



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SHEILA GUAREZI ZANDOMENECO

**O IMPACTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS NO DIREITO AO RECONHECIMENTO DOS POVOS
INDÍGENAS DO BRASIL**

**FLORIANÓPOLIS
2024**

Sheila Guarezi Zandomeneco

**O Impacto da Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos
no Direito ao reconhecimento dos Povos Indígenas do Brasil**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade.

Orientadora: Profa. Leticia Albuquerque, Dra.
Coorientadora: Profa. Flávia do Amaral Vieira, Dra.

Florianópolis
2024

Ficha catalográfica para trabalhos acadêmicos

Zandomeneco, Sheila Guarezi

O Impacto da Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Direito ao reconhecimento dos Povos Indígenas do Brasil / Sheila Guarezi Zandomeneco; orientador, Letícia Albuquerque, coorientador, Flávia do Amaral Vieira, 2024.

119 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito ao Reconhecimento. 3. Povos Indígenas. 4. Sistema Interamericano. 5. Direitos Humanos. I. Albuquerque, Letícia. II. Vieira, Flávia do Amaral. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Sheila Guarezi Zandomeneco

**O Impacto da Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no
Direito ao reconhecimento dos Povos Indígenas do Brasil**

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 08 de abril de 2024,
pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Francisco Quintanilha Vêras Neto, Dr.(a)
UFSC

Prof.(a) Tiago Fensterseifer, Dr.(a)
UFSC

Prof.(a) Adriana Biller Aparicio, Dra.
UEM

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade.

Insira neste espaço a
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a
assinatura digital

Profa. Letícia Albuquerque, Dra.
Orientadora

Florianópolis, 2024

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Defensoria Pública da União pela oportunidade de exercer o cargo de Defensora Pública Federal em uma instituição cujos objetivos primordiais incluem a promoção dos direitos humanos e a defesa dos grupos em maior vulnerabilidade social.

Ao meu colega Walber Rondon Ribeiro Filho, que, ao assumir as tarefas administrativas da unidade da DPU Dourados/MS na qualidade de Defensor-Chefe, oportunizou minha dedicação integral à área-fim e, conseqüentemente, minha aproximação à temática indígena e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos, especialmente aos advogados do setor de mérito, que tão bem me acolheram em sua sede administrativa em Washington DC durante intercâmbio institucional realizado em 2019 e que me oportunizaram uma grande aprendizagem sobre os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Da mesma forma, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, seus advogados, colaboradores e estagiários participantes do programa de “pasantia” do ano de 2023, que me propiciaram um maior aprofundamento na jurisprudência da Corte e no seu funcionamento em geral.

Aos professores, servidores e colegas do curso de Mestrado do PPGD/UFSC, pelos ensinamentos, convivência, troca de ideias e companheirismo.

À Profa. Dra. Flávia do Amaral Vieira, minha gratidão por ter aceitado a coorientação do presente trabalho, pela oportunidade e aprendizagem.

À Profa. Dra. Letícia Albuquerque, pela acessibilidade e respeito com que trata todos os orientandos, concedendo-me a satisfação de ser sua orientanda e gozar de suas reflexões, incentivos e entusiasmo na defesa dos Direitos Humanos, além de sua presença articuladora em tantos espaços necessários para a formação acadêmica, como grupos de estudos e congressos.

Aos meus pais e irmãos que, mesmo quando distantes geograficamente, sempre incentivaram os meus estudos e trabalho.

Ao meu esposo Pablo, pelo amor e paciência quanto às ausências necessárias para a frequência adequada ao curso de Mestrado e ao cumprimento das exigências que lhe são inerentes.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar o impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil. O tema se mostra extremamente relevante, pois demonstra que, diante da injustiça histórica cometida contra os povos indígenas no Brasil e da sua não reparação, é possível restaurar o valor das identidades indígenas que foram subjugadas através da adoção de novos paradigmas compatíveis com seus contextos e de mudanças estruturais, como os defendidos pela jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Primeiramente, analisa-se brevemente como se deu o processo de ocupação do território brasileiro e da construção da política indigenista nacional, aduzindo a importância da teoria crítica dos direitos humanos para a compreensão do contexto de violação de direitos indígenas. Aborda-se a trajetória da consolidação dos direitos indígenas no âmbito internacional e o surgimento do “Direito Internacional do Reconhecimento”, que se conceitua como um apelo à responsabilidade do Estado, que se enquadra em três frentes: i) na positivação do reconhecimento da diversidade cultural; ii) na concessão de direitos específicos para a preservação da identidade de determinados grupos e indivíduos, e; iii) na reparação dos crimes históricos cometidos. Defende-se que as três citadas frentes de atuação foram utilizadas como paradigma pela jurisprudência da Corte Interamericana e que ela, ao contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos, tem o poder de determinar, para além de indenizações compensatórias, outras medidas que modifiquem as condições estruturais nas quais se originou a violação. Lembra-se que, não obstante não haja, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação que atrele às decisões internacionais os meios coercitivos disponíveis para a execução de sentenças domésticas, as decisões da Corte Interamericana impactam o Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil através da sua influência, tanto no Poder Judiciário quanto nos demais poderes e na opinião pública em torno da temática de seus casos. Conclui-se que as sentenças da Corte Interamericana têm um valor educacional para a sociedade, pois ao determinar ao Estado a obrigação de reparar violações de direitos humanos, elas promovem não apenas a justiça no caso concreto, mas também criam precedentes que terão um impacto no Poder Judiciário, na política, na legislação e na sociedade como um todo, através de um exemplo de mudança social. A metodologia a ser utilizada na presente pesquisa seguirá, fundamentalmente, uma revisão da literatura nacional e internacional existente sobre o tema, bem como uma revisão da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que servirão de base para demonstrar os impactos das condenações da Corte no Brasil.

Palavras-chaves: Direitos Indígenas; Direito ao Reconhecimento; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Impactos no âmbito doméstico.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate the impact of the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System on the Right to Recognition of Indigenous Peoples in Brazil. The theme is extremely relevant, as it demonstrates that, given the historical injustice committed against indigenous peoples in Brazil and its lack of reparation, it is possible to restore the value of indigenous identities that have been subjugated through the adoption of new paradigms compatible with their contexts and of structural changes, such as those defended by the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. Firstly, we briefly analyze how the process of occupation of Brazilian territory and the construction of national indigenous policy took place, highlighting the importance of critical human rights theory for understanding the context of violation of indigenous rights. The trajectory of the consolidation of indigenous rights at the international level and the emergence of the "International Law of Recognition" is discussed, which is conceptualized as an appeal to State responsibility, which falls on three fronts: i) in the positive recognition of diversity cultural; ii) granting specific rights to preserve the identity of certain groups and individuals, and; iii) in repairing the historical crimes committed. It is argued that the three aforementioned fronts of action were used as a paradigm by the jurisprudence of the Inter-American Court and that it, unlike the European Court of Human Rights, has the power to determine, in addition to compensatory damages, other measures that modify the conditions structures in which the violation originated. It is important to remember that, although there is no legislation in the Brazilian legal system that links the coercive means available for the execution of domestic sentences to international decisions, the decisions of the Inter-American Court impact the Right to Recognition of Indigenous Peoples in Brazil through their influence, both in the Judiciary and in other powers and in public opinion surrounding the subject of their cases. It is concluded that the Inter-American Court's sentences have an educational value for society, because by determining the State's obligation to repair human rights violations, they not only promote justice in the specific case, but also create precedents that will have an impact on the Judiciary, in politics, in legislation and in society as a whole, through an example of social change.. The methodology to be used in this research will fundamentally follow a review of existing national and international literature on the subject, as well as a review of the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, which will serve as a basis to demonstrate the impacts of the Court's convictions in Brazil.

Keywords: Indigenous Rights; Right to Recognition; Inter-American Human Rights System; Impacts at the domestic level.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 OS DIREITOS INDÍGENAS E O HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO	11
1.1 O processo de ocupação do território brasileiro	12
1.2 A política indigenista na história brasileira: das normas jurídicas como instrumentos de dominação ao novo paradigma constitucional.....	16
1.3 A negligência estatal no cumprimento das normas jurídicas e a perpetuação do desrespeito aos direitos indígenas	26
1.4 A ausência de políticas públicas: a crítica à falta de efetividade das normas protetoras por Joaquín Herrera Flores	32
2 OS CAMINHOS DOS DIREITOS HUMANOS ATÉ O DIREITO INTERNACIONAL AO RECONHECIMENTO	40
2.1 A Internacionalização dos Direitos Humanos e a Mobilização Indígena.....	41
2.2 O Direito Relativo à Diversidade Cultural	48
2.3 O Direito à Autodeterminação e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado.....	53
2.4 O Direito Internacional ao Reconhecimento	59
3 O IMPACTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO AO RECONHECIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL.....	66
3.1 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	66
3.2 Órgãos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	68
3.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).....	68
3.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos	73
3.3 A evolução da jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em relação aos povos indígenas	76
3.4 O impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no direito ao reconhecimento dos povos indígenas do Brasil	94
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Esta dissertação busca investigar a evolução da jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em relação aos povos indígenas e o seu impacto no Brasil. A identificação da temática surge a partir da trajetória profissional da autora, que é, desde 2015, membro da Defensoria Pública da União. Na qualidade de Defensora Pública Federal, teve a oportunidade de atuar, ainda no início da carreira, na cidade de Dourados, localizada no sul do Mato Grosso do Sul, estado que possui a segunda maior população indígena do país, atrás apenas do Amazonas, e que concentra, destacadamente, os seguintes povos: Guarani, Kaiowá, Terena, Kadiwéu, Kinikinau, Guató e Ofaié.

Desta forma, ao mesmo tempo em que praticamente iniciava sua atuação na carreira da Defensoria Pública da União, a autora teve contato com a realidade específica vivenciada por algumas dessas comunidades indígenas. Nesse momento, foi possível perceber que os integrantes dessas comunidades sofriam com o racismo estrutural presente na sociedade, que era ainda mais agravado com o litígio sobre a titularidade das terras por eles ocupadas e com a ausência de políticas públicas.

Para proteger a diversidade cultural e garantir a autodeterminação desses povos, haveria a necessidade de se rever determinados posicionamentos e formas de atuação, a fim de fomentar a sua mobilização e, com isso, ampliar a voz dessas comunidades. Porém, as bases para esse tipo de atuação não seriam encontradas nos livros tradicionais. Era preciso ir além.

Através de parcerias com instituições e órgãos locais, tais como a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), o CIMI (Conselho Indigenista Missionário), e o Ministério Público Federal (MPF) em Dourados/MS, a autora teve seus primeiros contatos com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, com isso, a oportunidade de peticionar e participar de audiência temática na Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito dos povos indígenas no Brasil, no 165º Período Ordinário de Sessões.

Ainda, o fato de a Defensoria Pública da União contar com Acordo de Cooperação firmado com a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos oportunizou à autora realizar, em 2019, Programa de Intercâmbio na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente, em 2023, visita profissional

na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de proporcionar formação especializada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

As referidas experiências profissionais, aliadas à inexistência de bibliografia específica sobre a temática, despertaram o interesse na realização do presente trabalho.

Com base em uma pesquisa qualitativa, tendo como método de abordagem o dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o tema, utilizando-se do método de procedimento monográfico, analisar-se-á o problema da presente pesquisa, a fim de contribuir com a discussão sobre o impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil.

A hipótese de trabalho se pauta na ideia de que a injustiça histórica cometida contra os povos indígenas no Brasil pode ser reparada através de novos paradigmas compatíveis com seus contextos e lutas específicas, como os adotados pela jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O objetivo geral é evidenciar a possibilidade de restauração do valor das identidades indígenas que foram subjugadas na história brasileira através da construção de políticas públicas para dar efetividade às normas jurídicas já positivadas no ordenamento e da reparação dos crimes históricos cometidos, nos moldes da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Os objetivos específicos do trabalho são demonstrar o histórico de violação dos direitos indígenas pelo Estado brasileiro, através da negligência no cumprimento das normas jurídicas protetoras e da ausência de políticas públicas; posteriormente, traçar os caminhos dos direitos humanos até o direito internacional ao reconhecimento e, por último, apresentar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seus órgãos de atuação, a evolução de sua jurisprudência em relação aos povos indígenas e, por último, abordar o impacto dessa jurisprudência no direito ao reconhecimento dos povos indígenas no Brasil.

Para tanto, no primeiro capítulo, abordar-se-á essa inferiorização histórica dos povos indígenas no Brasil desde o processo de ocupação do território brasileiro pelos europeus, a política indigenista na história brasileira, a negligência estatal e a ausência de políticas públicas em relação a este grupo.

No Capítulo 2, serão traçados os caminhos dos direitos humanos até o Direito Internacional ao reconhecimento, passando pela mobilização indígena e o processo

de internacionalização dos Direitos Humanos, culminando com o desenvolvimento dos direitos à diversidade cultural, à autodeterminação e culminando com o direito internacional ao reconhecimento.

No Capítulo 3, serão apresentados os Órgãos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a evolução da sua jurisprudência em relação aos povos indígenas e, por fim, o seu impacto no direito ao reconhecimento dos povos indígenas do Brasil.

O estudo do impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no direito ao reconhecimento dos povos indígenas do Brasil é relevante em um Estado democrático de direito pluriétnico, que deve não apenas reconhecer, mas, principalmente, dar efetividade às normas com a edição de políticas públicas que garantam tais direitos.

Através do estudo que será desenvolvido, orientado pela negação de uma visão universalista do direito e reducionista da realidade sociocultural, espera-se oferecer às comunidades indígenas uma contribuição que transcenda o plano teórico, a fim de possibilitar que seus direitos humanos possam ser eficazmente protegidos com base no “Direito Internacional do Reconhecimento”.

A presente dissertação, assim, busca realizar a união necessária entre a teoria e a prática, harmonizando-se com a missão da Universidade Federal de Santa Catarina de produzir conhecimentos que ampliem e aprofundem a formação do ser humano para o exercício profissional e a reflexão crítica, utilizando-se da perspectiva da construção de uma sociedade justa e democrática e da defesa da qualidade da vida.

1 OS DIREITOS INDÍGENAS E O HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

A chegada dos conquistadores europeus na América, representados por Cristóvão Colombo em 1492, representa o marco inicial de uma série de violações de direitos dos povos indígenas, já ocupantes do território descoberto, e que persistem até hoje.

As epidemias são normalmente tidas como o principal agente da depopulação indígena. Mas não foram só os micro-organismos os responsáveis pela catástrofe demográfica da América. Segundo Manuela Carneiro da Cunha (1992), o exacerbamento da guerra indígena, provocado pela sede de escravos, as guerras de conquista e de apresamento em que os indígenas de aldeia eram alistados contra os indígenas ditos hostis, as grandes fomes que tradicionalmente acompanhavam as guerras, a desestruturação social, a fuga para novas regiões das quais se desconheciam os recursos ou se tinha de enfrentar os habitantes, a exploração do trabalho indígena, tudo isso pesou decisivamente na dizimação dos indígenas.

Os espanhóis, ao chegarem ao continente americano no século XV, depararam-se com outra realidade sociojurídica e chocaram-se com as diferenças entre o direito espanhol de tradição romanista e o pluralismo jurídico das sociedades indígenas.

Aos olhos dos europeus, os indígenas eram seres inferiores e incapazes de se autogovernar; assim, através do regime tutelar lhes trariam a civilização e a conseqüente "humanização", legitimando a transmissão e a interferência cultural, inserindo-os em nova ordem sociocultural (COLAÇO, 2009, P. 16).

O propósito de "civilização" logo se tornou em um verdadeiro extermínio, com a morte de milhões de indígenas que resistiram ao empreendimento colonial.

Segundo Jaime Ribeiro de Santana Junior (2010, p. 204), os povos indígenas contemporâneos sofreram processos de colonização extremamente agressivos e violentos, que destruíram não apenas seus territórios e recursos naturais, mas também grande parte dos indivíduos que compunham seus grupos étnicos. Os específicos modos de ser e viver dos indígenas, dependem de um espaço territorial no qual se desenvolvem a cultura, as crenças e tradições. Por meio da coleta, da caça e da pesca retiravam do seu espaço vivido o que necessitavam para sobreviver, desde

alimentos a ervas medicinais. Por esses motivos é que a terra, para eles, tornou-se o tema central de suas reivindicações após o início da colonização¹.

1.1 O processo de ocupação do território brasileiro

Para o indígena, o território não é entendido apenas como um recorte espacial definido e delimitado por meio da análise das relações de poder, mas também como o local onde se encontram as fontes de recursos, estabelecem-se as relações sociais, as trocas culturais e simbólicas, com grande apego e forte relação com o espaço vivido (GUERRA, 2012, P. 43-68).

A título de exemplo, tem-se o caso da etnia Guarani, presente, entre outras localidades, no Sul do Mato Grosso do Sul, e que possui uma expressão específica para designar essas demais funções da terra indígena: “tekoha”²:

Yvy ou “terra” deve ser entendida como a parte do cosmo criada e destinada aos cuidados dos Ava por Ñande Ru Vusu ou o “nosso grande, intenso, poderoso pai”, entidade suprema da ordem cosmológica desses povos. O mesmo ser, Ñande Ru Vusu, que criou a terra, criou também os Ava (Homem Guarani), que emergem das primeiras sementes por ele plantadas nessa terra, ato este da maior importância por instituir e referenciar a relação entre Ava e terra (solo onde nascem as plantas), definindo uma relação telúrica que serve como base para a construção do sentimento de autoctonia do Ava (ALMEIDA, 2005, P. 31).

Yvy, assim, assume um sentido especial para estes povos e, diferentemente da concepção cristã ocidental, não pode ser considerada como parcela ou propriedade de posse de um único indivíduo ou conjunto destes. Inversamente, os Ava, norteados por suas concepções cosmogônicas consideram, que são eles que pertencem à terra; toda ação do indivíduo deve estar voltada para sua conservação, cuidados necessários para manutenção do equilíbrio cósmico. As atividades rituais

¹ Para Haesbaert (2004), há várias noções de território, agrupadas em três vertentes: “política (referida às relações espaço-poder em geral) ou jurídico-políticas (relativa às relações espaço-poder institucionalizadas), a mais difundida, em que território é visto como espaço delimitado e controlado, através do qual se exerce um determinado poder, muitas vezes não exclusivamente relacionado ao poder político do Estado; cultural ou simbólico-cultural, que prioriza a dimensão simbólica e mais subjetiva em que o território é visto, sobretudo como o produto da apropriação/valorização simbólica de um grupo em relação ao seu espaço vivido; e por fim, econômica, menos difundida, que enfatiza a dimensão espacial das relações econômicas, sendo o território fonte de recursos e/ou incorporado no embate entre classes sociais e na relação capital e trabalho, como produto da divisão “territorial” do trabalho”.

² O termo tekoha tem um sentido polissêmico ligado a terra, à natureza e às relações sociais, políticas e religiosas pelos grupos Guarani. Abarca a noção de local onde se realiza o modo de ser. Pode ser definido como local onde se realizam as relações sociais entre as famílias extensas (TROQUEZ, 2006, p. 32).

conduzidas pelo xamã, sua frequência e continuidade sintetizam e representam em alguma medida, as condições que cada grupo familiar ou conjuntos de grupos familiares vive, e fala das dificuldades em manter o desejado equilíbrio cósmico (ALMEIDA, 2005, P. 31).

Nesse sentido, para os Guarani Nandéva e Kaiowa, paira o prenúncio permanente do mba'e mbegua, um sentimento permanente de iminência de catástrofe apocalíptica e permanente, que conduz o grupo étnico à necessidade de constantes exercícios rituais para conservar a ordem moral cuja base organizativa encontra sua razão de ser numa concepção de tradição de conhecimento que cria vínculo osmótico entre os seres humanos prediletos (os próprios Guarani) e a terra, entendida não simplesmente como espaço físico, *mas como um ser vivente*. (ALMEIDA, 2005, P. 31)

É assim que as metáforas Guaranis para indicar as especificidades da terra contrapondo-se ao conceito ocidental, são ligadas ao corpo humano, onde as funções primárias de *alimentar* e *descansar* são consideradas atributos importantes para sua fisiologia.

É por isso que os Guarani Kaiowa e Nandéva entendem que a prática da coivara possibilita que a terra “se alimente” em repouso por longos períodos, com o que recupera robustez que se manifesta no reflorestamento espontâneo (*omboka'aguyjevy*) decorrente do período em que está em repouso; no lugar do cultivo, interrompido temporariamente, nascerá, da terra, com o que o homem se alimentar. As plantas, em especial o milho, considerado sagrado, são tratadas como criança, colocando-se mais uma vez em destaque a visão antropomorfa dos elementos da natureza. (ALMEIDA, 2005, P. 32)

Outro fator importante é a ação xamânica dirigida no sentido de estabelecer contato constante com o mundo sobrenatural ou promovendo ações rituais para superar impasses do cotidiano, incluindo aqueles que são atribuídos ao enfraquecimento na relação terrena e o “modo de ser” Guarani:

Para que a terra se mantenha saudável e a relação osmótica equilibrada, são cotidianos os rituais (*jeroky, ñembo'e*) e sistemáticas as cerimônias (*ñemongarai, avati kyry*). Embora o fim do mundo (destruição da superfície da terra) seja continuamente esperado, na maioria dos casos o que mais se procura a manutenção do equilíbrio cósmico, tendo o risco da catástrofe como advertência moral a partir da qual se articula a própria ética e modo de ser (*ñande reko*).

Estas advertências morais enunciam com ênfase algo que pode ser exposto sob forma de uma equação: *terra reduzida = modo de ser (teko) enfraquecido*. Assim, o “enfraquecimento” do *teko* (modo de ser) não contribui adequadamente à manutenção do equilíbrio cósmico e representa risco crescente de catástrofe – onde se poderia incluir um número considerado volumosos de suicídio de indivíduos.

A luta para recuperar terras tradicionais leva consigo, desta forma, a necessidade de manter relações permanentes com este “ser vivo” que deve ser bem tratado para que não adoeça, procurando recriar, permanentemente,

as condições da sua morfologia social que permitam um adequado “modo de ser” Ava.

Cabe salientar que esses aspectos dão vida e sentido ao mundo dos Guarani. Não são, assim, meras lucubrações teórico-científico descolada do real como verificado no mundo ocidental onde valores subjetivos – morais, religiosos, éticos – têm peso apenas relativo nas decisões e procedimentos da vida social cotidiana, sendo pautado por uma racionalidade rígida e cartesiana norteadas, antes de tudo, pelo acúmulo de capital. Para os Kaiowá estes aspectos não são indissociáveis, mas se imbricam e configuram uma tradição de conhecimento que orienta a dinâmica do cotidiano bem como a compreensão do mundo (ALMEIDA, 2005, pág. 32/33).

Visto sob este prisma, a relação entre os Guarani e a terra ganha outro significado, inscrito na própria tradição cosmológica e na historicidade. Enfatizando-se a noção de “*tekoha*” enquanto espaço que garantiria as condições ideais para efetuar essa relação, os indígenas procuram reconquistar e reconstruir espaços territoriais étnica e religiosamente exclusivos a partir da relação umbilical que mantêm com a terra, ao passo que flexibilizam e diversificam a organização das famílias extensas, podendo assim manter uma relação articulada e dinâmica com o território mais ampliado, neste caso como espaço contínuo.

(...) cabe salientar o fato de que o vínculo osmótico entre os índios e a terra não é genérico, isto é, não existe numa relação abstrata entre Guarani indiferenciados e um local também indiferenciado; muito pelo contrário, o que se estabelece é uma relação entre famílias extensas específicas que se vinculam historicamente a lugares bem precisos, cuja interrupção da continuidade ocupacional pode provocar a exaltação da noção de origem antiga (*ymaguare*), baseada no sentimento de autoctonia, e a produção (quando as condições o permitem) de um efeito *circulação*. (ALMEIDA, 2005, pág. 39).

Neste sentido, depreende-se porque os indígenas procuram se manter o mais próximo possível dos lugares onde residiam seus antepassados ou eles próprios, que permitem a conexão com o poder espiritual de seus ancestrais, deslocando-se ao redor dos lugares dos quais por alguma razão foram afastados.

Eles entendem que podem dar continuidade à manutenção do equilíbrio cósmico, embora muitas vezes de modo fragmentário, reduzindo as próprias atividades a algumas manifestações simbólicas expressadas pelas atividades ritualísticas, que permitem minimamente a relação telúrica. Um afastamento radical de todas as famílias dos espaços tradicionais, como os tentados pelas atividades coloniais através do aldeamento compulsório, afetaria de modo extremamente negativo este tipo de vínculo. Daí decorrem as reivindicações fundiárias que os Guarani, especialmente no Mato Grosso do Sul, vêm manifestando nestas últimas décadas; reivindicações estas extremamente precisas no tocante à vinculação direta entre as famílias extensas e espaços territoriais específicos. (ALMEIDA, 2005, pág. 39).

Neste sentido, pode-se dizer que os *tekoha* reivindicados representam a soma de espaços de ocupação tradicional sob jurisdição de determinadas famílias extensas

onde serão estabelecidas relações políticas comunitárias e a partir dos quais se determinarão laços intercomunitários numa região mais ampliada. (ALMEIDA, 2005, pág. 39).

Assim, para além de questões técnico-jurídicas, tratar de territorialidade em relação aos povos indígenas diz respeito à própria sobrevivência cultural e espiritual da referida coletividade enquanto povo e não sendo somente algo atinente a sua subsistência.

A destituição de um povo indígena de um território importa em condená-lo à morte. Desta forma, o conceito jurídico adotado pelo Estado de território e de territorialidade, como um dos seus elementos formadores e limitadores do poder e vinculado ao exercício da soberania, encontra-se ultrapassado (SOUZA FILHO, 2012, p. 119).

Por este motivo, após o processo de genocídio levado à cabo na conquista, na contemporaneidade, o conflito pelas terras e em razão do confinamento a que estão submetidos os povos indígenas que resistiram e encontram-se desalojados vem causando uma onda de violência em índices estatísticos elevadíssimos, sendo denunciado por muitos como etnocídio:

Na medida em que os povos indígenas mantêm estreitos vínculos culturais e espirituais com seus territórios tradicionais que vai muito além do sustento de subsistência, o impacto ainda repercute em etnocídio, perdas de cultura, línguas e conhecimentos tradicionais que nunca ou dificilmente poderão ser substituídos ou recuperados. (VIEIRA, 2015, p. 123).

Por exemplo, segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde (IPEA, 2017, p. 12/13), entre os anos de 2005 e 2015, o estado de Mato Grosso do Sul registrou uma média anual de aproximadamente 675 (seiscentos e setenta e cinco) homicídios e uma taxa média de 27,71 homicídios a cada grupo de 100 mil habitantes, um valor abaixo da média nacional. Entretanto, o mesmo quadro não se verificou em relação aos indígenas residentes no estado: entre os anos de 2003 e 2016 registrou-se, pelo menos, 444 homicídios entre eles (uma média anual de aproximadamente 31,71, o que corresponde a uma taxa 43,26 homicídios por 100 mil habitantes). Os Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul somam cerca de 46 mil pessoas e mais de 80% desta população sobrevive em 8 pequenas reservas (IPEA, 2017, p. 12/13).

Considerando os dados acima (e o fato de que 90% dos homicídios ocorreram junto a este povo, contabilizando pelo menos, 401 mortos nos últimos 14 anos) é possível estimar uma taxa de homicídio de 62,26 por 100

mil pessoas. Honduras, país classificado pela Organização Mundial da Saúde (2017) com a maior taxa de homicídio do mundo, possui 85,7 por 100 mil, seguido por El Salvador (63,2) e Venezuela (51,7), enquanto o Brasil ocupa a nona posição, com 30,4 mortes por 100 mil. Em outras palavras, se o povo Guarani Kaiowá representasse um país, estaria em 2º colocado em quantidade de homicídios no mundo e ainda, o dobro das atuais taxas brasileiras (IPEA, 2017, p. 12/13).

Como causa estrutural da violência contra os povos indígenas destaca-se a imposição de um modelo de desenvolvimento econômico que traz consequências tão devassas quanto a omissão governamental. Privilegiando as monoculturas e a produção em grande escala voltadas para o comércio exportador internacional, violam diariamente direitos humanos de povos indígenas e de outras comunidades como quilombolas, extrativistas artesanais, pequenos agricultores, que seguem lutando pela garantia de seu direito ao território, pois a interdependência vivida entre estes povos e seu meio ambiente expressa-se inclusive como referência cultural, a ponto da “existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo” (SOUZA FILHO, 2012, p. 119-120).

Em face de todo o exposto é que se depreende que o movimento indígena de luta por suas terras não é apenas pela propriedade *nua e crua*, mas também e principalmente pela manutenção de sua cultura, de seus simbolismos e de suas relações sociais.

1.2 A política indigenista na história brasileira: das normas jurídicas como instrumentos de dominação ao novo paradigma constitucional

Antes de introduzir a temática das normas jurídicas como instrumentos de dominação e de desrespeito aos povos indígenas, mostra-se importante uma breve contextualização sócio-histórica, a fim de servir de auxílio para a adequada compreensão da situação atual vivenciadas pelos indígenas e dos seus principais processos de luta por dignidade.

Os primeiros relatos documentais a respeito da “descoberta” das novas terras da América não evidenciam surpresa dos europeus quanto à presença de pessoas no seu interior, mas em relação aos seus costumes, sua beleza, sua saúde e sua “mansidão”. Isso porque a imagem que se tinha na Europa, ao contrário, era a da existência de homens e mulheres selvagens, violentos e comparáveis a animais

(SOUZA FILHO, 2012, p. 27), o que pode ser constatado na Carta de Pêro Vaz de Caminha ao rei D. Manuel (BRASIL, [s.d]) a respeito do primeiro encontro dos portugueses com os habitantes do Brasil, ocorrido em 23 de abril de 1500:

E o capitão mandou no batel em terra, Nicolau Coelho, para ver aquele rio. E tanto que ele começou para lá d'ir, acudiram pela praia homens, quando dous, quando três, de maneira que quando o batel chegou à boca do rio eram ali 18 ou 20 homens, pardos, todos nus, sem nenhuma cousa que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos e suas setas. Vinham todos rijos para o batel e Nicolau Coelho fez sinal que pusessem os arcos; e eles os puseram. (BRASIL, [s.d], p. 2).

