

TERRITORIALIDADE INDÍGENA SOB O ESPECTRO DO DIREITO DAS GENTES

INDIGENOUS TERRITORIALITY UNDER THE SPECTRUM OF INTERNATIONAL LAW

*Arthur Magalhães Costa*¹
UNICAP

*Renata Perman Gonçalves*²
UNICAP

Resumo

Dentre os principais papéis do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, concentra-se o poder de reger e orientar a Sociedade Internacional. Mais que isso, garantir a devida consolidação dos princípios basilares essenciais à compreensão de um futuro mais dialógico e afeito à diversidade. Assim, em pesquisa teórica, através de uma investigação jurídico-propositiva, buscar-se-á reunir as principais contribuições do Direito das Gentes frente a emancipação dos povos originários e sua plural percepção de mundo. Em particular, este ensaio concentrará seus esforços na exposição dos principais marcos normativos convencionais e consuetudinários voltados à melhor compreensão da territorialidade dos povos indígenas. Elementos como ancestralidade, espiritualidade e relação com a terra, que diferem frontalmente da noção romano-germânica enraizada na cultura eurocentrada e que por força da colonização, figurara até então como única forma de pensar o Direito possível. No afã de expandir as concepções de território e propriedade, convém assim apresentar a contribuição de organizações internacionais intergovernamentais como a Organização Internacional do Trabalho e sua Convenção 169/89, a Organização das Nações Unidas e sua Declaração Universal sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2007 e a Organização dos Estados Americanos com a Declaração Americana sobre o Direito dos Povos

¹ Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã; Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional do Direito pela *Università di Pisa*; Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco; Professor Universitário e Advogado.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Servidora Pública.

Indígenas de 2016. Convém desnudar assim a estrutura normativa supranacional que dá suporte à territorialidade dos povos originários, em especial, os latino-americanos.

Palavras-chave: Decolonialidade. Direitos dos Povos Originários. Direito Internacional.

Abstract

Among the main roles of Public International Law and International Human Rights Law lies the power to govern and guide the International Society. Moreover, it ensures the proper consolidation of the fundamental principles essential to understanding a more dialogic future, inclined towards diversity. Thus, in theoretical research, through juridical-propositional investigation, the aim is to gather the main contributions of International Law concerning the emancipation of indigenous peoples and their pluralistic worldview. In particular, this essay will focus its efforts on exposing the main conventional and customary normative frameworks aimed at better understanding the territoriality of indigenous peoples. Elements such as ancestry, spirituality, and relationship with the land, which differ sharply from the Roman-Germanic notion rooted in Eurocentric culture and which, due to colonization, had hitherto stood as the only way to conceive possible law. In the eagerness to expand conceptions of territory and property, it is thus appropriate to present the contribution of intergovernmental international organizations such as the International Labour Organization and its Convention 169/89, the United Nations and its Universal Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2007, and the Organization of American States with the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2016. It is advisable, therefore, to expose the supranational normative structure that supports the territoriality of indigenous peoples, especially those in Latin America.

Keywords: Decoloniality. Original Peoples Rights. International Law.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

Após as graves violações provocadas pela Segunda Guerra Mundial, desde o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se aumentado a preocupação da Sociedade Internacional em aclarar através de tratados internacionais e resoluções de certa cogência, abalizar um panorama protetivo comum às nações. Baseando-se nesta progressão do catálogo de Direitos Humanos, os povos indígenas passaram a ser alçados como sujeitos de direito, passíveis de tutela por parte dos Estados, o que fomentou sob a égide da Organização das Nações Unidas, a construção de resoluções que firmaram o entendimento de como os Estados

deveriam proceder com suas demandas indígenas, bem como, de que forma lidar com as variações culturais e as diferenças de aceções presentes entre a diversidade originária. Do que não se pode negar é que com o advento do constitucionalismo do *welfare state*, ficando o Estado com o dever prestacional de garantir as melhores condições possíveis aos seus súditos, e tentando diminuir os gravames causados pelas chagas do Estado Mínimo, as constituições passaram a se ocupar também com a realidade dos povos originários. Tomando como exemplo o panorama multinível de proteção³ aos direitos indígenas, tem-se no constitucionalismo latino-americano contemporâneo, uma gama de menções alinhadas com os principais documentos internacionais que regulam ou ao menos fornecem um amparo teórico/ideológico com subsídios hermenêuticos para permitir uma melhor relação do Estado com os povos originários⁴.

A discussão se torna mais complexa quando caminha sobre o panorama dos Direitos Territoriais Indígenas. Aliás, é notório que “o direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos” (SOUZA FILHO, 2021, p.119). Entretanto, convém lembrar e se há algo que não se pode negar é que: “durante séculos presenciamos uma

³ Acerca da figura da proteção multinível, vale reforçar: “Trata-se de conhecimento assentado na perspectiva monista internacionalista, forma de pensar que prestigia o plano supranacional em face das limitações domésticas. Pode-se dizer que o reconhecimento de tal instituto, nada mais significa senão a possibilidade de alcance das garantias constitucionais ou supraconstitucionais além das fronteiras estatais, por força de aparato jurisdicional supranacional. É dizer, a Tutela Multinível de Direitos Humanos, desta forma, resguarda-se na Declaração Universal de Direitos Humanos e nos demais Tratados Internacionais ao qual boa parte dos Estados que cobrem a Terra fazem parte. Representa, pois a possibilidade de alcance das garantias constitucionais, seja pela esfera doméstica, por parte do Poder Judiciário local, seja pela esfera supranacional a partir de organismo como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo. Assim, em havendo desrespeito às garantias constitucionais, nesse sentido, deverá o caso ser submetido à apreciação da jurisdição local, onde uma vez esgotada, poderá a parte interessada acessar os organismos supranacionais para vislumbrar seus direitos fundamentais” (COSTA, 2021, p.12-3).

⁴ Importante pontuar que os Povos Originários são alvos históricos de toda sorte de violações de direitos humanos, seja pelo genocídio, seja pelo etnocídio através do assimilacionismo cultural. Em suma: “as violações de direitos humanos e as dificuldades de acesso à justiça de uma maioria populacional marginalizada não são uma coincidência ahistórica ou um castigo divino. Elas surgem em um contínuo processo de invasão, apropriação e violência” (CARMO; SIMIONI, 2020, p.74).

série de legislações que pouco respeitaram ou reconheceram efetivamente o direito dos povos indígenas, sequer ouvindo-os ou consultando-os previamente à adoção dessas normas, em um colonialismo que foi juridicamente justificado pelo Direito Internacional” (LASMAR, 2018, p.58).

Entretanto, antes de avançar na discussão comentada, convém realizar uma diferenciação terminológica básica em face da expressão Direito Territorial Indigenista. Para Eloy Terena, o conceito de direito dos povos indígenas carrega consigo duplo plano de abrangência e pode se apresentar como direito indígena e direito indigenista. Para tal, o direito indígena representa as relações sociais, o direito próprio, consuetudinário experienciado pelas sociedades indígenas e suas etnias⁵ (AMADO, 2015). Por outro lado, o direito indigenista “é o conjunto de normas elaboradas pelos não índios para os índios, tal como o Estatuto do Índio de 1973; a Convenção 169 da OIT e vários outros dispositivos legais esparsos pelo ordenamento jurídico brasileiro” (AMADO, 2015, p.65-6).

Do que se pretende analisar doravante, através de pesquisa teórica, por força de investigação jurídico-propositiva, buscar-se-á compreender a estrutura jurídica internacional ainda que indigenista, mas que abrange nos dias contemporâneos, a totalidade dos povos indígenas. Convém observar na presente pesquisa, portanto, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, quais são os principais marcos normativos convencionais e consuetudinários, construídos sob os domínios da Sociedade Internacional. Por oportuno, buscar-se-á desnudar o campo protetivo mobilizado por diferentes organizações internacionais intergovernamentais, *exempli gratia*, Organização Internacional do Trabalho, Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos.

No que diz respeito ao corpo normativo internacional, mais precisamente à proteção através de diplomas normativos, seja em caráter de resolução, seja em caráter de tratado internacional, deve-se mencionar algumas das mais importantes normas pertencentes ao *Ius Gentium*, especificamente no que tange ao direito territorial indígena. Por certo, no

⁵ Segundo Eloy Terena: “De forma simplista, basta lembrar que, quando os colonizadores chegaram neste território que mais tarde se denominaria de “Brasil” já existiam aqui várias sociedades/comunidades indígenas, cada qual com sua língua, crença, costume, organização e sistema de resolução de conflito próprio. Não existia todo esse arcabouço estruturado do estado posto hoje, mas mesmo assim, essas sociedades valiam-se de meios próprios em suas relações sociais, ou seja, do direito indígena consubstanciado no direito próprio, num direito segundo seus costumes (direito consuetudinário)” (AMADO, 2015, p.65).

presente artigo, levar-se-ão em conta os diplomas internacionais que se encontram em plena validade e eficácia, é dizer, em completa produção de efeitos perante a Sociedade Internacional. Convém compreender a base convencional que fundamenta a proteção internacional os direitos dos povos indígenas e que por sua vez, abarca também em seu conteúdo posições firmes que devem ser levadas em consideração por parte dos Estados-parte, no que tange à propriedade coletiva dos povos originários. A propósito, vale ressaltar: “Entender o direito dos povos indígenas do Brasil passa necessariamente parece-nos, pela compreensão da realidade histórico-jurídica dos demais povos do planeta, em particular, quanto à legislação indigenista internacional” (LASMAR, 2018, p.58).

