ofereçam, bastando para isso a sua sedimentação.

Os indígenas colombianos dos Andes Americanos entendem que o reconhecimento do direito à terra indígena a partir da propriedade se revela frágil, pois a outorga de um título imobiliário não atende, em sua integralidade, a pretensão em exame. O catálogo de obrigações alcançadas por esse direito é amplo, representando o projeto de vida de várias comunidades indígenas (Documentos DHESC, 2009, p. 30).

Refletem Chirif, Garcia e Smith (1990, p. 26) que a terra e os povos indígenas se pertencem. Essa mensuração corrobora o entendimento adotado por esta pesquisa segundo o qual o indígena imprime ao seu território o sentido de direito à vida.

A relação simbiótica entre o indígena e a terra por ele ocupada é descrita por Fischer (2001, p. 282-283) a partir do corpo humano como parâmetro. A autora reflete que os sujeitos indígenas não se separaram intimamente de seu lugar de origem, ainda que dele se ausentem por longos períodos, até mesmo por décadas. A perspectiva identitária desenvolvida a partir da área habitada por índios não se exaure apenas sob os limites físicos e corpóreos de seus ocupantes, mas vai além para um nível psíquico. Essa concepção reforça o entendimento de que não há uma ótica com fundamento no ordem civil da propriedade, mas sim sob algo jamais descrito por esse valor: a vida.

A terra enquanto vida também se revelou na luta pela demarcação, no Brasil, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Santos (2004, p. 9-11) relata que a demarcação desta reserva era o maior sonho dos povos em luta, representando o trabalho dos indígenas nela envolvidos durante os séculos XX e XI. Sem o território, não existe a plenitude da vida. Desde que os invasores chegaram e se apropriaram das terras dos indígenas, coube a estes defendê-la da voracidade com que saqueavam os recursos. Consideram que a terra corresponde a um direito negado pelo Estado brasileiro.

A atual concepção dos direitos territoriais indígenas não almeja o ressurgimento de um estado da natureza, mas sim conformar a proteção de tais valores à estrutura do Estado nacional (SCHARREITER, 2010, p. 7).

Para fins de raciocínio desenvolvido por esta pesquisa, tem-se o desenvolvimento das seguintes premissas: o Estado enxerga o direito à terra indígena sob uma premissa à luz do Direito Civil, notadamente a partir do prisma da propriedade privada; o ordenamento jurídico transfere esses institutos mantenedores da estrutura estatal para a territorialidade indígena, de forma a proteger minimamente os direitos dos sujeitos em análise; após a previsão legal no ordenamento jurídico, os indígenas incorporaram discursos tendentes à obtenção de suas terras na forma da lei do Estado, sem que estas estratégias indiquem necessariamente o olhar do território sob o ótica do direito à vida.

4.2.5 Das concepções sobre a terra indígena adotadas por Estado e indígenas e a protetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A adoção de diferentes sentidos para a terra indígena, assim entendida esta como propriedade para os Estados nacionais e direito à vida pelos povos indígenas, produziria naturalmente reflexos sobre a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que tange a eventuais violações do não-reconhecimento de direitos territoriais indígenas.

Apesar da previsão constitucional dos direitos territoriais indígenas nos ordenamentos latino-americanos, como já salientado, permeia uma ampla insatisfação no que concerne às leis constitucionais e infraconstitucionais no âmbito interno dos países, naquilo que chamam de “letras mortas” (RAMOS, 1991, p. 9). O simples fato de se encontrar uma norma positivada em um ordenamento jurídico não é a garantia de que um direito será garantido e/ou respeitado.

A inércia do Estado em garantir o direito de acesso à terra aos povos indígenas têm os levado a buscar outras alternativas para garantia de seus direitos, que não apenas o plano interno do Estado nacional, pois este se mostra incapaz de conferi-los. Os indígenas, então, se apropriam do discurso universal dos direitos humanos para atingirem um nível de proteção por eles requerido. A terra é um direito fundamental do indivíduo, devendo os Estados garanti-lo. O espaço para a luta de tais direitos, entretanto, não mais representa o plano interno, mas sim o internacional, em vista de uma maior visibilidade que este último concede aos povos em apreço.

A partir da necessidade da tutela dos direitos territoriais indígenas, afigurou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um instrumento para a consecução dos mesmos diante de eventual inércia estatal.