Referidos relatos evidenciam que os portugueses buscavam encontrar nos povos existentes no Brasil particularidades que pudessem caracterizá-los como distintos do padrão ocidental estabelecido, pretensamente superior e mais desenvolvido.

Inicialmente, os portugueses, preocupados com a possibilidade de expansão das suas riquezas, não tardaram em subjugar e eliminar aqueles que pudessem obstaculizar tal desiderato, os quais consideravam “[...] bruto, semibesta, indolente, sujo, canibal, idólatra, etc” (COLAÇO, 2009, p. 89). Assim, os indígenas foram dizimados, escravizados, violentados e tiveram suas crenças, costumes e tradições desconsiderados.

Segundo Eloy Terena (AMADO, 2015), os portugueses que invadiram o território brasileiro foram financiados pelo nascente capitalismo comercial europeu, e se apoderaram das terras valendo-se das táticas de cooptação e repressão:

Assim, dominaram e submeteram os povos que aqui viviam ao seu modo de produção, às suas leis e à sua cultura. Apropriaram-se dos bens da natureza existente e sob as leis do capitalismo mercantil (modelo monocultura exportador), tudo era transformado em mercadoria e enviado a metrópole europeia. Mas logo perceberam que a grande vantagem comparativa de nosso território era a fertilidade das terras e seu potencial para o cultivo tropicais de produtos que até então os comerciantes buscavam na distante Ásia ou na África (AMADO, 2015).

É neste contexto colonial que o direito indigenista tem seus primeiros instrumentos normativos. Desde o início da colonização, a Coroa portuguesa, por meio de atos normativos, tratou da posse dos indígenas aos territórios que ocupavam. A legislação fundiária aplicada no decorrer do período colonial foi editada de modo descontínuo, dispersa em um amplo número de avisos, resoluções administrativas, cartas de doações, forais e textos das Ordenações (AMADO, 2015, p. 5)

Desde o início, a posse dos indígenas aos seus territórios foi vista como um obstáculo para o “desenvolvimento”. Se, por um lado, reconhecia-se a posse indígena,

essa proteção, na prática, só ocorria quando não chocasse com os interesses desenvolvimentistas, ou, como alguns costumam chamar atualmente, “interesse nacional”. (AMADO, 2015, p.5).

Conforme salientado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 45): “A invasão, a conquista e colonização das Américas desconheciam qualquer conceito indígena de territorialidade e investiram contra povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas”.

O encontro dos europeus com os povos originários americanos acarretou a extinção de diversos povos indígenas, tendo como principais motivos a ganância e a cobiça, oriundas do capitalismo mercantil.

Tendo como base as primeiras narrativas, o governo português começou a teorizar um Direito a ser aplicado no território brasileiro, independentemente daquele já construído pelos indígenas, desprezando-se o fato de que, para estes, as normas de organização social não são construídas e preparadas previamente para reger a sociedade, mas confundem-se com esta, por isso estão em constante mutação (SOUZA FILHO, 2012, p. 30-31).

Manuela Carneiro da Cunha (1992) afirma que, no século XIX, prevaleceu no Império do Brasil um vácuo em relação à legislação indigenista.

Não obstante, encontramos dispositivos do direito indigenista na Constituição de 1824, que, apesar de relativa omissão, adotou algumas medidas favoráveis aos indígenas (AMADO, 2015, p. 6). Mas o marco jurídico-institucional que preparou a transição do modelo de monocultura exportador para um novo modelo econômico, foi a Lei de Terras (Lei 601), promulgada em 18 de setembro de 1850.

A lei de Terras introduziu o sistema da propriedade privada das terras, ou seja, a terra passou ser mercadoria (visto que a partir de 1850, as terras podiam ser compradas e vendidas. Até então, eram apenas objeto de concessão de uso – hereditária – por parte da Coroa àqueles capitalistas com recursos para implantar, nas fazendas, monoculturas voltadas à exportação). A característica principal desta lei foi a implantação no Brasil da propriedade privada, ou seja, a lei proporcionou juridicamente a transformação da terra (bem da natureza) em mercadoria, objeto de negócio. Normatizou então a propriedade privada. (AMADO, 2015, p. 7).

A citada lei inaugurou uma política agressiva em relação às terras das aldeias, que resultou na aquisição da terra pela propriedade e não mais pela posse.

Em relação ao referido instrumento legal, informa Thais Luzia Colaço (2012, p. 106):

A Lei de Terras trouxe uma nova concepção da propriedade da terra, acessível apenas pela compra e pela aquisição do título de propriedade e não

mais pela posse. Assim, os indígenas foram expropriados de suas terras, que foram ocupadas paulatinamente por colonos e pelas frentes pioneiras extrativas e agropastoris. Em algumas localidades as populações foram eliminadas ou afugentadas e em outras foram aproveitadas como mão de obra.

A lei 601 regulamentou, então, a propriedade privada no território brasileiro, realizando a classificação das terras em terras públicas, pertencentes ao Estado, e em terras particulares, originadas de títulos de propriedade ou da posse legal. As terras que haviam sido concedidas aos indígenas foram tidas como terras particulares, e tendo em vista a dificuldade destes em face da má-fé dos seus vizinhos, acabaram, por vezes, perdendo-as. Embora tenham sido reservadas nas terras públicas áreas para serem utilizadas pelos indígenas, as aldeias que nestes espaços foram instaladas acabaram sendo abandonadas, caindo no domínio público e posteriormente foram cedidas a particulares.

Percebe-se que a legislação indigenista do período imperial manteve as contradições e as obscuridades existentes nas normativas anteriores. O espaço jurídico uma vez mais é utilizado para a consolidação de opressões e violações de direitos dos povos originários, mesmo que por vezes com uma capa de proteção (SOUZA FILHO, 2012, p. 98).

Após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, a sobrevivência dos indígenas começou a ser ameaçada também pelas frentes de expansão, que visavam a abertura de ferrovias e de estradas de rodagem, a travessia dos sertões por linhas telegráficas, a crescente utilização de barcos a vapor e o surgimento de novas vilas e povoações, em razão da expansão da economia brasileira durante a segunda metade do século XIX, principalmente pela proliferação de fazendas de café e do incentivo à implementação de projetos voltados à colonização.

A primeira Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, mesmo diante do referido cenário vivenciado pelos povos originários, não tratou de forma substancial a questão e não trouxe qualquer avanço, fazendo apenas breve menção a um possível reconhecimento de terras que eventualmente tivessem sido reconhecidas anteriormente pela Coroa portuguesa.

Índios continuavam sendo vistos como problema para o desenvolvimento nacional e como obstáculo para o progresso nacional. Ainda, em seu Art. 64, transferiu aos Estados membros as terras devolutas situadas em seus territórios, e como se sabe, muitas das terras indígenas haviam sido consideradas devolutas nos períodos colonial e imperial. A partir de então, imediatamente os estados passaram a se assenhorear das terras indígenas. A concessão se dava por meio de procedimento que exigia medições e vistorias, o que na época não foram realizadas e por isso foi ignorada a presença de várias comunidades indígenas. (AMADO, 2015, p. 8/9).

Notícias sobre enfrentamentos entre indígenas e colonos na região Sul e de ataques promovidos pelos Kaingang às frentes de trabalho da estrada de ferro Noroeste do Brasil, no oeste de São Paulo, chamaram a atenção das classes políticas e intelectuais do período, suscitando opiniões diversas sobre a questão dos indígenas. Frente às ameaças que representavam ao desenvolvimento agrícola e industrial do Brasil, algumas medidas extremas chegaram a ser sugeridas, no sentido de solucionar o “problema indígena”:

Os actuaes índios do estado de São Paulo não representam um elemento de trabalho e de progresso. Como também nos outros estados do Brazil, não se póde esperar trabalho sério e continuado dos índios civilizados e como os Caingáng selvagens são um impecilio para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio (IHERING, 1907, p. 215)

A citada nota, redigida por Hermann von Ihering, causou grande alvoroço nos meios acadêmicos e políticos do início do século XX:

Já reconhecidamente um dos grandes nomes da ciência no Brasil daquele período, von Ihering era também defensor dos ideais de progresso e modernidade característicos da jovem república. O naturalista teutobrasileiro considerava que a presença de índios bravos ou mansos nas áreas destinadas aos colonizadores (em sua maioria imigrantes europeus), tornar-se-ia bastante maléfica para o desenvolvimento da agricultura e da indústria, pois, além de causarem prejuízos materiais e ameaçar a vidas de trabalhadores, poderiam influenciar com seus “vícios primitivos” os hábitos da população rural (BRINGMANN, 2015, p. 139).

O cenário³ despertou uma forte reação da opinião pública, levando setores importantes da intelectualidade brasileira, como a Academia de Ciência, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, o Museu Nacional, além de boa parte da imprensa a elevarem suas vozes em defesa dos indígenas (BRINGMANN, 2015, p. 142). Neste

³ À época da publicação da nota, ocorriam vários confrontos entre indígenas e as frentes de expansão em regiões como o Vale do Rio do Peixe e Feio, no estado de São Paulo: “As investidas dos Kaingang nas fazendas cafeeiras e nas frentes de trabalho da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, impulsionaram uma severa reação por parte das autoridades regionais. No Sul do país, mais especificamente no Vale do Itajaí, em Santa Catarina, eram os Botocudos (Xokleng) perseguidos, aprisionados ou mortos por “bugreiros”, devido às ameaças que representavam aos lotes coloniais”. (BRINGMANN, 2015, p. 140). Estas ocorrências eram veiculadas constantemente na imprensa brasileira e em alguns periódicos acadêmicos. Entretanto, foi somente com a exposição de um relatório sobre as perseguições e assassinatos de indígenas no XVI Congresso Internacional de Americanistas em Viena, pelo etnógrafo tcheco Albert Vojtech Frič, que a situação alcançaria, pela primeira vez, um destaque internacional. Ainda que não faça referência direta à tática de extermínio proposta por von Ihering, Frič responsabilizava as autoridades políticas e intelectuais brasileiras, assim como os colonizadores nacionais e europeus, pela aniquilação corrente de tribos indígenas brasileiras. Segundo Frič, os indígenas estavam sendo dizimados por atos de escravidão, rapto e assassinato, sobretudo nas florescentes colônias do Sul (BRINGMANN, 2015, p. 140)

contexto, criou-se uma entidade vinculada ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, através do Decreto nº 8.072 de 20 de junho de 1910, intitulada Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que, em 1918, em razão das dificuldades para atuar nas demandas de tantos grupos sociais, passa a atuar exclusivamente com as demandas indigenistas e teve sua denominação alterada para Serviço de Proteção aos Índios (SPI).

Já no Código Civil de 1916, não houve qualquer previsão específica em relação à proteção dos direitos dos povos indígenas, tendo tão-somente sido alterada a situação jurídica destes, de sujeitos à tutela orfanológica para a sujeição ao regime tutelar aplicável aos relativamente incapazes. Em relação a tal aspecto, Colaço (2012, p. 107) salienta que: “A tutela indígena assim passou a ser especial, exercida diretamente pelo Poder Executivo, por meio dos órgãos destinados a tal função”.

Durante o século XX, houve algum avanço na questão indígena brasileira, ao se criar uma instituição organizada para a regularização das políticas públicas indigenistas e para a atuação direta do Estado em favor do avanço na legislação de proteção. Embora com instrumentos contraditórios, houve um processo de mapeamento que favoreceu a visibilidade da presença indígena no território brasileiro, bem como, ainda que de forma limitada, a organização de dados e registros oficiais que dimensionaram a condição concreta da realidade dos povos indígenas.

Digno de nota em relação ao período é o fato de a Constituição brasileira de 1934 ter previsto, pela primeira vez na história, o objetivo de incorporação dos indígenas à comunhão nacional, estabelecendo a competência da União para legislar sobre o assunto (art. 5º). Ademais, assegurou a posse da terra para os indígenas que nela estivessem localizados de forma permanente, vedando, contudo, a alienação (art. 129).

Mesmo que houvesse regulamentos estabelecendo a competência da união para assistir e proteger as populações indígenas, até 1934 essas garantias não eram expressas na Constituição Federal. Ao aprovar a competência exclusiva da união para legislar sobre as questões indígenas, o direito à terra, até então circunscrito à legislação ordinária, passou a ser matéria constitucional. Ainda assim, os povos indígenas eram encarados sob o prisma da situação transitória, ou seja, em caráter gradual e sistemático, deveriam ser incorporados e integrados à sociedade nacional.

Mais uma vez, reforçava-se a ideia dos “silvícolas” como obstáculo aos projetos de construção da nacionalidade. A condição para que deixassem de se

constituir como tal era aceitarem a "civilização", ou seja, sua inserção no sistema nacional de controle social gestado pelo poder central, a partir dos interesses das elites agrárias dominantes (CUNHA, 1992, p. 155-163).

A Constituição de 1937, com pequenas alterações na redação, reproduz o dispositivo sobre terras da Constituição anterior. Da mesma forma, as constituições brasileiras de 1946 (art. 5, XV, r.), de 1967 (art. 8, XVII, o) e de 1969 (art. 8, XVIII, o) repetiram de forma literal as previsões constantes na Constituição de 1934.

Em meio às atrocidades que ocorrem no Brasil a partir do golpe militar de 1964, ocorrem diversas denúncias internacionais das torturas e massacres realizados contra os indígenas brasileiros, além de crimes de responsabilidade administrativa atribuídos ao SPI, situação que leva à extinção do órgão.

Com a extinção do SPI, é criada, pelo Governo Militar, por meio da Lei nº 5.371 de 5 de dezembro de 1967, a Fundação Nacional do Índio (Funai) com a missão de transformar o indígena em brasileiro, permitindo que "evoluísse" rapidamente: "[...] integrá-los à nação e assimilá-los culturalmente ao seu povo em um processo acelerado" (GOMES, 2012, p. 110).

A Funai, em seus primeiros anos, recebeu o encargo de elaborar o Estatuto do Índio, sancionado em 19 de dezembro de 1973 (Lei 6.001).

O Estatuto do Índio retratou a conjuntura opressiva da época da sua edição, não tendo sido realizada consulta aos povos indígenas a respeito do seu conteúdo. Ainda, manteve a tutela estatal sobre o indígena (exercida pela Funai), equiparando-o à condição dos menores de idade e dos relativamente incapazes.

Desta forma, a concepção evolucionista, como estágio de transição e evolução dos indígenas, foi confirmada no Estatuto do Índio. Inclusive, o artigo 1 do Estatuto estabeleceu a manutenção da cultura indígena e, ao mesmo tempo, a integração progressiva e harmônica dos indígenas na sociedade nacional como objetivo da política. Já o artigo 50, autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e na instrução dos indígenas, de acordo com a qual estes deviam ser preparados para sua integração na sociedade nacional por meio de um processo de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais.

Entretanto, é notório que o Estatuto do Índio apresentou também alguns pontos positivos, tais como garantir aos indígenas a permanência voluntária no seu habitat, fornecendo-lhes recursos para ali se desenvolverem; o respeito às

peculiaridades inerentes à sua condição e aos valores culturais, tradições, usos e costumes, a livre escolha dos seus meios de vida e subsistência e, ainda, assegurar a posse e uso das terras por eles ocupadas.

Além de apresentar alguns outros aspectos positivos, o Estatuto do Índio outorgou à Funai o poder de realizar a demarcação das terras indígenas, fixando o prazo de cinco anos para que todas fossem realizadas.

A referida lei regulamentou, ainda, aspectos jurídico-administrativos e determinou a condição social e política do indígena perante a nação, tratando da definição de terras indígenas e processos de regularização fundiária e estipulando medidas de assistência e promoção dos povos indígenas como indivíduos.

As décadas de 1970 e 1980, e especialmente a redemocratização, foram um período de euforia dos movimentos sociais no Brasil, que ocasionou duras críticas e denúncias à atuação estatal. Houve uma expansão dos debates sobre a “questão indígena” através da mobilização de organizações que defendiam a causa, como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e da própria organização política crescente dos indígenas em favor dos seus direitos, com a criação de associações indígenas em diversas partes do Brasil (GOMES, 2012, p. 109).

Com a abertura política do país e a participação efetiva dos movimentos sociais em favor da democracia e da nova Constituinte, a matéria indígena começa a ocupar lugar na agenda política brasileira com o objetivo de reverter o quadro de retrocessos legais.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de paradigma, na medida em que se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio (COLAÇO, 2012, p. 111).

Assim, a Constituição Federal de 1988 inaugurou o período chamado por Colaço (2012, p. 99-123) de “novos” indígenas. “A mudança do paradigma na legislação para os povos indígenas foi de encontro ao largo passado latino-americano que sempre buscou transformar o indígena em “civilizado””. (APARICIO, 2018, p. 34).

As reivindicações indígenas foram, em grande parte, acolhidas na Constituição brasileira de 1988, concentradas no Capítulo VII, artigos 231 e 232, que assegurou uma diretriz pluriétnica e multicultural. Com ela, os indígenas foram reconhecidos/as no seu modo de vida, quanto às suas formas de organização, costumes, línguas, crenças e tradições, e foram assegurados os direitos originários

sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, estabelecendo um sólido regime jurídico de proteção às referidas especificidades.

Desta maneira foram positivados os direitos constitucionais específicos dos povos indígenas brasileiros:

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

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

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

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

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

A Constituição Federal de 1988 mudou, então, significativamente a interpretação jurídico-social dos povos indígenas no país: superou a concepção de tutela, reconhecendo a capacidade civil dos indígenas; abandonou o pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo; reconhece a autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com seus projetos coletivos presentes e futuros; reconhece o direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global.

Inaugurando uma nova ordem na relação entre o Estado e os povos indígenas, a Constituição Federal de 1988 determina ao Estado brasileiro que respeite e proteja todos os seus bens, o que se consubstancia no paradigma maior norteador da política indigenista. A tutela passa a adquirir, então, um conteúdo público, afastando-se a tutela orfanológica e a aplicação da legislação privada. Os bens devem ser entregues à administração dos próprios indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições, com a intervenção do Estado somente quando da realização de negócios jurídicos entre índios e não índios. No caso de a participação do Estado não evitar a ocorrência de prejuízo ao patrimônio indígena, este poderá ser responsabilizado de forma objetiva pelos danos causados (SOUZA FILHO, 2012, p. 107).

Pela primeira vez, uma Constituição Federal brasileira consagrou a diversidade cultural e a multietnicidade dos povos indígenas:

Houve o reconhecimento, ainda, do direito de defesa das comunidades indígenas em relação a questões do seu interesse, a fim de obstar a adoção de medidas pelo Estado sem o seu consentimento prévio, bem como se assegurou a educação indígena com a utilização das línguas nativas dos processos específicos de aprendizagem (VERDUM, 2009, p. 95-96).

A Constituição de 1988 consagra, assim, o direito à diferença, acabando com a política integracionista. Reconhece ainda o direito a organização social própria de cada povo e/ou comunidade indígena. “São eles próprios que devem decidir o seu futuro e eleger quais são suas prioridades”. (AMADO, 2015, p. 16).

O texto constitucional de 1988 inovou com relação aos requisitos para definição de terra indígena: o artigo 231 trouxe como requisito fundamental a “tradicionalidade”. Significa dizer que os povos indígenas têm direito sobre seus territórios tradicionais.

Segundo dicção do dispositivo constitucional, terra tradicional ocupada são as habitadas em caráter permanente; as utilizadas para suas atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

(...) a terra indígena deve contemplar o espaço necessário para as habitações da comunidade. Deve ainda, englobar os recursos naturais, como a mata onde se possa caçar e colher as plantas medicinais, os rios e lagos onde se possa pescar e onde as crianças possam desfrutar de momentos de lazer. O espaço deve ser o suficiente para as atividades culturais e para a convivência harmoniosa dos grupos familiares presentes e as futuras gerações. Este território deve abarcar também eventual montanha, rio, mata, gruta ou outro elemento qualquer considerado sagrado pela comunidade, dentre outros, o cemitério. (AMADO, 2015, p. 17).

Nesse sentido, a terra é o bem primordial para os povos indígenas, sendo a luta pelo território prioridade na busca pelo bem viver. O conhecimento tradicional e o

modo de ver e entender devem ser considerados na elaboração e implantação de ações que tenham por objetivo as comunidades indígenas.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 efetivou um momento histórico de afirmação de uma nação pluriétnica, garantindo a legitimação das diferenças para as políticas indígenas (que possam envolver a participação efetiva dos povos em questão). Porém, esses avanços estão em confronto com a realidade da sociedade brasileira, como analisaremos no próximo tópico.

1.3 A negligência estatal no cumprimento das normas jurídicas e a perpetuação do desrespeito aos direitos indígenas

Conforme descrito no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 representou uma evolução quando a comparamos com a de 1969, pois incorporou novas dimensões de direitos aos povos indígenas e reconheceu o caráter multicultural e pluriétnico da sociedade brasileira. Mas apesar da evolução no campo teórico, a concretização das referidas previsões mediante ações práticas e mediante a reformulação das estruturas políticas do Estado, com a garantia de autodeterminação aos povos indígenas, não foi efetivada com o mesmo afincio.

Não obstante o avanço na previsão constitucional, surgem diversas dificuldades para a implementação e a manutenção adequadas dos direitos existentes.

Embora de um lado, além da Funai, outras instituições públicas e agências multilaterais passem a se relacionar política e operacionalmente de forma direta com as comunidades e com as organizações indígenas, de outro há um processo de descaso do Estado com a questão, com o sucateamento do órgão indigenista, ausência de regulamentação adequada de disposições normativas e propostas de retrocesso em matéria de direitos (VERDUM, 2009, p. 96).

Assim, percebe-se um antagonismo entre o avanço em matéria de normatização de direitos indígenas na Constituição Federal e os retrocessos representados pela pouca disposição do Estado em implementar os referidos direitos de forma concreta.

A violação dos direitos indígenas pelo Estado brasileiro se perpetua até os dias atuais, especialmente em relação a seus direitos territoriais, a partir da justificativa de não concluir a demarcação das terras indígenas em razão do direito à propriedade

privada, o que se supõe ser a consumação de interpretações jurídicas parciais em prol dos interesses econômicos locais.

Por outro lado,

mesmo quando as terras indígenas são reconhecidas formalmente pelo Estado, não se garante o pleno controle dos respectivos espaços aos povos indígenas, mantendo-se a ideia de que, se necessário, os territórios devem ser considerados “reservas de recursos naturais” que precisam ser incorporadas à lógica de mercado. Como exemplo de tal cenário, tem-se as 19 (dezenove) condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do caso envolvendo a Terra Indígena Raposa Serra do Sol (VERDUM, 2009, p. 98).

Assim, em verdade, o que se percebe, é que a negligência estatal no cumprimento das normas constitucionais ocorre não apenas da falta de estruturação dos órgãos indígenas ou na omissão quanto à regulamentação, mas também em face de racismo institucional e de interesses econômicos enraizados no corpo do próprio Estado.

E tal cenário não é recente. Um grande exemplo ocorreu entre os anos 1950 e 1970, com a expansão do agronegócio no Brasil, especialmente na região Centro-Oeste. Tal movimento se deu através da expulsão dos povos indígenas de suas terras tradicionais, e contou com o apoio e incentivo governamental (SANTANA JUNIOR, 2010, p. 212), caracterizados pela autorização da emissão de títulos de propriedade para terceiros, pela impunidade dos crimes cometidos contra os povos indígenas e pela ausência de políticas públicas adequadas, notadamente nas áreas de saúde, segurança, educação, alimentação e moradia.

O povo Guarani Kaiowá que vivia na região sofreu um processo de colonização marcado pela ocupação de seus territórios que foram concedidos à iniciativa privada e que tiveram como base o trabalho indígena.

Na década de 1940, o governo brasileiro, sob pretexto de promover o desenvolvimento da região, concedeu títulos de propriedades a pequenos agricultores. Essa ação estatal promoveu a expulsão de comunidades de suas terras tradicionais.

A expulsão dos povos indígenas de suas terras tradicionais continua até hoje. Nos últimos anos, vem ocorrendo o avanço expansivo da agricultura mecanizada com a monocultura da soja, do milho e da cana de açúcar, intensificando o desmatamento das pequenas áreas de mata ainda existentes nas fazendas.

Com o crescimento avassalador do agronegócio e do desmatamento, as comunidades indígenas que se encontravam em pequenas áreas de matas

foram descobertas e expulsas dando lugar ao agronegócio e agroindústria. (AMADO, 2013, p. 90).

O Mato Grosso do Sul, até hoje, registra número expressivo de acampamentos indígenas formados por comunidades que aguardam a demarcação de seu território.

Em relação aos Guarani e Kaiowá no sul do estado de Mato Grosso do Sul, é a significativa perda do território tradicional que marca este povo, e atualmente, a realidade desses acampamentos expressa uma tentativa de resistência e superação da imposição histórica do *confinamento*. Nesta realidade está inserida o que hoje propicia a referência da existência de “índios entre a cerca e o asfalto”, ou seja, acampados a beira das estradas, também conhecidos como “índios do corredor” (AMADO, 2013, p. 89/90).

Segundo Relatório da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2018, houve um aumento na tentativa dos ruralistas de criminalizar não apenas as lideranças indígenas, como também as organizações, os profissionais de antropologia, advogados e pessoas da sociedade civil por atuarem na defesa dos povos indígenas (ONU, 2018).

Na justiça federal de Mato Grosso do Sul estão em trâmite atualmente 388 processos judiciais que versam sobre demarcação de terra indígena e demais conflitos possessórios. Sendo 154 processos na subseção judiciária de Campo Grande, 73 processos em Dourados, 93 em Ponta Porã e 68 em Naviraí. Estas são apenas ações que estão tramitando na primeira instância, sem contar outras centenas de recursos pendentes nos tribunais superiores.

No Supremo Tribunal Federal, encontram-se 13 (treze) ações judiciais envolvendo demarcação de área indígena somente do estado de Mato Grosso do Sul. Há casos em que o Estado de Mato Grosso do Sul ingressa como parte no processo atuando como assistente litisconsorcial do fazendeiro fazendo com que o processo seja deslocado da Vara Federal de primeira instância para o Supremo Tribunal Federal. Esta sistêmica ação por parte do Estado tem o nítido objetivo de levar o processo para o STF e conseqüentemente aumentar a demora por uma decisão do poder judiciário. A evidência é que a judicialização tem sido um dos principais entraves à demarcação das terras indígenas e, nessa lógica, várias são as manobras processuais para o retardamento da prestação jurisdicional, dentre eles, o ingresso do estado de Mato Grosso do Sul como parte nos processos. Outra consequência da judicialização é a paralisação dos processos de demarcação em razão das liminares que são concedidas em favor dos fazendeiros. Neste ínterim, as comunidades continuam em situação de acampamentos aguardando uma decisão resolutiva (AMADO, 2013, p. 84/85).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em visita ao Brasil em 5 a 12 de novembro de 2018, denunciou, particularmente, a situação dos Guarani-Kaiowá em Mato Grosso do Sul, que sobrevive em “ambiente marcado por violência por parte de milícias armadas, violações do direito ao território tradicional e as denúncias recebidas de separação das mães e crianças indígenas” (OEA, 2021, p.34).

No Relatório da referida visita (OEA, 2021, p.34), a CIDH expôs a situação de confinamento territorial vivida pelos povos Guarani e Kaiowá:

(...) que, apesar de corresponder à segunda maior população indígena do país, 80% de sua população vive em menos de 27 mil hectares há mais de 100 anos. A Comissão também foi informada sobre diversos casos de homicídios e suicídios entre membros desses povos indígenas. A esse respeito, a CIDH considera que a superpopulação de reservas e os conflitos resultantes desse tipo de confinamento geram condições que privam os Guarani e Kaiowá de uma vida digna.

O aumento de invasões e ataques contra comunidades e lideranças indígenas e o acirramento de conflitos refletiram, nos territórios, o ambiente institucional de ofensiva contra os direitos constitucionais dos povos originários.

Isto é o que aponta, também, o relatório “Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2021” (CIMI, 2021), publicação anual do Conselho Indigenista Missionário, que em 2021 traz dados impactantes:

(...) os inimigos pretenderam não mais apenas atacar os espaços físicos de habitação e convivência nas aldeias, mas aniquilar os modos de ser, expressados através das espiritualidades e ancestralidades de cada povo.

Agora invadem as comunidades, profanam e pisoteiam o chão sagrado e ateiam fogo nos espaços dedicados a Deus, como as Casas de Reza. É nelas que acontecem as manifestações religiosas, as ritualizações, a elevação de mulheres, homens e crianças aos Céus, interligando as angústias, as alegrias, as esperanças e os sonhos dessa dimensão terrena com as divindades. As práticas espirituais e os vínculos ancestrais atravessam a relação dos povos originários com suas terras, que, como eles próprios manifestam, são territórios sagrados. (CIMI, 2021, p. 11).

O que se depreende, desses atos de violência, é uma tentativa de destruição simbólica de espaços de ancestralidade, nos quais se ritualiza a fé, a resistência e a força vital (CIMI, 2021).