Por certo, a discussão se iniciará através do relevo da proteção internacional e supranacional em relação às dificuldades enfrentadas pelos povos originários latino-americanos face ao direito ancestral fundiário. Em seguida, será apresentada a estrutura convencional mobilizada pela Organização Internacional do Trabalho, a Convenção nº 169 de 1989, marco essencial para o reconhecimento da diversidade fundiária experienciada pelos povos originários. Mais adiante, buscar-se-á revelar a contribuição da Organização das Nações Unidas em tentar conduzir a Sociedade Internacional a um patamar de receptividade aos fenômenos culturais vivenciados pela população originária. Em suma, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, norma consuetudinária apta a integrar hierarquicamente o patamar de *Jus Cogens*, não requerendo nem tampouco necessitando de quaisquer instrumentos de ratificação para viabilizar seu cumprimento. Ao final, serão desnudadas as perspectivas visitadas pela proteção regional da Organização dos Estados Americanos, através da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Importância indiscutível para supressão dos males proporcionados pelo fenômeno da colonização. É o que se buscará estudar nas próximas linhas.

Convém analisar assim, os principais diplomas e textos normativos que compõem a seara internacional de proteção aos Povos Indígenas. Em primeiro plano, serão observadas a Convenção de nº 169/89 da Organização Internacional do Trabalho e, por sua vez, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2007. Ao final, será analisada a novel Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2016.

Em suma, o que reza o panorama protetivo da Sociedade Internacional no que tange à padronização da tolerância dos atores

internacionais no que diz respeito à pluralidade e à diversidade existente dentre os povos originários é o que se observará doravante.

2. DA CONVENÇÃO Nº 169/89: A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA CONTRIBUIÇÃO AO DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA

Nesse aspecto, diploma de grande interesse diz respeito ao tratado internacional também conhecido como Convenção de nº 169⁶ exarado pela Organização Internacional do Trabalho em 27 de junho de 1989 em Genebra. Para Silva e Irigaray, tal convenção cuida do “mais importante tratado internacional de Direitos Humanos sobre direitos dos povos indígenas e tribais” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p.171). Nesse ponto em particular, deve-se levar em consideração a importância dada pelo instrumento à consideração do Direito Consuetudinário dos povos indígenas em conjunto à legislação nacional. Entretanto, antes de adentrar nas disposições de tal convenção, vê-se importante, no entender de Shelton H. Davis, considerar a importância de Organizações Não-Governamentais⁷ lideradas por antropólogos como a *Cultural Survival* – EUA; *Survival International* – Inglaterra; *International Work Group for Indigenous Affairs* – Dinamarca e que tiveram papel extremamente importante no estabelecimento das bases intelectuais do grupo de trabalho referente aos povos indígenas e que serviram de pano de fundo para o estabelecimento da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, mas,

⁶ Tal tratado, leia-se, foi adotado em 27 de junho de 1989, e entrou em vigor internacionalmente em 5 de setembro de 1991. No âmbito doméstico brasileiro, a convenção foi aprovada em 20 de junho de 2002 pelo Congresso Nacional e ratificada formalmente através do depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional açambarcada, bem ao dia 25 de julho de 2002, entrando em vigor finalmente em 25 de julho de 2003.

⁷ Dentre outros atores envolvidos no processo de consolidação dos direitos indígenas no campo de atuação da Sociedade Internacional, pode-se mencionar que: “Tais organizações, todas fundadas por antropólogos, foram também importantíssimas no monitoramento dos impactos sociais e culturais que as atividades de instituições internacionais de desenvolvimento tiveram sobre os povos indígenas, como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco Asiático de Desenvolvimento. Em conjunto com vários grupos internacionais de defesa do ambiente, elas desempenharam papel de destaque ao pressionarem tais instituições para que definissem políticas especiais e programas de proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos e culturais dos povos indígenas, durante a década de 1980 e no início dos anos 1990” (DAVIS, 2008, s/p).

sobretudo, a redação inicial da Convenção que ora se apresenta (DAVIS, 2008). A redação, portanto, que seria construída nas negociações preliminares daquele tratado, mais adiante faria deste, um dos mais importantes instrumentos convencionais do mundo contemporâneo no que diz respeito ao tema em debate.

Importante destacar, outrossim, que pela leitura de Christian Courtis, a eficácia e respaldo do presente tratado na Sociedade Internacional, não se limitou à mera ideia de legislação modelo levada em consideração pelos poderes políticos dos Estados-parte. Pelo contrário, tal convenção foi significativa e diretamente invocada pelos povos indígenas, bem como associações e agências que atuaram e atuam na defesa de seus direitos e interesses. (COURTIS, 2009). É dizer, “parte da utilização desse instrumento internacional consistiu, justamente, no litígio perante os tribunais locais e, quando foi possível, perante órgãos do sistema regional de direitos humanos” (COURTIS, 2009, p.56).

Relevante observar também de maneira célere, o perfil político da Organização Internacional do Trabalho e o contexto histórico ao qual ela se achava inserida no ato de sua formação. A origem da Organização Internacional do Trabalho é fruto direto da Institucionalização do Direito Internacional Público que tomou uma pujança significativa após o encerramento da Grande Guerra, a Primeira Guerra Mundial. Junto à *League of Nations*, surgiram algumas organizações internacionais ao qual uma delas ainda permanecesse funcional e operacional até a presente data: A Organização Internacional do Trabalho (LASMAR, 2018). A propósito, “será nesse novo organismo internacional que surgirá a primeira demanda internacionalmente institucionalizada de verificar a situação dos denominados “trabalhadores nativos” na África e nas Américas” (LASMAR, 2018, p.65). Agindo desta forma, tal Organização Internacional Intergovernamental inicia um comportamento identificado através de uma demonstração de interesse ainda na década de 20 do século XX, no que tange aos assuntos relacionados aos povos indígenas, criando por sua vez em 1926 o então conhecido como Comitê de Expertos sobre Trabalho Nativo, comitê este, responsável diretamente pela construção de uma estrutura de pesquisa⁸

⁸ Pode-se tomar como referência o seguinte exemplo: “Durante a Terceira Conferência dos Estados-Membros Americanos da OIT, em abril de 1946 (Na Cidade do México), aprova-se uma Resolução em que se solicitava ao Órgão Central da Organização o estabelecimento de um comitê de especialistas no tema relacionado a problemas sociais das populações indígenas em todo o globo. E na Conferência seguinte, em 1949, na cidade de Montevideu (Uruguai),

e estudos que mais adiante permitiriam embasar importantes Tratados Internacionais e tantas outras recomendações a respeito de tal temática (LASMAR, 2018).

Por certo, continua Lasmar, após um longo período de estudos formulados pela organização em comento, nasceria a obra “*Indigenous Peoples: Living and Working Conditions of Indigenous Populations in Independent Countries*”, estudo este de massiva dimensão, robusto volume e que se ocupava em detalhar o quantitativo populacional, bem como também condições de vida de indivíduos indígenas em vários países independentes por vários continentes, sem perder de vista por sua vez também uma indicação das normas que os países ali observados reservavam às populações e povos originários (LASMAR, 2018). No que tange à definição legal do que se entende por “indígena”, vê-se importante observar que tal termo representa no entender do estudioso, uma transição de um conceito que inicialmente era formatado sob a égide de um esquema de diferença, voltada para enxergar a humanidade como numa escala métrica de evolução, ficando a humanidade identificada em vários estágios distintos de civilização, sendo o índio a escala mais remota, primitiva e menos evoluída da cadeia antropológica. No extremo oposto, por sua vez, estaria o homem europeu, embebido de um sistema político, social e jurídico largamente aplicado e com profundidade histórica de massiva monta. Através desse esquema lógico, os povos da floresta, bem como todos aqueles que passaram por um processo recente de colonialismo, independentemente do espaço geográfico onde se encontrassem, eram identificados em uma posição de rudimentariedade (LASMAR, 2018).