Em Relatório publicado em 2009, a Comissão entendeu que os direitos territoriais indígenas abrangem não apenas os territórios fisicamente ocupados por índios, mas também os espaços usados para manutenção de suas culturas e atividades de subsistência e acesso aos recursos naturais e meio ambiente em geral (CIDH, 2009, p. 13). O órgão ainda reforçou o entendimento de que o direito à propriedade, na forma descrita pelo art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. XIII, da Declaração Americana de

Direitos Humanos protegem amplamente a estreita vinculação entre os indígenas e suas terras (CIDH, 2009, p. 37).

As decisões em casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos asseguram o direito às terras indígenas, partindo-se de uma interpretação à luz do direito de propriedade, inscrito no artigo 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos. A pioneira sentença, proferida no caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicarágua, considerou que a propriedade comunal das terras indígenas encontra amparo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que constitui a base fundamental das suas culturas, integridade, vida espiritual e sobrevivência (CORTE I.D.H., 2001, p. 149), ratificando-se posteriormente o entendimento acima exarado nos casos Comunidade Moiwana vs Suriname (CORTE I.D.H., 2005, p. 134-135), Comunidade Yakye Axa vs Paraguai (CORTE I.D.H., 2005, p. 73) e Xákmok Kasek (CORTE I.D.H., 2005, p. 23)..

Berraondo (2005, p. 63-64) destaca uma peculiaridade do caso Mayagna, o primeiro a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos cujo objeto versa sobre o tema em estudo: enquanto os casos os quais versa sobre direitos territoriais indígenas em geral têm os interesses de corporações transnacionais por detrás do Estado, neste caso a empresa a qual recebeu a concessão para explorar madeira na terra indígena renunciou ao ato, deixando o Estado sozinho para enfrentar a denúncia de violação aos direitos humanos, em situação de debilidade e falta de justificação.

O caso Mayagna também gerou um “efeito dominó”. Foi o primeiro a versar sobre uma condenação para fins de proteção aos direitos territoriais indígenas, elevando a aproximadamente 50, até 2004, o número de denúncias nesse sentido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que leva também à saturação do Sistema (BERRAONDO, 2005, p. 64).

Os estudos literários acerca das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em direitos indígenas se afiguram também incipientes. Salienta Chiriboga (2006, p. 60) que as aludidas sentenças consagram uma interpretação evolutiva do direito à propriedade, bem assim indica o caráter garantista da proteção conferida por este tribunal ao determinar a salvaguarda dos bens materiais e imateriais dos povos indígenas, com reforço para o patrimônio cultural dos mesmos. nesse sentido, também se posicionam Bringas (2006, p. 143) e Ikawa (2007, p. 497).

Necessário também se mostra apresentar uma leitura do que representa o Sistema Interamericano de Direitos Humanos para os povos indígenas e os seus representantes em demandas perante a Organização dos Estados Americanos. Para tanto, identificou-se o caso do povo peruano Sarayaku, que denunciou violações de seus direitos na esfera internacional, porém ainda pendente de sentença pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso do povo Sarayaku, o Estado equatoriano vem se rendendo ao interesse das petrolíferas, em detrimento dos direitos territoriais indígenas. Mostra-se o aparelho estatal como incapaz de impor o seu império para proteger tais direitos e passa por cima de leis (MELO, 2005, p. 43).

Ressalta Melo (2005, p. 45) que o povo Sarayaku fortaleceu sua organização administrativa para vencer a pressão a que foi submetido, sem, contudo, perder suas raízes em meio à mata. O Ministro de Energia equatoriano, Coronel Arboleda, chegou a declarar publicamente que os Sarayaku se resumiam a duas famílias que só sabiam viajar para o exterior.

Os Sarayaku sempre procuraram se colocar no centro da opinião pública nacional e internacional, a fim de ganharem visibilidade. Levaram o caso à organização não-governamental Centro de Justiça e Direito Internacional, para que os represente junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (MELO, 2005, p. 46-47).

Houve uma determinação judicial de suspensão das atividades petrolíferas na área em questão proferida pelo juiz de Puyo, porém não se requereu a execução dessa decisão. Apesar de não cumprida, ensejou o esgotamento dos recursos internos para submeter o caso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Os Sarayku optaram por levar o caso ao SIDH devido à repercussão de uma decisão anterior, proferida no caso *Awas Tigni*, bem assim por reputarem que aquele tribunal tem uma sensibilidade especial à questão indígena e pela celeridade na concessão de medidas cautelares (MELO, 2005, p. 47-48).