Nos últimos anos, o governo do presidente Jair Bolsonaro (2019-2022) estimulou com intensidade incomparável a ação dos grupos econômicos e criminosos que avançam sobre os territórios indígenas, devastam biomas e ecossistemas, e destroem, com a omissão ativa do Estado, a fonte de Vida destes povos. A consequência dessa postura foi o aumento, pelo sexto ano consecutivo (2016-2021), dos casos de “invasões possessórias, exploração ilegal de recursos e danos ao patrimônio”. Em 2021, o Cimi registrou a ocorrência de 305 casos do tipo, que atingiram pelo menos 226 Terras Indígenas (TIs) em 22 estados do país (CIMI, 2021, p. 8).

No ano anterior, 263 casos de invasão haviam afetado 201 terras em 19 estados. A quantidade de casos em 2021 é quase três vezes maior do que a registrada em 2018, quando foram contabilizados 109 casos do tipo. Além do

aumento quantitativo de casos e terras afetadas pela ação ilegal de garimpeiros, madeireiros, caçadores, pescadores e grileiros, entre outros, os invasores intensificaram sua presença e a truculência de suas ações nos territórios indígenas. Essa situação ficou explícita em casos como o dos povos Munduruku, no Pará, e Yanomami, em Roraima e Amazonas. Na Terra Indígena Yanomami, onde é estimada a presença de mais de 20 mil garimpeiros, os invasores passaram a realizar ataques armados sistemáticos contra as comunidades indígenas, espalhando um clima de terror e provocando mortes, inclusive de crianças. Os ataques criminosos, com armamento pesado, foram denunciados de forma recorrente pelos indígenas e ignorados pelo governo federal, que seguiu estimulando a mineração nestes territórios. Os garimpos, além disso, serviram como vetor de doenças como a Covid-19 e a malária para os Yanomami. (CIMI, 2021, p. 8).

Nesse contexto, apesar de diversas ações do Ministério Público Federal (MPF), o presidente da República Jair Bolsonaro cumpriu sua promessa de não demarcar nenhuma terra indígena durante seu mandato, ocorrido de 2019 a 2022.

Uma atualização do banco de terras e demandas territoriais indígenas do Cimi identificou que, das 1.393 terras indígenas no Brasil, 871 (62%) seguem com pendências para sua regularização. Destas, 598 são áreas reivindicadas pelos povos indígenas que não contam com nenhuma providência do Estado para dar início ao processo de demarcação (CIMI, 2021, p. 8).

Além da violência contra as comunidades e a criminalização de suas lideranças, verificamos também um estado de inconstitucionalidade em relação aos indígenas no sistema prisional e judiciário brasileiros, desde a invisibilidade, o desproporcional aumento dos percentuais relativos ao seu encarceramento, a ausência de tradutores e de perícias antropológicas, até o desrespeito às diferenças culturais e às formas alternativas de solução de conflitos.

Foi apenas em 2006 que o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) disponibilizou dados sobre pessoas indígenas presas pela primeira vez. Segundo o órgão, 602 pessoas estavam presas no Brasil e sendo contabilizadas apenas em 71% dos presídios do país. Já em 2021, na divulgação dos últimos dados disponíveis, o DEPEN constatou que pelo menos 1300 indígenas, entre homens e mulheres, estavam em privação de liberdade no país. (CIMI, 2021, P. 30).

Através desses dados se identificou que o estado de Mato Grosso do Sul⁴ possui a taxa de 696,7 presos por 100.000 habitantes, sendo o primeiro Estado no ranking nacional de encarceramento. Tal percentual é influenciado pelo maior encarceramento de indígenas, já que para esses, a média alcança 520 presos por 100 mil habitantes.

⁴ Em 2016, o IBGE apontou 2.682.386 habitantes no MS. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em set 2020.

Os registros oficiais brasileiros são de que a etnia indígena com maior número de pessoas encarceradas é a Kaiowá, com 184 (cento e oitenta e quatro) pessoas, em segundo lugar, os Guarani, com 93 (noventa e três) pessoas e em quarto lugar os Terenas, com 67 (sessenta e sete) pessoas. As três etnias concentram sozinhas 344 pessoas presas.

A desproporção existente em Mato Grosso do Sul salta aos olhos quando se verifica que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dados de 2016, apontou taxa de encarceramento nacional de 313 presos por 100 mil habitantes. Ainda que o Brasil tenha optado por uma alta taxa de encarceramento, o Mato Grosso do Sul, em decorrência do aprisionamento dos indígenas, consegue ter percentuais maiores de aprisionamento. No dizer do procurador da República Marco Antonio Delfino (2020, p. 163), atuante em Dourados/MS:

Uma leitura fotográfica do cenário de super-representação na população carcerária dos Kaiowá e Guarani apresenta claras limitações em um processo de investigação científica. Não há como dissociar o encarceramento como mero efeito colateral de um cenário de intensa violação de direitos humanos. (...) Há uma clara associação entre um cenário de massacres, escravidão, remoção forçada de territórios tradicionais, acesso deficiente a políticas públicas e encarceramento.

Paralelamente ao constante aumento no número de presos indígenas no Brasil, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a concepção até então vigente na legislação brasileira de que o indígena deveria ser tratado como sujeito relativamente incapaz, necessitando ser tutelado, até sua completa integração à sociedade majoritária. A Assembleia Constituinte apresentou o direito à diversidade cultural, assegurando o exercício de crenças, protegendo costumes, tradições e idiomas indígenas.

O Brasil possui 817.962 pessoas indígenas, dentre seus 190.755.799 habitantes, conforme censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010) e conforme a Fundação Nacional do Índio (FUNAI, 2013). Nesse cenário, não há como deixar de relacionar a crescente população carcerária indígena ao aumento da criminalização de lideranças e ao acirramento das disputas pela terra.

Mesmo diante da subnotificação pela ausência de oportunidade para autodeclaração e registro adequado da etnicidade das pessoas presas, os números

demonstram a alta taxa de encarceramento de indígenas, principalmente nas regiões geográficas de intenso conflito fundiário e violências contra os povos originários.

Relatório da ONU de 2018 considerou o Brasil como o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas de direitos humanos.

O Brasil é de longe o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas dos direitos humanos. Durante a visita da Relatora Especial ao Brasil em 2016, os membros de comunidades do Mato Grosso do Sul lhe mostraram feridas de bala em seus corpos e a levaram a lugares onde haviam sido assassinados seus familiares. Ademais, a informaram de casos de detenções arbitrárias, tortura e criminalização de seus líderes. As organizações governamentais e da sociedade civil que se ocupavam dos povos indígenas lhe facilitaram informação inquietante sobre uma tendência sistemática às ameaças e intimidação por parte do Estado e entidades do setor privado. Prevalece a impunidade em relação aos ataques, os assassinatos e a intimidação de pessoas indígenas e frequentemente têm lugar quando os povos indígenas tentam fazer valer seus direitos sobre suas terras e coincidem com a criminalização das lideranças indígenas. (ONU, 2018)

Esta população, em sua grande maioria, vem enfrentando uma acelerada e complexa transformação social, necessitando buscar novas respostas para a sua sobrevivência física e cultural e garantir às próximas gerações melhor qualidade de vida. As comunidades indígenas vêm enfrentando problemas concretos, tais como invasões e degradações territoriais e ambientais, exploração sexual, aliciamento e uso de drogas, exploração de trabalho, inclusive infantil, mendicância, êxodo desordenado causando grande concentração de indígenas nas cidades.

Ademais, é notória a falta, inadequação ou insuficiência de treinamentos e capacitações de servidores administrativos, operadores do Direito (Juízes, Promotores, Defensores e advogados) e policiais, no sentido de instruí-los a travarem diálogo intercultural capaz de identificar e respeitar os diferentes aspectos culturais dos povos originários.

Verifica-se, deste quadro, que o Estado brasileiro não apresenta uma atuação coerente e condizente com a proteção dos direitos dos indígenas atacados, desrespeitando não apenas a Constituição Federal, mas também instrumentos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos – tema que será melhor explorado no capítulo 3 desta dissertação.

1.4. A ausência de políticas públicas: a crítica à falta de efetividade das normas protetoras por Joaquín Herrera Flores

Conforme exposto no último tópico, embora se defenda a positivação dos direitos humanos, a mera edição de normas legais não garante, em muitos casos, a efetividade prática do direito, havendo, assim, um descompasso entre aquilo que se preconiza no plano teórico e o que realmente ocorre na prática.

Adentrando, então, no foco dessa etapa do capítulo, em virtude das mencionadas transgressões contínuas aos direitos indígenas indicados nos itens anteriores, é essencial abordar a problemática da efetivação dos direitos humanos desde um viés crítico.

Wolkmer (2015, p. 83-84) discorre sobre a tradição antidogmática espanhola e apresenta o pensamento de Herrera Flores, autor que articula o conceito de direitos humanos com reflexões sobre o neocolonialismo, racionalidade de resistência, teoria crítica dos direitos humanos, dentre outros.

O surgimento de diversas correntes de crítica jurídica se deu, segundo Wolkmer (2015, p. 34-84), a partir da profunda crise (tanto de legitimidade quanto de aplicação da justiça) na qual entrou a Teoria Tradicional, por ser insuficiente para responder às transformações sociais do mundo contemporâneo⁵.

A teoria crítica, conforme defende Joaquim Herrera Flores, está pautada numa perspectiva que condena a perpetuação de diversas violações aos direitos humanos, conforme sintética definição da teoria crítica pelo próprio jurista:

“A deterioração do meio ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e por um consumo indiscriminado e desigual, a continuidade de uma cultura de violência e guerras, a realidade das relações transculturais e das deficiências em matéria de saúde e de convivência individual e social que sofrem quatro quintos da humanidade obrigam-nos a pensar e, conseqüentemente, a apresentar os direitos desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipatórias” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 25).

A base teórica dos direitos humanos tem sido historicamente dominada pela teoria tradicional⁶, cuja importância para o desenvolvimento desses direitos,

⁵ Ao contrário da Teoria Tradicional, que é definida por princípios abstratos e conceitos neutros, e ignora as relações sociais e o contexto, a Teoria Crítica, embora assuma que conhecimento e ação sejam distintos, defende que ambos devem ser considerados conjuntamente. Ou seja, não se pode teorizar sobre algo sem avaliar as razões históricas, econômicas, sociais, políticas e culturais desse algo. A suposta neutralidade da Teoria Tradicional, na verdade, não é neutra, mas parcial. Parcial ao tratar de algo em determinado contexto sem considerar ou sem o visibilizar. Diz-se que não se considera valores quando na realidade se atua e teoriza de maneira a induzir e/ou preservar determinada visão em certa época e lugar (ROCKENBACH, 2018, p.30).

⁶ De acordo com a teoria tradicional, os direitos humanos decorrem da natureza humana, como atributos inerentes a todas as pessoas. Essa teoria tem fundamentado um ideal de universalidade a respeito desses direitos, que, contudo, não tem conseguido ultrapassar as barreiras de seu próprio

possibilitando sua projeção internacional, é algo inegável. No entanto, não se pode deixar de perceber os interesses hegemônicos a que serve essa concepção. Herrera Flores (2009b, p. 49-50) faz a seguinte advertência:

Os direitos humanos, como geralmente todo fenômeno jurídico e político, estão permeados por interesses ideológicos e não podem ser entendidos à margem de seu fundo cultural e contextual. No entanto, como acontece quando um fenômeno é reconhecido juridicamente, começa-se a negar seu caráter ideológico, sua estreita vinculação com interesses concretos, e seu caráter político; em outras palavras, oculta-se seu contexto, universaliza-se a visão hegemônica e, desse modo, são subtraídas dos sujeitos que atuam em função deles a sua capacidade e a sua possibilidade de se transformar e transformar o mundo.

A conjuntura econômica tem difundido uma lógica de índole individualista, exploratória e segregacionista, manipulando a formalização jurídica abstrata para legitimar seus preceitos e impor suas convicções. Quaisquer perspectivas diversas que se possam ter do que de fato acontece são automaticamente desprezadas porque não se enquadram naquilo que a lógica mercantilista definiu como sendo da essência humana. De acordo com essa perspectiva, a manutenção desse sistema dificulta cada vez mais a transformação da sociedade para um ambiente equânime, para um lugar de potencialização das particularidades humanas, efetivamente propício ao bem-estar de todos.

A compreensão do direito, segundo Herrera Flores (2009a, p. 18), não deve se basear numa técnica “neutra”, reduzida à legitimação formalista e abstrata e tampouco deve ser vista como único instrumento responsável pela transformação das relações sociais, já que não surge e nem atua independente e isolado, sendo impossível construir uma sociabilidade apenas pela lei.

Isso indica que não é razoável depositar a solução de todas as mazelas decorrentes da inefetividade dos direitos humanos ao âmbito do próprio direito. Esses direitos seriam mais do que aquilo que prevê ordenamentos jurídicos, declarações e tratados e, devido esse equívoco, ressoa um grande paradoxo entre o firmamento e a multiplicação de publicações internacionais e de conferências e o aumento das injustiças e desigualdades no mundo (HERRERA FLORES, 2009b).

discurso, estando longe de alcançar a realidade concreta da pluralidade de vida em coletividade. Conceber uma estrutura abstrata dos direitos humanos, fundamentando-os meramente na natureza humana, pouco contribui para sua efetivação na medida em que os desvincula das práticas sociais e dos contextos a que devem atender. A teoria tradicional ignora as desigualdades presentes no meio social, dificultando, dessa forma, o surgimento de demandas contrárias ao que está disposto.

O autor chama a atenção para o que se esconde nas entrelinhas dos escritos e que sugere posicionamentos de uma ideologia dominante, resultante em práticas de não promoção da igualdade de todo ser e de invisibilização das disparidades. Nesse sentido, é preciso enxergar a verdadeira condição a que estão submetidos os sujeitos desse processo e como tem se dado a perpetuação dessa situação.

De acordo com Herrera Flores (2009b), para que os direitos humanos possam deixar de se constituir mera retórica, é necessário o esclarecimento das posições que cada pessoa ou grupo ocupam em âmbito social, político, econômico e cultural, em um mundo notadamente globalizado. Seria preciso analisar tais direitos em razão das possibilidades da maioria oprimida, a partir do que se conciliaria uma perspectiva de direitos de natureza social resultantes dos embates por uma vida digna.

Assim, em oposição à teoria clássica, a teoria crítica dos direitos humanos encontra seu fundamento na realidade e nas práticas sociais emancipadoras. Considera que os direitos humanos não são produtos de conquistas meramente normativas, mas, de forma destacada, de práticas sociais de instituições, movimentos sociais, dos cidadãos e de reivindicações de grupos —tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas (HERRERA FLORES, 2009b, p. 77).

Os processos de emancipação e conscientização propostos pela teoria crítica, para além de privar as elites dominantes das vantagens que possuem, devem possibilitar que estas, espontaneamente, reconheçam a necessidade de renunciar aos privilégios injustos dos quais são beneficiárias. Tal renúncia legitimaria uma aspiração utópica e revolucionária compatível com a proteção da dignidade humana de forma ampla, salvando e resgatando os conteúdos utópico-libertadores do pensamento ocidental (WOLKMER, 2012, p. 37).

O estabelecimento de sistemas de garantias econômicas, políticas, sociais e jurídicas, tanto ao nível nacional quanto internacional, é de suma importância, na visão do autor, para o alcance da dignidade por todos, desde que sejam efetivamente cumpridos. Na prática, compreende-se que o acesso aos bens somente se dá em razão das lutas sociais que antecedem essas garantias.

Ao longo da crítica de Herrera Flores, percebe-se que sem os contextos, sem observar as lutas sociais e as condições que giram em torno desse direito, de nada adianta mais regras formais positivadas em tratados internacionais ou mesmo em normas estatais.

Não se trata de uma crítica que se apresente somente à categoria de direitos humanos, é, pois, o mesmo questionamento que se faz a teoria positivista do direito como um todo. Qual seja: do excesso de formalismo e legalismo, mas também da ausência de realidade e de preocupação com os indivíduos que se encontram por trás das normas jurídicas.

Crê-se que essa é uma crítica chave para compreender o problema do positivismo sem efetividade, o qual foi apresentado ao longo da modernidade. Pensar no excesso de normas de direito promulgadas sejam elas criadas por acordos internacionais, sejam criadas pelo processo legislativo de cada país, um gigantesco número de leis, artigos e regras, nas quais nada mais se tem do que abstração e distanciamento da realidade humana.

É necessário que essa lógica de que direitos são garantidos pelo simples fato de serem positivados, seja quebrada, partindo para uma compreensão distinta, a qual leve em conta o processo de surgimento, o contexto econômico e social, bem como as necessidades clamadas pelo povo que vive essas normas.

Percebe-se, aqui, a necessidade de ter consciência sobre a análise jurídica e dos valores que norteiam o pensamento hegemônico de mundo. Afinal é a essa menor importância dada ao social que vai influenciar as estratégias políticas econômicas de respeito e efetivação de direitos humanos.

Nesse contexto, a teoria crítica proposta pelo jusfilósofo espanhol permite que se reconheça os direitos humanos como processos de luta para construção de uma dignidade humana substancial e concreta, propondo novas formas de pensar a realidade e construir efetivamente condições e alternativas materiais necessárias para uma existência digna.

No entanto, é importante salientar que, em sua obra, o autor jamais desconsidera a importância das conquistas positivistas e inclusive das lutas dos pensadores hegemônicos. O que Herrera Flores propõe é uma mudança e um avanço, mas sem perder as conquistas.

Não cabe, assim, romper com os direitos positivados, mas sim não aceitar que sejam efetivados de forma neutra e abstrata, baseada em valores transcendentais de uma mente iluminada e racional, ou mais, ter claro os motivos e as lutas que advieram do clamor de direitos, que influenciaram sua positivação.

Assentado nestas perspectivas, em acepção abrangente, pode-se dizer, resumidamente, que discutir os direitos, segundo Herrera Flores (2009b, p. 19), é

debater a “abertura de processos de luta pela dignidade humana”, pois estes precisam ser vistos e entendidos como algo “construído” e não “dado”.

No mesmo sentido, Herrera Flores (2009b, p. 21) anuncia que ao invés de observar os direitos tão somente, acolha-se, igualmente, a ideia de deveres na qualidade de compromissos assumidos em favor das “lutas pela dignidade”, tendo em vista que “os conflitos e as práticas sociais sempre estarão presentes em nossa análise”, então, a probabilidade de efetivação dos direitos humanos e fundamentais se torna palpável. Nesta acepção, o autor espanhol destaca importante observação:

[...] é a partir da inserção em tais conflitos que se assumirão os compromissos e deveres com os demais, como o objetivo de conseguir o acesso igualitário aos bens necessários para uma vida digna. Deveres autoimpostos nas lutas sociais pela dignidade e não direitos abstratos e nem deveres passivos impostos fora das lutas e compromissos (HERRERA FLORES, 2009b, p. 21).

A teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores (2009b) pressupõe o entendimento de que todo ser humano carece de bens materiais e imateriais para viver dignamente. Contudo, nem todos têm acesso a esses bens dada a marginalização de determinados grupos em razão dos sistemas de valores preponderantes.

Os povos indígenas do Brasil são um grande exemplo de que os direitos humanos concebidos na forma ocidental podem não ser adequados e suficientes para a construção de uma vida digna, pois dificilmente conseguem garantir a esses povos condições materiais para sua reprodução cultural e espiritual, como se percebe historicamente. A formação social brasileira é, essencialmente, uma realidade rica em complexidades, repleta de desigualdades e discriminações. Apenas através da assimilação da realidade em sua totalidade é possível identificar os principais fatores de dominação dos seres humanos e, conseqüentemente, apontar o principal empecilho para a construção de uma dignidade humana concreta.

A teoria tradicional tem cooperado para a ineficácia dos direitos dos povos indígenas ao ignorar com frequência as diversas condições de existência em que se encontram.

Nesse contexto, a inferiorização histórica dos povos indígenas clama por uma nova hermenêutica jurídica para que os direitos humanos possam atender às demandas concretas destes povos. Herrera Flores (2005, p. 146) entende que existe um novo influxo de lutas sociais de sujeitos diferenciados, como os povos indígenas,

que exige uma reconfiguração na própria concepção individualista e eurocêntrica dos direitos humanos.

A proposta do Herrera Flores é a de que se pode/deve refletir sobre o problema de outro modo, fazendo-se uma análise (crítica) da realidade, para perceber que todos os seres humanos são dotados de uma capacidade criativa capaz de propor alternativas para a construção de uma vida digna. Essa reflexão partiria do reconhecimento da existência dos antagonismos e das diferenças.

Tal atitude possibilitaria uma nova forma de fundamentar e conceituar os direitos humanos, viabilizando a satisfação de necessidades incompreendidas das comunidades indígenas, que, por não encontrarem amparo e ressonância na concepção liberal relativa a esses direitos, vem-se excluídas e discriminadas em seus mais básicos e fundamentais anseios.

Objetivando a superação dos problemas adredemente expostos, a teoria crítica propõe uma diferente forma de compreender os direitos humanos. Com efeito, tais direitos devem ser compreendidos como “produtos culturais” derivados de processos de luta por dignidade.

Para Herrera Flores (2009a), são considerados “processos” porque não emanam simplesmente da natureza do ser humano, que detém uma essência metafísica capaz de gerar direitos. Como já se destacou na crítica aos paradoxos, esta argumentação é falha e deve ser superada.

É fundamental buscar, assim, na Ciência do Direito, os mecanismos para implementar os direitos positivados na Constituição, através da adoção de políticas públicas, projetos de lei e outras iniciativas que venham ao encontro da preservação dos direitos humanos.

Sabe-se que o fenômeno legislativo está intrinsecamente ligado com a mudança social constante da população. Logo, a análise aprofundada dos fenômenos sociais ligados à multiculturalidade e seus reflexos são importantes na medida que podem ser construídas constatações a fim de impedir que as conquistas jurídicas sejam inutilizadas por falta de implementação de políticas públicas e todo o progresso historicamente alcançado dê espaço para a omissão e, conseqüentemente, para a violação dos direitos humanos.

Além disso, o direito material pode ser suspenso por razões de Estado ou não ser executado pela falta de regulamentação ou mecanismos que possibilitem o seu cumprimento. Ademais, grande parte dos povos indígenas, assim como da população

em geral, não tem acesso a sistemas judiciais que possam garantir seus direitos ou, quando tem, a experiência é negativa. Ressalta-se, ainda, fragilidades nas instituições jurídicas que deveriam garantir proteção às mazelas sociais vivenciadas por esses povos.

Pelo exposto, identifica-se que conciliar as expectativas de justiça e as exigências de segurança jurídica na resolução de demandas envolvendo direitos humanos demanda debate e um contraditório elastecido para que a decisão tenha legitimidade e para que políticas públicas efetivas sejam determinadas para a resolução pacífica dos problemas.

O primeiro passo para a preservação e respeito do pluralismo existente no país seria o reconhecimento e a aceitação da diferença, bem como a defesa de políticas isonômicas na proteção e na perpetração de culturas e práticas sustentáveis que são realizadas pelos povos originários, citados aqui como exemplo da diversidade (ANDRIGHETTO E CENCI, 2017).

A noção de aqui proposta se baseia no fato de que a maior parte dos conflitos sobre direitos indígenas existentes no Brasil e no mundo é gerado pelo desrespeito e discriminação às singularidades dos povos que dependem substancialmente de seus territórios tradicionais para reproduzirem sua própria vida, pois são parte intrínseca de sua territorialidade, a qual é o que os mantém vivos enquanto cultura e etnia, matriz viva de toda sua ancestralidade e condição da reprodução de sua existência.

A construção desse caminho, livre dos preceitos colonialistas e universalistas, de modo a produzir espaços de luta por dignidade, exige, de acordo com Herrera Flores (2009b), como dever primeiro o reconhecimento da aptidão de todos os seres para reagirem culturalmente ao mundo. Segundo, o respeito à posição de luta de cada indivíduo por dignidade, tendo noção das disparidades constantes. Terceiro, diante disso, a reciprocidade no intuito de compensar as perdas na construção dos privilégios. Quarto, a responsabilidade em face da subordinação a que submetemos os outros e daqueles que subjagam outras vidas. Quinto, a redistribuição necessária à satisfação por todas e todos daquilo que lhes falta e que é premente a sua sobrevivência, bem como daquilo que abre caminho a conquista de uma condição de vida digna, longe das vantagens perseguidas pelo capitalismo, isenta da dominação imposta e onde a repartição de poder se dá de forma equânime.

Isso tudo faz com que uma teoria crítica tenda a permanecer sempre no encaixe das circunstâncias que se revelem no desenrolar das questões humanas, sempre a ser transformada e revista diante das mudanças nos contextos.

Exposta a discussão acerca da efetividade dos direitos humanos e, especificamente, dos direitos dos povos indígenas, convém destacar que a abordagem do tema não cabe por inteiro no que foi desenvolvido até este momento. Mas, em resumo, é possível afirmar que o objetivo das proposições apresentadas acima, é destacar o processo de efetivação dos direitos dos povos indígenas, como consequência do comprometimento de todos através do advento da emancipação social.

Realçada esta expectativa, percebe-se, então, que é necessário um processo de transformação cultural, hábil ao convencimento da realização das lutas pautadas em favor da dignidade humana e do direito ao reconhecimento.

Evidencia-se, conclusivamente, a preleção de Herrera Flores (2009b, p. 15), no sentido que a concretização dos direitos humanos e fundamentais acarretaria, enfim, a concretização da vida digna e o desenvolvimento coletivo das “potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena”.

2. OS CAMINHOS DOS DIREITOS HUMANOS ATÉ O DIREITO INTERNACIONAL AO RECONHECIMENTO

Conforme explicitado no capítulo anterior a partir do caso do Brasil, a trajetória da consagração dos direitos indígenas é complexa. No entanto, analisar essa trajetória, no Brasil e no âmbito internacional, é relevante para se verificar em que

contexto ela fomentou a proteção desses direitos, no âmbito regional, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A literatura especializada (PIOVESAN, 2017) tem indicado três grandes fundamentos comuns à consagração dos direitos indígenas nos diversos países americanos: a) o contexto nacional de crise política; b) a tendência continental à mobilização indígena e c) a internacionalização da questão indígena e os avanços normativos no direito internacional.

Sabe-se que, apesar de os três aspectos estarem correlacionados, a conjuntura interna de cada país em relação à população indígena e o modo como se articula a esfera pública de direitos são fatores que fizeram predominar um aspecto sobre os outros: ora o fator mais importante foi a mobilização indígena, ora foi a iniciativa governamental em fase de abertura democrática com um viés social, ora foram as pressões internacionais facilitando a expressão da diversidade local.

Considerando que a análise da crise política não é o objeto do presente trabalho, passaremos à análise da mobilização indígena e do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, culminando com o desenvolvimento dos direitos à diversidade cultural, à autodeterminação e o direito internacional ao reconhecimento.

2.1. A Internacionalização dos Direitos Humanos e a Mobilização Indígena

A concepção tradicional contemporânea de direitos humanos compreende-o como resultado do seu processo recente de internacionalização, sobretudo como resposta aos horrores e às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial (PIOVESAN, 2014, p. 42- 43).

A comunidade internacional percebeu a necessidade de criar um ordenamento jurídico capaz de proteger, em âmbito internacional, os direitos básicos dos indivíduos. Assim, em 1945, com a Carta das Nações Unidas, fundou-se a Organização das Nações Unidas – ONU, com a intenção de promover a manutenção da paz entre as nações, estimulando a resolução de conflitos por meios pacíficos e oferecendo recursos apropriados de segurança coletiva, e com o objetivo de restaurar os direitos humanos como referencial ético para o rumo da ordem internacional (PIOVESAN, 2014, p. 43).

A instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) é o marco da inauguração de uma ordem jurídica internacional para proteção e promoção dos

direitos humanos, tendo a Carta das Nações Unidas de 1945 como seu documento jurídico inicial.

A criação das Nações Unidas marcou o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, como precauções que incluem a manutenção de paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional de direitos humanos (PIOVESAN, 2014, p. 130).

No entanto, é apenas em dezembro de 1948 que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas promulgou seu documento principal: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que elevou os direitos humanos a instrumentos de proteção dos indivíduos de todo o mundo em face de poderes estatais totalitários e potencialmente aniquiladores da vida humana. A partir dela, passaram-se a admitir as organizações sociais e os indivíduos como sujeitos de direito internacional. Os estados não eram mais os únicos que podiam participar das instituições internacionais (PIOVESAN, 2014, p. 148/152).

Conforme leciona Flávia Piovesan (2014, p. 45), no desafio de reconstrução dos direitos humanos do pós-guerra há, de um lado, o surgimento do denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, de outro, a abertura do Direito Constitucional ocidental a princípios e a valores, principalmente à dignidade da pessoa humana. Assim, tem início a construção de um sistema normativo e de um aparato próprio voltado a proteção dos direitos humanos e a limitar o poder estatal no plano internacional, como projeção de um constitucionalismo global.

O valor da dignidade humana torna-se paradigma e referencial ético a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nos âmbitos local, regional e global, conferindo-lhe unidade, racionalidade e sentido universal (PIOVESAN, 2014, p. 46). Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade de tais direitos (PIOVESAN, 2014, p. 47), o que foi reiterado na Declaração de Viena, em 1993⁷.

A internacionalização dos direitos humanos por meio da universalidade trouxe como decorrência direta a relativização do conceito de soberania absoluta dos

⁷ Dispõe o §5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” (PIOVESAN, 2014, p. 48).

Estados, considerando que se admitiu ingerências a eles com o objetivo de proteger e garantir internacionalmente os direitos humanos. Ademais, fomentou a instituição das normas globais de proteção no âmbito da Organização das Nações Unidas, como a referida Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e o Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966 e outros de alcance específico, como as convenções internacionais que vedam a discriminação racial e a tortura.

Com as Declarações de Direitos há o estabelecimento de um rol de bens jurídicos mínimos que devem ser garantidos, *a priori*, a todas as pessoas para que possam viver dignamente. As particularidades de cada Estado não se mostram relevantes, pois os direitos humanos decorrem da dignidade, considerada inerente a todo ser humano onde quer que se encontre (BRAGATO, 2014, p. 208).