Como apontam Osuna e Maas, após a Segunda Guerra Mundial os instrumentos internacionais de Direitos Humanos ainda projetavam uma visão eurocêntrica a respeito dos povos indígenas (OSUNA; MAAS, 2017). Frente a isto, não se pode negar que a Organização Internacional do Trabalho não conseguira necessariamente romper com os vícios históricos abarcados ao longo do tempo e que ainda refletiam uma visão distorcida do que se entendia por indígena. No entender de Lasmar, portanto, em dado momento:

recomenda-se a reformulação do Comitê de Expertos sobre Trabalho Indígena. [...] Embora tivesse um mandato bastante limitado, passa gradativamente a OIT a tomar para si a responsabilidade de estudar de forma global as condições de vida de populações indígenas, para além do tema do trabalho, não apenas nas colônias, mas com uma extensão inclusive para países independentes” (LASMAR, 2018, p.66).

“preocupada com as condições de vida e trabalho dessas populações, mas sem romper com o passado colonial, a OIT se sente pronta durante a década de 50 a dar um grande passo: adotar uma convenção geral sobre as populações indígenas” (LASMAR, 2018, p.70). Em face de tal situação, defende o pensador que a participação da Organização Internacional do Trabalho no espectro de atuação frente ao Direito dos Povos Indígenas ainda poderia ser observada como continuação de uma política colonialista bastante alongada (LASMAR, 2018). De fato, “a preocupação com a mão de obra indígena, suas condições de trabalho e de sobrevivência dos índios remonta a legislações indigenistas tão longevas quanto as Leis de Burgos de 1512 e Valladolid em 1513” (LASMAR, 2018, p.69). Em relação à Lei de Burgos em particular, sustenta André Lopes Lasmar, além de inaugurar a política indigenista na América, representaram em âmbito global a essência do que viria a ser observado nos séculos posteriores em relação ao tratamento dos povos indígenas em todos os continentes que cobrem a Terra. É dizer, buscava-se uma política ligada ao assimilacionismo alinhado à práticas mitigadoras de proteção que fomentariam o comércio, o capital e justificariam a postura colonialista dos Estados agressores (LASMAR, 2018).

De todo modo, dadas as circunstâncias já comprovadas, indicava-se a necessidade de construção de uma estrutura legal necessária para padronizar o tratamento dos sujeitos do Direito Internacional Público⁹. Nesse ponto em particular, no que tange ao costume internacional identificado perante o tratamento devido que deveria ser dispensado aos povos originários da parte dos Estados, requeria-se maior concretude, maior estabilidade, maior previsibilidade e, portanto, um tratado internacional com todas as solenidades dali acompanhadas, dar-se-ia como necessário. É com tal ímpeto que a Organização Internacional do Trabalho começava a deduzir o resultado de suas pesquisas abalizadas pelos comitês especiais para permitir o início das negociações preliminares, envolvendo com isso o começo do que seria o texto de uma futura convenção. Antes disso, assegura Lasmar, resolve

⁹ Indispensável pontuar que um dos principais caminhos utilizados pelo Direito Internacional é sem dúvida o instituto da responsabilidade internacional. Neste ínterim: “A responsabilidade internacional se apresenta como um princípio da comunidade internacional, sem que, para tanto, se conclua que os diversos atores internacionais tenham perda de soberania em favor de um outro sujeito. Pelo contrário, valores como a igualdade e soberania são pressupostos para qualquer sistema de responsabilidade na esfera internacional, haja vista seus efeitos, em qualquer situação, dependerem da voluntariedade e colaboração dos Estados-membros [...]” (ZANELLA, et. al. p.301).

preparar uma recomendação para servir de orientação política futura. Surge então uma versão preliminar apresentada pelo Comitê de Expertos sobre Trabalho Indígena, aproveitando apenas os pontos de consenso entre as partes envolvidas. Posteriormente, já nas negociações preliminares, oito países¹⁰ votariam contra a Convenção, manifestando sua irrisignação com o texto (LASMAR, 2018).

Um outro ponto suscitado pelo pesquisador André Lopes Lasmar diz respeito à verdadeira participação havida pelos povos indígenas nas negociações preliminares deste tratado. Ora, levando em consideração as atividades aferidas nos trabalhos preparatórios, “demonstram-se ter havido pouquíssimas organizações indígenas habilitadas a participar das discussões, [...] havendo inclusive sido formalmente indeferida a participação de dezenas de organizações indígenas de âmbito local, sob o argumento de que lhes faltava um ‘caráter genuinamente internacional’” (LASMAR, 2018, p.73). Como defendem Osuna e Maas, com o tempo os indígenas passaram a intervir diretamente nos instrumentos internacionais a fim de buscar um maior alcance aos seus direitos. Justifica-se a ampliação paulatina das diversas declarações e tratados internacionais no que tange ao desenvolvimento de seus direitos. Impossível não mencionar a Convenção nº 169 como tratado internacional de fundamental importância no reconhecimento de direitos coletivos dos povos indígenas alcançando vinte e duas ratificações (OSUNA; MAAS, 2017).

Para Álvaro Reinaldo de Souza, a Convenção nº 169 antes de tudo trouxe novo tratamento jurídico-político aos povos indígenas, realizando modificações de considerável importância como a substituição da expressão populações indígenas e tribais, reconhecendo as minorias como diferenciadas frente aos demais cidadãos e cidadãs membros do Estado Nacional (SOUZA, 2002). Em essência, o autor comentado reputa como significativa importância três pontos essenciais. Em primeiro plano, inegável o valor da vinculação da presente convenção frente ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, assim como também o Pacto de Direitos

¹⁰ A propósito: “Oito países votaram contra a Convenção: África do Sul, Austrália, Canadá, Estados Unidos, França, Nova Zelândia, Reino Unido e Suécia. Todos os países sabidamente com longo histórico de conflito na relação colonial com seus povos originários, mas sob argumento oficial de oposição à competência em si da Organização para adotar um documento internacional vinculante com matéria que superava seu delimitado estatuto, uma vez que a Convenção lidava sobre temas muito além de questões meramente laborais dos trabalhadores nativos” (LASMAR, 2018, p.70).

Sociais, econômicos e culturais de idêntica origem. Em segundo plano, a Convenção nº 169 trouxe consigo a adoção de marcos referenciais de evolução do Direito Internacional como o reconhecimento das aspirações dos povos indígenas. Menciona-se aqui as instituições, formas de vida e de existência, identidade, religião, língua, dentre outros aspectos do plural conhecimento ancestral. Em terceiro ponto, a Convenção trouxe consigo o reconhecimento expresso de que os povos indígenas espalhados ao longo do mundo não desfrutam necessariamente dos mesmos direitos humanos fundamentais em igualdade com os demais cidadãos. Mais ainda, reconhece que as leis, costumes e valores indígenas têm sofrido uma erosão significativa, desgastada pelas interferências a perspectiva assimilacionista dos Estados. Por fim, reconhece-se que os povos indígenas contribuem inegavelmente para a diversidade cultural, harmonia social e harmonia ecológica (SOUZA, 2002).

O tratado leia-se, em seu Art. 8º faz a indicação expressa de que os povos indígenas deverão ver respeitados o seu direito de conservação dos costumes e de suas próprias instituições desde que sejam compatíveis com o catálogo de direitos fundamentais já definidos no sistema jurídico nacional e conseqüentemente, de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Outro ponto de grande valia diz respeito a menção expressa à importância especial que os governos devem reservar à espiritualidade e ligação a terra dos povos. É dizer, “a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art. 13º). Além de tudo, a Organização Internacional do Trabalho em tal tratado leva em consideração a premissa do “Indigenato” na identificação do direito territorial indígena. No corpo do tratado, leia-se, menciona-se que os governos e Estados devem reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse acerca das terras que tradicionalmente ocupam. Ressalva-se ainda a possibilidade de utilização de terras ainda que estas não estejam exclusivamente ocupadas por tais, mas que tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência, sem deixar de lado uma atenção especial aos povos nômades e itinerantes (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

Por outro lado, no que diz respeito ao direito de exploração das terras originárias, reza o tratado que os povos originários terão direito à

participação na utilização, administração e conservação dos recursos¹¹ (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Entretanto, tal tratado não abarca consigo a menção à exclusividade na obtenção dos frutos resultantes da exploração das terras, diferentemente de outros diplomas como a previsão constitucional brasileira, em caráter mais favorável, como se verá mais adiante.

Outro ponto importante na observação de tal convenção¹², compreender a importância de se conservar e preservar os povos originários em suas terras tradicionais¹³. A regra geral, urge anotar, assevera que os povos interessados não deverão ser transladados ou retirados das terras que ocupam. Excepcionalmente por sua vez, o tratado abarca a possibilidade de reassentamento sendo exigido o consentimento livre e com pleno e absoluto conhecimento das causas do reassentamento. Apregoa ainda a legislação que não sendo possível obter tal conhecimento, há a possibilidade de enquetes públicas, desde que garantida a devida representação aos povos indígenas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). De

¹¹ A tal respeito: “Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art.15).