O Equador, entretanto, não reagiu bem ao deferimento de medidas cautelares neste caso. O Ministro de Energia chegou a declarar que se trata de “pronunciamento espúrio de quem não conhece o Equador” e que “a OEA não manda aqui”. Quando da realização de audiência em Washington referente ao caso, o Procurador-Geral do Estado equatoriano

chegou a viajar aos Estados Unidos, porém não compareceu à reunião (MELO, 2005, p. 48).

A política empreendida pelo Equador nesse caso salta aos olhos dos expectadores, pois, de acordo com Melo (2005, p. 49), os advogados públicos equatorianos vêm tendo intensos treinamentos sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos na última década, devido à condenação proferida nos casos Restrepo e Consuelo Benavides.

Enfatiza também Melo (2005, p. 50) que o Presidente dos Sarayaku foi ameaçado, agredido e teve seu passaporte furtado às vésperas de reunião na sede da Comissão Interamericana, em Washington.

Há relatos de que os funcionários da petrolífera CGC anunciaram publicamente que bloqueariam o acesso dos Sarayaku pelo rio Bobonaza, fechando-os através de um rio que é a via de comunicação entre um rio que representa o acesso da comunidade à capital provincial. Isso sem contar que, em um certo dia, quando se dirigiam a uma manifestação política, foram vítimas de agressão na região. O conflito também tem obstado o acesso à saúde, pois as brigadas médicas não mais se dirigem ao local, gerando a falta do indispensável soro antiofídico (MELO, 2005, p. 52).

O povo Sarayaku tem, em consequência, “esperanças de que o Sistema Interamericano os proteja” (MELO, 2005, p. 54).

Apesar de haver a visualização dos sistemas internacionais de direitos humanos como uma alternativa válida por parte dos índios, levando-se em conta, como já desenvolvido anteriormente, a estratégia da apropriação da ordem civil estatal para obtenção do direito à terra, a literatura apresenta outras mensurações acerca da real dimensão deferida em decisões contenciosas. MONZALVO (2011, p. 143) reflete que, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não há grandes avanços em relação à temática dos direitos territoriais dos povos indígenas. O autor justifica essa posição a partir da ausência de documentos internacionais cuja essência seja voltada à problemática em questão, bem como ao fato de que a interpretação a eles deferida se apresenta mais individualista se comparada até mesmo à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.¹

A interpretação individualista acima indicada se conclui, para fins desenvolvidos por esta pesquisa, a partir da leitura do reconhecimento da violação do direito à propriedade

nos casos *Moiwana vs Suriname* (CORTE I.D.H., 2005, p. 57), *Yakye Axa vs Paraguai* (CORTE I.D.H., 2005, p. 80), *Sawhoyamaxa vs Paraguai* (CORTE I.D.H., 2006, p. 69) e *Xákmok Kasek* (CORTE I.D.H., 2010, p. 29). O dever de garantia da terra ao indígena perpassa essencialmente, no entender da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo alcance deferido ao art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos, entendendo o Tribunal que esse dispositivo protege amplamente a territorialidade indígena, tendo em vista que abrange tanto bens materiais como imateriais e garante a estreita vinculação do índio com a terra.

De acordo com raciocínio ora alinhada, a perspectiva acima indicada atende às premissas estatais de que a terra indígena deve se conformar a algum instituto do ordenamento jurídico das sociedades ocidentais, notadamente a propriedade privada, a fim de manter a estrutura do Estado nacional.

Em relação à violação do direito à terra indígena sob a ótica do direito à vida, na forma do art. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a responsabilidade do Estado se verifica essencialmente quando, a partir da privação do território, o indígena se põe em uma situação de vulnerabilidade, devido à falta de alimentos, prestação de serviços de saúde e outros. Essa posição restou consolidada nos casos *Yakye Axa vs Paraguai* (CORTE I.D.H., 2005, p. 90), *Sawhoyamaxa* (CORTE I.D.H., 2006, p. 79) e *Xákmok Kasek vs Paraguai* (CORTE I.D.H., 2010, p. 29).

Vê-se que, em nenhum momento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enxergou a terra indígena sob o sentido de que ela representa a vida, o todo espiritual e físico dos indígenas, de acordo com visão defendida por este trabalho. A violação do direito à vida é considerada unicamente sob o prisma da vulnerabilidade, e não sob a leitura deferida pelo indígena. A isso se soma que o território deve sempre estar necessariamente atrelado ao direito à propriedade, sob pena de, em assim não sendo, romper-se com a estrutura do Estado nacional.