O direito internacional dos direitos humanos, por ser prévio e de abrangência mais geral, constitui a referência dos direitos indígenas previstos internacionalmente. Cogitado para evitar o genocídio e a perseguição das minorias étnicas, logo foi utilizado para salvaguardar os povos indígenas do genocídio, da colonização e da integração forçada de sua cultura.

O primeiro documento internacional que estabeleceu normas específicas de proteção aos povos indígenas: foi a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 05 de junho de 1957, conhecida como Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais (MATTOS, 2016, p. 98).

O Convênio 107 sobre Populações Indígenas e Tribais adotou diversas proposições de caráter obrigatório para os países signatários, tendo como objetivo orientar as ações dos governos em matéria indígena. No preâmbulo, o acordo explicita como alvo das ações as populações “que não estão integradas *ainda* na coletividade nacional” (sem grifos no original). Nesse contexto, apesar de o Convênio 107 avançar em questões como a promoção de direitos consuetudinários, de línguas originárias e a designação de terras tradicionais, o convênio incumbe os governos a desenvolver programas com o objetivo de facilitar a integração progressiva das comunidades indígenas no país.

As disposições da Convenção nº 107 da OIT pretendiam fomentar programas de governo que possibilitassem o desenvolvimento social, econômico e cultural de populações tribais ou semitribais, a fim de garantir “o desenvolvimento da sua dignidade e da sua utilidade social mediante a melhoria das condições de vida e de

trabalho, inclusive estabelecendo a necessidade de se evitar situações de discriminação” (SANTOS FILHO, 2012, p. 71), o que era funcional aos interesses do mercado.

Apesar da sua inegável importância como instrumento jurídico específico para a proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, a Convenção nº 107 da OIT passou a receber progressivas críticas, especialmente nas décadas de 1960 e 1970, sobretudo por movimentos indígenas, por antropólogos, indigenistas e entidades de Direitos Humanos de diferentes países, que apontavam as consequências negativas da perspectiva integracionista e assimilacionista, baseada em práticas etnocêntricas de dominação colonial, formuladas com base na ideia de transitoriedade da condição de indígena predominante na época, que sustentava que os indígenas deveriam ser integrados e assimilados à sociedade nacional, e que condenava os indígenas a um único futuro possível: a transferência ao Estado de todas as decisões sobre temas do seu interesse, excluindo a possibilidade de sua participação. O aumento das críticas à Convenção conduziu a Organização das Nações Unidas (ONU) a realizar um estudo detalhado sobre a realidade vivenciada pelos povos indígenas (LACERDA, 2009, p. 6), reforçando propostas no sentido da necessidade de sua revisão (MATTOS, 2016, p. 101).

Para o reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas, constatou-se que não bastava reiterar as garantias e as liberdades individuais apenas com base nos princípios da liberdade e da igualdade (BORGES DA SILVA, 2006, p. 130), levando em conta que as comunidades indígenas possuem características culturais próprias impassíveis de serem delimitadas nos parâmetros pretensamente hegemônicos e homogeneizantes ocidentais.

Nessa conjuntura, em 1986, a OIT promoveu um Encontro de Especialistas, que culminou na recomendação de revisão e atualização da Convenção nº 107. Em consequência, em 1989, foi instituída a Convenção nº 169 da OIT, garantindo aos povos indígenas o direito de viverem de acordo com os seus próprios padrões. Após tramitar por onze anos no Congresso Nacional, a referida Convenção foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e promulgada por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (SANTOS FILHO, 2012, p. 71- 72).

A ideia fundamental da Convenção nº 169 consta no seu preâmbulo, que garante a autodeterminação dos povos indígenas e a manutenção das suas identidades, línguas e religiões (ANAYA, 2005, p. 98) e a sua grande importância está

em gerar nos Estados que a ratificaram obrigações convencionais que se harmonizam com as principais demandas dos povos indígenas (MATTOS, 2016, p. 103).

A Convenção nº 169 da OIT é uma referência no processo de construção dos direitos dos povos indígenas em âmbito internacional. Suas disposições procuram conferir direitos específicos aos povos originários, entre os quais a consulta e a participação, indispensáveis para garantia do direito à autodeterminação e representam uma mudança profunda no âmbito normativo a respeito do integracionismo e do assimilacionismo constantes na Convenção nº 107.

A Convenção apresenta conceitos de povos tribais⁸ e povos indígenas⁹ de modo amplo para que sua aplicação fosse aceita pela maior parte dos países, bem como exclui a menção negativa da inferioridade ou atraso civilizacional. Também reconhece a usurpação de terras desde o período colonial e a expulsão e deslocamento compulsórios.

A OIT esclarece que a Convenção 169 não define quem são os povos indígenas e tribais, mas apenas fornece os critérios objetivos e subjetivos para descrever os povos que ela pretende proteger:

No hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales, pero el Convenio núm. 169 ofrece una serie de criterios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado (OIT, 2013, p. 12).

O primeiro critério de identificação é subjetivo: a autoidentificação ou a consciência de sua identidade indígena. O Artigo Primeiro da Convenção 169 da OIT estabelece que “A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”.

Figura, então, indispensável que uma definição de povos indígenas leve em conta a maneira como eles próprios se percebem e se definem em relação aos outros grupos. Cada povo deve ter a capacidade de determinar, de acordo com suas próprias

⁸ Art. 1º, nº 1, alínea a: povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais (OIT, Convenção 169).

⁹ Art. 1º, nº 1, alínea b: povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas (OIT, Convenção 169).

diretrizes, quem pode pertencer ao grupo e também deve ter o direito de aceitar e excluir tal indivíduo. É possível reconhecer nesse critério uma manifestação do direito à autodeterminação, uma vez que se reconhece aos povos indígenas a capacidade de definir quem é autóctone e quem não é.

A Convenção torna-se parte de um conjunto mais amplo de desenvolvimento normativo que pode ser denominado de um novo direito consuetudinário internacional em matéria indígena, baseado em consensos acerca da necessidade de estabelecimento de patamares mínimos que devem balizar o tratamento aos povos indígenas (ANAYA, 2005, p. 102-103).

No entanto, para que ocorresse essa modificação no plano internacional dos direitos dos povos indígenas, foi primordial a oposição exercida por eles no âmbito político e jurídico, através de resistências, mobilizações, ações em rede, com o objetivo principal transformar pacífica e positivamente situações consideradas injustas na esfera social e política. São os Movimentos Indígenas, como os que ocorrem no México desde os anos 40 e no Brasil e na Colômbia nos anos 70.

A emergência dos movimentos indígenas que lutam pelo reconhecimento de seus interesses e direitos, bem como pela descolonização das práticas políticas e jurídicas a eles direcionadas nos últimos quinhentos anos, é um dos fatos mais marcantes da história social recente das Américas. Vítimas de exclusão e de políticas de assimilação forçada que aniquilaram durante muitos séculos suas diferenças culturais, os povos indígenas questionam hoje as condições de sua pertença e de sua participação no regime de cidadania dos Estados derivados da colonização.

Especialmente desde 1970 (BICALHO, 2022), as populações indígenas de todo continente têm se mobilizado ativamente e, no centro de suas reivindicações, estão as lutas por seus territórios, pelo controle dos recursos naturais e pelo direito à autodeterminação e autonomia. É inegável que essas lutas de resistência indígena, na medida em que reivindicam uma redistribuição do poder, das terras, das riquezas e uma maior participação institucional, passaram a adquirir um papel importante na perspectiva de uma democratização das estruturas estatais.

De modo geral, a mobilização indígena é resultado de experiências políticas de organização e enfrentamento de décadas, e de uma série de articulações com outros setores da sociedade. Como resultado, tem-se uma ampliação das bandeiras indígenas, incorporando demandas políticas de outros atores sociais do país, que favoreceram a consolidação da cidadania étnica. Paralelamente, outros setores da

sociedade incorporam, dos indígenas, princípios de identidade e defesa que favorecem a reconstrução da noção abstrata de nação (ANDERSON, 1997).

Observa-se, assim, uma articulação diversa em torno dos povos indígenas dentro do cenário específico de cada país e das suas situações conjunturais internas. Entretanto, crescentemente eles têm buscado, também, se reafirmar politicamente no território que ocupam e nacionalmente, demandando níveis de autonomia local ou de partilha de poder nas instituições formais do Estado. A valorização cultural também tem favorecido a articulação interna e a melhor identificação dos sujeitos de cidadania étnica.

A concepção evolucionista e integracionista vai desaparecendo, então, da doutrina e dos instrumentos internacionais nos anos 1980. Os direitos dos povos indígenas passaram a ser reconhecidos como tais pela ONU através de tratado específico sobre o tema em 1989, através da já citada Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Entretanto, o Direito Indígena adquiriu maior notoriedade com a promulgação da denominada Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI), em setembro de 2007, na Assembleia da ONU.

A Declaração encerra décadas de debates e justificativas na busca em ampliar direitos individuais para uma nova categoria de sujeitos considerados agora coletivamente. Ainda, avança para o reconhecimento dos povos indígenas como nações preexistentes aos Estados nacionais republicanos, outorgando a suas demandas a legitimidade necessária para exigir de cada governo a efetivação dos seus direitos e se insere na própria pluridimensionalidade dos Direitos Humanos, já que desenvolver o Direito Indígena é aludir à própria evolução dos Direitos Humanos, do qual o princípio maior é a dignidade da pessoa humana.

A redação da declaração dos Direitos Indígenas interpela de modo conclusivo o quadro de lutas e reivindicações feitos por etnias de todo o mundo e que resultou na própria declaração redigida e aprovada pelas Nações Unidas. Trata-se de uma tentativa de fomentar as relações entre Estados e povos, edificando, assim, uma base mínima de parâmetros necessários para promover regulamentações internacionais e nacionais em prol da causa indígena.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas corrobora, em seu preâmbulo, as normativas da Convenção 169 da OIT, determinando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e que, assim como os demais povos, têm o direito de serem diferentes, de se considerarem

diferentes e de serem respeitados como tais, adotando como princípio a não assimilação forçada.

Na América Latina, a citada Declaração adquire importância peculiar porque a região abriga 10% do contingente indígena do mundo. Nesta região, as estimativas indicam que a população de indígenas oscila entre 8 a 12%, o que equivale a algo entre 30 e 50 milhões de pessoas, acumulando altos índices de mortalidade, analfabetismo e incidência de extrema pobreza (CEPAL, 2006a, 2006b; PNUD, 2004).

Em alguns países como a Guatemala, a Bolívia, o Peru e o Equador, a população indígena equivale, e pode até superar, à dos indivíduos não indígenas. Em outros, a superfície habitada por comunidades indígenas é considerada proporcionalmente superior à ocupada pelo resto da sociedade.

No Brasil, a população indígena ocupa mais de 12% do território nacional (BARIÉ, 2003; SOUZA FILHO, 2012), sendo este um espaço singularmente rico em biodiversidade, recursos hídricos, madeiras preciosas e jazidas de minérios, exigindo do governo reexaminar o relacionamento com os povos indígenas como base para o desenvolvimento estratégico nacional.

A temática indígena é, então, um problema de ordem política, e não mais apenas uma questão étnica, antropológica ou social, a ser considerada pelos Estados na elaboração e implementação das políticas públicas. Por outro lado, no mundo contemporâneo, o direito dos povos indígenas não se restringe à política interna de cada país, mas vem se transformando em normas de ordem pública internacional que cada país deve aplicar em escala local (CEPAL, 2006b).

2.2. O Direito Relativo à Diversidade Cultural

Os povos indígenas das Américas são sociedades díspares entre si, cada qual com seus valores, filosofias, identidade, crenças, costumes, tradições e organização social e política particulares que os distinguem dos demais e da sociedade em geral. Da mesma maneira, eles detêm suas específicas experiências e histórias em relação aos processos de colonização que caracterizam a origem e a configuração dos atuais Estados americanos.

Desde antes da colonização europeia nas Américas, os povos indígenas conservaram suas próprias culturas, religiões, cosmovisões, sistemas de governo, administração da justiça e desenvolvimento econômico. Como outros povos ao longo

da história, desenvolveram suas próprias particularidades nas estruturas de representação e organização política, social e comunitária. Além disso, conservam sistemas culturais e de conhecimento de seus respectivos ambientes naturais baseados em sua profunda relação com suas terras e territórios, tudo interligado com sua identidade e com membros de outros povos e nacionalidades, bem como outros seres vivos.

O Brasil é um país cuja população é formada por muitas culturas, etnias, povos e comunidades, ao contrário da ideia geral do povo brasileiro como a fusão de negros, brancos e índios. São inúmeras línguas (a par da língua oficial português), territórios, meio ambientes, religiões e concepções que consolidam a riqueza cultural do país. Essa profusão de culturas é chamada de multiculturalidade.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) definiu a cultura no Preâmbulo da Declaração Universal da Unesco sobre a diversidade cultural de 2001 como o conjunto de traços espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que distinguem e caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os valores, as tradições e as crenças (ONU,2001).

A cultura tradicional e popular, por seu lado, foi definida pela *UNESCO* na Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular (1989) como o *conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural, fundadas na tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente atendem às expectativas da comunidade como expressão de sua identidade cultural e social* (UNESCO, 1989).

No preâmbulo da mencionada recomendação, afirma-se que a cultura tradicional ou popular “faz parte do patrimônio universal da humanidade e que é um poderoso meio de aproximação entre os povos e grupos sociais existentes e de afirmação de sua identidade cultural”. (*UNESCO, 1989*).

A diversidade cultural refere-se “à multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos grupos e sociedades. Estas expressões se transmitem entre os grupos e as sociedades e dentro deles”. (*UNESCO, 2005 art. 4.1*).

Esta diversidade cultural “é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para os organismos vivos e constitui o patrimônio comum da humanidade, que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das gerações presentes e futuras” (*UNESCO, 2001, art. 1.*)

Neste sentido, os Estados têm obrigação de proteger e promover a diversidade cultural e adotar “políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos, para que se garanta, assim, a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz” (UNESCO, 2001, art. 2.).

Desse modo, podemos concluir que o direito à diversidade cultural consiste no direito de todo grupo étnico-cultural e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser reconhecido como diferente, conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível e a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente, por ela.

Também se deve salientar que, por sua própria natureza, o direito à identidade cultural é um direito autônomo, dotado de singularidade própria, mas, ao mesmo tempo, é um “direito síntese”, porque abrange tanto direitos individuais como coletivos. Deste modo, exige o efetivo exercício de todos os direitos humanos e para a sua efetivação depende da vigência de muitos outros direitos humanos internacionalmente protegidos.

A propósito, o art. 4 da Declaração Universal da UNESCO sobre a diversidade cultural dispõe que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa. Implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular, os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os direitos dos povos autóctones”.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que

para que um grupo étnico possa subsistir preservando seus valores culturais, é fundamental que seus componentes possam gozar de todos os direitos reconhecidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois dessa forma, garante seu efetivo funcionamento como grupo, o que inclui a preservação de sua identidade cultural. (CIDH, 1983, par. 14).

Conforme exposto no subcapítulo anterior, a adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, representa um marco importante no reconhecimento internacional do direito à diversidade cultural desses povos, que prevê em seu artigo 11:

Artigo 11

1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.
2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos

indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

A Convenção 169 da OIT também reconhece em todo seu corpo e impõe aos Estados a proteção das culturas indígenas, seus valores e práticas sociais, religiosas e espirituais e de suas terras como bases materiais de sua cultura, exigindo, em seu art. 4º, que sejam adotadas medidas especiais para salvaguardar as culturas dos povos indígenas:

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

O pleno reconhecimento e garantia do direito à identidade cultural é fundamental no direito internacional contemporâneo dos direitos humanos e implica a superação dos legados históricos da discriminação, do racismo e do colonialismo, tendo sido esse direito expressamente reconhecido na Convenção 169 (art. 5º) da OIT e na ONU (Declaração sobre os povos indígenas, 2007, artigos 9, 7, 11, 13 e 12).

No sistema interamericano, foi expressamente incluído no artigo XIII da Declaração Americana sobre os Povos Indígenas que, em seu parágrafo 1º, estabelece que os povos indígenas têm “direito à sua própria identidade e integridade cultural e ao seu patrimônio cultural material e imaterial” (OEA, 2016).

As disposições anteriores são complementadas por disposições expressas que proíbem práticas assimilacionistas¹⁰. A Declaração Americana sobre os Povos Indígenas, em seu artigo X, reconhece que os povos indígenas “têm o direito de manter, expressar e desenvolver livremente sua identidade cultural em todos os seus aspectos, livre de qualquer tentativa externa de assimilação”. (OEA, 2016).

O princípio da não discriminação é um dos pilares de qualquer sistema democrático e uma das bases fundamentais do sistema de proteção dos direitos humanos estabelecido pela Organização dos Estados Americanos. De acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana, o princípio da igualdade e não discriminação é

¹⁰ Os povos indígenas deveriam integrar-se à sociedade e à cultura predominante em um país e assemelhar-se com ela. Este ponto não reconhecia e nem respeitava as diferenças culturais entre os povos indígenas e as sociedades “ocidentais”.

uma proteção que fundamenta a garantia de todos os demais direitos e liberdades, uma vez que toda pessoa é titular dos direitos humanos consagrados em tais instrumentos e tem direito a o Estado respeita e garante o seu livre e pleno exercício, sem qualquer tipo de discriminação. Conforme estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *“qualquer que seja sua origem ou forma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório no exercício de algum dos direitos garantidos na Convenção é per se incompatível com ela”* (CIDH, 2015, par. 241)

De acordo com a obrigação de garantir a igualdade perante a lei, a igualdade de tratamento e a não discriminação, os Estados devem estabelecer os mecanismos jurídicos necessários para proteger os direitos dos povos indígenas e tribais. Isso inclui, por exemplo, garantir a propriedade comunal dos povos indígenas e tribais, bem como proteger os direitos de propriedade em geral sob o sistema legal doméstico (CIDH, 2015, par. 244; CIDH, 2004, par. 155 e CIDH, 2009, par. 61).

Segundo a Comissão Interamericana, a identidade cultural é o componente essencial que define um grupo humano como um grupo étnico-cultural distinto, com um modo de vida particular de ser, ver e agir no mundo. A identidade cultural é evolutiva e dinâmica e pode ser modificada ao longo do tempo, com base em processos históricos, sociais e políticos de relacionamento. No caso dos povos indígenas e tribais, um dos componentes mais importantes que determinam sua identidade é a estreita relação com seu território ancestral e os recursos nele encontrados (Corte IDH, 2005, par. 135.)

Quando se trata de povos indígenas ou tribais, a posse tradicional de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação formam parte de sua identidade. Tal identidade alcança um conteúdo particular em razão de sua percepção coletiva enquanto grupo, suas cosmovisões, seus imaginários coletivos e a relação com a terra onde desenvolvem sua vida. (ONU, 2009).

Os direitos à igualdade perante a lei, à proteção da lei e à não discriminação são violados quando os povos indígenas e tribais não recebem as mesmas proteções para exercer seus direitos plena e equitativamente com outros membros da população (CIDH, 2015, par. 244; CIDH, 2004, par. 171 e CIDH, 2009, par. 61).

No entendimento da Comissão Interamericana, a causa estrutural que muitas vezes está por trás das violações dos direitos humanos contra os povos indígenas é a existência de uma profunda situação de discriminação racial, enraizada ao longo de

séculos de história. O enfraquecimento das autonomias e das estruturas de autogoverno dos povos indígenas está intimamente relacionado a processos históricos de colonização e extermínio, primeiro, e de colonialismo e assimilação, posteriormente (CIDH, 2009).

A esse respeito, a CIDH entende que o reconhecimento efetivo do direito à autodeterminação requer mudanças nas estruturas que tenham um impacto transformador para garantir o respeito aos direitos humanos, a luta contra o racismo, a discriminação e a desigualdade, a construção de sociedades mais democráticas e sociedades inclusivas, e maior legitimidade do Estado (CIDH, 2009).

O desafio de valorizar e proteger as diversas culturas brasileiras passa obrigatoriamente pela educação, que é o processo de aprendizagem e transmissão dos modos culturais de ser, estar e agir de uma sociedade. Se a educação em geral e a educação indígena em especial ganha amplo tratamento pelo Direito, a proteção das manifestações e bens culturais não escapa também do tratamento jurídico, com a finalidade última de manter vivas as diversas culturas existentes, que são processos dinâmicos que renovam diariamente as tradições e costumes.

2.3. O Direito à Autodeterminação e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado

O direito à autodeterminação é um dos aspectos da proteção da identidade dos povos indígenas. É a liberdade dos povos indígenas para buscar e escolher seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Tem forte conteúdo político, que se revela no reconhecimento e proteção pelo Estado dos valores e normas, da organização, dos caminhos e procedimentos utilizados pelos povos indígenas (SANTOS FILHO, 2012, p. 71).

É retratado em especial como direito de autogoverno, ou seja, o direito dos povos indígenas de estabelecer seu próprio planejamento de vida e de gerir seus assuntos internos com suas próprias normas, procedimentos e competências, sem quaisquer interferências externas.

A autodeterminação engloba o direito dos povos indígenas de participarem amplamente da política e de serem consultados sempre e toda vez que políticas estatais possam os afetar. Assim, pode-se dizer que este direito é colateral a todas as questões indígenas. Territórios, meio ambiente e recursos naturais, política

indigenista, educação, saúde, organização social e jurídica são exemplos dos campos de execução da autodeterminação.

Nas últimas décadas, houve importantes avanços no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no plano internacional. Esses povos têm afirmado seus direitos como povos diferenciados, evidenciando o valor de suas culturas e instituições sociais, políticas e econômicas e o apego às suas terras e territórios ancestrais, bem como o direito à livre determinação.

Indubitavelmente, a autodeterminação e seus diversos desdobramentos estão hoje entre as principais pautas dos movimentos indígenas e indigenistas do mundo e são confirmados como direitos de todos os povos pelos principais instrumentos internacionais de direitos humanos.

Este direito foi inicialmente reconhecido na Carta das Nações Unidas (1945), que dispõe, em seu artigo primeiro, que as relações internacionais devem ser pautadas na observância do princípio da autodeterminação dos povos.

Além disso, foi reconhecido que o artigo 1º comum do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) é aplicável aos povos indígenas, ao dispor que todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” para que esses grupos possam “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais” para que não sejam privados “dos seus próprios meios de subsistência” (CIDH, 2009, par. 166).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989) o reconhece, ainda que implicitamente, ao assegurar aos povos indígenas e tribais a igualdade de tratamento e de oportunidades no pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos ou discriminação e nas mesmas condições garantidas aos demais povos.

Para tanto, reconhece o direito ao autorreconhecimento ou autoidentidade indígena, sendo critério fundamental para a definição dos povos sujeitos aos direitos fixados na referida norma de direito internacional, *in verbis*:

Artigo 6º 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma

medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

Artigo 7º 1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente (OIT, 1989).

A Convenção nº 169 da OIT representa uma manifestação destacada do direito internacional contemporâneo em relação à questão indígena e traz a lume uma mudança significativa no campo normativo a respeito da ideia de assimilação e de integração constante na Convenção nº 107 (ANAYA, 2005, p. 96). A ideia fundamental da Convenção nº 169 consta já no seu preâmbulo, no sentido de garantir a autodeterminação dos povos indígenas no interior dos Estados onde vivem, bem como a possibilidade de manutenção das suas identidades, línguas e religiões (ANAYA, 2005, p. 98).

A especial importância da Convenção nº 169 reside no fato de gerar nos Estados que a ratificaram obrigações convencionais que se harmonizam com as principais demandas dos povos indígenas. Ainda, a Convenção torna-se parte de um conjunto mais amplo de desenvolvimento normativo que pode ser denominado de um novo direito consuetudinário internacional em matéria indígena, baseado em consensos acerca da necessidade de estabelecimento de patamares mínimos que devem balizar o tratamento aos povos indígenas (ANAYA, 2005, p. 102-103).

Percebe-se que a Convenção nº 169 da OIT é um importante marco jurídico no processo de construção dos direitos dos povos indígenas em âmbito internacional. Suas disposições procuram conferir direitos específicos aos povos originários, entre os quais a consulta e a participação, indispensáveis para garantia do direito à autodeterminação.

Os procedimentos para a realização da Convenção nº 169 da OIT são entregues a cada Estado-membro, o que confere a este grande liberdade de movimentação, nos termos do que dispõe o seu art. 34: “A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para pôr em efeito a presente Convenção deverão ser

determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país” (KAYSER, 2010, p. 346-347).

Tal constatação aumenta a responsabilidade das instituições incumbidas da proteção dos direitos dos povos indígenas, haja vista que se tornam instrumentos importantes para atenuação dessa margem de liberdade conferida ao poder público, com o objetivo de tornar exigível a observância das disposições contidas na Convenção nº 169.

No Brasil, a Convenção nº 169 da OIT, após tramitar por onze anos no Congresso Nacional, foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e promulgada por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (SANTOS FILHO, 2012, p. 71-72).

Ressalta-se, ainda, no sistema regional, a proteção dos direitos dos povos indígenas pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, denominada de Pacto de San José da Costa Rica. Embora o referido documento não faça menção expressa, a conclusão a respeito da sua aplicabilidade em relação a questões indígenas se extrai do fato de ser um instrumento jurídico voltado à proteção dos direitos de todas as pessoas, sem exclusões ou discriminações.

O direito dos povos indígenas à autodeterminação é reconhecido expressamente, *in verbis*:

Artigo 3º Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4º Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas (ONU, 2007)

(...) os Estados respeitarão o direito à referida autoidentificação como indígenas, individual ou coletivamente, de acordo com as práticas e instituições específico para cada povo indígena (OEA, 2016, art. 1.2).

No âmbito de seu trabalho de acompanhamento e promoção dos direitos dos povos indígenas e tribais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou, por meio de relatórios, petições e casos, audiências e outras atividades, que os problemas de direitos humanos enfrentados por esses povos apontam para a necessidade de maior respeito e exercício prático e efetivo de seu direito à autodeterminação. (CIDH, 2021).

Segundo a CIDH

El criterio de auto identificación, entendido como la conciencia del pueblo de su identidad indígena o tribal, se encuentra establecido en el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con la CIDH, es considerado el principal criterio para el reconocimiento de un grupo humano como pueblo indígena, en una dimensión individual y colectiva (CIDH, 2007, párr. 216.)

Os povos indígenas, como sociedades pré-existentes ao estabelecimento de fronteiras estaduais, são titulares do direito coletivo à autodeterminação, cujo exercício envolve definir livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural para garantir sua existência e bem-estar como grupos diferenciados (CIDH, 2016, par. 237; CIDH, 2013, par. 70; CIDH, 2017, par. 43).

Desta forma, estas coletividades podem definir o seu próprio destino em condições de igualdade e participar efetivamente em todos os processos que envolvem a tomada de decisões que os afetam (ONU, 2009, par. 41).

O reconhecimento deste direito constitui uma premissa fundamental para o pleno exercício dos demais direitos humanos dos povos indígenas (ONU, 2013, par. 19) tanto individuais como coletivos (ONU, 2009, par. 41).

Em dezembro de 2021, a CIDH adotou o relatório “Direito à autodeterminação dos Povos Indígenas e Tribais” (CIDH, 2021). Este documento aborda, pela primeira vez, o referido direito de forma abrangente e em sintonia com o desenvolvimento atual do DIDH. Entre as diversas contribuições do relatório, merece ser destacada a conceituação de autodeterminação e seu exercício como um direito inerente, pré-existente e histórico dos povos indígenas e tribais. Ou seja, não provém nem é concedido por leis nacionais ou disposições do Direito Internacional, mas é originário. Outra contribuição relevante do relatório é a realocação de certas obrigações estatais amplamente desenvolvidas na jurisprudência do SIDH, como o consentimento livre, prévio e informado (CLPI), no âmbito da autodeterminação indígena.

Na linha da conceituação do CLPI como manifestação de autodeterminação indígena, o relatório da CIDH mantém a legitimidade dos protocolos e processos de consulta autônomos, por meio dos quais os próprios povos ou comunidades detalham suas normas, órgãos representativos e procedimentos de tomada de decisão, informando aos Estados sobre a forma como devem dialogar com eles sobre decisões que afetam os seus direitos. A este respeito, o documento sublinha que

[...] os Estados têm o dever de respeitar e garantir, sem discriminação, a consulta e o consentimento exercidos pelos povos indígenas e tribais, com base na sua autodeterminação. O contrário pode levar à consulta aos povos indígenas e tribais, resultando num mecanismo homogeneizador que não reflete a diversidade cultural de cada realidade. Não se deve aspirar a gerar

processos padronizados, baseados ou não em medidas legislativas, porque podem tender a padronizar todos os povos num padrão. Em vez disso, trata-se de um diálogo intercultural constante entre sistemas reguladores e jurídicos indígenas e tribais, o direito nacional e o direito internacional de direitos humanos (CIDH, 2021, par. 180.)

O relatório da CIDH contém uma série de conclusões e desenvolve uma série de obrigações estatais de respeito e garantia, entre as quais se destacam:

- É contrário ao direito à autoidentificação que a legislação de um país imponha figuras jurídicas diferentes da de um povo ou nação indígena para que possam atuar como sujeitos coletivos de direito. Neste sentido, não cabe assimilá-los a figuras como a “associação civil”, seja de forma implícita ou explícita, sob pena de negarem a sua condição de povos e de serem alheios à sua cosmovisão.
- Os povos indígenas e tribais têm direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. A falta de legislação nesse sentido descumpra a obrigação de adotar dispositivos de direito interno e adequar o aparelho estatal, à luz do art. 2º da CADH.
- A falta de reconhecimento como povo ou o seu reconhecimento sob figuras que não permitem a plena afirmação dos seus direitos pode levar a: i) a não validade dos atos dos seus órgãos de decisão; ii) ficam impedidos de exigir reconhecimento e titulação de seus territórios; iii) impõem-se obstáculos burocráticos que os impedem de gerir os recursos necessários à reprodução da vida comunitária e das suas prioridades de desenvolvimento.
- O enfraquecimento das autonomias e das estruturas de autogoverno dos povos indígenas está intimamente relacionado com processos históricos de extermínio, colonialismo e assimilação. (CIDH, 2021).