¹² Conforme Túlio Chaves: “Na esfera internacional, o Art. 14 da Convenção 169 da OIT, regulamentada pelo Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5051 de 19 de abril de 2004, garante aos povos indígenas os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas, devendo os Governos, onde tais territórios estejam alocados, tomar as providências necessárias para identificar tais espaços e garantir a efetiva proteção dos respectivos direitos, relacionados à posse e à propriedade. Lembramos que esses dois elementos jurídicos apresentam-se imbricados com a necessidade de usufruto das riquezas e facilidades existentes nos lugares abrangidos pelo exercício das faculdades inerentes ao domínio tradicional” (NOVAES, 2018, p.201).

¹³ É inegável o alcance deste tratado visto que: “Quanto às terras das populações indígenas, a convenção avançou também ao estabelecer que o conceito deve abranger a totalidade das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma forma. Além disso, determina que os governos deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui relação com as terras ou territórios” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p.172).

todo modo, “Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento¹⁴” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art.16).

Conforme a pontuação de Joênia Batista de Carvalho, tal Tratado Internacional delega ao Estado e seus respectivos governos, o dever de tomar providências necessárias para determinar as terras que os indígenas ocupam de modo a garantir a proteção efetiva e satisfatória dos seus direitos territoriais. A autora a propósito menciona a possibilidade de recurso a uma solução governamental significativa, em situações mais extremadas. Trata-se da inclusão dos indígenas na percepção de programas agrários nacionais, junto a outros setores e segmentos da população brasileira. Tal fato permitiria um ganho de território significativo, sobretudo quando as escassas terras tradicionais já não são suficientes para permitir sua reprodução física e cultural (CARVALHO, 2006).

Outra pontuação relevante diz respeito ao mecanismo de proteção que deve ser operado pelo Estado para bloquear o acesso de estranhos e terceiros aos direitos nas terras originárias decorrentes, ainda que através de transmissão¹⁵ de propriedade. Nesse sentido, “dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art.17).

¹⁴ Importante observar que: “Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas. [...] Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art.16).

¹⁵ Acerca de tal ponto, o tratado identifica com precisão que: “Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos. 2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, Art. 17).

De todo modo, convém lembrar o equívoco comum alinhado ao presente tratado e que Lasmar permite lembrar muito bem. Trata-se do mito da autodeterminação dos povos indígenas. “Tal fato não apenas deixa de mostrar consonância com a simples leitura do texto convencional, mas chegou inclusive a constar expressamente e ficar registrado nos trabalhos preparatórios da OIT, segundo os quais o tema da autodeterminação deveria ser debatido ‘em outro fórum’” (LASMAR, 2018, p.73). Do que se pode aclarar, em síntese aos pontos positivos e negativos consistentes na Convenção 169, no entender de Lasmar é que tal tratado “serve muito mais como parâmetros mínimos internacionais que podem ser discutidos e ampliados no âmbito interno, do que propriamente a solução de todos os problemas dos povos indígenas em âmbito global¹⁶” (LASMAR, 2018, p.74). Em face de tal circunstância, o caráter meramente elucidativo e sem a intenção de verdadeiramente promover a diferença frente ao tratamento dos sujeitos do Direito Internacional para com a população originária, só alcança uma conclusão. A de que não foi capaz de cumprir com as expectativas dela aguardadas. “Isso se dá por um motivo muito claro em nossa opinião: porque a Convenção 169 não rompe propriamente com toda a lógica colonial, o que somente poderá ser alcançado com a real e efetiva adoção do princípio da autodeterminação dos povos indígenas” (LASMAR, 2018, p.74).

Outro ponto de fundamental importância diz respeito à importância atribuída à Convenção n° 169 pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dada a valia do Tratado Internacional em comento, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, serviu-se deste como parâmetro de interpretação aos direitos não mencionados pelos tratados habituais que compõem o sistema como a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim sendo, o direito à propriedade coletiva, o direito à consulta e o direito ao saneamento e à menção do dano à integridade cultural passaram a ser visitados na jurisprudência da Corte ainda em momento anterior à existência

¹⁶ Silva e Irigaray, concordam na ainda perdurada insuficiência do presente tratado. Assim, em que pese “inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e nos demais instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação, essa Convenção não tem sido suficiente para garantir os direitos dos povos indígenas, sobretudo na América Latina” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p.171).

da Convenção Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas¹⁷ (OSUNA; MAAS, 2017).

Nada obstante o observado, independentemente das intenções da Sociedade Internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho também pode ser enfrentada sobre outro viés crítico. Para tanto, conforme Manuela Carneiro da Cunha, tal tratado baseia-se em uma revisão típica dos anos 70 e 80 das noções que compõem a ideia de progresso, desenvolvimento, integração e claro, discriminação ou racismo. Por certo, tais instrumentos de direitos humanos baseavam-se em essência no direito à igualdade, entretanto, tal direito era fruto de uma ideologia de cunho liberal, confundindo-se muitas vezes como proposta de uma homogeneidade cultural (CARNEIRO DA CUNHA, 1994). Assim, “O direito à igualdade redundava, pois em um dever de assimilação. Outras equivalências perversas se alastraram: integração e desenvolvimento passaram a ser sinônimos de assimilação cultural, discriminação e racismo a reconhecimento das diferenças” (CARNEIRO DA CUNHA, 1994, p.128-9).

Por fim, não se pode negar que, nas palavras de Silva e Irigaray, tal tratado teve o mérito de reforçar, sobretudo, a importância de alteração dos paradigmas preexistentes até então estabelecidos em face das populações indígenas ao longo de todo o mundo (SILVA; IRIGARAY, 2021). Passava-se então a “reconhecer suas aspirações de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, mantendo e fortalecendo a identidade, a língua e as religiões dentro do âmbito dos Estados onde moram” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p.171-2).

3. DA DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: O PAPEL DAS NAÇÕES UNIDAS NA BUSCA PELO RESPEITO À DIVERSIDADE

Em que pese não se configure formalmente como um Tratado Internacional, ante o fato de que tal diploma não atravessara as formalidades sugeridas pelo Direito dos Tratados, isso não significa que tal documento não

¹⁷ Vale pontuar: “*En ese sentido, los órganos del Sistema Interamericano han dado contenido específico a derechos no expresamente mencionados en la citada Convención⁷ —con referencia expresa al convenio No. 169 de la OIT como parámetro de interpretación, no de aplicación—, como es el derecho a la propiedad comunitaria, el derecho a la consulta, el daño a la integridad cultural o al saneamiento en territorio indígena*” (OSUNA; MAAS, 2017, p.5-6)

disponha de alguma eficácia normativa. Por certo, o que se sabe é que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁸ de 13 de setembro de 2007 passou a dispor de efeitos perante a Sociedade Internacional, tendo por lastro o poder e a respeitabilidade da Organização das Nações Unidas e a força vinculante dela advinda através da Carta das Nações Unidas. Tal declaração, dentre outros pontos, “reconhece a igualdade de direitos desses povos em relação a todos os demais e, ao mesmo tempo, defende o direito de se considerarem a si mesmos diferentes e a serem respeitados como tais” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p. 161).

Conforme remonta o estudioso Shelton H. Davis, em precisa síntese histórica, a Declaração que ora se destacará, foi fruto direto do papel histórico liderado pela então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, hoje identificada como Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, sendo parte importante da Assembleia-Geral. Por certo, tal organismo ficou responsável pelo reconhecimento dos direitos culturais de minorias étnicas e raciais ao redor do mundo, incluindo dentre tais a figura dos povos indígenas. Nesse ínterim, aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a Comissão criou uma subcomissão para a prevenção da discriminação e proteção das minorias¹⁹. Em que pese o período histórico evidenciado, a partir dos anos 60, a agenda internacional dos Direitos Humanos passou a incluir questionamentos com tais em sua pasta de trabalho (DAVIS, 2008). Aponta-se que o acontecimento central dessa mudança de perspectivas foi a adoção por parte da Organização das Nações Unidas em 1966 da Carta Internacional de Direitos Humanos, dividida em dois tratados sendo o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966. Iniciava ali uma nova era em termos de reconhecimento internacional no que tange aos direitos das pessoas que compunham minorias étnicas, religiosas, linguísticas, dentre outras, incluindo-se aqui, reputa-se, os povos indígenas dos mais diferentes lugares do Mundo (DAVIS, 2008).

¹⁸ Tal Declaração obteve seu texto aprovado pela Resolução 1/2 do Conselho de Direitos Humanos, organismo pertencente à Assembleia-geral das Nações Unidas em 29 de junho de 2006, obteve-se finalmente através da 107ª Sessão Plenária em 13 de setembro de 2007 a sua publicação.

¹⁹ Vale o alerta: “O conceito de minoria não pode ser puramente quantitativo, mas também qualitativo, desde que existindo relação entre o grupo dominante e o grupo dominado, não importando o numérico deste” (SOUZA, 2002, p.50).

Realça o autor nesse aspecto que “Isso também acabou por levar a uma série de novas declarações e convenções cujo propósito era não apenas reconhecer, mas também proteger²⁰ legalmente os direitos — culturais ou outros — desses povos” (DAVIS, 2008, s/p). Alcançados os anos 80, mais precisamente em 1988, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO iniciou formalmente a Década Mundial do Desenvolvimento Cultural, interferindo significativamente em nível internacional, sobretudo no que tange ao aumento da consciência frente ao reconhecimento e promoção da herança cultural das minorias. Iniciava ali um papel crítico à ideia de desenvolvimento (DAVIS, 2008).