Os aplausos em torno das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno da temática em questão se mostram revestidos precipuamente da euforia em torno de mais um instrumento com vistas à obtenção de direitos territoriais indígenas. Ainda persiste a necessidade de uma análise mais apurada em torno da técnica jurídica e

política utilizada para fins da fundamentação das sentenças em comento, a fim de interpretá-las tanto sob a ótica dos Estados nacionais como dos índios demandantes.

A seguinte construção lógico-jurídica se mostra, por fim, sedimentada: os Estados nacionais protegem os direitos territoriais indígenas, desde que estes se conformem aos ordenamentos jurídicos da sociedade ocidental e aos institutos civilistas por elas previstos, especialmente o direito à propriedade, que tem feições essencialmente individuais; o indígena visualiza a área por ele habitada como um representativo de sua vida e existência mas, para nela permanecer, aquiesce com a leitura estatal, apropriando-se dos discursos necessários à obtenção de tais direitos, inclusive os direitos humanos. A inércia do Estado em demarcar as terras reivindicadas pelos índios desencadeou a tendência de procura de sistemas regionais de direitos humanos, sendo que a numerosidade de indígenas nos Estados latino-americanos leva a demandas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem protagonizado a prolação de sentenças condenatórias com a finalidade de proteger os direitos territoriais indígenas essencialmente sob a ótica da violação do direito à propriedade, de forma a atender um anseio estatal, porém sem considerar o prisma do território enquanto direito à vida no prisma delineado pelos indígenas.

5 CONCLUSÃO

A conjuntura contemporânea de existência do Estado nacional demanda uma nova interpretação de seus elementos estruturantes tradicionais, quais sejam: povo, território e governo soberano. A releitura se justifica devido ao fato de o paradigma então vigente não absorver as demandas de minorias antes renegadas pelo aparelho jurídico estatal, notadamente dos povos indígenas, sujeitos estes sobre os quais recai a presente pesquisa.

A noção de povo demanda uma construção jurídica segundo a qual nada mais representa do que a existência de linhas fronteiriças demarcadas para diferenciar os habitantes de um território do seu vizinho, desprovendo-se de qualquer elemento natural. Assim sendo, o indígena consiste em povo de um Estado nacional tão-somente por residir em área geograficamente nele inscrita. O território representa um elemento legitimador de fronteiras inter-étnicas e prevalecimento de situações de discriminação estrutural, pois no seu interior se estabelecem dinâmicas de propriedade a uns e exclusão a outros, de modo a implicar em uma negação fática ao direito do índio à terra por ele ocupada. Representou a grande perda dos indígenas quando da conquista dos Estados latino-americanos em movimentos de colonização européia, vez que ficou sob o poder da elite política dominante e com ele desenvolveu políticas ferozes de apropriação. A luta dos indígenas pelo território vem representando, em consequência, um embate de afirmação do sentido de representação de um espaço simbólico e político de suas identidades. Trata-se de uma defesa fundamentada na manutenção de um *habitat* natural, e não voltada uma relação de mercado. Para o Estado, porém, esse mesmo espaço consiste em fator estruturante e de diálogo do Estado nacional com seus habitantes.

O governo soberano, por sua vez, não ultrapassa da representação escolhida por um povo. Essa decisão revela as heterogeneidades políticas de um Estado nacional, mas faz presumir, de acordo com premissa desenvolvida por esta pesquisa, a existência de homogeneidades. A construção ora assinalada desemboca na construção de uma elite dominante que provê os caminhos políticos dos habitantes do aparelho estatal e não incluiu historicamente os direitos territoriais indígenas dentre seus objetivos de proteção e previsão de normas.

Uma nova leitura do Estado nacional se mostrou necessária. Construiu-se, em conseqüência, o Estado nacional, para fazer frente a Estados monoculturais, monoétnicos e monolíngüísticos. Nasceu inicialmente para somar à produção normativa do Estado outras fontes e desaguou na previsão de reconhecimento de direitos às minorias, incluindo entre elas os povos indígenas, porém sem necessariamente anular os elementos *povo, território e governo soberano*. A proteção ao direito do índio à terra se manifestou precipuamente na inserção de direitos nas Constituições dos Estados latino-americanos, de forma a indicar um primeiro estágio de ruptura institucional.

O Estado nacional, ao prever as normas acima indicadas, concentrou para si o poder de reconhecer os direitos territoriais indígenas por meio de títulos de propriedade ou outros institutos inerentes ao Direito Civil, após regular tramitação de requerimentos nesse sentido em processos administrativos no âmbito interno. A existência de decisões contrárias às pretensões dos direitos solicitados com a norma posta, bem como a omissão e morosidade na prolação de decisões por parte do aparelho estatal indicou uma nova crise, exigindo-se a estruturação de meios alternativos para os sujeitos ora demandantes.