Tendo em vista que os direitos de participação, consulta e consentimento se consubstanciam no exercício concreto da autodeterminação indígena, devem ser sempre observados pelo poder público nas relações travadas com os povos indígenas e sempre que alguma medida legislativa ou administrativa puder afetá-los.

Não se pode entender como garantidos os direitos de participação, consulta e consentimento com a mera informação a uma comunidade indígena acerca de uma medida que possa lhe afetar. O direito à autodeterminação não pode ser restrito a institutos específicos e com base no atendimento a regras formais objetivas. (MATTOS, 2016, p. 162)

A concretização da reivindicação dos povos indígenas por autonomia, por autodeterminação, “é indispensável para que se consiga superar a juridicidade dos Estados pós-modernos, construídos em bases fortes eurocêntricas, abstrato e impessoal, funcional ao modo de produção capitalista —[...] que concebe todos os homens livres e iguais, produtores e negociantes de mercadorias”. (RANGEL, 1998, p. 239).

Retornando o olhar ao Brasil, a CIDH lembra, em seu relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no país que, embora o Estado tenha informado que 435 territórios foram regularizados, atualmente ainda existem 847 territórios indígenas

com processos pendentes a serem corrigidos pelo Estado, que corresponde a apenas 64% das 1.306 terras indígenas. Também se pronunciou sobre a aplicação da tese jurídica do “marco temporal”, que consiste no reconhecimento apenas dos territórios que foram ocupados pelos indígenas na época da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CIDH, 2021, par. 63).

Do exposto, deduz-se a obrigação dos Estados, e dentre eles o Brasil, de adequar seu direito interno aos padrões normativos internacionais de direitos humanos, o que implica a revisão de leis, procedimentos e práticas para fortalecer e assegurar o gozo efetivo e prático dos direitos humanos dos povos indígenas por meio do respeito ao direito à autodeterminação. A realização deste direito dá origem a diferentes medidas que levam em conta e harmonizam as aspirações de cada povo particular dentro de um Estado.

2.4. O Direito Internacional ao Reconhecimento

O “Direito Internacional do Reconhecimento”, cujo termo foi inicialmente cunhado por Emannelle Tourme-Jouannet em 2011, quando da publicação da obra “O que é uma sociedade internacional justa?”, discute de forma crítica e aprofundada acerca dos paradigmas do desenvolvimento e do reconhecimento inseridos no direito internacional, no tocante às injustiças globais perpetradas pelos regimes clássicos (POZZATTI JUNIOR e SOARES, 2022).

Tourme-Jouannet (2023) conceitua o Direito Internacional do Reconhecimento como sendo “um conjunto de instituições, discursos, práticas e princípios jurídicos que até então não haviam sido adequadamente teorizados e compilados, embora abordem o mesmo assunto e se relacionem com a necessidade de reconhecimento”, e que se enquadram em três frentes: i) na positivação do reconhecimento da diversidade cultural; ii) na concessão de direitos específicos para a preservação da identidade de determinados grupos e indivíduos, e; iii) na reparação dos crimes históricos cometidos.

O direito internacional do reconhecimento só passou a ser abordado com mais clareza a partir de 1989, no período pós-guerra fria, por meio de um caminho complexo e singular - em parte ligado ao complicado legado da colonização - em que a expectativa de reconhecimento a nível internacional foi traduzida antes da Guerra Fria por uma demanda por igualdade de status e de direitos, enquanto no novo contexto

pós-Guerra fria, as expectativas de reconhecimento ganham formas de reivindicações específicas e se passaram a se traduzir em um direito à diferença (TOURME JOUANNET, 2023, p. 147).

Embora questões identitárias e culturais tenham sido discutidas longamente por movimentos de libertação nacional e Estados descolonizados, a Guerra Fria ajudou a reprimir a maioria das reivindicações provenientes de grupos e minorias devido a rivalidades estratégicas entre os dois blocos e a divisão ideológica Leste-Oeste que impôs em todos os lugares dois modelos sociais com reivindicação universal. (...) Com o fim da Guerra Fria, testemunhou-se sem surpresa a emergência de um novo mundo de diversidade, o despertar de múltiplas aspirações de povos, minorias e indivíduos – que eram capazes de falar por eles mesmos-, para encontrar sua identidade maltratada pelo jogo Oriente-Occidente e pelas políticas nacionalistas e, para fazer isso, reativaram sua cultura, religião ou nacionalidade, afirmando inclusive sua identidade contra as demais (...). E nesta nova sociedade internacional que não é mais carregada pelas grandes ideologias sociais transformadoras da Guerra Fria, os sofrimentos e injustiças começam a ser expressos em um registro diferente e mais pessoal, que toca a personalidade dos indivíduos e dos grupos (TOURME JOUANNET, 2023, p. 167-168).

O término da Guerra Fria reproduziu, assim, um cenário na Europa que lembrou o período entre guerras. O desmembramento dos grandes Estados comunistas – a URSS, a Iugoslávia e a Tchecoslováquia – decompôs a Europa Central e Oriental em vinte e oito Estados, a maior parte deles com minorias nacionais que configuravam mais de 10% de sua população. Da mesma forma, fez surgir novas minorias, como minorias russas fora da Rússia ou minorias sérvias fora da Sérvia. Todavia, a transição pós-comunista suscitou nacionalismos por parte da maioria dos povos e ímpetos separatistas por algumas minorias, de maneira que retornou a urgência da Europa em repensar essa questão das minorias e encontrar uma resposta adequada ao desejo de reconhecimento e à necessidade de estabilidade (TOURME JOUANNET, 2023, p. 204).

Assim, a temática transcende o mero contexto de descolonização, com a eclosão de uma demanda intensa, proveniente do contexto de globalização emergente, para o reconhecimento, movida por grupos minoritários e até mesmo por estados marginalizados e estigmatizados, objetivando restaurar o valor de suas identidades que foram desprezadas ou subjugadas pelas concepções simbólicas e culturais dominantes (TOURME JOUANNET, 2023).

Tourme-Jouannet defende que devem ser garantidas as diferenças culturais definidoras de identidades, levando em conta a diversidade das circunstâncias culturais reais dos indivíduos, visando não tratar de forma igual as pessoas diferentes,

e ao mesmo conciliar o princípio da não discriminação com os direitos particulares daqueles que pertencem a uma minoria (TOURME-JOUANNET, 2020, p. 40).

Segundo a autora, o pluralismo etnocultural finalmente foi levado em conta pelo direito internacional depois da Guerra Fria, devido a um consenso que se formou em torno da nova convicção de que é necessário proteger o “patrimônio humano” na sua totalidade. Esse amplo consenso foi alcançado através do poder de atração do paradigma do reconhecimento e da necessidade absoluta de proteger as culturas (TOURME-JOUANNET, 2020), *in verbis*:

O despertar das identidades e as múltiplas aspirações contemporâneas de reconhecimento cresceram a tal ponto que podemos falar do surgimento de um verdadeiro paradigma de reconhecimento, ou seja, de um novo sistema de representação que influencia e condiciona a maneira como os atores domésticos e internacionais agem e reagem nessa área. (TOURME JOUANNET, 2023, p. 170).

Jouannet defende que a necessidade de reconhecimento

parece basear-se de maneira mais geral na ideia de que o indivíduo ou o grupo visa de maneira semelhante ao reconhecimento de sua identidade individual e coletiva e que essa identidade é condicionada em parte pela relação com o outro. No nível individual, ela implica que as pessoas sejam definidas não apenas de maneira abstrata por uma identidade comum, com igual dignidade dos outros, mas também por uma identidade específica, determinada por pertencerem a culturas e valores específicos. A identidade das pessoas está intimamente ligada aos sistemas culturais em que indivíduos e grupos evoluem, às suas mudanças e à sua transmissão de geração em geração. E a necessidade de reconhecimento dessa identidade é analisada sociologicamente como um requisito fundamental do ser humano, o qual não pode mais ser definido apenas pela busca de seu interesse e não pode mais ser reduzido ao Homo economicus dos utilitaristas, mas pelo fato de que ele aspira tanto, se não mais, a ser reconhecido e valorizado pelos outros pelo que ele é. (TOURME JOUANNET, 2023, p. 171-172).

De fato, existem injustiças específicas que são de ordem cultural, e não somente de ordem socioeconômica (FRASER, 1995, p. 13 e TOURME JOUANNET, 2023, p. 172). Elas surgem de “negações do reconhecimento”, originadas do desprezo por uma identidade comum ou específica, pelo valor de uma cultura, de um modo de vida, da dignidade dos indivíduos enquanto pessoas humanas, e dos atentados à sua integridade física (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 172).

O movimento indígena questionou essas relações de discriminação, que são exercidas de formas muito complexas e não se limitam somente ao aspecto econômico. Tais negações de reconhecimento frequentemente expressam tentativas de marginalizar, estigmatizar ou dominar culturalmente os outros. Essas negações provocam sentimentos de indignação, falta de autoestima, humilhação e, finalmente,

de injustiça, promovendo um sofrimento insuportável que pode se radicalizar, levando a conflitos extremamente violentos (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 172-173).

Para evitar tais eventos e satisfazer a necessidade de reconhecimento identitário é necessário, segundo Jouannet,

garantir o respeito a essa identidade por parte de terceiros e da sociedade como um todo, que, por serem ataques culturais, envolvem modificar as representações culturais ou simbólicas da sociedade. A partir daí, segue-se toda uma série de medidas que são suscetíveis de ser adotadas política e juridicamente, e que vão desde a concessão de um status de igualdade até a reavaliação de identidades desprezadas, incluindo a modificação de modos de comunicação e representação em uma direção favorável às identidades e à proteção ou promoção de produtos culturais de grupos ou pessoas discriminadas. (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 73).

A dificuldade de lidar com o diferente, isto é, com aquele que não se encaixa nos padrões eurocêntricos: homem branco e cristão persiste até os dias atuais. Os Direitos Humanos são a consagração das conquistas históricas da humanidade; entretanto, a sua positivação ficou sob a responsabilidade dos países detentores de poder, ou seja, seguiu o padrão moderno uniformizante e eurocêntrico.

A diversidade, seja ela cultural, racial, religiosa ou ética, é hoje um dos grandes desafios a serem superados pela humanidade. O reconhecimento exige mudanças culturais ou simbólicas que permitam a reavaliação das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados; a valoração positiva da diversidade cultural ou a transformação dos padrões sociais que permitam mudanças na identidade social de todos.

Nesse contexto, os povos indígenas demandam ser respeitados como diferentes, como pertencentes a culturas ou grupos que são reconhecidos como específicos e que formam a base de sua identidade, e que pode implicar a atribuição de direitos diferentes.

À luz dessas distinções, pode-se ver que essa nova forma de reconhecimento implica uma representação completamente diferente da identidade, a qual não é mais uma identidade compartilhada através de status igual que é reivindicado, mas uma identidade específica, que faz com que os Estados, os povos ou os indivíduos se considerem verdadeiramente únicos.

O conceito de reconhecimento, no amplo sentido em que é costumeiramente empregado, não é uma inovação jurídica e doutrinária trazida por Tourme-Jouannet. Em verdade, o Direito Internacional do Reconhecimento se trata da ressignificação do termo em um sentido diferente do que era utilizado pelos advogados internacionais

clássicos, pegando “emprestado” reflexões teóricas da sociologia e da filosofia moral e política (TOURME-JOUANNET, 2018).

A estadunidense Nancy Fraser adentra o debate com o texto “Da Redistribuição ao Reconhecimento” (FRASER, 1995, p. 68–93), onde construiu um modelo teórico que integra a redistribuição e o reconhecimento, a partir da tese central de que a justiça social requer ambas as condições: objetivas e subjetivas (MARTINS, 2021).

Segundo a autora americana, e é de extrema importância que o Direito aja para não legitimar a diminuição subjetiva de determinados grupos e para garantir a paridade na participação, a fim de assegurar aos participantes independência e voz. A autora também defende que os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade, garantindo-lhes paridade de armas para atingir a estima social (FRASER, 1995).

Ao longo de vários dos seus trabalhos, a autora propõe uma interpretação tridimensional da justiça, que engloba a distribuição na esfera econômica, o reconhecimento no campo sociocultural, e representação na dimensão política (WENCES, 2020, p. 575).

O Direito Internacional ao Reconhecimento apresentado por Tourme-Jouannet também preza por instrumentos concretos de luta contra a sua negação, atuando em três frentes essenciais, através de uma pluralidade de conhecimentos, da conjuntura comunitária com os povos anteriormente subjugados e de abordagens inter e transdisciplinares.

É nesse viés de práticas concretas que Tourme-Jouannet (2023) elenca as três frentes de atuação dos textos jurídicos inseridos no corpo legal do Direito Internacional do Reconhecimento: a positivação do reconhecimento da diversidade cultural; a concessão de direitos específicos, e; o reconhecimento de danos cometidos no passado e a reparação dos crimes históricos.

Em reconhecimento aos danos cometidos no passado colonial e a sua reparação, em 2001, as Nações Unidas promoveram a Conferência de Durban, que permitiria limpar todo o passado colonial da sociedade mundial pós-Guerra Fria (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 256). A conferência internacional contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância, deveria ser a oportunidade para encarar o passado através das formas históricas desses crimes de ódio ligados à escravidão, ao tráfico e ao colonialismo.

Porém, em vez de testemunhar um entendimento entre os Estados, a Conferência de Durban demonstrou a incapacidade de cada um em entrar em acordo sobre como remediar as falhas do passado (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 256).

Não obstante, a Declaração Final de 2001 previu vários princípios que merecem ser observados, entre eles o Ponto 158 do Programa de Ação, que determina o reconhecimento oficial de que “essas injustiças históricas (escravidão e colonização) contribuíram inegavelmente para a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão total, as disparidades econômicas, a instabilidade e a insegurança que afetam muitas pessoas, especialmente nos países em desenvolvimento”.

Outros princípios igualmente importantes previstos na Declaração foram os Pontos 99, segundo o qual “os Estados envolvidos” devem “honrar a memória das vítimas de tragédias passadas”, 100, que lembra que “alguns Estados tomaram a iniciativa de se desculpar e pagar indenizações onde foram devidas, pelas violações graves e massivas que foram cometidas” e 101, que convida outros países a encontrar “os meios adequados para ajudar a restaurar a dignidade das vítimas” (TOURME-JOUANNET, 2023, p. 260).

A Declaração de 2001 enfatizou, assim, a “negação da essência das vítimas” pelo racismo que as acompanhava. É essa negação, que acompanhava a exploração econômica, que ainda está no centro das ações de reparação e que mostra o vínculo com o paradigma do reconhecimento.

A Conferência de Durban demonstrou amplamente, em nível global, que quando se trata de Estados e povos, as demandas por reconhecimento não são apenas demandas por reconhecimento de um direito à igual dignidade ou de um direito à diferença, mas também aspirações sociais por uma igualdade mais concreta e uma melhoria do nível de vida.

Desta maneira, as expectativas dos povos indígenas quanto ao reconhecimento devem ser acompanhadas por ferramentas jurídicas para melhorar suas condições socioeconômicas e torná-las equitativas comparadas aos demais.

Os instrumentos de reparação dos danos históricos, como as tentativas da Conferência de Durban de 2001, apesar de não apresentarem demanda completamente nova, no contexto do Direito Internacional do Reconhecimento são reforçados através de nova e diferente “percepção das identidades dos povos,

comunidades e indivíduos e pela nova maneira pela qual eles se veem através da história e da passagem do tempo” (TOURME-JOUANNET, 2020. p. 418).

Os direitos a participar de uma determinada cultura, de suas práticas, seu idioma, seus costumes ou suas artes, são diretamente ligados à identidade cultural dos seres humanos e à preservação das culturas e identidades culturais de cada um e os modos de protegê-los e repará-los foram definidos de maneira extremamente precisa e inovadora pela jurisprudência interamericana.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em vários casos relativos aos povos originários da América Latina, determinou a adoção de medidas de reparação, como a organização de eventos culturais, a criação de fundações, pedras memoriais, museus ou associações para ajudar as populações indígenas, a exemplo do caso da comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, que será abordado, juntamente com outros casos de aplicação do Direito ao reconhecimento povos indígenas, no próximo capítulo.

3. O IMPACTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO AO RECONHECIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

3.1 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Conforme exposto no capítulo anterior, a internacionalização da proteção dos direitos humanos deu origem a diversos sistemas de proteção, tanto em âmbito global, que é titularizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e seus respectivos órgãos (CANÇADO TRINDADE, 1997, pp. 11-46), quanto em âmbito continental, com o Sistema Europeu, o Sistema Africano e o Sistema Interamericano.

Segundo Cançado Trindade (2002, p. 671-721),

(...) (e)stes sistemas possuem o potencial de atuar como instrumentos importantes na preservação da dignidade humana, pois são capazes de responsabilizar Estados por seus atos, comissivos ou omissivos, que atentem contra sua respectiva população.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) iniciou-se formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em 1948. Na mesma oportunidade, também foi adotada a própria Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que afirma os “direitos fundamentais da pessoa humana” como um dos princípios fundadores da Organização.

Entretanto, foi apenas em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, que foi aprovado o instrumento de maior importância no Sistema Interamericano: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (PIOVESAN, 2017, p. 145).

A citada convenção, chamada também de Pacto de San José da Costa Rica, entrou em vigor em 18 de julho de 1978 e representa o principal tratado internacional existente no continente americano sobre a temática, tornando-se a norma base do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2017, p. 145), e tendo como objetivo a consolidação de regimes de liberdades pessoais e de instituições democráticas nos países do continente americano.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabeleceu os direitos humanos que os Estados que a ratificaram se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias para que sejam respeitados.

Ela criou, também, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para atuar juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (esta criada em 1959 com base na Carta da OEA), como órgãos competentes para sua efetivar seu cumprimento, *in verbis*:

33b: São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada Comissão.
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

O SIDH tem como pilares, então, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com suas atribuições definidas pelo Pacto de São José, sendo que cada um destes órgãos tem seu próprio regulamento interno, bem como seus próprios estatutos.

O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adotado em 24.11.2000 e em vigor a partir de 01.06.2001), concede *locus standi* aos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana (CANÇADO TRINDADE, 2001a, pp. 9/104). O reconhecimento da capacidade processual internacional dos indivíduos e o seu consequente acesso às instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos é uma das grandes conquistas na proteção desses direitos. Para Cançado Trindade (2001a, p. 21), o Direito Internacional, ao reconhecer o indivíduo como sujeito de Direito em esfera internacional, representa uma verdadeira revolução jurídica, onde o próprio indivíduo por si só pode enfrentar a opressão, manifestações de poder arbitrário, podendo buscar criar um mundo melhor. Torna-se, então, efetiva a participação da sociedade civil, nela incluídas as comunidades indígenas.

O SIDH funciona no âmbito da OEA e pugna pelo princípio da subsidiariedade, pois deve respeitar em primeiro lugar o sistema jurídico interno dos Estados-membros da organização. Assim, a existência do Sistema IDH não significa obrigatoriedade ou vinculação dos Estados em aceitar a interferência dos seus órgãos no âmbito doméstico. Entretanto, a maior parte dos países do continente americano integram a organização, o que lhes constrange, de alguma maneira, a respeitar suas deliberações e encaminhamentos. Dentre esses Estados, a maioria também é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo o Brasil Estado-parte da Convenção desde 25 de setembro de 1992.

Nesse contexto, cada Estado-membro da OEA pode ter maior ou menor de comprometimento com a proteção dos direitos humanos, podendo assumir ou não obrigações perante a OEA. Para isso, o Estado pode ou não ser parte dos tratados firmados.

Porém, o artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que cada Estado parte da Convenção deve aceitar expressamente a jurisdição obrigatória da Corte, por meio de declaração específica. Caso contrário, inviabiliza-se o procedimento contencioso.

O Brasil cumpre formalmente essa exigência por intermédio de textos normativos internos, com destaque para o Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998 que aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento; e do Decreto Presidencial nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, que promulga a Declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como já se abordou preteritamente, pretende-se aprofundar a atuação do Sistema Interamericano, pois além de ser o sistema ao qual nosso país está atrelado, é atualmente o sistema que possui o maior potencial de oferecer respostas eficientes para a resolução de demandas sobre violações de direitos humanos dos povos indígenas e o consequente controle de atos estatais.

3.2 Órgãos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

3.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão autônomo, criado pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

É integrada por sete membros independentes, que são eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral, indicados por seu Estado-parte. O mandato dos membros é de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez. Cada Estado-parte envia uma

lista tríplice para a eleição do novo membro da Comissão; porém, não pode haver mais de um membro de cada Estado (PIOVESAN, 2017, p. 149).

A Comissão tem sua sede em Washington, D.C., e seu funcionamento está descrito no artigo 14 e seus incisos do seu Regulamento¹¹. Estão previstas duas sessões ordinárias por ano e sessões extraordinárias em caso de necessidade.

A Convenção outorga à CIDH as funções política e judicial, prioritariamente de promover a observância e a defesa dos direitos humanos nos Estados-membros da OEA. Para cumprimento do seu dever, a Comissão adotará uma série de atos, entre eles receber, analisar e investigar as denúncias individuais de violações de direitos humanos; observar a vigência e aplicação dos direitos humanos nos Estados-membros e publicar relatórios específicos sobre a situação de determinados Estados, que entenda conveniente; fazer visitas *in loco* nos Estados para investigar uma situação particular ou para observar a situação geral; fazer recomendações aos Estados-membros da OEA quanto à adoção de medidas de promoção e garantia dos direitos humanos; solicitar aos Estados que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos irreparáveis às pessoas em casos graves e urgentes. Também pode solicitar à Corte Interamericana que, em casos de extrema gravidade e urgência, determine “medidas provisórias” aos Estados, ainda que o caso ainda não tenha sido submetido à Corte. Pode, ainda, submeter casos à apreciação da Corte, participando da tramitação perante a Corte nesses litígios, em conformidade com os regulamentos da Corte; solicitar para a Corte “pareceres consultivos” quanto a interpretação da Convenção Americana; publicar estudos sobre temas específicos e participar de conferências de vários tipos, a fim de difundir e analisar questões relacionadas com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A CIDH se reuniu pela primeira vez em 1960 e, já em 1961, começou a realizar as citadas visitas *in loco* para investigar situações particulares e observar a situação geral dos direitos humanos nos Estados-partes, publicando informes especiais.

Tais informes, assim como os relatórios, estudos e recomendações feitas pela Comissão aos governos dos Estados-partes visam ao aperfeiçoamento da tutela dos direitos humanos, pois, ao analisar a estabilidade jurídica no direito interno, a

¹¹ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>. Acesso em set 2020.

Comissão poderá qualificar o Estado como violador dos direitos previstos no Pacto de São José.

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. (PIOVESAN, 2017, p. 149).

A Comissão, assim como a Corte, pode determinar medidas de urgência, denominadas, respectivamente: medidas cautelares e medidas provisórias. As medidas cautelares são emanadas pela Comissão, e previstas em seu Regulamento; já as medidas provisórias são emanadas pela Corte e têm seu fundamento legal na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Uma medida cautelar é um mecanismo de proteção da CIDH, através do qual a Comissão solicita a um Estado que proteja uma ou mais pessoas que se encontrem em uma situação grave e urgente de sofrer danos irreparáveis.

O trâmite das medidas cautelares está previsto no artigo 25 do Regulamento da CIDH, segundo o qual, em situações graves e urgentes de danos irreparáveis, a Comissão pode, por iniciativa própria ou a pedido de uma das partes, "solicitar que um Estado adote medidas cautelares".

A ordem de adoção de medidas é aplicável sempre e quando estejam reunidos os requisitos básicos de extrema gravidade e urgência e de prevenção de danos irreparáveis às pessoas¹². Dessa maneira, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo¹³.

As medidas cautelares concedidas pela Comissão Interamericana têm natureza e finalidade distintas das conferidas internamente nas jurisdições nacionais dos Estados-partes, pois cumprem simultaneamente duas funções: a função

¹² Cf. Caso Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a respeito do Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2022, Considerando 4; Caso Herrera Ulloa a respeito da Costa Rica. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de setembro de 2001, Considerando 4; Caso Barrios Altos e Caso La Cantuta Vs. Peru. Solicitação de Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de março de 2022, Considerando 4.

¹³ Cf. Caso Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a respeito do Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2022, Considerando 4; Caso Herrera Ulloa a respeito da Costa Rica. Medidas Provisórias, supra, Considerando 4, e Assunto Moradores das Comunidades do Povo Indígena Miskitu da Região Costa Caribe Norte a respeito da Nicarágua. Ampliação de Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2021, Considerando 3.

"cautelar" na acepção de preservar uma situação jurídica sob o conhecimento da CIDH em casos individuais e, por outro lado, a função "tutelar" na acepção de preservar o exercício dos direitos humanos, independentemente da existência de um caso em trâmite perante os órgãos do Sistema Interamericano. Assim, embora estejam normalmente vinculadas a um caso em tramitação, elas também podem ser solicitadas de forma independente.

A Comissão tem ainda a faculdade de solicitar à Corte Interamericana medidas provisórias, em casos de extrema gravidade e urgência, ou quando é necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, quando medidas cautelares anteriormente outorgadas por ela própria não tenham sido eficazes.

Tendo em vista o caráter tutelar das medidas provisórias, a Corte também pode ordená-las mesmo quando não exista um caso contencioso no Sistema Interamericano, em situações que, *prima facie*, possam ter como resultado uma violação grave e iminente de direitos humanos¹⁴.

Quanto aos casos contenciosos, originados de denúncias ou petições sobre casos individuais nos quais se alegam violações dos direitos humanos, a CIDH somente passou a ser responsável por receber e processá-los em 1965, em razão da alteração dos seus estatutos, ocorrida na Segunda Conferência Interamericana, não obstante tenha sido criada em 1959 (através de Resolução aprovada na Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores dos países membros da OEA)

Assim, a CIDH possui atribuições adicionais e anteriores à Convenção, (que foi adotada em 1969 e entrou em vigor em 1978) e que não derivam diretamente dela, sendo estes, entre outros, de processar petições individuais relativas a Estados que ainda não são parte da Convenção.

Deste modo, no sistema interamericano, há dois procedimentos complementares: o geral, aplicável a todos os membros da OEA, e o estabelecido pela Convenção Americana ou Pacto de São José da Costa Rica, aplicável somente aos Estados que são partes do referido acordo internacional.

Como bem elucida Flávia Piovesan (2017, p. 149),

A competência da Comissão alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança

¹⁴ Cf. Caso Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a respeito do Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2022, Considerando 5.

ainda todos os Estados-membros da OEA em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

Assim, a competência da Comissão abrange não apenas os Estados-Partes da Convenção, mas também todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948. É por esta razão que a Comissão pode formular recomendações aos países que não ratificaram a Convenção e tampouco aceitam a jurisdição da Corte.

Conforme disposto no artigo 44 da CADH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecidas, em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação do Pacto de São José da Costa Rica por um Estado-parte, conforme o art. 61 do respectivo tratado, desde que tenham esgotado seus recursos internos, exceto em casos de morosidade injustificada ou inexistência de recursos eficazes.

Recebida a petição, deve-se solicitar informações ao Governo do Estado denunciado, e, após esta manifestação, a Comissão deverá realizar um estudo sobre o caso para posteriormente propor uma solução amistosa. Na impossibilidade de conciliação, a própria Comissão elaborará um relatório sobre o mérito do caso, que será enviado ao Estado-parte, com objetivo de propor recomendações.

Como explica Piovesan (2017, p. 154), “Durante o período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

As recomendações feitas pela Comissão Interamericana, embora não tenham a mesma força jurídica de uma sentença judicial da Corte Interamericana, devem ser cumpridas de boa-fé por todos os Estados, pois a elas se comprometeram ao ratificar a Declaração Americana. Ainda, deve considerar-se que a publicação de um informe perante a Assembleia Geral da OEA e ante o público em geral é vista como vergonha política frente à comunidade internacional. A possibilidade de que a Comissão Interamericana publique o relatório ou envie o caso para a Corte, exerce, frequentemente, pressão suficiente para que um Estado decida acatar as recomendações da Comissão.

3.2.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Corte Interamericana de Derechos Humanos foi criada em 18 de julho de 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, e tem como finalidade principal julgar os casos de violação dos Derechos Humanos ocorridos nos países integrantes da OEA que reconheçam sua competência

O Estatuto da Corte dispõe que ela é uma instituição judiciária autônoma do IDH, sediada em San José da Costa Rica, cuja função precípua é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Derechos Humanos.

A Corte é constituída por sete Juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral. São eleitos a título pessoal “dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de derechos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do País do qual sejam nacionais ou do Estado que os propuser como candidatos” (artigo 52 da Convenção), para atuar durante mandato, renovável por uma única vez, de seis anos.

Dentro de seus Períodos de Sessões, a Corte realiza diversas atividades, entre elas: audiências e resoluções sobre casos contenciosos, medidas provisórias e supervisão do cumprimento das sentenças, assim como a adoção de sentenças. Da mesma maneira, a Corte considera, entre outros assuntos, diversos trâmites nos assuntos pendentes perante ela e analisa os diferentes relatórios apresentados pela Comissão Interamericana de Derechos Humanos, os representantes das supostas vítimas ou as supostas vítimas e os Estados envolvidos nos assuntos em que se tenham adotado medidas provisórias ou nos casos que se encontram na etapa de supervisão do cumprimento da Sentença.