Nesse ponto em comento, André Lopes Lasmar, faz uma menção importante para aclarar o papel do *Working Group on Indigenous Populations – WGIP*, foro próprio pertencente às Nações Unidas e que se voltava para discutir o dilema da autodeterminação dos povos indígenas. Temas vitais²¹ foram ali discutidos (LASMAR, 2018, p.74). Em continuidade, no ano de 1992, por sua vez, a Assembleia-Geral das Nações unidas passaria a adotar a Resolução de nº 47/135, formalizando a primeira Declaração Internacional dos Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais,

²⁰ Consequentemente: “Em seguida à aprovação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias começou a preparar uma série de estudos e relatórios sobre modos de implementação dos direitos relativos às minorias étnicas, religiosas e lingüísticas, conforme previsto no artigo 27 do referido acordo. Começou também a examinar mais de perto experiências nacionais, em várias partes do mundo, para encontrar soluções pacíficas e construtivas de problemas envolvendo minorias, dando início à discussão da possibilidade de vir a preparar uma declaração especial a respeito dos direitos das minorias étnicas, religiosas, lingüísticas e outras. [...] Ao longo das décadas de 1970 e 1980, a ONU aprovou outras declarações e convenções importantes, além de criar agências especializadas contra a discriminação e a favor de um tratamento mais favorável a minorias étnicas e — pela primeira vez — a grupos raciais. Quanto a estes últimos, foi particularmente importante a aprovação, pela UNESCO, de uma "Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais", dando continuidade à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965” (DAVIS, 2008, s/p).

²¹ Vale colacionar: Se destacam, na agenda de discussões do órgão: em 1984, definição de povos indígenas, tratados, acordos, propriedade de territórios e jurisdição; em 1985, colonialismo, direito à terra e seus recursos, comércio e relações econômicas e sociais; em 1986, direito à educação, direito das crianças e liberdade de religião; em 1987, serviços legais, direito ao trabalho e proteção laboral e serviço médico e de saúde; e finalmente, em 1988, autodeterminação” (LASMAR, 2018, p.74).

Étnicas, Religiosas ou Linguísticas. (DAVIS, 2008). Entretanto, “apesar do foco renovado nos direitos culturais dos povos indígenas e outras minorias, os valores, identidades e culturas dos povos indígenas e ‘não-ocidentais’ foram por muito tempo vistos como obstáculos à modernização e ao desenvolvimento” (DAVIS, 2008, s/p).

Importante parêntese pode ser feito no que tange ao período em comento em terras latino-americanas. Como leciona Ricardo Verdum, ao passo em que os cuidados da logística do *Welfare State*, os anos 90 trouxeram consigo uma significativa atuação das agências de cooperação internacional para o desenvolvimento, envolvendo países como Alemanha, bem como instituições como o Banco Mundial, Organização das Nações Unidas e demais organizações correlatas como UNESCO, OMS, *et cetera*. Tais instituições, lembra o autor, abarcaram contribuições financeiras, técnicas e políticas auxiliando diretamente o movimento indígena exatamente no que diz respeito à flexibilização da relação dos povos originários com os respectivos governos dos Estados (VERDUM, 2009).

Outra data a ser levada em conta compreende o final de 2001, mais precisamente em novembro, quando através da 31ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, aprovaram por unanimidade a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, servindo de base para o que viria a ser a futura Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Declaração de 2001, nesse sentido, “também sublinha o importante papel que o reconhecimento da diversidade cultural deve ter na formulação das políticas governamentais de inclusão social, de participação da sociedade civil e políticas de desenvolvimento” (DAVIS, 2008, s/p). Do que se pode atestar, a declaração em comento foi construída sob a égide de toda uma construção contextual moldada geopoliticamente e cuidadosamente estabelecida perante a Sociedade Internacional.

De certa parte, face à criação do Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Assuntos Indígenas, sediada em Nova York, foram iniciadas as discussões para elaboração do texto da futura declaração, acontecendo conjuntamente ao trabalho do *Working Group on Indigenous Populations*, sediada em Genebra, alcançando então em dezembro de 2007, após praticamente 25 anos de discussão e 22 sessões anuais do WGIP, mediante 143 votos a favor e 4 votos contrários²², finalmente, estaria pronto o texto da Declaração das

²² Conforme Lasmar, 4 foram os votos contrários (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia). Entretanto, consoante a modificação da política internacional estabelecida, bem

Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, visando romper formal e substancialmente com as práticas coloniais (LASMAR, 2018).

Tal declaração, importa colocar, apresenta-se apta a identificação da diversidade ao reputar em seu preâmbulo um discurso contrário a qualquer linha de pensamento que colida com o reconhecimento da diferença²³, bem como sem perder de vista a necessária reparação histórica aos povos originários. De mais a mais, concentra esforços em respeitar e promover com urgência os direitos intrínsecos dos povos originários, levando em consideração suas estruturas políticas, econômicas sociais, suas tradições espirituais, sua história, concepção de vida, direito às terras, territórios e também recursos (NAÇÕES UNIDAS, 2007). Nessa lógica, a Declaração reconhece também que “a situação dos povos indígenas varia conforme as regiões e os países e que se deve levar em conta o significado das particularidades nacionais e regionais e das diversas tradições históricas e culturais” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Preâmbulo).

Ponto de grande interesse em tal diploma identifica-se na figura do direito à autodeterminação dos povos indígenas. A declaração, nesse sentido, apregoa o reconhecimento da existência de suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais. Nessa lógica, os povos originários passam a ter o reconhecimento internacional do direito de livre determinação de sua condição política, bem como a liberdade de atingir sua desenvoltura econômica, social e cultural (NAÇÕES UNIDAS, 2007). A propósito: “Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação²⁴, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões

como a evolução do entendimento sobre a matéria, todos foram revertidos posteriormente entre os anos de 2009-2012. (LASMAR, 2018).

²³ De acordo com os “considerandos”, as Nações Unidas deixam claro que: “todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas. Preocupada com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses, [...]” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Preâmbulo).

²⁴ De modo a preservar tal direito, a Declaração aprofunda que: “Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) Todo ato que tenha por

relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 7º).

Frente a tal ponto, reputa Rodolfo Stavenhagen que o direito à autodeterminação está longe de significar um intento de separação política ou qualquer tentativa de secessão. Menos ainda significa a criação de espaços para a formação de um novo Estado, que se pretenda independente do qual fazia parte. Assim sendo, o que pretende a norma *Jus Cogens* em comento não é outra coisa senão permitir a possibilidade de criação de um regime de autonomia governamental aos povos indígenas e seu respectivo território (STAVENHAGEN, 2003). É dizer, da mesma forma que, por exemplo, no Estado Brasileiro, dividimos as unidades federativas entre União, Estados-membros e Municípios, a proposta de autodeterminação dos povos indígenas remonta à possibilidade de dotar os povos indígenas de um maior poder de governança sobre seus espaços. Convém não confundir autonomia com soberania. Na lógica de Stavenhagen, obtida a autodeterminação dos povos indígenas e sua respectiva autonomia governamental, só assim podem tais participar diretamente dos assuntos que o afetam, tendo, portanto, poder de decisão e melhor uso dos recursos ali observados (STAVENHAGEN, 2003). Não por outra razão, poder escolher seus representantes e esperar deles a melhor gestão possível, ou ainda colocar-se à disposição dos seus representados é considerado um direito humano por excelência.

Manuela Carneiro da Cunha, face ao debate entre autodeterminação dos povos indígenas e dissolução do Estado, assevera que tal problema advém, sobretudo, desde o uso da expressão “povo” para designar os indígenas. Para tanto, o receio de muitos Estados era o de que a ideia de povos implicasse em última instância o status de sujeito de Direito Internacional aos povos, colocando em risco a própria integridade do território nacional (CARNEIRO DA CUNHA, 1994). A bem da verdade: “O fato é que o termo povos se generalizou sem implicar em ameaças separatistas, muito menos no Brasil, em que o tamanho diminuto das etnias e sua pulverização territorial não permitiriam sequer pensá-lo” (CARNEIRO DA CUNHA, 1994, p.129).

Indo mais além, abarca também o documento, que os povos indígenas têm o total direito de manifestar, praticar, desenvolver, assim como

objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art.8º).

também ensinar suas tradições, costumes, manter suas cerimônias espirituais, religiosas, bem como ter a proteção de tais lugares, dispor os objetos de culto, bem como obter a repatriação de seus restos mortais. A mesma lógica vale em sentido contrário ao se aferir que os povos originários possuem o direito de não sofrer qualquer tipo de assimilação forçada ou destruição de sua cultura (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Convém clarear que não é a Declaração o documento instituidor de tais direitos subjetivos. Sob tal ponto, apresenta-se mais satisfatória a ideia de que o que tal norma apregoa nada mais é do que reconhecer formalmente aos Estados que esta deve ser a posição a ser tomada em consideração em relação aos povos originários. Um reconhecimento, portanto, apto a integrar o respeito à diversidade no catálogo de direitos fundamentais que deve compor a estrutura de qualquer sistema constitucional de qualquer País que se repute democrático.