Constatou-se que o Estado não representa um ente isolado, mas sim integrado a um sistema de convivência internacional baseado nos pressupostos da coexistência e cooperação. A esse núcleo se defere o poder de editar normas cogentes e vinculantes a todos, por meio dos tratados e convenções internacionais, valendo-se destes instrumentos os indígenas, notadamente diante da Convenção n. 107/1957, da Organização Internacional do Trabalho, sucedida esta pela Convenção n. 169/1989 e Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas.

Por meio da Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, estabeleceram-se as seguintes previsões inerentes aos povos indígenas: a aquisição da condição de sujeito de direito, a partir de elementos de origem histórica, bem como a permanência de todas ou parte de suas instituições sociais, culturais e políticas, todas estas lidas em conjunto com o princípio da auto-identificação; a definição de *terra indígena* abrange a de território, assim entendido como o *habitat* dos índios.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se mostrou, outrossim, como um instrumento de efetivação dos direitos territoriais indígenas, não apenas devido às suas normas protetoras, mas também por seus sistemas jurisdicionais. No âmbito latino-

americano, erigiu-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como uma alternativa à inércia do Estado nacional em prover tais demandas. O coração do sistema em análise repousa na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante de um caso de possível violação aos direitos territoriais indígenas, pode o índio ou organização internacional apresentar denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para análise do mesmo, após o esgotamento dos recursos internos e, em não havendo este, diante da evidente omissão de não apurá-lo. Em entendendo que os fatos revelam uma situação de urgência, faculta-se à Comissão recomendar a consecução de Medidas Cautelares aos Estados, a fim de que se abstenham ou realizem determinada conduta que não pode esperar o transcurso final do feito perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Se a Comissão constatar que o caso reúne uma violação a direitos inscritos na Convenção Americana de Direitos Humanos, cabe a propositura de demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse Tribunal instruirá o pedido e pode condenar o Estado, com base nos artigos 4 ou 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dever de reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, tendo em vista a existência de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não contém qualquer dispositivo que tenha como objeto especificamente a proteção à terra indígena, valendo-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos do art. 21, do mesmo diploma, o qual inscreve o direito à propriedade individual. Entende-se, essencialmente, que uma nova leitura do dispositivo em questão se coaduna com a protetiva necessária aos direitos territoriais dos índios, de forma a conter o dever do Estado de reconhecer e demarcar o valor fundamental da terra.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou demandas referentes a possíveis omissões dos Estados latino-americanos em reconhecimento e demarcação de terras indígenas nos casos *Moiwana contra Suriname*, *Yakye Axa contra Paraguai*, *Sawhoyamaxa contra Paraguai* e *Xákmok Kasek contra Paraguai*.

O referido Tribunal estabelece uma interpretação a favor da terra indígena quando alicerça que o art. 21, da Convenção Americana de Direitos Humanos defere o direito requerido pelos índios. Considera, em geral, que a área por eles ocupada não demanda a

existência de qualquer título formal de propriedade, bastando que tenham a posse e laços ancestrais com o espaço reivindicado. Eventuais restrições ao uso e gozo das terras pelos indígenas devem revestir as seguintes características: necessidade; proporcionalidade; previsão em lei e objetivo legítimo da sociedade democrática, sendo todos estes lidos à luz do vetor da sobrevivência cultural dos atores sociais em estudo. O direito de propriedade abrange, em consequência, o local habitado e os recursos naturais necessários à subsistência de seus habitantes, bem como os elementos incorpóreos a ele inerentes, a fim de atingir um pertencimento não apenas a um indivíduo, mas sim a um grupo, um coletivo.

Em relação à violação do direito à vida, previsto no artigo 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte considera que esse valor não demanda a existência apenas de manutenção de um indivíduo com vida, mas também a ocorrência de prestações positivas por parte do Estado que garantam a dignidade humana. No caso, a inexistência de reconhecimento do indígena à terra pode o levar a um estado de vulnerabilidade ambiental, médica e sanitária, tendo em vista o irregular ou inexistente acesso a serviços públicos básicos os quais asseguram uma vida digna. O Tribunal não considera, porém, a terra, por si só como um elemento de representação da vida do indígena, interpretação esta por eles deferida.