O Estatuto da Corte dispõe sobre suas funções em seu art. 2º:

A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. 1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção. 2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção.

De acordo com a Convenção, a Corte exerce a função jurisdicional, dentro da qual se encontra a função de supervisionar as suas sentenças, e consultiva. Ademais, a Corte pode ditar medidas provisórias sobre casos que se encontrem sob seu

conhecimento ou sobre casos que ainda não se tenham submetido perante ela como casos contenciosos.

A função consultiva consiste na interpretação ou aplicação da própria Convenção, devendo solucionar possíveis contradições em face dos fatos narrados, regida pelas disposições dos arts. 61 a 63 da Convenção bem como das disposições dos tratados afetos aos direitos humanos nos Estados Americanos. (PIOVESAN, 2017, p. 157/158).

Assim, compete à Corte IDH a tarefa de interpretar não somente as disposições textuais constantes no Pacto de São José da Costa Rica, mas também de outros tratados internacionais aplicáveis no âmbito do SIDH, através de resposta a consultas formuladas pelos Estados membros da OEA ou os órgãos da mesma, nos termos do artigo 64 da Convenção, que dispõe:

1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Qualquer Estado membro e/ou órgão principal da OEA, inclusive a Comissão Interamericana, pode requerer à Corte que interprete uma norma de direitos humanos contida em um instrumento internacional, que resulte aplicável a um Estado membro do Sistema Interamericano ou que analise a compatibilidade entre uma lei interna e a Convenção Americana ou de outros tratados que o Estado em questão faça parte. Nesses casos, a Corte, em parecer consultivo, se pronuncia sobre as solicitações formuladas pelos Estados ou pelos órgãos principais da OEA, mas tem legitimidade tão somente em casos em que o Estado parte tenha reconhecido a sua competência.

Quanto a esta função, esclarece Piovesan, nos seguintes termos:

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o “controle da convencionalidade das leis” (2017, p. 157/158).

Já a função contenciosa ou jurisdicional se refere à solução de controvérsias que lhes são submetidas pela Comissão Interamericana, nas quais se alegam

violações de direitos consagrados na Convenção Americana. A Corte poderá exercer esta função em relação aos Estados membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana e que, adicionalmente, de maneira expressa, outorgaram competência contenciosa à Corte.

Assim, a competência contenciosa da corte só atinge o Estado parte que a declarar expressamente ao Secretário-Geral da OEA e, em caso de aceitá-la, a jurisdição será obrigatória.

O Estatuto da Corte denomina a função contenciosa como função jurisdicional. Suas regras estão estabelecidas pelos artigos 61, 62 e 63 da CADH. Assim, a Corte tem competência em relação a todos os casos referentes à interpretação ou aplicação da CADH, tendo como propósito estabelecer a responsabilidade internacional do Estado parte em caso de violações dos direitos humanos das pessoas por ela jurisdicionadas, além de determinar a obrigação de tomar medidas que façam cessar as violações, bem como indenizar as vítimas ou seus herdeiros legais.

Conforme o artigo 61.1 da Convenção “[s]omente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte”. No entanto, uma vez que o caso é enviado à Corte, desde a reforma regulamentar do ano 2001, assim como corre na Corte Europeia, as supostas vítimas, seus familiares ou representantes legais, têm a possibilidade de apresentar de maneira autônoma suas petições, argumentos e provas, além de participar nas diferentes instâncias e etapas processuais perante o Tribunal.

O procedimento adotado pelo Tribunal para decidir os Casos Contenciosos submetidos à sua jurisdição possui duas fases, (A) a fase Contenciosa e (B) a fase de Supervisão de cumprimento de Sentenças.

No exercício da função contenciosa, a Corte determina se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de algum dos direitos consagrados na Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao sistema interamericano, por ter descumprido com sua obrigação de respeitar e garantir esses direitos (obrigação prevista expressamente na Convenção).

A fase Contenciosa compreende seis etapas: a) Escrita inicial (em que a Corte recebe três petições: petição de submissão do caso perante a Corte por parte da CIDH; petição autônoma de solicitações, argumentos e provas das vítimas ou seus representantes, chamada informalmente de “ESAP” e petição de contestação da

demanda e do escrito autônomo, por parte do Estado); b) Oral ou de audiência pública; c) Escrita de alegações e observações finais das partes e da Comissão; d) Diligências probatórias; e) Estudo e emissão de Sentenças; e f) Solicitações de interpretação.

Segundo o artigo 68 da Convenção Americana, os Estados Partes “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

O inciso II do artigo citado dispõe que “[a] parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de Sentenças contra o Estado”.

A supervisão do cumprimento das sentenças da Corte tem se convertido em uma das atividades mais demandantes do Tribunal, pois a cada ano se incrementam consideravelmente o número de casos ativos. Isto se deve, entre outros aspectos, ao seguimento detalhado e pontual que a Corte realiza sobre cada uma das reparações ordenadas, e a que, pelas características das reparações ditadas pelo Tribunal, a maioria delas não são de imediato cumprimento, pois na maioria dos casos, a Corte tem ordenado medidas pertencentes às diferentes formas de reparação, entre as quais destacam-se as medidas de restituição, de reabilitação, de satisfação, de não repetição, obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar.

Em qualquer das funções da Corte Interamericana, a sentença, conforme disposto no artigo 67 da CADH, tem natureza definitiva e inapelável, cabendo aos Estados encontrar os meios adequados para executar seus comandos, independentemente dos obstáculos fáticos ou jurídicos que possam enfrentar internamente, sob pena de o descumprimento de sua obrigação internacional ser incluído no relatório que a Corte IDH apresenta anualmente à Assembleia-Geral da OEA¹⁵. Além disso, o inadimplemento de sentença da Corte poderá acarretar nova responsabilização internacional do Estado descumpridor.

3.3 A evolução da jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em relação aos povos indígenas

A diversidade, seja ela cultural, racial, religiosa ou ética, é hoje um dos grandes temas trabalhados no âmbito do SIDH. A concepção dominante na região é

¹⁵ Art. 65 da Convenção Americana: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças

a de que o indígena e toda sua cultura são inferiores e dependentes de tutela. O banimento dessa mentalidade colonizadora consiste em uma premissa basilar de compreensão acerca dos direitos indígenas. Conforme explica Tourme Jouannet (2023, p.267):

A dimensão temporal da identidade de pessoas e grupos significa que eles não são apenas sua própria história, ou seja, que a sua história não se reduz ao relato narrativo de sua própria existência, mas que ela é também tecida a partir de histórias herdadas do passado e da memória comum transmitida pelas gerações. E assim indivíduos, comunidades e povos experimentam os efeitos atuais dos crimes em massa do passado, baseados na negação de identidades e indivíduos, interiorizando uma imagem de si que é depreciativa ou difamatória e, portanto, sofrendo de uma profunda negação de reconhecimento que é passada adiante pelas gerações, e isso não é reparado de forma alguma.

(...)

O novo direito internacional do reconhecimento inevitavelmente suscita muitas dificuldades e interrogações. Trata-se de um ramo novo do direito que traduz a necessidade, no âmbito do direito internacional, de reconhecer não apenas a igual dignidade de todos, mas também a importância da cultura, diversidade e identidades, de modo a respeitar o que torna significativas as vidas e histórias de indivíduos, mulheres, comunidades e povos, e, para tanto, importa acabar com as inúmeras negações de reconhecimento que os acometem.

Os caminhos para a dignidade concreta dos povos originais em nada se assemelham aos do europeu ocidental, motivo pelo qual os direitos humanos precisariam se adequar à realidade dos povos indígenas para realmente servirem como mecanismos de resistência contra alguma forma de dominação (econômica, política ou jurídica) vivenciada por estas populações. Nos dizeres de Toume Jouannet (2020):

de que valem os direitos das minorias e dos povos autóctones, a preservação de seu patrimônio, de suas artes tradicionais, suas florestas e suas terras ancestrais, se o interesse nacional e transnacional de atores econômicos privados, das empresas de petróleo, mineradoras e madeireiras pode se impor a eles de forma perfeitamente lícita, especialmente através de contratos de investimento que favorecem excessivamente o investidor? Na América Latina, por exemplo, várias empresas têm vindo a abrir novos mercados graças a globalização e ao sistema neoliberal que promove a desregulamentação do investimento, mas isso obviamente em detrimento dos direitos dos povos autóctones

Assim, as violações dos direitos humanos dos povos indígenas no nosso continente não têm sido estranhas ao SIDH. A questão das desigualdades sociais e do não reconhecimento tem sido abordada em relação aos mais diversos povos indígenas, mas com os mesmos problemas para alcançar a garantia de seus direitos mais básicos. Assim, é relevante a pesquisa do Sistema Interamericano de Direitos

Humanos, para se trocar experiências exitosas no direito comparado, sem deixar de se considerar as peculiaridades da realidade brasileira.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é hoje uma referência para o importante desenvolvimento no reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas internacionalmente, com impacto para mais de 45 milhões de indígenas, membros de aproximadamente 826 povos indígenas da região latinoamericana (ONU, 2015).

Ao longo da sua existência, a Corte Interamericana analisou uma série de casos que vão desde a desconsideração dos direitos territoriais na Nicarágua, Paraguai e Suriname; os massacres e execuções extrajudiciais de povos indígenas na Guatemala e na Colômbia; violações sexuais de mulheres indígenas no México; povos indígenas privados de liberdade em Honduras; impedimentos à participação política na Nicarágua, entre outros.

Foram mais de vinte casos contenciosos relacionados a questões indígenas ou tribais (CALDERÓN GAMBOA, 2015, p.2), tais como: *Aloeboetoe vs. Suriname* (Corte IDH, 1993); *Povo Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua* (Corte IDH, 2001); *Plan de Sanchez vs. Guatemala* (Corte IDH, 2004); *Povo Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai* (Corte IDH, 2005); *Moiwana vs. Suriname* (Corte IDH, 2005b); *Yatama vs. Nicarágua* (Corte IDH, 2005c); *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (Corte IDH, 2006); *López Álvarez vs. Honduras* (Corte IDH, 2006b); *Saramaka vs. Suriname* (Corte IDH, 2007); *Escué Zapata vs. Colômbia* (Corte IDH, 2007b); *Tiu Tojín vs. Guatemala* (Corte IDH, 2008); *Xámok Kásek Vs. Paraguai* (Corte IDH, 2010); *Chitay Nech vs. Guatemala* (Corte IDH, 2010b); *Rosendo Cantu vs. México* (Corte IDH, 2010c); *Fernández Ortega vs. México* (Corte IDH, 2011); *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador* (Corte IDH, 2012); *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá* (Corte IDH, 2014); *Garífuna Triunfo da Cruz vs. Honduras* (Corte IDH, 2015); *Garífunas de Punta Piedra vs. Honduras* (Corte IDH, 2015b); *Kaliña e Lokono vs. Suriname* (Corte IDH, 2015c) e, o caso brasileiro envolvendo o Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil (Corte IDH, 2018).

Dentre os principais temas abordados pela Corte, destacam-se a interpretação de que o direito à propriedade abarca tanto a propriedade privada de indivíduos como a de povos indígenas e tribais e, conseqüentemente, o direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica; o direito à identidade cultural; o direito de obtenção do título de terras ocupadas ancestralmente e a obrigação dos Estados

de legalizar e proteger seus direitos de propriedade; o direito aos recursos naturais; projetos de desenvolvimento em seus territórios ancestrais e o dever de consulta quando direitos e interesses indígenas forem afetados, como uma obrigação estatal, correlata ao direito de propriedade dos povos indígenas (VIEIRA, 2015, p. 152).

Em cada um dos casos, a Corte utilizou uma interpretação evolutiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de tal forma que as normas nela previstas, mesmo quando não foram concebidos inicialmente para abranger as particularidades dos povos indígenas, estão em consonância com os avanços do direito internacional e do direito nacional dos Estados Partes.

Conforme ressalta Flávia Vieira (2015, p. 153):

o SIDH utiliza como critério hermenêutico a interpretação evolutiva dos direitos humanos, teoria que se firma na constatação de que tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, que devem acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida, consolidando um caráter expansivo do rol de direitos abarcados pelos sistemas de proteção.

A proteção dos direitos dos povos indígenas se depreende nitidamente, por exemplo, no direito fundamental dos povos indígenas à terra, que constitui um elemento inerente da sua identidade. A proteção do direito à terra por parte dos povos indígenas está fundada no direito de propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos a todo ser humano, tanto na Declaração Americana como na Convenção Americana, e estendidos especificamente aos povos indígenas por meio dos princípios de igualdade e não-discriminação.

Conceitos como propriedade comunitária, uso da própria língua e integridade cultural são outros exemplos de como a Corte conseguiu incorporar nos artigos da Convenção diretrizes que os Estados do continente devem seguir na resolução de questões indígenas ou na proteção dos direitos comunitários desses povos na legislação interna.

Nesses casos, a Corte Interamericana alude a barreiras estruturais que dificultam o acesso à justiça para os povos indígenas e impedem a presença de condições de existência digna (WENCES, 2020, p. 579/580).

Para alcançar cenários de justiça é necessário eliminar as desigualdades sociais e dismantelar “os obstáculos institucionalizados que impedem alguns de participar em pé de igualdade” (Fraser, 2005, p. 72) e estabelecer condições de paridade participativa. A justificação para a importância desta paridade participativa está relacionada com a necessidade de confinar dois tipos diferentes de injustiça: má

distribuição ou injustiça distributiva e falta de reconhecimento ou desigualdade de status.

No *leading case* “Awás Tingni Vs. Nicarágua” (Corte IDH, 2001) - primeiro caso sobre direitos indígenas a ser levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (VIEIRA, 2015, p. 153)- a Corte deixou uma marca importante no processo de reconhecimento e de aplicação dos direitos humanos dos povos originários, especialmente do direito à terra, ao território e aos recursos naturais; e nas decisões subsequentes esse reconhecimento foi reforçado juntamente com a adoção de medidas de reparação de natureza distributiva e de imposição de obrigações aos Estados, como, por exemplo, a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário (WENCES, 2020, p. 580).

A comunidade Awás Tingni do povo Mayagna, na década de 90, era uma comunidade indígena pequena, pobre e isolada na Costa Atlântica da Nicarágua, e denunciou o Estado da Nicarágua à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos por ter feito concessões para a exploração de madeira no território ancestral da comunidade sem o seu consentimento sob a alegação do Estado de que se tratavam de terras de livre disposição. A Comissão, face o contínuo descumprimento das suas recomendações por parte do Governo da Nicarágua, enviou o caso à Corte Interamericana em 1998 (WENCES, 2020, p. 580).

A Corte Interamericana proferiu sentença favorável à comunidade Awás Tingni, em 31 de agosto de 2001, considerando que:

“dada a características do presente caso, é necessário fazer alguns esclarecimentos sobre o conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os povos indígenas, há uma tradição comunitária sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a sua propriedade não se centra em um indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. Os povos indígenas, pelo fato de sua própria existência, têm o direito de viver livremente em seus próprios territórios; A estreita relação que os povos indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, a sua vida espiritual, a sua integridade e a sua sobrevivência económica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é apenas uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem desfrutar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo a gerações futuras” (Corte IDH, 2001, parágrafo 149).

A interpretação dada pela Corte Interamericana ao direito de propriedade neste caso constituiu um verdadeiro desafio à concepção tradicional do direito de propriedade. A partir deste caso, com o qual começa o longo ciclo de decisões sobre o problema da demarcação e titulação de territórios, a Corte Interamericana

reconhece a existência de um direito à “propriedade “comunal” dos povos nativos nas terras que tradicionalmente ocupam, conforme definido por seus usos e costumes, protegido pelo art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (WENCES, 2020, p. 581).

Desta forma, de acordo com sua interpretação do Artigo 21 da CADH, a Corte Interamericana afirma, neste mesmo caso (Corte IDH, 2001), que este artigo “protege a estreita ligação que os povos indígenas guardam com suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorpóreos que deles emergem”. E prosseguiu no mesmo sentido, ressaltando que:

Entre os povos indígenas, existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal de a propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade da mesma não se centra em um indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. Essas noções de domínio e posse da terra não correspondem necessariamente à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do Artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de utilizar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria tornar ilusória a proteção de tal dispositivo para milhões de pessoas (parágrafo 145).

A Corte seguiu o que ela mesma chamou de método evolutivo de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para que o seu âmbito de proteção possa também abranger um conceito “ancestral” de propriedade e não apenas o direito de propriedade formal e ortodoxo entendido como direito individual. Esta interpretação é realizada através de uma perspectiva universalista ancorada em fundamentos convencionais específicos (arts. 1.1, 2, 29 CADH) que permite abordar o tema recorrendo a desenvolvimentos normativos em matéria de direitos humanos produzidos em contextos de direito internacional distintos ao sistema interamericano (WENCES, 2020, p. 581).

Ponto igualmente importante para superar os obstáculos inerentes a uma visão estreitamente voluntarista dos tratados internacionais, a Corte Interamericana reconheceu que o caráter coletivo do direito à terra dos povos indígenas é um direito que tira a sua força do costume internacional. É, portanto, um direito costumeiro que lhes pertence independentemente do reconhecimento através de títulos do governo sobre tais terras.

Deste modo, a Corte, na sua interpretação dos textos interamericanos, baseando-se em outros instrumentos internacionais cuja ratificação pela maioria dos Estados da região é considerada como uma expressão do consenso sobre o conteúdo

dos direitos humanos, construiu uma jurisprudência inovadora e sólida permitindo a proteção efetiva dos direitos dos povos indígenas.

Com o reconhecimento da estreita relação entre a terra, a identidade e a cultura dos povos originários, a Corte Interamericana legitima o direito à diferença das comunidades indígenas, através do reconhecimento de uma identidade cultural diferenciada, cuja especificidade se deriva da inter-relação transcendental dos povos originários com a terra, o território e os recursos naturais. Com este caso, a Corte Interamericana inicia o desenvolvimento de uma expressiva linha de jurisprudência que visa ampliar o quadro jurídico tradicionalmente liberal da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (WENCES, 2020, p. 582).

Este reconhecimento, tanto do direito a uma identidade diferenciada quanto do direito coletivo à propriedade, foi fortalecido com as sentenças proferidas pela Corte Interamericana em três emblemáticos casos contra o Paraguai, nos quais aborda-se o impacto da identidade cultural no processo interpretativo: os casos dos Povos Indígenas Yakye Axa (Corte IDH, 2005), Sawhoyamaya (Corte IDH, 2006) e Xámkok Kásek (Corte IDH, 2010).

No caso Yakye Axa v. Paraguai (Corte IDH, 2005), a Corte lembrou que os Estados “devem levar em consideração as características que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que constituem a sua identidade cultural” (parágrafo 51) e, posteriormente, apontou que

no que diz respeito aos povos indígenas, é essencial que os Estados forneçam proteção eficaz que leve em conta suas próprias particularidades, suas características econômicas e sociais, bem como a sua situação de especial vulnerabilidade, o seu direito costumes, valores, usos e costumes (parágrafo 63)¹⁶

Alguns anos depois, em 2010, no caso Xámkok Kásek v. Paraguai (Corte IDH, 2010), o juiz Vio Grossi proferiu um voto concorrente no qual afirmou que a Corte estava caminhando em uma direção adaptada ao Direito e à Justiça, e em conformidade com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional no que respeita aos povos indígenas e tribais como povos detentores de direitos coletivos. Em concordância ao exposto, citou a Convenção nº 169 da OIT de 1989, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e o, na época,

¹⁶ No mesmo sentido: Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai (Corte IDH, 2006), par. 83; Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname, (Corte IDH, 2007); par. 178; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador (Corte IDH, 2012); par. 264; Caso do Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Integranes Vs. Panamá, (Corte IDH, 2014) par. 167.

Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, todos instrumentos que concedem direitos aos povos como entidades coletivas.

Em seu voto, o juiz Vio Grossi concluiu que os referidos textos internacionais permitiriam:

chegar a uma compreensão mais ampla das disposições do artigo 1º da Convenção, de modo que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos por ela consagrados inclua também coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que que a tais entidades sejam reconhecidos pelo menos alguns desses direitos, dos quais, portanto, seus membros só poderiam usufruir e exercer por meio delas e por fazerem parte dela, o que, em definitivo, implicaria que não seriam apenas de natureza individual.

[...]

Em outras palavras, tendo em conta o precedente exposto e aplicando as disposições dos artigos 29.b e 29.d da Convenção, poder-se-ia concluir que, de acordo com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria apropriado, em por um lado, incluir no termo “pessoa” contido em diversos artigos daquela e como vítimas de violações de direitos por ela consagrados, não apenas os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, mas também estes últimos enquanto tais e pelos Por outro lado, considerar-se-ia, consequentemente, entre esses direitos aqueles que dizem respeito a esses povos, com os quais não só se faria justiça, mas, além disso, a jurisprudência se situaria assim, de forma mais clara e sem espaço para ambiguidades, na tendência moderna que seria delineando com crescente clareza o Direito Internacional que regula esta matéria. (Corte IDH, 2010, Voto Concorrente do Juiz Eduardo Vio Grossi, pars. 25 e 26)

Finalmente, em 2012, no caso Kichwa de Sarayaku Vs. Equador (Corte IDH, 2012), a Corte reconhece claramente os Povos Indígenas como sujeitos coletivos de proteção da CADH, considerando que

as regulamentações internacionais relativas a estas reconhecem direitos dos povos como sujeitos coletivos de Direito Internacional e não apenas aos seus membros. Uma vez que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos pelos seus determinados modos de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção desde uma dimensão coletiva. (Corte IDH, 2012, par. 231).

Em outras diversas sentenças, a Corte reitera que já reconheceu as comunidades indígenas e tribais como sujeitos de direito devido à atual evolução do direito internacional sobre a matéria, como no Caso Artavia y Otros Vs. Costa Rica (Corte IDH, 2012, parr. 171). No mesmo caso, a Corte reitera a observação de que, no nível interno, esta apropriação se reflete em vários países da região. Neste sentido, a titularidade dos direitos humanos, em ambas as áreas, não é concedida apenas aos seus membros pessoalmente, mas também às comunidades como coletivos. Desta proteção resulta que, na medida em que o exercício de alguns dos direitos dos membros das comunidades indígenas e tribais é realizado conjuntamente, a violação

de tais direitos tem uma dimensão coletiva e não pode ser limitado a uma afetação individual. Os efeitos acima mencionados terão então consequências para todos os membros da comunidade e não apenas para determinados indivíduos em uma situação específica.

O art. 3º da Convenção prevê a garantia do reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas, considerando como um direito humano, elevando o direito para além de uma formalidade burocracia estatal. Entretanto, na jurisprudência da Corte ficou evidente a dificuldade das comunidades em provar sua existência no âmbito interno para fazer valer seus direitos mínimos.

Inclusive, o tema foi tratado expressamente na Opinião Consultiva 22/2016 (Corte IDH, 2016), em que a Corte IDH deliberou a respeito da interpretação e alcance do artigo 1.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata a respeito da definição de pessoa, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 8.1a e b do Protocolo de San Salvador. A consulta foi solicitada pelo Panamá, que solicitou que a Corte se pronunciasse, entre outros pontos, sobre: I) a titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano; II) as comunidades indígenas e tribais e as organizações sindicais; III) a proteção de direitos humanos de pessoas naturais por meio de pessoas jurídicas; e IV) esgotamento de recursos internos pelas pessoas jurídicas.

Valendo-se de uma interpretação teleológica, sistemática e, de acordo com a comparação entre os diferentes sistemas de proteção de direitos humanos, a Corte concluiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos somente consagra direitos a favor de pessoas físicas, em virtude do qual as pessoas jurídicas não são titulares dos direitos elencados no referido instrumento internacional (Corte IDH, 2016, par. 37 a 70), em razão do qual não podem ser consideradas supostas vítimas em processos contenciosos do sistema interamericano. Não obstante, a Corte também decidiu por unanimidade que as comunidades indígenas e tribais são titulares dos direitos protegidos na Convenção e, assim, podem acessar o sistema interamericano (Corte IDH, 2016, par. 72 a 84).

Nesse sentido, a Corte levou em consideração a relação especial dos povos indígenas com seus territórios ancestrais, assim como o caráter coletivo da propriedade, reiterando sua jurisprudência do caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, em que houve o reconhecimento da comunidade indígena

como titular de direitos protegidos pela CADH, em virtude de violações à propriedade comunal, identidade cultural, garantias jurídicas e proteção judicial. Ainda, a Corte considerou que não é adequado estabelecer uma fórmula única, como no caso do direito à propriedade ou à liberdade de expressão, que sirva para reconhecer a existência do exercício dos direitos das pessoas naturais por meio de sua participação em uma pessoa jurídica.

A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a violação de direitos indígenas foi em 2018, com a prolação da sentença do caso *Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil*. A condenação do Brasil neste caso foi um feito histórico, resultado de anos de luta do povo Xucuru por justiça e pela demarcação de seu território.

De acordo com a denúncia, o caso envolve a violação do direito à propriedade coletiva, a qual teve seu processo demarcatório iniciado no ano de 1989, a violação do direito à integridade pessoal, assim como, a violação dos direitos à garantia e proteção judicial. Os petionários também denunciaram atos de violência no contexto de demarcação do território indígena Xucuru, incluindo assassinatos.

A Corte condenou o Estado brasileiro pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável (CADH, 8.1), bem como pela violação dos direitos de proteção judicial e à propriedade coletiva (CADH, 25 e 21), em detrimento do Povo Indígena Xucuru e seus membros em virtude da excessiva demora no processo de demarcação e titulação da terra indígena e desintrusão de terceiros não-indígenas. Como principais medidas de reparação a serem adotadas pelo Brasil, a Suprema Corte Interamericana apontou o dever de garantir de maneira imediata e efetiva o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru, a fim de que não sofram interferências, intrusões e danos que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território. O Estado também recebeu a recomendação para concluir o processo de desintrusão do território indígena, em prazo não superior a 18 meses, garantindo o domínio pleno e efetivo.

Apesar de, no âmbito interno, poderem receber algum apoio de instituições públicas na realização de trâmites burocráticos, as comunidades indígenas encontram grandes dificuldades para regularizar ou oficializar sua condição perante o próprio Estado. Neste momento, ao pleitear/defender seus direitos encontram dificuldades, pois o Estado nega sua existência pela ausência de cadastro ou, no caso Xucuru Vs. Brasil, nega seus direitos territoriais em face da não demarcação.

No caso *Sawhoyamaya vs. Paraguai* (Corte IDH, 2006, par. 41), a Corte se manifestou expressamente sobre a má-fé do Estado em se aproveitar dessa ausência de institucionalização:

Os membros da Comunidade acima referidos permaneceram no limbo jurídico em que, apesar de terem nascido e morrido no Paraguai, a sua existência e identidade nunca foram reconhecidas legalmente, isto é, eles não tinham personalidade jurídica. Mesmo o Estado, nesses processos perante o Tribunal de Justiça, tentou usar esta situação em seu proveito.

O entendimento da Corte foi ratificado no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai* (Corte IDH, 2010, par. 59-60), no qual salientou:

A Corte tem considerado que o conteúdo próprio do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é que se reconheça a pessoa em qualquer parte como sujeito de direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais, o que implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação daquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular dos direitos e deveres civis e fundamentais [Cf. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par.179; Caso *Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par.69, e Caso *Anzualdo Castro Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par.87].

Este direito representa um parâmetro para determinar se uma pessoa é titular ou não dos direitos em questão, e se os pode exercer, de maneira que desconhecer aquele reconhecimento torna o indivíduo vulnerável diante do Estado ou de particulares. Deste modo, o conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica se refere ao correlativo dever geral do Estado de procurar os meios e condições jurídicas para que esse direito possa ser exercido livre e plenamente por seus titulares

E ainda, no mesmo caso (Corte IDH, 2010, par.82):

A situação de extrema pobreza em que vive grande parte dos povos originários está diretamente relacionada à falta de acesso à propriedade comunal de suas terras e esta circunstância implica a presença de grandes obstáculos à auto-suficiência e à auto-sustentabilidade

O reconhecimento dos Povos Indígenas como sujeitos coletivos de proteção da CADH adquire grande relevância não só por seu caráter elucidativo, mas também na proteção da integridade cultural e consequentes reparações, pois é na comunidade que recaem os referidos danos como parte lesada e não nos indivíduos considerados isoladamente.

O artigo 63.1 da Convenção inclui a seguinte disposição relativa à previsão de reparação nas sentenças da Corte:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação

que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de uma indenização justa à parte lesada.

O termo reparação é gênero do qual são espécies as diversas formas ditadas pelos tribunais internacionais para fazer frente à responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos.

As reparações no direito internacional têm um duplo propósito: fazer com que os Estados observem certos padrões de direito e, na maior medida possível, reparar os danos decorrentes da falha do Estado em observar esses padrões. A Convenção Americana, em seu art. 63(1), consagrou um princípio do Direito Internacional Geral, de que toda violação de uma obrigação internacional que resulta em dano gera o dever de repará-lo adequadamente.

Em comparação com a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana tem maior autoridade para ordenar reparações, pois aquela se limita a determinar o pagamento de indenizações compensatórias às vítimas das violações quando o Direito interno não possibilita o retorno ao status quo ante de maneira integral (art. 41 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos).

Diferentemente das limitações existentes no Sistema Europeu, no âmbito do Sistema Interamericano a Corte tem o poder de determinar, para além de indenizações compensatórias, outras medidas que repute necessárias ao efetivo gozo do direito violado, tais como medidas de satisfação e de não repetição, inclusive de natureza legislativa para a adequação à Convenção Americana do ordenamento jurídico interno do Estado denunciado – o mecanismo do controle da convencionalidade (que não é objeto do presente estudo).