De fato, ao levar-se em conta tal instrumento normativo, percebe-se a preocupação por parte da Organização das Nações Unidas com a diversidade presente entre os povos originários no momento em que reputa ter os povos indígenas o direito de manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros, bem como outros recursos que em razão da tradição dos povos indígenas, sejam ocupados e utilizados. Também aos povos indígenas é atribuído o dever de permitir que as gerações futuras possam desfrutar de tais direitos (NAÇÕES UNIDAS, 2007). A menção acerca da espiritualidade é retomada mais uma vez: “Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 34). Outro ponto de grande relevo diz respeito à menção direta ao direito de pertencimento a uma comunidade ou nação indígena, levando em conta as tradições religiosas, hierárquicas, direito consuetudinário, dentre outras particularidades, não podendo desta situação resultar qualquer discriminação por parte do Estado ou de seus súditos. Tal diversidade, leia-se, também deve ser considerada no que tange aos meios de informação, imprensa e mídia em geral. Ao Estado, por sua vez, competirá a adoção de medidas eficazes para assegurar adequadamente a diversidade cultural dos povos originários (NAÇÕES UNIDAS, 2007). Se servindo de idêntica lógica pluralista, o Estado deverá permitir, deixando de lado qualquer possibilidade de mácula à língua “oficial” da Nação, o direito indígena de

estabelecer seus próprios meios de informação, incluindo, sobretudo, a fala e reprodução de seus idiomas originários, afastado todo e qualquer tipo de discriminação (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Mais adiante, ressalva o entendimento formado no costume internacional ora convertido em documento escrito e que aponta incontestavelmente que “os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 26). Mantida a lógica, versa a Declaração que os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver, bem como também controlar suas terras, territórios e demais recursos que compõem seu espaço originário. A par disso, os Estados membros da ONU ficam coobrigados a estabelecer e aplicar conjuntamente aos povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, sendo reconhecidas de maneira devida, as leis, tradições, costumes e também regimes de posse da terra aos povos originários. Tal esforço deve pois ser empreendido para permitir o reconhecimento e adjudicação dos direitos da população originária ao seu território e o que se pode extrair dele (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Ponto relevante também diz respeito ao reconhecimento da territorialidade originária, sobretudo no que tange ao fato de que o território indígena não coincide necessariamente com o espaço territorial de um Estado. A fim de solucionar tal problema, consoante o fato de que o mesmo povo indígena pode habitar países distintos, a Organização das Nações Unidas apregoa que os povos indígenas que por sua vez estiverem divididos por força de fronteiras internacionais possuem o direito de manter, bem como desenvolver contatos, relações, cooperação, dentre outras formas de ligação, incluindo, sobretudo, atividades de caráter espiritual, cultural, política, econômica e até social, entre as fronteiras (NAÇÕES UNIDAS, 2007). Entretanto, faz a Declaração uma ressalva significativa, de cunho essencialmente monista internacionalista, ao indicar expressamente que o reconhecimento da territorialidade originária não pode ser destinado para macular ou violar a integridade territorial de quaisquer dos 193 Estados-membros da Carta da ONU, de modo que vê-se vedada qualquer conduta que tenha por fim “autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art.46). De igual maneira, também não autoriza a Declaração qualquer procedimento hermenêutico que viole o disposto no

Tratado Internacional que deu origem à Organização Intergovernamental aqui estudada.

Por outro lado, é de conhecimento comum que circunstâncias poderão se dar, aptas e suficientes o bastante para conduzir os povos indígenas em ação coletiva ao Poder Judiciário. Demandas que envolvam terras indígenas, bem como quaisquer violações diretas à Declaração açambarcada, já encontra no texto um dever de compromisso por parte do Estado em permitir uma atenção especial por parte dos julgadores. Tal atenção, leia-se, envolve em seu conteúdo a busca por procedimentos justos, equitativos e céleres, sem prejuízo da possibilidade de manejo de recursos eficazes para tanto (NAÇÕES UNIDAS, 2007). Mais importante ainda: “Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art.40).

Por fim, não poderia ser diferente, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas prevê também em seu corpo normativo a vedação expressa à possibilidade de remoção não consensual/forçada dos povos originários das suas terras e seus territórios. Continua ainda que: “Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 10). Eventual descumprimento de tal comando, vale colacionar, proporcionará direito à reparação através de meios que podem alcançar restituição do território originário, ou não sendo possível, em face das situações extremas, uma indenização justa, imparcial e equitativa levando em conta todas as terras, territórios e recursos tradicionais usurpados, tomados, ocupados, confiscados, utilizados e danificados sem levar em conta o consenso do povo nativo (NAÇÕES UNIDAS, 2007). A par disso, “Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada” (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 28).

Do que se pode depurar das lições acima observadas, levando em consideração as preocupações de uma das principais Organizações

Internacionais Intergovernamentais²⁵ que compõem a Sociedade Internacional, que em que pese não seja isenta de críticas ao longo das mais de sete décadas de sua existência, o que há, em verdade, no entender de Davis, é em última instância, uma estratégia desafiadora para as numerosas agências internacionais. Por conseguinte, visa-se abarcar a todos aqueles Estados comprometidos com a consolidação dos direitos dos povos indígenas, a manutenção dos valores e patrimônios culturais, sem deixar de levar em consideração a realidade econômica vivenciada por grande parte dos povos tradicionais, assolados pela pobreza, exclusão social e todos os tipos de preconceitos, o que repercute diretamente na baixa oferta de serviços de saúde, educação, assistência social, apoio jurídico, dentre inúmeros exemplos que podem ser contabilizados (DAVIS, 2008). Mantido o raciocínio, a promoção à diversidade cultural e o respeito ao pluralismo jurídico não podem ser considerados obstáculos ao desenvolvimento de um País, devendo ser em verdade, tal diversidade, um dos aspectos mais importantes e fundamentais de um Estado (DAVIS, 2008).

Do que se pode compreender da Declaração em tela é que ela, como apontam Silva e Irigaray, apesar de não ser de fato um instrumento de proteção juridicamente vinculante, “além de estabelecer rumos para as políticas e legislações nacionais afetas aos povos indígenas – serve de elemento importante para a análise de casos de violações de Direitos Humanos de povos indígenas no âmbito da Corte IDH” (SILVA; IRIGARAY, 2021, p.161-2).

²⁵ Pode-se mencionar o valioso papel de uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas, também conhecida como Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. Nesse ínterim, assegura Davis: “Baseando-se nessas premissas, a Convenção de 2005 da UNESCO também reafirma os direitos dos Estados soberanos adotando medidas que incluem, entre outras ações: proteger e promover a diversidade das expressões culturais; dar oportunidades à criação, produção, disseminação, distribuição e usufruto de atividades culturais domésticas, e de bens e serviços, inclusive aquelas relacionadas às línguas usadas nessas atividades, bens e serviços; provimento de assistência financeira para atividades e expressões culturais; criação e apoio às instituições públicas necessárias; fomento aos meios de comunicação, inclusive transmissões públicas de rádio e televisão; e a formação e apoio de artistas e outras pessoas envolvidas na criação de expressões culturais” (DAVIS, 2008, s/p).

4. DA DECLARAÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: PLURALIDADE E DIVERSIDADE SOB A TUTELA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

Até o presente momento, foram analisados os principais documentos e diplomas internacionais de conteúdo vinculante e cogente apresentados à Sociedade Internacional por intermédio de Organizações Internacionais Intergovernamentais de enorme prestígio global. Dentre as observadas, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização das Nações Unidas trouxeram suas contribuições específicas para permitir aos Estados-membros e demais atores da grande “aldeia global” algum tipo de padronização no que diz respeito à tolerância para com a diversidade cultural dos povos originários. No campo do consentimento, portanto, tais documentos representaram uma guinada na relação entre Estado e autodeterminação dos povos indígenas. A aceitação à pluralidade e ao entendimento de diferentes formas de concepção de política, religiosidade e territorialidade tem sido paulatinamente observada e levada em consideração pela Sociedade Internacional.

E no que não poderia deixar de ser diferente, nada obstante a presença do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, depois de longas jornadas de discussões, negociações preliminares de toda sorte e a baixa receptividade de alguns dos Estados-partes, finalmente, para o objetivo de engrandecer o panorama protetivo regional, bem como também ampliar as fontes positivando o costume internacional pré-estabelecido na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos - OEA, através de sua Assembleia-Geral, resolveu tornar público no dia 15 de junho de 2016, por força da Resolução de nº 2888, aprovar a novel Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Em face disso, convém analisar com maior detalhamento, as tendências inovadoras e demais elucidações abarcadas pela OEA no que tange ao presente diploma.