O Estado se fundamenta justamente na propriedade, a fim de manter a integridade de seu território e a hegemonia de um poder dominante. O ser humano, no mundo terreno, deve trabalhar para sua subsistência. Nada mais representativo do suor por ele despendido do que a propriedade, elemento que acaba por legitimar dominações de sistemas econômicos e políticos.

A terra não possui, porém, a representação de propriedade para o indígena, mas sim do direito à vida. O índio a concebe a partir de laços culturais, familiares e tradicionais que em nada se referem ao instituto da propriedade privada ou qualquer outro proveniente da ordem jurídica civil do Estado.

Os indígenas se apropriam, em consequência, de um discurso para obterem suas pretensões. Os direitos humanos se construíram sob o manto da universalidade, enquanto os índios representam a heterogeneidade. Se, porém, a leitura da terra a partir da propriedade é o caminho para o reconhecimento à luz do direito da ocupação de um espaço pelos sujeitos em estudo, passarão eles a acreditarem nos direitos humanos e no instituto da propriedade

individual. A assimilação de um jogo se mostra inerente aos indivíduos em geral e não havia de ser diferente diante dos indígenas, pois seres humanos que são.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece, porém, o sentido de propriedade à terra indígena. Essa interpretação se deve a, entre outros fatores, ser formada por Estados nacionais os quais ratificaram tratados de direitos humanos e reconheceram sua jurisdição, fazendo-se imprescindível a manutenção da integridade nacional dos mesmos.

Em conclusão, a existência de uma dicotomia em torno da interpretação do direito à terra indígena se mostra evidente: de um lado, o Estado lhe defere o sentido da propriedade; em outra magnitude, o índio a enxerga como representativa de sua vida. Como o indígena, porém, aceita o discurso dominante a fim de ver legitimada sua pretensão, a dualidade não se evidencia expressamente em provimentos jurisdicionais determinantes de reconhecimento de direitos territoriais.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce. **O ouro canibal e a queda do céu: uma crítica xamânica da economia política da natureza**, n.174, 1995.(Série Antropologia).

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan; STEINER, Henry J. **International Human Rights in Context**. 2. ed. Oxford: Oxford, 2007.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMAYA, Edgar ARDILA. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. **El Otro Derecho**. Bogotá, 2002.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARIAS-SCHREIBER, Fidel Turbino. Interculturalización y multiculturalismo. Lima, **Revista PUCP**, p. 1-14, 2001.

ARGENTINA. **Constituição Nacional**. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>. Acesso em: 12 fev 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BERRAONDO, Mikel. Lecciones del caso Awás Tigni tres años después de la sentencia de la Corte Interamericana. **In: CONGRESSO LATINOAMERICANO DA REDE DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA**, 4., 2004, Quito.

BOLÍVIA. Republic of Bolivia Constitución de 2009. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>. Acesso em: 25 mar.2012.

_____.**Nova Constituição Política do Estado**. Disponível em: <<<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. **Diário oficial [da] Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 out. 1988**.

BRANDÃO, Themístoces. **Teoria do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira Brant; PEREIRA, Luciana Diniz Durães; BARROS, Marinana Andrade e. O Sistema Africana de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos.

In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17, 2007, Belo Horizonte. **Anais**. Florianópolis, Fundação José Boiteux, 2008.

BRESSER, Luis Carlos. A Reforma do Estado nos anos 1990. **Lua Nova** – Revista de Cultura e Política, 1998, v.1, n. 45, p. 49-95. Brasília.

BRINGAS, Asier Martinez de. La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. **Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. Manaus, v. 4, n. 7, jul/dez., 2006.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David. **International Human Rights in a Nutshell**. Saint Paul: Opperman Drive, 2002.

BURGOGOE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya de Úbeda; GREENSTEIN, Rosalind. **The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary**. Oxford: Oxford University, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CHILE. **Constituição**. Disponível em: <<<http://www.camara.cl/legis/masinfo/document.htm>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

CHING-SOTO, Lilly. Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 1, n. 10, p. 219-239, [2011 ou 2010].

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 5, n. 5, 2006.

COLÔMBIA. **CONSTITUICIÓN POLÍTICA** (1991). Disponível em: <<<http://www.cpisp.org.br/htm/leis/page.aspx?LeiID=2>>> Acesso em: 25 mar.2012.

_____. **CONSTITUIÇÃO**. Disponível em: <<<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicarágua**. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, nº 79. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte.

_____. **Caso Comunidade Moiwana vs Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte.

_____. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguai**. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte.

_____. **Caso Indígena Yakye Axa vs Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº 125. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte.

_____. **Caso Masacre Plán de Sanchez vs Guatemala**. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C, nº 105. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte.