As medidas de satisfação ainda podem se dividir, por sua vez, em cinco grupos, segundo sua natureza e finalidade, a saber: a) ato público de reconhecimento de responsabilidade e de desagravo à memória das vítimas; b) publicação ou difusão da Sentença da Corte IDH; c) medidas em comemoração das vítimas ou dos fatos; d) determinar o paradeiro da vítima ou identificar e entregar seus restos mortais; e e) outras medidas de satisfação em favor das vítimas, tais como proporcionar-lhes bolsas de estudos de educação primária, educação secundária, ou educação superior ou universitária; e medidas socioeconômicas de reparação coletiva.

As garantias de não repetição se podem dividir por sua vez em 3 grupos, segundo sua natureza e finalidade, a saber: a) capacitação a funcionários públicos e

educação à sociedade em direitos humanos; b) adoção de medidas de direito interno; c) adoção de medidas para garantir a não repetição de violações.

A Corte Interamericana, desde o caso *Yakye Axa* (Corte IDH, 2005) até os casos mais recentes relacionados a povos indígenas, ordenou sistematicamente criar um “fundo de desenvolvimento comunitário” (WENCES, 2020, p. 584) como indenização pelos danos materiais e imateriais que os integrantes das comunidades sofreram, sublinhando a sua natureza como uma “medida adicional” para qualquer outra disposição que corrija as comunidades em relação ao deveres gerais do Estado (Corte IDH, 2015, par. 295).

Em outros casos, como no já citado *Xákmok Kásek* (Corte IDH, 2010), a Corte determina a implementação de projetos de educação, habitação, agricultura, saúde e serviços básicos em alimentação:

(...) enquanto o território tradicional é entregue, ou, se for caso disso, as terras alternativas, aos membros da Comunidade, o Estado deverá adotar imediata, periódica e permanentemente as seguintes medidas: a) fornecimento de água potável suficiente para consumo e limpeza pessoal de membros da Comunidade; b) revisão e atenção médica e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente das crianças, meninas e idosos, acompanhada da realização periódica de vacinação e desparasitação que respeitem os seus usos e costumes; c) atenção e cuidados médicos especiais para mulheres grávidas, tanto antes parto e quanto durante os primeiros meses seguintes, bem como ao recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para garantir nutrição adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço saneamento adequado no assentamento comunitário, e f) dotar a escola de dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso a educação básica para meninos e meninas da Comunidade, proporcionando especial atenção para garantir que a educação ministrada respeite as suas tradições culturais e garanta a proteção do seu próprio idioma. Para estes efeitos, o Estado deve realizar as consultas necessárias com os membros da Comunidade (parágrafo 301).

Esta última frase também demonstra que a Corte determina, da mesma forma que outras organizações, como a Organização Internacional do Trabalho (Convenção 169), o direito à consulta dos povos originários e a necessária obtenção de seu consentimento livre, prévio e informado, nos termos dos seus costumes e tradições, quando se trata de planos de desenvolvimento ou investimentos em seus territórios (WENCES, 2020, p. 585).

A primeira sentença da Corte Interamericana sobre o direito ao CLPI - consentimento livre, prévio e informado (CERQUEIRA, 2023, p. 217) foi no caso do Povo *Saramaka vs. Suriname*, de 2007, em que a Corte, no exercício de sua interpretação evolutiva, ressaltou que a obrigação de consultar os povos indígenas se

deriva tanto da Convenção n.º 169 da OIT quanto do art. 21 da Convenção Americana, atinente ao direito de propriedade dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios, bem como do art. 1º, comum aos pactos “dos Direitos Civis e Políticos” e “dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” da Organização das Nações Unidas (ONU), entre outros instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. (Corte IDH, 2007).

No citado caso, a Corte estabeleceu requisitos e condições a serem observados para a garantia do direito de consulta dos povos indígenas ou tribais afetados por um plano de desenvolvimento predatório em seu território e determinou que o Estado tem a obrigação, não apenas de consultar a comunidade, mas também de obter o consentimento livre, informado e prévio destes, segundo seus costumes e tradições. Ainda, determinou que o Estado tem o dever de “compartilhar, razoavelmente, os benefícios do projeto com a comunidade, como uma forma de indenização pela exploração de terras e recursos necessários para sua sobrevivência” (Corte IDH, 2007).

A consulta deve ser livre porque proíbe quaisquer tipos de coerção; prévia, porque deve ocorrer inicialmente a qualquer plano de investimento ou desenvolvimento e informada porque os consultados devem conhecer os eventuais riscos, inclusive ambientais, pressupondo comunicação constante. Ainda, a Corte determina que a consulta seja culturalmente adequada, ou seja, em conformidade com as tradições dos consultados, e de boa-fé, estando de acordo com o objetivo final de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos (CERQUEIRA, 2023, p. 234/239).

Tal entendimento foi reafirmado no caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, onde a Corte explicita os elementos que caracterizam a CLPI como princípio geral de direito internacional (CERQUEIRA, 2023, p. 218):

161. Em outras oportunidades, este Tribunal salientou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação estabelecidas no art. 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte tem afirmado que, ao interpretar um tratado, não só se levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados (art. 31.2 da Convenção de Viena), mas também o sistema no qual se inscreve (art. 31.3 do mesmo instrumento).

Este Tribunal tem considerado também que poderia “abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos num Estado membro do Sistema Interamericano”, mesmo que esse instrumento não tenha origem no mesmo sistema regional de proteção.

[...]

166. A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (art 1.1). Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas. (Corte IDH, 2012, §§ 161, 166)

E ainda, no mesmo caso, sobre a consulta culturalmente adequada:

201. Este Tribunal estabeleceu, em outros casos, que as consultas a povos indígenas devem-se realizar mediante procedimentos culturalmente adequados, isto é, em conformidade com suas próprias tradições. Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT dispõe que “os governos deverão (...) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas”, bem como adotar “medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes, ou outros meios eficazes”, levando em conta sua diversidade linguística, particularmente nas áreas onde o idioma oficial não seja falado majoritariamente pela população indígena. (Corte IDH, 2012, § 201).

A Corte aplica o mesmo entendimento da obrigatoriedade da consulta prévia também a países que ainda não ratificaram a Convenção n.º 169 da OIT, destacando que as obrigações em matéria de CLPI se derivam diretamente da Convenção Americana e de outros tratados internacionais. É o caso de Suriname e Panamá, que não ratificaram a Convenção, mas cuja obrigação de consultar e outras obrigações nela contidas foram reconhecidas pela Corte IDH a partir de outros instrumentos internacionais ratificados pelos respectivos países, incluindo a própria Convenção Americana (CERQUEIRA, 2023, p. 219/220):

164. Diversos Estados, membros da Organização dos Estados Americanos, mediante suas normas internas e por intermédio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram as normas mencionadas. Desse modo, a legislação interna de vários Estados da região, como, por exemplo, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, e Venezuela, refere-se à importância da consulta ou da propriedade comunitária. Além disso, vários tribunais internos de Estados da região que ratificaram a Convenção nº 169 da OIT referiram-se ao direito à consulta prévia, em

conformidade com suas disposições. Nesse sentido, altos tribunais da Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Peru ou Venezuela salientaram a necessidade de respeitar as normas de consulta prévia e dessa Convenção. Outros tribunais de países que não ratificaram a Convenção nº 169 da OIT referiram-se à necessidade de realizar consultas prévias com as comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território. Desse modo, observam-se desdobramentos jurisprudenciais similares por parte de altas cortes de países da região como o Canadá, ou os Estados Unidos da América, ou de fora da região, como a Nova Zelândia, ou seja, a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional. (Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, § 164).

A Comissão Interamericana, no seu já citado relatório “Povos indígenas, comunidades afrodescendentes e recursos naturais: proteção dos direitos humanos no contexto das atividades extrativistas e de desenvolvimento” (CIDH, 2016) desenvolveu critérios para definir os casos que demandam a obrigatoriedade de obtenção de consentimento de povos afetados por decisões administrativas ou legislativas. A Comissão reiterou a interpretação da Corte Interamericana no caso Saramaka, onde manifesta que decisões dos Estados que envolvem a implementação de projetos de infraestrutura “de grande escala”, que têm o potencial de mudar a dinâmica de desenvolvimento econômico e social de toda uma região devem, necessariamente, obter o consentimento dos povos diretamente afetados.

No citado caso Saramaka vs. Suriname, a Corte IDH ressaltou que

“[...] quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições” (Corte IDH, 2007, § 134).

Ainda, a Corte determina a realização de um estudo prévio de impacto ambiental e social e o compartilhamento dos benefícios razoáveis compartilhados de um eventual projeto de investimento com o povo consultado (Caso da Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus associados vs. Honduras, 2015, § 215).

“Benefícios razoáveis compartilhados” são inerentes ao direito de indenização reconhecido na Convenção Americana (art.21.2) e protegido na Convenção n.º 169 da OIT (art. 15.2). Um dos seus objetivos é que as condições de vida do povo ou comunidade consultada melhorem (CERQUEIRA, 2023, p. 233).

Segundo Wences (2020, p. 585), tais determinações promovem o desmantelamento de “obstáculos institucionalizados que impedem alguns de participar em pé de igualdade” (FRASER, 1995, p.72) e o estabelecimento de

garantias fundamentais para que povos e comunidades indígenas possam participar “nas decisões relativas a medidas que afetem os seus direitos e, em particular, o seu direito à propriedade comunal” (Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador, par. 160).

No já citado caso Sarayaku, a Corte expõe ainda que

“o direito à identidade cultural é um direito fundamental e coletivo das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isto implica a obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que afetem ou possam afetar sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização” (Corte IDH, 2012, parágrafo 217).

O exposto anteriormente demonstra que a dimensão da justiça como reconhecimento tem sido incorporada pela Corte Interamericana em sua jurisprudência (WENCES, 2020, p. 585/586), pois as práticas devem ser realizadas através de atos “culturalmente adequados” que respeitem “o sistema de consulta particular de cada cidade ou comunidade”, ou seja, devem desenvolver-se “de acordo com suas próprias tradições” e “tendo em conta os métodos tradicionais do povo para tomada de decisão” (Corte IDH, Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, 2012, par. 77 e 65).

As amplas medidas de reparação concedidas nestes casos pela Corte Interamericana incluíram uma perspectiva coletiva dos direitos em jogo e com perfil étnico aplicado ao caso, à luz de um catálogo de pelo menos seis categorias de medidas aplicadas aos povos indígenas: restituição territorial; satisfação compensatória; reabilitação do território ou comunidade; garantias de não repetição; compensação (com fundos de desenvolvimento); dever de investigar tendo em conta a falta de discriminação e acesso à justiça. Sob este catálogo, a Corte ordenou: a demarcação, titulação, restituição e proteção do território ancestral; a adoção de mecanismos para reconhecimento da sua personalidade jurídica, a devida implementação da consulta e outras salvaguardas para os povos indígenas, criação de fundos de desenvolvimento e diversas medidas de infraestrutura em favor das comunidades, publicações da súmula da sentença e dos atos público em línguas indígenas, bolsas de estudo, retirada de materiais perigosos do território tradicional, formulação do pedido formal de desculpas do Estado à vítima e seus familiares, entre outras medidas legislativas e administrativas para evitar a repetição dos

acontecimentos e a favor da restante população indígena ou da formação de funcionários na matéria (CALDERÓN GAMBOA, 2015, p. 14).

Essas amplas medidas de reparação com perspectiva étnica permitiram à Corte reorientar situações de desvantagem ou discriminações estruturais não apenas em casos concretos, mas também a outros países que se utilizam da jurisprudência da Corte para interpretar suas próprias decisões.

Fraser considera que a justiça como distribuição e a justiça como reconhecimento não devem ser entendidas como esferas separadas, mas como esferas que se cruzam, se reforçam e juntas causam consequências que são reproduzidas e propagadas. Existem divisões sociais, sublinha a professora, “enraizadas ao mesmo tempo na estrutura económica e na ordem de status da sociedade” (FRASER, 1995, p. 28) que implicam injustiças relacionadas com a má distribuição e o reconhecimento erróneo. Esta situação leva Fraser a conceber a reparação das injustiças para além de possíveis arranjos de distribuição mais reconhecimento, porque do seu ponto de vista devemos esforçar-nos por procurar soluções políticas complexas onde os processos de tomada de decisão e deliberação democrática sejam considerados, e não cair no que ela chama de “más soluções” que podem corrigir a má distribuição, mas manter o reconhecimento inadequado ou, vice-versa, corrigir o reconhecimento inadequado, mas deixar a má distribuição intacta ou mesmo levar a soluções nas quais as identidades são desvalorizadas.

Portanto, o caminho das soluções possíveis deve ser gerado através de ações transformadoras, “o projeto de transformação das estruturas profundas tanto da economia política como da cultura parece ser a única orientação programática global capaz de fazer justiça a todas as lutas atuais contra a injustiça” (FRASER, 1995, p.93).

Toda a exposição anterior mostra que as dimensões da justiça como distribuição, como reconhecimento e como paridade participativa foram incorporadas pela Corte Interamericana em sua jurisprudência. (WENCES, 2020, pág. 585/586).

Da mesma forma, as três frentes de atuação defendidas por Tourme Jouannet (2023) para concretização do Direito ao Reconhecimento também foram utilizadas como paradigma pela jurisprudência da Corte, ao defender o reconhecimento da diversidade de culturas, a concessão de direitos específicos que permitem preservar a identidade do grupo e o reconhecimento dos danos causados no passado e a reparação de crimes históricos.

Entretanto, as sentenças não significam o fim dos litígios. É necessário garantir que esta jurisprudência seja reconhecida e implementada pelos tribunais nacionais e pelas instituições públicas nacionais

3.4 O impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no direito ao reconhecimento dos povos indígenas do Brasil

Apesar da positivação de diversos direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com o reconhecimento da diversidade cultural¹⁷; na prática, não há políticas públicas suficientes para a preservação da identidade dos grupos indígenas e tampouco a reparação dos crimes históricos cometidos.

A noção geral de política pública foi estabelecida pela primeira vez pela CIDH em seu Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos de 2009. Nele, as políticas públicas foram definidas como “as diretrizes ou cursos de ação que definem as autoridades dos Estados para alcançar um objetivo determinados e que contribuem para criar ou transformar as condições em que se desenvolvem as atividades dos indivíduos ou grupos que compõem a sociedade” (CIDH, 2009, p. 9).

¹⁷ A Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos humanos e a necessidade de sua efetivação, assegurando explicitamente aos indígenas o direito à cultura, à diferença e à diversidade cultural. No texto constitucional, é possível encontrar alguns exemplos do que a doutrina considera como direitos culturais, tais como o direito autoral (artigo 5º, XXVII e XXVIII), o direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (artigos 5º, IX, e 215, §3º, II), o direito à preservação do patrimônio histórico e cultural (artigos 5º, LXXIII, e 215, § 3º, inciso I); o direito à diversidade e identidade cultural (artigo 215, caput, § 1º, 2º, 3º, V, 242, § 1º); e o direito de acesso à cultura (artigo 215, § 3º, II e IV). Especificamente sobre os povos indígenas, o artigo 231 da Constituição reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, reconhecendo a existência de minorias nacionais e instituindo meios de proteção de sua singularidade étnica. A Constituição Brasileira fala em “populações indígenas” no seu artigo 22, inciso XIV, e também em “comunidades indígenas”, no artigo 232, como “comunidades culturais” que se revelam na identidade étnica. Os artigos 231 e 232 da Constituição Brasileira estabelecem os fundamentos constitucionais dos direitos indígenas no Brasil. Entre os diplomas legislativos destinados à preservação da cultura dos indígenas, podemos apontar a seguinte legislação: a Lei 6.001 de 19.12.1973 – Estatuto do Índio; o Decreto 1.775 de 8.1.1996 – que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas; o Decreto 1.141 de 19.5.1994 – que contempla ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas; o Decreto 26 de 4.2.1991 – que trata da educação indígena no Brasil; o Decreto 564 de 8.6.1992 – que aprova o Estatuto da Fundação Nacional do Índio (FUNAI); e o Decreto 3.156 de 27.8.1999 – que estabelece as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde.

Uma política pública com enfoque nos direitos humanos seria, segundo a CIDH (CIDH, 2018, par. 147)

o conjunto de decisões e ações que o Estado desenha, implementa, monitora e avalia -baseado num processo permanente de inclusão, deliberação e participação social efetiva- com o objetivo de proteger, promover, respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas, grupos e coletividades que compõem a sociedade, sob os princípios da igualdade e da não discriminação, universalidade, acesso à justiça, responsabilização, transparência, transversalidade e intersectorialidade.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o desafio atual envolvendo a proteção de direitos humanos nas Américas é justamente atualizar a noção de políticas públicas a partir de uma abordagem de direitos humanos, que se baseie nas normas, recomendações, decisões, interpretações e decisões emanadas do Sistema Interamericano, bem como na evolução que o direito internacional dos direitos humanos teve na última década (CIDH, 2018, par. 144).

De fato, muito embora o art. 68 da Convenção Americana determine a obrigatoriedade do cumprimento da sentença oriunda da Corte Interamericana, tal prescrição não dispõe quanto à forma como ela deve ser implementada no âmbito interno dos Estados-partes da Convenção, o que induz à compreensão de que a Convenção deixa uma margem de discricionariedade aos Estados para que, de acordo com seus dispositivos internos (seja por meio do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário), cumpram com tais decisões.

Deste modo, em geral, o art. 68.1 da Convenção Americana confere aos Estados a possibilidade de dispor quanto à escolha dos métodos de implementação das sentenças oriundas da Corte Interamericana (CANÇADO TRINDADE, 2013B). Entretanto, tal escolha é excetuada quando, dentre suas medidas de reparação, uma indenização pecuniária é concedida. Esta determinação compõe título executivo no âmbito interno dos Estados, permanecendo à disposição da vítima a prerrogativa de se utilizar, como remédio último e na condição de exequente, do aparato coercitivo vigente no Estado sempre que o cumprimento voluntário daquela medida de reparação não for observado¹⁸.

O principal desafio, então, no plano jurídico brasileiro, para se dar cumprimento às determinações da Corte IDH, é a falta de uma legislação que atrele

¹⁸ Por isso é que a reparação pecuniária no Brasil segue o procedimento do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, previsto no art. 534 e seguintes do CPC/2015 (Parte Especial, Livro II, Título II, Capítulo V).

às decisões internacionais os meios coercitivos disponíveis para a execução de sentenças domésticas, somada à ausência de um sistema permanente de articulação de todos os poderes constituídos de diferentes níveis da Federação, com o mesmo fim.

No Brasil, as sentenças da Corte não necessitam de homologação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme o artigo 105 I “i” da CF, pois se tratam de sentenças internacionais (e não estrangeiras). As sentenças estrangeiras são emanadas do Poder Judiciário de um Estado diferente do Brasil, e exercem jurisdição apenas sobre o Estado que as proferiu. Já a sentença internacional, segundo André de Carvalho Ramos (2002, p. 496):

provém de um tribunal que exerce jurisdição sobre o Estado que a ele aderiu espontaneamente, ao passo que a decisão estrangeira foi prolatada por uma jurisdição estranha ao país, o que justifica a necessidade de controle. Assim, a sentença internacional, como uma sentença da Corte IDH, por conseguinte, não deve ser submetida aos mesmos procedimentos homologatórios vislumbrados para o caso de uma decisão estrangeira.

Apesar das sentenças da Corte terem caráter vinculante, sua execução forçada no país (exceto a reparação pecuniária, conforme abordado) não é possível, por causa da indisponibilidade da Corte de meios coercitivos para tanto. Em outras palavras, as decisões internacionais são executadas de forma espontânea, visto que não existe um aparato internacional que obrigue os Estados a cumprirem coercitivamente a sentença da Corte, mas eles podem ser responsabilizados internacionalmente com fundamento no seu compromisso de cumprir as decisões quando reconheceram a competência e a legitimidade da Corte.

Por conseguinte, caso haja incompatibilidade entre determinada sentença da Corte e um ato do poder público nacional, a solução desse conflito deverá considerar as obrigações assumidas com base na CADH, sob pena de nova responsabilização do País. Ainda, o descumprimento de uma decisão da Corte Interamericana sujeita o Brasil a pena de inadimplência, submetível à Assembleia Geral da OEA e suscetível a penalidades políticas e econômicas e, ainda, a expulsão do Estado violador do sistema interamericano de direitos humanos.

Não obstante, a imposição de sanções pela OEA, sejam elas políticas ou econômicas, não representa a melhor forma de coagir o Estado a cumprir uma sentença. Essa medida seria a *última ratio* para casos de evidente descaso e inércia no cumprimento da sentença decorrente de graves violações aos direitos humanos. A

medida adequada passa por conscientizar os atores estatais sobre o seu dever de fazê-lo em prol da proteção dos direitos humanos. Esse parece ser o entendimento que prevalece no âmbito da OEA, pois, nele, como mencionado antes, há a possibilidade de imposição de sanções econômicas ao Estado violador e tal recurso ainda não foi utilizado (BERNARDES, 2011, p.150).

Além disso, a expulsão de um Estado violador do sistema interamericano de direitos humanos parece contrária aos objetivos da própria CADH, que visa a proteção e a promoção dos direitos humanos no continente americano. Isso porque, caso o país seja excluído do sistema interamericano, ele estará cada vez menos comprometido com o direito internacional dos direitos humanos na região, o que poderia gerar um retrocesso no regime de proteção como um todo. Diante do exposto, a melhor solução seria manter os Estados dentro do sistema – além de convencer outros a aderir-lo – conscientizando-os da sua importante função de protetores coletivos do regime (BERNARDES, 2011, p.150).

A eficácia das decisões da Corte IDH deve ser mensurada, portanto, por sua capacidade de persuadir os indivíduos (em especial, agentes públicos) a agir no sentido que determinam, ao invés de o quanto são capazes de acionar os meios coercitivos. Assim, elas podem ser capazes de criar caminhos alternativos de acesso a recursos reais de poder, que acabam contribuindo, ao final, para a execução de seus termos.

Em síntese, a Corte IDH acaba atuando, de fato, como uma esfera de influência exercida por meio da construção de narrativas que visam a persuadir e a atrair a colaboração de indivíduos capazes de conferir efetividade a suas decisões. Desta maneira, a responsabilização do Estado faltoso pode operar através de múltiplos canais, incluindo, principalmente, mecanismos internos, por exemplo, na forma de mobilização da opinião pública em torno de casos específicos, na conscientização por meio de estratégias de mídia e processos de litígio doméstico.

A Corte IDH considera poder atuar como promotora de políticas públicas com enfoque nos direitos humanos através de suas decisões e recomendações, e com base no papel que desempenha em questões de cooperação técnica com os Estados. Por sua vez, a Comissão, através de relatórios por país e relatórios temáticos, realiza diagnósticos sobre problemas específicos que pretendem ser uma fonte de informação para os responsáveis pela formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, bem como para aqueles que têm a função de influenciar a agenda

pública e exigir ações estatais para a proteção dos direitos humanos. Em suma, a CIDH apoia, através dos seus diferentes mecanismos, os esforços empreendidos pelos Estados membros para transformar as causas estruturais que geram situações de desigualdade e discriminação através da formulação de políticas públicas (CIDH, 2018, pars.161/165).

No Brasil, os povos indígenas têm sido sistematicamente desprezados desde os tempos coloniais, relegados à pobreza, sofrendo injustiças socioeconômicas e culturais; e encurralados dos processos de tomada de decisão política. Consequentemente, tendem a estar entre os grupos que mais necessitam do reconhecimento da diversidade cultural, de uma política redistributiva e do estabelecimento de mecanismos que permitam a sua participação em igualdade de condições. (WENCES,2020, p. 579).

A marginalização social e cultural está associada a um estado de pobreza desses grupos, pois “aqueles que são social e economicamente desfavorecidos também são os mais estigmatizados culturalmente” (TOURME JOUANNET, 2023, p. 278). Portanto, pode-se afirmar que as injustiças socioeconômicas estão ligadas e se sobrepõem às injustiças de natureza identitária e cultural, agindo de maneira combinada e se reforçando mutuamente de maneira ainda mais prejudicial para os indivíduos.

Isso significa que a garantia do direito à diferença deve ser acompanhada da implementação de mudanças estruturais que combatam as causas da discriminação, das exclusões e das desigualdades causadas pelas condições socioeconômicas (WENCES,2020, p. 586).

Assim, as demandas por reconhecimento não são apenas demandas por reconhecimento de um direito à igual dignidade ou de um direito à diferença, “mas também aspirações sociais por uma igualdade mais concreta e uma melhoria do nível de vida” (TOURME JOUANNET, 2023, p. 279).

Ademais, segundo Tourme Jouannet, existe um dano de ordem moral que resulta de séculos de humilhação e negação de reconhecimento que afetaram os povos indígenas. Esse dano moral está associado a um dano material vinculado à pilhagem de recursos e, posteriormente, ao sistema colonial de exploração e à espoliação de terras que explicariam o atual estado de subdesenvolvimento dos países anteriormente colonizados e dos povos indígenas. “Segundo a Declaração de Durban, a colonização gerou não apenas danos passados, mas também persistentes

desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo hoje” (TOURME JOUANNET, 2023, p 264).

A entrada da nossa época no paradigma do reconhecimento faz com que não possamos mais ignorar a questão dos danos históricos relacionado aos crimes em massa ocorridos no passado, baseados na negação de identidades e a consequente produção de efeitos no presente.

Em termos de meios de reparação, o direito internacional da responsabilidade oferece uma gama de possibilidades: restituição, compensação financeira e satisfação. Todas elas foram invocadas, seja no contexto da Declaração de Durban ou em outros casos específicos. A restituição evoca especialmente ações para a devolução de bens culturais roubados, as vezes até restos humanos mumificados que ocorreram em alguns casos.

No entanto, são as outras duas formas de reparação que geralmente são invocadas. A compensação financeira é a mais recorrente, e se refere à perda econômica decorrente do dano, mas também, quando possível, aos danos morais relacionados aos danos materiais.

Mas como a compensação financeira adequada pode ser avaliada quando a perda resulta de vários séculos de exploração econômica e negação da identidade das pessoas? Como pode ser avaliado quando se considera o dano como persistente e causador do subdesenvolvimento? As dificuldades são enormes e a ideia mais realista é provavelmente chegar a um acordo negociado sobre o reforço da ajuda ao desenvolvimento.

O fato é que, se for solicitada, a compensação financeira pode ajudar a reparar os danos históricos das identidades, desde que acompanhadas de um discurso que dê sentido a esta indenização, relacionando-a a um “discurso de justiça” e ao reconhecimento da negação da identidade das pessoas em uma escala maciça.

No entanto, é certo que a satisfação como forma de reparação pode parecer mais apropriada quando se trata de danos imateriais de tal gravidade e natureza, porque visa diretamente a reparação simbólica do dano. Ela pode assumir formas extremamente variadas, incluindo, por exemplo, o reconhecimento de responsabilidade, a expressão de arrependimento, um pedido formal de desculpas ou um pedido de perdão (TOURME JOUANNET, 2023, p 264. Sem grifos no original).

O reconhecimento da responsabilidade e a reparação devem acabar com o sentimento geral de desvalorização e estigmatização que durou ao longo do tempo, honrando a memória das vítimas e reabilitando as pessoas em termos de igual dignidade e de respeito pela sua diferença etnocultural (TOURME JOUANNET, 2023, p. 264).

A autora defende que decisões que fomentam a preservação e promoção das culturas podem contribuir para dirimir as desigualdades materiais e sociais “devido ao papel extremamente positivo e gratificante que a cultura desempenha”. Da mesma forma, uma indenização financeira pode ser uma forma de reconhecimento “se tiver um significado simbólico que corresponda à aceitação pelo Estado de sua responsabilidade passada por crimes históricos cometidos”. Um exemplo é o da preservação dos direitos dos povos indígenas sobre as florestas de seu território tradicional, “porque esses direitos permitem respeitar sua identidade cultural (a

relação com a floresta) e, ao mesmo tempo, preservar seus recursos econômicos para garantir sua subsistência”. (TOURME JOUANNET, 2023, p. 280).

Nessa perspectiva, Tourme Jouannet (2023, p. 265) faz uma distinção entre, de um lado, o reconhecimento oficial relativo a uma decisão judicial ou um ato de arrependimento ou responsabilidade, e, de outro lado, o trabalho histórico, educacional e cultural de desconstrução e reabilitação.

A noção de reconhecimento alcança certas expectativas que nem o direito e nem a justiça poderão alcançar completamente, porque ela significa aceitar o Outro pelo que ele é e isso não pode ser calculado ou medido apenas pela lei.

(...)

A solução para crimes históricos não é apenas jurídica, mas social, política, educacional e cultural. Para além da justiça feita em um caso concreto, para um crime histórico específico, ou além do que o direito pode encampar através do formalismo de um texto legal sobre o reconhecimento geral de responsabilidade, somente a educação ou a criação de novas instituições podem permitir à próxima geração de ex-colonizados e de ex-colonizadores extrair as lições dos erros e crimes do passado, ajudando a desconstruir as estruturas políticas e morais e as representações culturais subjacentes que tornaram esses crimes possíveis, livrando-se da perpetuação de regras, práticas e instituições estigmatizantes (sem grifos no original).

O Sistema Interamericano tem se destacado por buscar, por meio de suas recomendações e sentenças, que o Estado não apenas indenize as vítimas, mas também modifique as condições estruturais nas quais se originou a violação de um direito humano. Nesse sentido, ele não se limita a estabelecer reparações para as vítimas, mas serve como plataforma para avançar algumas reformas estruturais em termos de instituições, políticas públicas, regulamentos e jurisprudência, com base em recomendações de medidas de não repetição (CIDH, 2018, par. 184).