Frente a isso, a Organização dos Estados Americanos, levando consigo os 35 Estados que a integram, aborda consigo o reconhecimento de que os direitos dos povos originários são historicamente importantes para o presente e o futuro das Américas. Importância essa que se apresenta através da massiva contribuição para o desenvolvimento, diversidade cultural e pluralidade de formas e pontos de vista (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). Tal Organização Internacional no curso da Declaração, mais precisamente à reafirmação das considerações

principiológicas, axiológicas e hermenêuticas para fins de entendimento do texto apresentado, não deixam de lembrar aos Estados-partes as profundas injustiças históricas permeadas pela brutal colonização, responsável por comprometer suas terras, territórios e recursos, tendo bloqueado com isso boa parte de sua capacidade de desenvolvimento. Frente a tais observações, insurge a urgente necessidade de respeitar e facilitar a promoção dos direitos indígenas mais precisamente aqueles advindos das inúmeras estruturas de formação dos povos originários, abarcando com isso além do alicerce político, também as tradições espirituais, sua historiografia e os direitos fundiários daí decorrentes (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). Tal ponto por sua vez é abordado claramente através do reconhecimento expresso de que “Os Estados reconhecem e respeitam o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas que fazem parte integrante de suas sociedades” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 2º). Frente a tal ponto, reconhecer a pluriculturalidade é também permitir a liberdade de desenvoltura cultural dos povos originários. Para tanto, um dos pontos de massiva importância revela-se no repúdio à assimilação cultural. Nesse sentido: “Os povos indígenas têm o direito de manter, expressar e desenvolver livremente sua identidade cultural em todos os seus aspectos, livre de toda intenção externa de assimilação” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 10). Os Estados não deverão desenvolver, adotar, apoiar ou favorecer política alguma de assimilação dos povos indígenas, nem de destruição de suas culturas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 10º).

Mantendo a tendência da escala pluricultural dos dispositivos internacionais de proteção aos povos originários, tal Declaração dedica também um importante espaço para a espiritualidade indígena. Em primeiro plano, o reconhecimento do direito subjetivo ao livre exercício das crenças, abrangendo também o poder de praticar, desenvolver, transmitir e também lecionar todo o corpo de tradições e costumes ritualísticos individuais e coletivos, apregoados publicamente ou privadamente, não sendo permitido sob nenhuma hipótese qualquer tipo de interferência externa que de alguma maneira afete, prejudique ou limite tal direito subjetivo à religiosidade e espiritualidade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). A propósito, no que tange à relação com a territorialidade, vale colacionar: “Os povos indígenas têm o direito de preservar e proteger seus lugares sagrados e de ter acesso a eles, inclusive seus lugares de sepultamento,

a usar e controlar suas relíquias e objetos sagrados e a recuperar seus restos humanos” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 16). Mantida tal lógica, o mister da preservação da espiritualidade e da relação dos povos indígenas com sua espiritualidade é também um vetor de preservação da identidade e integridade cultural²⁶. Sendo assim, é correto abalzar que os povos indígenas possuem o direito subjetivo de ver respeitadas e reconhecidas por parte dos atores internacionais, suas “cosmovisões, espiritualidade, usos e costumes, normas e tradições, formas de organização social, econômica e política, formas de transmissão do conhecimento, instituições, práticas, crenças, valores, indumentária e línguas, reconhecendo sua inter-relação, tal como se dispõe nesta Declaração” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 13, parágrafo 3º). Importante ressaltar também a menção aos direitos coletivos²⁷ dos povos indígenas ponto que reflete com qualidade o *modus vivendi* das populações indígenas. Ante tal fato, a Declaração prevê expressamente o dever do Estado em respeitar e fazer respeitar os sistemas sociais e instituições indígenas, levando em consideração sua territorialidade e espiritualidade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016).

Outro ponto essencial à manutenção dos costumes indígenas são identificados através de um dos principais direitos humanos de primeira

²⁶ Levando em consideração a urgência do respeito à integridade cultural: “Os povos indígenas têm direito a sua própria identidade e integridade cultural e a seu patrimônio cultural, tangível e intangível, inclusive o histórico e ancestral, bem como à proteção, preservação, manutenção e desenvolvimento desse patrimônio cultural para sua continuidade coletiva e a de seus membros, e para transmiti-lo às gerações futuras. 2. Os Estados oferecerão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos juntamente com os povos indígenas, a respeito dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação de suas leis, tradições e costumes” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 13).

²⁷ Vale colacionar: “Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art.6).

dimensão, responsáveis pela liberdade de associação e reunião. Preservada sua cosmovisão²⁸, valores e tradições, “os povos indígenas têm direito de se reunir em seus lugares e espaços sagrados e cerimoniais. Para essa finalidade, terão o direito de usá-los e de a eles ter livre acesso” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art.20). Acerca de tal ponto, a Declaração reconhece sobretudo que as fronteiras da territorialidade indígena podem não ser idênticas às fronteiras do Estado Nacional concernente. Nesse sentido, as populações indígenas “divididas por fronteiras internacionais, têm direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta, inclusive atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com os membros de seu povo e com outros povos” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Art.20).

Em continuidade à observação ao Direito Territorial Indígena, encontra-se clara identificação à pluriterritorialidade já na menção ao Art.25, através da expressão “formas tradicionais de propriedade”. Nesse ponto em comum, vale ressaltar que, o direito de propriedade, abalizado como direito civil por excelência, oponível contra o Estado, tradicionalmente liberal e previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, *jus cogens* por excelência, já poderia ser percebido e encarado de maneira diferente conforme as diversas culturas humanas (HERKENHOFF, 1998). A par disso, reforçando a estrutura axiológica presente na pluralidade da vivência e expressão dos povos originários, defende-se o direito a “manter e fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Art. 15). A lógica do indigenato é preservada e tomada como critério central de identificação do controle do território nativo, ponto que se expressa *ipsis litteris* através da seguinte menção: “Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido

²⁸ Vale observar: “Os Estados garantirão o pleno gozo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas, bem como seu direito de manter sua identidade cultural e espiritual, sua tradição religiosa e sua cosmovisão, seus valores e a proteção de seus lugares sagrados e de culto, além de todos os direitos humanos constantes da presente Declaração” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 31).

proprietários²⁹” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Art. 25).

Tendo por base o observado, a Declaração reitera a consolidação da diversidade fundiária típica dos povos indígenas e que muito se afasta da lógica romana tradicional. Menciona o documento histórico que “os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 25). Em que pese haver a reserva de adequação ao direito doméstico, não se podem negar os avanços alcançados com tal pontuação, sobretudo quando comparado tal diploma com outras declarações e convenções. Para tanto, nada obstante a legislação interna, assegura a Declaração que os Estados deverão estabelecer regimes especiais adequados para permitir não só o reconhecimento das terras mas também sua demarcação, gerando com isso, dever de assegurar sua proteção sem perder de vista as tradições e costumes originários (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). É dizer, “os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 25).

A defesa efetiva da territorialidade também não deixa de levar em conta a possibilidade de consulta³⁰ aos povos indígenas na hipótese eventual projeto que venha a de alguma forma afetar terras, territórios ou recursos indígenas. A lógica das decisões tomadas em coletividade, preservada e mantida a necessidade de comunicação e estabelecimento do consenso por parte dos povos diretamente envolvidos em eventual ação do Estado,

²⁹ Importante ressaltar: “Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 25).

³⁰ Assim configura a Declaração: “Os Estados realizarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados por meio de suas próprias instituições representativas a fim de obter seu consentimento livre e fundamentado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, especialmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, Art. 31).

representam um elemento condicionador e que pode servir de barreira para eventuais interesses escusos por parte do País abalizado.

Ante as observações acima, interessante se faz a menção ao antropólogo Rodolfo Stavenhagen durante audiência pública no caso Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. República da Nicarágua que tramitou na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desta feita, tanto a sociedade internacional, assim como também Direito Internacional dos Direitos Humanos “têm o desafio de desenvolver novos conceitos e novas normas que, sem lesar nem cercear de qualquer maneira os direitos humanos da pessoa, consigam enriquecer as formas de vida dos povos indígenas, ao reconhecer sua realidade social e cultural, na qual ocorrem violações de direitos” (STAVENHAGEN, 2000, p.27).

Em face do panorama internacional dos direitos humanos, Fernando Dantas compreende que os direitos humanos³¹, na condição de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e, sobretudo culturais, sempre que abordados de forma integradora e indivisível, são capazes de mobilizar um marco jurídico internacional voltado para a efetivação seja do reconhecimento, seja da defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas (DANTAS, 2014). Mas, adverte que devem ser realizadas “as matizações necessárias no sentido de superar o universalismo característico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dá ênfase aos direitos individuais civis e políticos e implica uma postura negativa para o Estado” (DANTAS, 2014, p.350).