_____.Informe nº 144/10. Admissibilidade. **Presidentes da Vila de Chicupac no Município de Rabinal contra Guatemala**. 1nov. 2010.

_____. Informe nº 125/10.Admissibilidade. **Raposa Serra do Sol contra Brasil**. 10 out. 2010.

_____. Informe nº 63/10.Admissibilidade. **Comunidade de Ponta Pedra Garifuna e seus membros contra Honduras**. 24 mar. 2010.

_____. Informe nº 141/09.Admissibilidade. **Comunidades Agricultoras do Huasco contra Chile**. 30 de dezembro de 2009.

_____.Informe nº 105/09.Admissibilidade. **Hulqhminun Group contra Canadá**. 30 out. 2009.

_____.Informe nº 98/09.Admissibilidade. **Povos Indígenas Xucuru contra Brasil** . 29 out. 2009.

_____.Informe nº 75/09.Admissibilidade. **Caso Comunidade Indígena Ngöbe e seus membros contra Panamá**. 5 ago. 2009.

_____.Informe nº 58/09.Admissibilidade. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano contra Panamá**. 21 abr. 2009.

_____.Medidas Cautelares. **Caso da Hidrelétrica Belo Monte contra Brasil**. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp>> Acesso em: 10 fev.2012.

COLÔMBIA. Constituição. Disponível em: <<<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos – Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. Manaus, v. 1., n. 1, 2003.

DICKERSON, M. O; IANAGAN, Thomas; O'NEIL, Brenda. **An Introduction to Government and Politics: a Conceptual Approach**. 8.ed. Canadá: Nelson, 2009.

DOURADO, Sheila Borges. **Participação Indígena na Regulação Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais associados à Biodiversidade**, 2009. Dissertação (Mestrado) Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2009.

DUPRAT, Deborah. **Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

FIGUEIREDO, Alessandra. **Biopirataria Associada à Biotecnologia e a Tutela Penal da Biodiversidade Amazônica**, 2010. Dissertação (Mestrado) Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2010.

GALLOIS, Dominique Tilkin. **Sociedades indígenas e desenvolvimento: discursos e práticas, para pensar a tolerância**. Povos indígenas e tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade.

GARCÍA, Fernando S. Retos del pluralismo jurídico: presentación del dossier. **Iconos: Revista de Ciencias Sociales**. Quito, p. 11-23, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GODINHO, Fabiana de Oliveira Godinho. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GÓMEZ, Juan Carlos Castillo. **Estado-nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio em la reimaginación de la nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas**, 656f, 2006. Tese (Doutorado) Universidade Computense de Madrid. Faculdade de Ciências Políticas e Sociologia, 2006. 656 p.

GROSS, Leo. **Essays on international law and organization**. Washington: Congress National Library, 1984.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISHMANN, Roseli (Orgs.). **Povos indígenas e tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade**. São Paulo: USP, 2001.

HOBBSAWN, Eric. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

IKAWA, Daniela. Direito dos Povos Indígenas. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.3, n.4, 2006.

PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

INKSATER, Kimberly. Resolviendo tensiones entre derecho indígena y normas de derechos humanos a través del pluralismo juri-cultural transformativo 105 p, 2006. Dissertação (Mestrado). Universidad de Ottawa Faculdade de Direito. Ottawa 2006.

ITURRALDE, Diego. Ethnic Discrimination, Economic Inequality and Political Exclusion, Ecuador In: **Anais** “International Seminar – Racism Economic Roots of Discrimination, Geneva, 24-25 jan., Ecuador, 2001.

JANIS, Mark W.; KAY, Richard S.; Anthony W. Bradley. **European Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford, 2008.

KROTZ, Esteban. **Fundamentación de la idea de los derechos humanos em contextos multiculturales. Alteridades**. México D.F., p. 8-29, 2008.

KUCHENBECKER, Valer. **O homem e o sagrado: a religiosidade através dos tempos**. 8.ed. Canoas: ULBRA, 2004.

LAFER, Celso. “Prefácio” in LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Mansilla, H.C.F. Individuo, comunidad y derechos humanos. **Ecuador Debate**, Quito, Ecuador, n. 60, Dic, 2008.

MELO, Mario. El Caso Sarayaku y los derechos Humanos: Por qué Sarayaku constituye un caso emblemático de exigibilidad de derechos a nivel internacional? In: CONGRESSO LATINOAMERICANO DA REDE DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA, 4., 2004, **Anais...** Quito. 2004.