Levando em consideração o direito consuetudinário, os valores, os usos e costumes dos povos indígenas, o sistema interamericano, em vários casos relativos aos povos originários da América Latina, tem ordenado medidas reparatórias como a demarcação das terras indígenas e a implementação de políticas públicas focalizadas, a exemplo do caso da comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, já citada anteriormente.

Conforme exposto por Tourme-Jouannet (2023, p. 237/238):

Embora os juízes regionais não resolvam todos os casos de direitos humanos, **seu papel é simbolicamente decisivo nas interpretações que eles dão aos direitos de acordo com as referências culturais compartilhadas pelos Estados parte do sistema regional de proteção de direitos de acordo com a sua própria interpretação cultural dos direitos.** Recordam-se (...) algumas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que foram levados em conta de forma bastante completa os

valores e as tradições das comunidades indígenas para redefinir os direitos humanos à sua luz, integrando o direito às identidades culturais como um elemento do direito à vida. Elas também levaram em consideração, de maneira particularmente inovadora (...) a “cosmovisão indígena” entre vivos e mortos para restituir restos mortais e avaliar a natureza particular do dano sofrido. De fato, o trabalho dos juízes ainda é muito marginal no plano internacional, e muitas outras abordagens concretas são realizadas empiricamente para tentar, sem necessariamente teorizar esse gesto como tal, enraizar os direitos em cada terreno cultural particular e atenuar assim a tensão não resolvida entre os princípios universalistas e culturalistas. Nós podemos evocar, assim, a ideia de realizar em alguns países uma ampla consulta “de baixo para cima”, como defendida por Louise Arbour em 2007, quando ela era a Alta Comissária para os Direitos Humanos, já que uma possível conciliação ou não de culturas com os direitos inscritos nos textos internacionais deve ser discutida não com os representantes dos Estados, mas com os grupos diretamente envolvidos na aplicação dos direitos, as pessoas vulneráveis, as minorias, as mulheres e qualquer indivíduo, para que possam expressar como eles cotejam essa possível conciliação. E haveria muito a explorar neste caminho alternativo porque se trata de uma abordagem que tem o mérito de se basear tanto na reflexão sobre os espaços deliberativos como lugar de construção identitária como na reflexão sobre grupos subalternos (sem grifos no original).

As decisões da Corte IDH influenciam no direito interno brasileiro através da efetividade das decisões e sentenças internacionais proferidas, pois a partir do momento que o Brasil adequa sua conduta como o responsável por realizar políticas de Estado para as pessoas do seu país, ele também modifica sua legislação e cria uma rede mais consolidada e mais ampla do que são os direitos humanos e da proteção dos seus nacionais.

A CIDH, no seu citado Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos de 2009, considera que fatores como a vontade política, a existência de mecanismos de participação social, a capacidade de prevenção, a resposta das instituições estatais, o conhecimento da sociedade sobre os seus direitos humanos e a criação de condições propícias ao exercício dos direitos são fundamentais alcançar o cumprimento das obrigações contidas nos instrumentos interamericanos (CIDH, 2009 e CIDH, 2018).

Uma política de reparações abrangente, portanto, não pode se limitar à investigação, restauração, reabilitação e compensação das vítimas diretas. Pelo contrário, conforme dita a jurisprudência do sistema interamericano, o objetivo também deve ser promover a justiça e fortalecer o Estado democrático de direito na região como uma questão coletiva (CIDH, 2018, par.198). Isto inclui todas as medidas de natureza jurídica, política, administrativa e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que garantam que a sua eventual violação seja efetivamente considerada e tratada como um ato ilícito capaz de implicar sanções para quem a

comete, bem como a obrigação de compensar as vítimas pelas suas consequências e evitar a repetição dos acontecimentos com modificações estruturais.

É neste sentido que, diferentemente de outros sistemas regionais, o sistema interamericano tem se caracterizado por recomendar aos Estados a determinação de ações ou políticas públicas, cujo impacto vai além da situação de um caso específico. Estas recomendações específicas visam fortalecer, harmonizar ou formular políticas públicas a partir de uma abordagem de direitos humanos e visam influenciar os desenhos institucionais, as práticas institucionais e a formulação de políticas públicas.

Ainda, cada vez mais tribunais nacionais adotam, na interpretação de sua legislação interna, o controle de convencionalidade¹⁹, ou seja, a aferição da compatibilidade vertical (tanto formal quanto material) quanto aos tratados internacionais de direitos humanos.

Segundo Daniel Cerqueira (2023, P. 240), o “controle de convencionalidade” exige não apenas “utilizar enunciados normativos do tratado internacional, mas também a interpretação da Corte IDH sobre o direito em questão”. Nesse sentido, a própria Corte IDH se manifestou:

Em várias sentenças, este tribunal demonstrou estar ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de Direito e, portanto, são obrigadas a aplicar o disposto na lei.

Mas, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo juízes e outros órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis, também estão sujeitos ao tratado, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de regras contrárias ao seu objeto e finalidade, para que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial das obrigações internacionais. Quer dizer, todas as autoridades estatais são obrigadas a exercer [...] controle de convencionalidade [...] no âmbito das respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. **Nesta tarefa, devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete último da Convenção Americana.** (Caso Gelman vs. Uruguay, 2013 § 66, sem grifos no original).

Dessa maneira, a análise judicial deve passar por um duplo crivo: por um lado, o controle de constitucionalidade e, por outro, o controle de convencionalidade, que abrange não apenas os tratados internacionais de direitos humanos, mas também a

¹⁹ Ver, por exemplo: Corte Constitucional da Colômbia, Sentença 38.713, pars. 9 e segs, mediante a qual, seguindo os precedentes do SIDH, assinalou que o Estado é obrigado a proteger os territórios coletivos contra atos de terceiros.

própria interpretação desses tratados pela Corte Interamericana (CERQUEIRA, 2023, p. 241)²⁰.

A Corte IDH fixa o entendimento, a aplicação e o alcance da interpretação sobre o tema. O juiz nacional fará o controle de convencionalidade em suas decisões e o legislador e o administrador público devem se utilizar desse lastro já analisado e interpretado para a implementação de políticas públicas, sem a necessidade de o seu país ser demandado pelo mesmo tema. Caso a atuação dos juízes nacionais seja acanhada, deduz-se a necessidade de investimento na formação e atualização dos magistrados, dos servidores e dos acadêmicos, desde a formação ofertada nas universidades sobre a matéria de direito internacional, para que sejam mais receptivos e coerentes na interpretação e aplicação dos direitos humanos.

Nesse sentido, o trabalho envolvendo o eixo reparatório oferecido pelo sistema interamericano de direitos humanos é fundamental, pois, no Brasil, persiste ainda, entre muitos grupos e atores domésticos, inclusive agentes públicos, o desconhecimento e uma falsa percepção de irrelevância do sistema interamericano de direitos humanos. Provocar o sistema interamericano no sentido de criar maior exposição do Brasil a recomendações e condenações é essencial para tensionar as resistências e familiarizar os atores judiciais aos padrões internacionais de direitos humanos, o que exige a construção de conhecimento especializado para que atores sociais, e os povos indígenas, em particular, possam litigar no sistema interamericano.

É possível pressupor, assim, que quanto mais abrangente for a divulgação das determinações da Comissão e da Corte IDH, maiores serão as chances de que indivíduos adquiram maior confiança e sofisticação na sua capacidade de identificar normas e convenções legais para apontar problemas, indicar responsáveis e defender suas causas. Assim, essas pessoas que antes se consideravam desamparadas passam a acreditar que têm capacidade para alterar seu destino e começam a exercer influência sobre as dinâmicas político-jurídicas domésticas para a superação dos

²⁰ Hoje, existem mais de 300 processos de demarcação de terras indígenas instaurados em todo o território nacional, e, no recente julgamento do RE 1.017.365/SC, em 21 de setembro de 2023, o STF decidiu, por 9 votos a 2, que o reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se sujeita ao critério do marco temporal, adotando, em contraposição, a teoria do Indigenato. Tal decisão foi proferida no caso sobre a disputa pela posse da área Ibirama-Laklãnõ administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina, ocupada pelos indígenas Xokleng, Guarani e Kaingang. A decisão, paradigmática, seguiu o voto do relator Edson Fachin, com menções a inúmeros casos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas quais se reconheceu a relação fundamental dos povos indígenas com seu território ancestral.

entraves fáticos ou juridicamente complexos que possam obstaculizar o cumprimento das determinações da Corte

Robles (2012, p. 143) salienta que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm um impacto que extrapola os limites específicos de cada caso concreto, pois

(...) costumam se converter em casos emblemáticos e servem como fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os tribunais nacionais, já que tratam de questões transcendentais que requerem solução à luz da Convenção Americana. (...) As decisões influenciam os países da região, por meio de reforma legais ou mudança da jurisprudência local, que incorporam os standards fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao direito interno.

A atuação do SIDH favorece progressivamente a proteção do ser humano, por meio de influência política, ao invés de coerção. Ela fomenta importantes metamorfoses políticas, jurídicas, legislativas e culturais, promovendo o debate acerca dos direitos humanos. Assim, estabeleceu-se como um importante ator de *advocacy* por si mesmo.

A Comissão, em particular, desenvolveu um conjunto de ferramentas para além dos casos individuais que vão desde a diplomacia pública sob a forma de comunicados de imprensa, audiências públicas, visitas no local, medidas cautelares, negociações a portas fechadas com funcionários do Estado e peticionários individuais.

Além disso, as sentenças da Corte têm um valor educacional para a sociedade, pois ao determinar ao Estado a obrigação de reparar violações de direitos humanos, elas promovem a conscientização quanto à verdade e à ilegitimidade dos atos violadores, de forma a evitar sua repetição.

O fortalecimento da cultura dos direitos humanos é, inclusive, exigência usual nas sentenças da Corte. A promoção de uma sólida cultura de proteção dos direitos humanos gera a conscientização e a mobilização da sociedade civil, além de gerar sensibilidade nos agentes estatais para a prevalência dos direitos humanos. Nesse cenário, a postura omissiva dos agentes estatais é gradativamente substituída por um comportamento proativo e imparcial, comprometido com a efetiva reparação dessas violações.

Os peticionários buscam a CIDH não somente para encontrar soluções para casos individuais, mas também para criar precedentes que terão um impacto na política, legislação e sociedade. A estratégia é fazer com que o caso seja um exemplo

de mudança social. Assim, o ativismo jurídico transnacional na OEA é qualitativo (VIEIRA, 2015, p. 168).

No que tange aos direitos dos povos indígenas, em um contexto nacional marcado não só por retrocessos significativos no campo da legislação indigenista, mas também por omissões, violações e manifestações públicas discriminatórias de atores estatais, esse efeito é particularmente importante, pois a litigância estratégica e o acionamento de mecanismos do direito internacional podem abrir espaço para rediscutir a agenda política, permitindo que os indígenas e seus aliados se contraponham a atos e normas contrários aos direitos internacionalmente consagrados. Desse modo, os povos indígenas podem utilizar essas táticas como uma estratégia de pressão, num esforço de gerar ação responsiva do Estado.

Ademais, a facilitação da mobilização coletiva em favor dos povos indígenas decorrente desses efeitos pode ainda estimular outros tipos de ações e iniciativas políticas que não apenas aquelas restritas ao âmbito jurídico-legal, como táticas de lobby e campanhas midiáticas e de comunicação.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou verificar o impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil.

Para tanto, demonstrou-se, no Capítulo 1, o histórico de exclusão e violência aos povos indígenas desde o processo de ocupação do território brasileiro pelos europeus até os dias atuais, trajetória e mudanças na política indigenista na história brasileira, assim como a negligência estatal no cumprimento das normas jurídicas protetoras e políticas públicas em relação a este grupo.

Abordou-se, ainda nesse capítulo, que o Direito Internacional Clássico, respaldado pela doutrina dominante e pelos textos jurídicos da época anterior ao período da descolonização, atuou como um instrumento de dominação e discriminação, impondo um padrão civilizatório formado ao espelho da cultura euro-americana.

Apontou-se, conforme a teoria crítica dos Direitos Humanos, a necessidade de se pensar a justiça para os povos indígenas a partir das desigualdades por eles vividas, e não com base no idealismo abstrato que os coloca como “objetos”, e não “sujeitos”, das políticas indigenistas.

Ainda, defendeu-se que a mera edição de normas legais não garante a efetividade prática do direito, havendo, assim, um descompasso entre aquilo que se preconiza no plano teórico e o que realmente ocorre na prática.

No Capítulo 2, traçaram-se os caminhos do processo de Internacionalização dos Direitos Humanos e da evolução dos direitos à diversidade cultural, à autodeterminação e à consulta livre, prévia e informada, culminando com o desenvolvimento do “Direito Internacional ao Reconhecimento”.

Verificou-se que, para que ocorresse uma modificação no plano internacional dos direitos dos povos indígenas, foi necessária a oposição exercida por eles no âmbito político e jurídico, através da resistência civil.

Ainda nesse capítulo, destacou-se que, especialmente após a Guerra Fria, passou a florescer um novo paradigma voltado ao reconhecimento, surgindo também constatações sobre a existência de injustiças específicas, de cunho cultural, e não somente socioeconômico, oriundas das negações desse reconhecimento. Demonstrou-se que essas injustiças são originadas do desprezo por uma identidade,

pelo valor de uma cultura e de um modo de vida e provocam sentimentos de indignação, falta de autoestima, humilhação e, finalmente, de injustiça, promovendo um sofrimento insuportável que pode se radicalizar, levando a conflitos extremamente violentos.

Abordou-se o “Direito Internacional do Reconhecimento” como sendo um apelo à responsabilidade do Estado, que se enquadra em três frentes: i) na positivação do reconhecimento da diversidade cultural; ii) na concessão de direitos específicos para a preservação da identidade de determinados grupos e indivíduos, e; iii) na reparação dos crimes históricos cometidos.

No terceiro e último Capítulo, apresentou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seus órgãos de atuação – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos -, a evolução de sua jurisprudência em relação aos povos indígenas e, por último, abordou-se o impacto dessa jurisprudência no direito ao reconhecimento dos povos indígenas no Brasil.

Defendeu-se que as três frentes de atuação defendidas por Tourme Jouannet (2023) para concretização do Direito ao Reconhecimento foram utilizadas como paradigma pela jurisprudência da Corte, ao defender o reconhecimento da diversidade de culturas, a concessão de direitos específicos que permitem preservar a identidade do grupo e o reconhecimento dos danos causados no passado e a reparação de crimes históricos.

Demonstrou-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em vários casos relativos aos povos originários da América Latina, determinou a adoção de medidas de reparação, como a organização de eventos culturais, a criação de fundações, pedras memoriais, museus ou associações para ajudar as populações indígenas, a exemplo do caso da comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai²¹.

Defendeu-se que o reconhecimento da responsabilidade e a reparação dessa injustiça histórica deveriam acabar com o sentimento geral de desvalorização e estigmatização que durou ao longo do tempo, designando o culpado, revelando a amplitude dos crimes cometidos, honrando a memória das vítimas e reabilitando as pessoas.

Ofereceu-se, como resposta, a ideia de que a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos defende a implementação de mudanças

²¹ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em 22 de jun 2022.

estruturais, através da construção de políticas públicas para dar efetividade às normas jurídicas já positivadas no ordenamento e a reparação dos crimes históricos cometidos.

Abordou-se que, no Brasil, não obstante se tenha positivado diversos direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico, não há políticas públicas concretas suficientes para a preservação da identidade dos grupos indígenas e tampouco a reparação dos crimes históricos cometidos.

Asseverou-se que a Corte Interamericana, ao contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos, tem o poder de determinar, para além de indenizações compensatórias, outras medidas que modifiquem as condições estruturais nas quais se originou a violação, inclusive de natureza legislativa para a adequação à Convenção Americana do ordenamento jurídico interno do Estado denunciado, um ato público de reconhecimento de responsabilidade e de desagravo à memória das vítimas, a criação de um “fundo de desenvolvimento comunitário”, a capacitação a funcionários públicos e educação à sociedade em direitos humanos, através de um trabalho histórico, educacional e cultural de desconstrução e reabilitação.

Lembrou-se que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação que atrele às decisões internacionais os meios coercitivos disponíveis para a execução de sentenças domésticas. Entretanto, as decisões da Corte Interamericana impactam o Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil através da sua influência, tanto no Poder Judiciário quanto nos demais poderes e na opinião pública em torno de seus casos. Em relação ao judiciário, a análise de um caso similar ao paradigma julgado pela Corte Interamericana deve passar por, além do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, que abrange não apenas os tratados internacionais de direitos humanos, mas também a própria interpretação desses tratados pela Corte Interamericana.

Asseverou-se, ainda, que as sentenças da Corte têm um valor educacional para a sociedade, pois ao determinar ao Estado a obrigação de reparar violações de direitos humanos, elas promovem a conscientização quanto à verdade e à ilegitimidade dos atos violadores, de forma a evitar sua repetição, além de gerar sensibilidade nos agentes estatais para a prevalência dos direitos humanos.

Desta maneira, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, de analisar o impacto da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Direito ao Reconhecimento dos Povos Indígenas no Brasil, verificou-se que tais decisões não

somente encontram soluções para casos individuais, mas também criam precedentes que terão um impacto no Poder Judiciário, na política, na legislação e na sociedade como um todo, através de um exemplo de mudança social.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner [et al.]. **AVÁ-GUARANI**: a construção de Itaipu e os direitos territoriais. Brasília: ESMPU, 2019.

ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Jatayvary**: Portaria n. 199/PRES/FUNAI de 09 de abril de 1999. Rio de Janeiro, 2005

AMADO, Luiz Henrique Eloy. **POKÉ'EXA ÚTI**. O Território Indígena como Direito Fundamental para o Etnodesenvolvimento Local. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2013.

_____. **Terra Indígena e Legislação indigenista no Brasil**. Cadernos de Estudos Culturais. Povos Indígenas. Volume 1. Número 13. Campo Grande: Ed. UFMS, Jan/Jul 2015. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/cadec/issue/view/283> . Acesso em 05 nov 2022.

ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas**: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

ANDRIGHETTO, Aline e CENCI, Daniel Rubens. **Proteção das terras indígenas no Brasil**. Ecologia política e a efetivação da justiça ambiental. In: Revista Nuevo Humanismo, v. 5 n. 1, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15359/rnh.5-1.2> Acesso em 04 Out 2021.

APARICIO, Adriana Biller. **O instituto do Indigenato e Teoria Crítica**: A possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina**: un panorama. Bolívia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Gobierno de México/Abya Yala/Banco Mundial, 2003.

BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional**: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, nº 15, dez. 2011.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. **Movimentos sociais e movimento indígena – etnia e classe social**: caminhos que cruzam, mas não se confundem. Revista Transversos. Dossiê: Novos paradigmas de desenvolvimento para a América Latina: (re)emergência étnica e resistência indígena no tempo presente. Rio de Janeiro, nº. 25, 2022. p. 11-32. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/transversos/article/view/68864. ISSN 2179-7528. DOI: 10.12957/transversos.2022.68864. Acesso em fev 2024.

BORGES DA SILVA, Letícia. **Povos Indígenas, Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho)**. In: Flávia Piovesan. (Org.). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006, v. I.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade**. Novos Estudos Jurídicos (Online), 2014, v. 19, p. 201-230.

BRASIL. Ministério da Cultura. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. Brasília: MEC, [s.d]. Disponível em: <https://antt.dglab.gov.pt/wp-content/uploads/sites/17/2010/11/Carta-de-Pero-Vaz-de-Caminha-transcricao.pdf>. Acesso em 22 abr 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1017365**, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-02-2024 PUBLIC 15-02-2024.

BRINGMANN, Sandor Fernando. **Entre os Índios do Sul: Uma análise da atuação indigenista do SPI e de suas propostas de desenvolvimento educacional e agropecuário nos Postos Indígenas Nonoai/Ser Xapecó/SC (1941-1967)**. Tese (Doutorado História). Florianópolis, SC: UFSC. 2015

CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco. **Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 95-113. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69482>. Acesso em 08 nov 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A visão humanista do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

_____. **Compliance with Judgments and Decisions: The Experience of the Inter-American Court of Human Rights: a Reassessment**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 13, n. 13, p. 29-36, 2013.

_____. **El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos**. Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

_____. **El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional**, in XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA, 2001.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos**. 1997. In: Revista IIDH, 26. San José, IIDH,

1997, pp. 11-46. Disponível em <https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/5c116eea-b379-4fba-b4ee-5fa509c4ffe4/content>). Acesso em 16 Set 2023.

_____. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século**: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001.

CERQUEIRA, Daniel Lopes e GARZÓN, Biviany Rojas. **Coletânea e sistematização analítica de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à consulta e o consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tribais**. In SILVA, Liana Amin Lima da [et al.] Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada. São Paulo: ISA - Instituto Socioambiental: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2023

COLAÇO, Thais Luzia. **Os “novos” direitos indígenas**. In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* (Coord.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-123.

_____. **“Incapacidade” indígena**: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2009.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: dados de 2019**. Brasília: CIMI, 2019. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>>. Acesso em 13 set 2021.

_____. **Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: dados de 2021**. Brasília: CIMI, 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>. Acesso em 20 out 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Legislação Indigenista no Século XIX**. São Paulo, Edusp, 1992.

DELFINO, Marco Antonio. **Super-representação dos kaiowá e guarani no sistema penitenciário**: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo/RS: Karywa. 2020.

FRASER, Nancy; HONNETH, Alex. **From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice In ‘Post-Socialist’ Age**. New Left Review, London, UK, v. 1, n.212, p. 68-93, jul./ago.1995.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Dados Demográficos da população indígena no Brasil**. Publicado em 12/11/2013. Disponível em <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em 25 nov. 2022.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Contexto, 2012.

GUERRA, Vânia M.L. **Indígenas e identidades**: um olhar discursivo sobre a luta pela terra. In ROSA, Andrea M.; MARQUES, Cintia N.; SOUZA, Claudete C. de; DURIGAN, Marlene. Povos Indígenas: reflexões interdisciplinares. São Carlos: Pedro & João, 2012.

HAESBAERT, Rogério. **Des-caminhos e perspectivas do território**. In: RIBAS, A. D. et. al.(orgs). Território e desenvolvimento: diferentes abordagens. Francisco Beltrão: Unioeste, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

IHERING, Hermann von. **A Anthropologia do Estado de São Paulo**. Revista do Museu Paulista. São Paulo: Typ. Cardoso & Filho e Cia. 1907. Disponível na Biblioteca Digital Curt Nimuendaju, através do link: <http://biblio.etnolinguistica.org/ihering-1907-anthropologia>. Acesso em: 15 dez 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Atlas da Violência 2017**. Média calculada a partir dos dados constantes das páginas 12-13. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf Acesso em Set 2020.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. **A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**: Origem, Conteúdo e Mecanismos de Supervisão e Aplicação, 2009. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/zazab023/a-conveno-169-da-oit-sobrepovos-indgenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-desuperviso-e-aplicao>. Acesso em: 14 nov 2023.

MARTINS, Pedro Paulo Scremin. **Revisitando a teoria da justiça de Nancy Fraser**: velhas e novas questões. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

MATTOS, Fernando da Silva. **A proteção dos direitos indígenas pelo Ministério Público**: uma análise da perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf> . Acesso em: 02 dez 2023.

_____. Comissão Econômica para a América Latina. (CEPAL). **Panorama Social de América Latina**. Santiago de Chile: ONU/CEPAL, 2006.

_____. Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL). **Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas**. Santiago: ONU, 2006.

_____. Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. **Observação Geral nº 21, de 21 de dezembro de 2009**. E/C.12/GC/21

_____. Conselho de Direitos Humanos. “**Relatório do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas, James Anaya**.” Documento da ONU A/HRC/12/34, 15 de julho de 2009.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em 30 nov 2023.

_____. Fórum Permanente sobre Questões Indígenas. **Relatório consolidado sobre indústrias extrativas e seus efeitos sobre os povos indígenas**. E/C.19/2013/16. 20 de fevereiro de 2013.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas**. 2018.

_____. **Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas**. 2010. Disponível em: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/derechos-humanos-temala-responsabilidad-empresarial-.raw?tmpl=component>>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Síntese. 2015. Disponível em <https://hdl.handle.net/11362/37773>. Acesso em 17 fev 2024.

_____. UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**, 2005. Promulgada pelo DECRETO Nº 6.177, DE 1º DE AGOSTO DE 2007. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em 29 nov 2023.

_____. UNESCO. **Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural**, 2001. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf>. Acesso em 29 nov 2023.

_____. UNESCO. **Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular**, 1989. Disponível em

<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20Paris%201989.pdf>. Acesso em 29 nov 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Acceso a la justicia e inclusión social**: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Direito à autodeterminação dos Povos Indígenas e Tribais**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>. Acesso em 30 nov 2023.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais**. Normas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 Dez 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>. Acesso em Set 2020.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe sobre la población nicaragüense de origen miskito**. 1983. Disponível em: <https://cidh.oas.org/countryrep/Miskitosesp/Indice.htm>. Acesso em 29 nov 2023.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Mulheres indígenas e seus direitos humanos nas Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/17, 2017

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Políticas públicas con enfoque de derechos humanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de septiembre de 2018. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18. Disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>. Acesso em: 23 jan 2024.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Povos indígenas, comunidades afrodescendentes e recursos naturais**: proteção dos direitos humanos no contexto das atividades extrativistas e de desenvolvimento. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Povos Indígenas em isolamento voluntário e contato inicial nas Américas**: Recomendações para o pleno respeito pelos seus direitos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Documento 47/13, 2013.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos** (OEA documentos oficiais; OEA/Ser.L) Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 31 de dezembro de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. Disponível em <https://cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em: 23 jan 2024.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9 12 fevereiro 2021. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 21 nov 2022.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em Set 2020.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Artavia y Otros Vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de Novembro de 2012. Série C, nº. 257.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Yatama vs. Nicarágua**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C, nº. 127.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C, nº. 212.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C Nº 125.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C No. 214

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Garífuna de Punta Piedra y Triunfo de la Cruz e seus associados vs. Honduras**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C, nº. 304

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>, acesso em 09 dez 2023.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Disponível em: <www.cidh.org>. Acesso em: 15 de set. 2022.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº. 124.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala**. Fondo. Sentença de 29 de abril de 2004

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador**. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>, acesso em 09 dez 2023

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C N° 172

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname**. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C, n°. 185.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso dos povos indígenas Kuna de Madun-gandí e Emberá de Bayano e seus integrantes vs. Panamá**. Mérito, Reparaciones e Custas. Acórdão de 14 de outubro de 2014, Série C, n°. 284

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Mérito, Reparaciones e Custas. Acórdão de 25 de novembro de 2015. Série C, n°. 309.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva 22/2016**, 2016

_____. **Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas**. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em 18 fev 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf> Acesso em 30 nov 2023.

_____. **Manual para los mandantes tripartitos de la OIT**, Oficina Internacional de Trabajo, documento OIT, Ginebra, 2013, p. 12. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf. Acesso em: 30 de jan de 2023

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. In Revista Direitos Emergentes Na Sociedade Global, 3(1), 2014, 76–101. Disponível em <https://doi.org/10.5902/2316305416282> Acesso em 15 nov 2022.

POZZATTI JUNIOR e SOARES, Gabriel de Olivera. **Direito Internacional do Reconhecimento na América do Sul?** Discutindo a Cooperação Internacional Brasileira para a Diversidade Cultural e de Identidade. 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2022/11/5.9.pdf> Acesso em: 05 dez 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Direitos dos povos indígenas**: da Nova Espanha até a modernidade. In: 266 WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). Direito e Justiça na América Indígena: da conquista a colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ROBLES, Manuel E. Ventura. **Impacto de las reparaciones ordenadas por La Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales**. Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 56, 2012

ROCKENBACH, Ramiro. **Para além dos direitos humanos**: uma defesa da vida e a paz como caminho comum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTANA JUNIOR, Jaime Ribeiro de. **Produção e Reprodução Indígena**: o vir e o porvir na Reserva de Dourados. Campo-Território: revista de geografia agrária. V. 5, n. 9, p 203-236, fev., 2010.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

TAYLOR, Charles. (Org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998

TOURME JOUANNET, Emmanuelle. **Direito Internacional do Reconhecimento**. Tradução de Ademar Pozzatti Júnior. Revista de Direito Internacional. v. 17. n. 2. p. 404-422, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i2.65760>. Acesso em: 05 dez 2023

_____. **O que é uma sociedade internacional justa?** O Direito Internacional entre o desenvolvimento e o reconhecimento. Tradução de Ademar Pozzatti. Porto Alegre: Sulina, 2023.

TROQUEZ, M. C. C. **Professores índios e transformações socioculturais em um cenário multiétnico:** a Reserva Indígena de Dourados (1960-2005). 2006. Dissertação (Mestrado História). Dourados, MS: UFGD.

VERDUM, Ricardo. **Povos Indígenas no Brasil:** o desafio da autonomia. In: Ricardo Verdum. (Org.). Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 91-111.

VIEIRA, Flávia do Amaral. **Direitos Humanos e Desenvolvimento na Amazônia:** Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2015. Dissertação (Mestrado Direito). Florianópolis, SC: UFSC.

WENCES, Isabel. **Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueblos originarios.** Lecturas desde la teoría de la justicia de Nancy Fraser. Instituto Universitario de Estudios Latinoamericanos, IELAT (España) 2020. Disponível em <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/14343/13596>. Acesso em 08 nov 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novos pressupostos para a temática dos Direitos Humanos.** In: RUBIO, D. S.; FLORES, J.H.; CARVALHO, S. (Org.). Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. 2ª edição. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

_____ et al. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva.** São Paulo: Saraiva, 2012.