Por certo é válido apontar que o Estado Brasileiro possui um nível de abertura significativo quanto aos tratados internacionais alinhados à defesa de Direitos Humanos. Tal comportamento demonstra a boa intenção do Brasil em amearhar em sua estrutura normativa as principais referências humanistas propostas pela Sociedade Internacional³².

³¹ Face ao papel da Sociedade Internacional na concreção dos direitos: “O contexto ou o espaço atual dos direitos indígenas é o da efetivação, da concreção do reconhecimento constitucional e de direitos consagrados em documentos jurídicos internacionais. Portanto, a configuração do desenho e da edificação de novas relações sociais envolve os povos indígenas, a sociedade e o Estado brasileiros, e as projeções externas, no âmbito dos organismos multilaterais. Isto se demonstra pelo conteúdo das reivindicações dos movimentos sociais indígenas, que se têm pautado no reconhecimento do direito interno dos Estados nacionais e, Também, em instrumentos externos de direito internacional e de direitos humanos” (DANTAS, 2014, p.359).

³² “O Estado brasileiro passou a ratificar os principais tratados de proteção dos direitos

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente de toda a estrutura convencional e costumeira abordada nas últimas páginas, é fato que a relação do Direito Internacional Público com os Povos Indígenas não pode ser visualizada como uma ambientação de trato fácil. Nem mesmo nos mais caros costumes/princípios de Direito Internacional que integram a *Jus Cogens*, no mais alto escalão de proteção do sistema jurídico que recobre a Sociedade Internacional.

Do que não se pode negar é que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nos mais diferentes sistemas de direitos humanos e nas amplas e diversificadas constituições são frutos de um longo caminho. Como defende Osuna e Maas, cada direito conquistado foi construído através de várias décadas, movimentos, conjunturas, sob ampla tensão, até que começasse a ser reconhecido pelos Estados inicialmente no âmbito perante a sociedade internacional e futuramente perante suas esferas constitucionais³³.

humanos a partir do processo de democratização, iniciado em 1985. Impulsionado pela Constituição de 1988 - que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana - o Brasil passa a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996. _ Adiciona-se que, em 3 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo n. 89/98. Em 7 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente” (SOUZA, 2002, p.146-7). Cite-se também a ratificação da Convenção de Nova York de 2006, assinada pelo Brasil em 30 de março 2007 e ratificada em 1º de agosto de 2008.

³³ Inegável o fato de que, como reza Henrique Weil: “Vivemos um processo profundo de transformações sociais, econômicas, políticas e de valores que, como não poderia ser diferente, repercutem com grande impacto na teoria do direito. [...] A teoria do direito, notadamente do direito constitucional, tem passado por profundas modificações nos tempos recentes” (WEIL, 2015).

No geral, como observado nas situações de luta, os problemas sempre envolvem territórios ricos em recursos naturais e que são objeto de interesse empresarial. Não bastassem tais fatos, some-se a isso também um amplo e complexo contexto de discriminação estrutural que torna difícil ou até impede o reconhecimento de seus direitos (OSUNA; MAAS, 2017).

De toda parte, muito embora não se possa desconsiderar os pesares é notório o comportamento da Sociedade Internacional de amearhar consigo esforços para repensar a figura do Estado. Estado aqui, leia-se, Estado Moderno, constituído em todas as vicissitudes que naturalmente o compõe. É dizer, nada obstante o princípio da autodeterminação dos povos³⁴, elimina-se a diversidade com a criação de um Estado uníssono, unívoco, cuja identidade nacional se resume a uma experiência excludente. Buscando sopesar tais diferenças, abrindo espaço à diversidade, fenômenos como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano vem despontando novos caminhos para a construção de um ambiente que reconheça a diversidade e pluralidade de conceitos como território e propriedade, distinguindo-as das noções eurocentradas, tomadas como únicas exclusivas pela legislação moderna. É tempo de abertura, de diálogo, é tempo dos Povos Originários.

REFERÊNCIAS

AMADO, Luiz Henrique Eloy. Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil. *Caderno de Estudos Culturais*. Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. V.7 n.13, 2015.

³⁴ Compreendido em uma hierarquia valorativa que se aproxima ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trata-se de um dos mais importantes fenômenos do Direito. Entretanto, pondera Marés, no momento em que o povo passa a escrever sua Constituição Política, ganha com isso o reconhecimento da Sociedade Internacional de que um Estado se trata. Assim, “há uma transferência do direito de autodeterminação do povo para o ente recém formado. As relações externas a este Estado são reguladas pela autodeterminação e as internas se transformam em soberania” (SOUZA FILHO, 2021, p.78). Em continuidade ao raciocínio, “os povos minoritários que por razões de sua vontade, disposição ou cultura não participaram da criação perdem também, aos olhos da comunidade internacional e do poder constituído, o direito à autodeterminação” (SOUZA FILHO, 2021, p.78). O resultado prático deste apontamento é que, continua o autor, a autodeterminação³⁴ é um direito que não vai além do poder de se constituir em Estado. Uma vez constituído, a diversidade é automaticamente excluída de tal princípio/costume (SOUZA FILHO, 2021).

Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411#:~:text=Preliminarmente%2C%20cabe%20consignar%20que%20a,a%20distin%C3%A7%C3%A3o%20fundamental%20entre%20direito.>
Acesso em: 21 abr. 2022.

CARMO, Gabriel Saad Travassos do; SIMIONI, Fabiane. A Defensoria Pública e as veias abertas da América Latina: A busca por uma epistemologia do sul. *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 11, nº 21, 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1336/959>
Acesso em: 09 de mar de 2022.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. O futuro da questão indígena. *Estudos Avançados*, 8(20), 1994.
Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/PTkcvwctsL79NTcmSF3BT7C/?format=pdf&lang=PT>. Acesso em: 09 abr. 2022.

CARVALHO, Joênia Batista de. *Terras Indígenas: A casa é um asilo inviolável*. In: Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito à diferença. Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura; - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

COSTA, Arthur Magalhães. *Cidadania Mundial e Direitos Humanos: Consolidação ou padronização do direito?* Recife: Editora Ipanec, 2021.

COURTIS, Christian. *Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina*. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos [online]. 2009, vol.6, n.10, pp.52-81. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a04v6n10.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. In: Educação e (Des)Colonialidades dos Saberes, Práticas e Poderes. *R. Educ. Públ. Cuiabá*, v. 23, n. 53/1, p. 343-367, maio/ago. 2014.

DAVIS, Shelton H. *Diversidade cultural e direito dos povos indígenas*. Mana Estudos de Antropologia Social v.14 n.02, Rio de Janeiro, Oct.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext. Acesso em: 12 fev. 2020.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos: Uma ideia, muitas vozes*. São Paulo: Editora Santuário, 1998.

LASMAR, André Lopes. *Legislação indigenista internacional: da Lei de Burgos de 1512 ao Sistema Onusiano de Direitos Humanos*. In: Índios no Brasil: vida, cultura e morte. Org. Maria Luiza Tucci Carneiro e Mirian Silva Rossi. Mensagem de Antônio Florence. São Paulo: IHF, LEER/USP; Intermeios, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

NOVAES, Túlio Chaves. *Belo Monte: protótipo de um extermínio anunciado*. In: Índios no Brasil: vida, cultura e morte. Org. Maria Luiza Tucci Carneiro e Mirian Silva Rossi. Mensagem de Antônio Florence. São Paulo: IHF, LEER/USP; Intermeios, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 15 de junho de 2016*. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 20 fev 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais de 27 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

OSUNA, Karla Quintana; MAAS, Juan Jesús Góngora. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los Sistemas de Derechos Humanos*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. N.6. México: Universidad Nacional

Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.

SILVA, Valter Fabrício Simioni.; IRIGARAY, Carlos Teodoro J. Hugueny. A tutela do meio ambiente e dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 11, n. 2, maio/ago 2021. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/10364>. Acesso em 29 abr. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1ªed., 10ªreimpr. Curitiba: Juruá, 2021.

SOUZA, Álvaro Reinado. *Os povos indígenas: minorias étnicas e a eficácia dos direitos constitucionais no Brasil*. Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/84176>. Acesso em 11 abr. 2022.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *¿Por qué los derechos indígenas?* In: Los derechos de los pueblos indígenas. fascículo 1. Comisión Nacional de Los Derechos Humanos. México, 2003.

VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*. In: Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina / [organizador Ricardo Verdum]. - Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

WEIL, Henrique. *A reconstrução histórica da diversidade no Direito Internacional*. Coleção Diversidade e Novo Constitucionalismo Democrático, v.3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ZANELLA, Ingrid.; CANTARELLI, Margarida.; & JOVINIANO, Paulo. *Soberania dos estados e supra constitucionalidade no julgamento da Corte Interamericana no caso Olmedo Bustos e outros x Chile*. *Caderno de Relações Internacionais*, v.13 nº24, 2022.

Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/2402/1818> Acesso em 08 nov 2022.