MELO, Veronica Vaz. **Direitos Humanos – A Proteção do Direito à Diversidade Cultural**. Rio de Janeiro: Forum, 2010.

MEZZARROBA, Orides. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Estoril: Principia, 2006.

MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios da Amazônia: de maioria e minoria**. Rio de Janeiro: Vozes, 1988.

MONZALVO, Alejandro Santiago. La situación formal de los derechos de los pueblos indígenas em el derecho internacional. **Revista Alegatos**, Azcapotzalco, n. 77, p. 129-159, 2011..

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NORIEGA, Jorge. **La nueva visibilidad de los pueblos indígenas**. Lima: DESCO, 2009.

NOVAES, Adauto. **A Crise do Estado-Nação**. São Paulo: Record, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. **Carta das Organizações Unidas**. Nova York, 1945.

_____. Assembleia-Geral. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova York, 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2007.

_____. Assembleia-Geral. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Bogotá, 1948.

_____. Assembleia-Geral. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório. **La Aplicación del Convenio n. 169 por Tribunales nacionales y internacionales em America Latina**. Lima: 2009, 2006.

PARAGUAI. **Constituição**. Disponível em: <<<http://www.diputadosmercosur.gov.ar/paises/paraguay/constitucionparaguay.pdf>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

PERU. **Constituição**. Disponível em: <<<http://www.diputadosmercosur.gov.ar/paises/paraguay/constitucionparaguay.pdf>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Universalismo e Relativismo Cultural. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI,16, 2007, Campos dos Goytacazes. **Anais**. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em: 17 mar.2012.

PETIOT, Patrick. A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violações de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 7, n. 7, 129-150, 2006-2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006.

POLANCO, Héctor Díaz. **Los dilemas del pluralismo**. Pueblos indígenas, estado y democracia. DÁVALOS, Pablo (comp.). Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAMOS, Alcida Rita. **Os direitos do índio no Brasil**: na encruzilhada da cidadania. Série Antropologia. Brasília: n. 116, 1991.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REMÓN, Florabel Quispe. El agotamiento de recursos internos em los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 8, n. 8, 75-90, 2007-2008.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: A integração das populações indígenas no Brasil Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTOS, Iza Roná dos. **Raposa Sierra del Sol**: 30 años de lucha por el respeto a un derecho irrevogable. In: Congresso Latinoamericano da Rede de Antropologia Jurídica, 4., 2004, Quito. Anais do 4o Congresso Latinoamericano.

SANTOS, Roberto Lima. A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Violação aos Direitos das Vítimas da Ditadura Militar. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 18, 2008. **Anais...**Maringá, 2008.

SCHACHERREITER, Judith. Luchas indígenas por la tierra como luchas contra-hegemónicas y el papel de la propiedad privada. In: CONGRESSO INTERNACIONAL, 6., 2010, Lima. **Anais...** Lima, 2010.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direitos dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2007.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio Ambiente**: Terras Indígenas e Defesa Nacional. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Alex Justus da. **Terras indígenas e fronteiras nacionais**: um estudo jurídico sobre as territorialidades indígenas na faixa de fronteira da Amazônia Brasileira. Manaus,

2009. Dissertação (Mestrado) Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Crise Funcional: morte ou transformação do Estado?**. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 126-167, 2005.

_____. **A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais**. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. Direito, biotecnologia e propriedade intelectual: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica, 2007. Dissertação (Mestrado) Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto (Org.), **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro**. Brasília/ San José: IIDH , p. 63-173, 1997.

UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. RELATÓRIO. Areas Protegidas en Latinoamérica - de Caracas de Durban. Un vistazo sobre su estado 1992-2003 y tendencias futuras. Quito: UICN Sur. 2001.

URUGUAI. **Constituição da República**. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

VENEZUELA. **Constituição**. Disponível em: <<<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>>. Acesso em: 12 fev 2011.

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

VITERI, Franco. La lucha de Sarayaku. In: Congresso Latinoamericano da Rede de Antropologia Jurídica, 4., 2004, Quito. **Anais...** Quito, 2004.

VITORIA, Francisco de. **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Senso Comum Teórico: As Vozes Incógnitas das Verdades Jurídicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, sem ano.

WILHELMI, Marco Antonio. **El derecho de los pueblos indígenas de la libre determinación**. In: BERRAONDO, Mikel (Org.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Editora da Universidade de DESUTO, p. 399-422, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico y constitucionalismo brasileño. In: CONGRESSO INTERNACIONAL, 6., 2010, Lima. **Anais...** Lima, 2010.