

**AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS
POVOS INDÍGENAS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL:
ESPECIAL REFERÊNCIA AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E AO
DIREITO BRASILEIRO**

CATHERINE MAIA/ RAFAEL CLEMENTE OLIVEIRA DO PRADO

Introdução

Segundo o primeiro *Relatório mundial sobre a situação dos povos indígenas* da ONU divulgado em Janeiro de 2010, os povos indígenas perfazem atualmente mais de 370 milhões de indivíduos em todos os continentes, o que representa em torno de 5% da população mundial e 10% da população da América Latina¹. Somente em território brasileiro, por exemplo, existem cerca de 220 povos indígenas, que falam aproximadamente 170 línguas diferentes, distribuídos em 604 terras indígenas reconhecidas pelo governo federal, o que corresponde a 12,5% do território nacional (106 359 281 ha), com uma esmagadora concentração na Amazônia². Contudo, os cerca de 460 000 Indígenas vivendo atualmente no Brasil não representam mais do que 0,25% da população nacional, o que demonstra bem, após quinhentos anos de presença do não -Indígena e apesar de uma aumento nos últimos anos, que estas vítimas de um verdadeiro processo de genocídio passaram de maioria a ultraminoria³.

Ora, já não é de hoje que devemos admitir que a humanidade muito deve aos povos indígenas: “São povos que fazem parte da história da humanidade. Que têm ainda muito a dizer quanto à medicina, botânica, relação humana e sustentabilidade”⁴. De facto, durante muitas gerações, eles desenvolveram um conhecimento tradicional holístico de suas terras, recursos naturais e meio ambiente. Contudo, tem sido lento o reconhecimento da importância da inter-relação entre o meio natural, seu desenvolvimento sustentável e o bem-estar cultural, social e económico dos povos indígenas, em paralelo com o desenvolvimento das

¹ ONU, *State of the World's Indigenous Peoples*, Secretariado do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, Nova York, 2010, pág. 21 (disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf).

² Tendências demográficas: uma análise dos Indígenas com base nos resultados da amostra dos censos demográficos 1991 e 2000, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2005, págs. 14-15 (disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/indigenas/indigenas.pdf).

³ Dados disponíveis no site da Fundação Nacional do Índio (FUNAI): <http://www.funai.gov.br/index.html>.

⁴ Germano Luiz Gomes VIEIRA, « Da ONU à OEA: uma breve análise sobre o direito dos povos indígenas », *Pensar Jurídico*, 2008-II, vol. 3, pág. 1 (disponível em: <http://promovebh.com.br/revistapensar/>).

organizações internacionais na segunda metade do século XX. À medida que os povos indígenas conseguiram fazer representar os seus interesses no seio das organizações internacionais empenhadas na salvaguarda dos direitos humanos, estas últimas têm vindo a desempenhar um papel essencial para o fomento da promoção, fortalecimento e aplicação efetiva dos direitos desses povos.

Este artigo não pretende idealizar, muito menos satanizar a figura do indígena, tampouco fornecer uma análise exaustiva ou um estudo historiográfico das organizações internacionais ao navegar no abrangente campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Muito menos se trata de um estudo fundiário ou antropológico a respeito dos povos indígenas.

A intenção consiste em descrever as novidades trazidas pelas organizações internacionais – focando o estudo na Organização das Nações Unidas (ONU) e na Organização dos Estados Americanos (OEA) – no que diz respeito à proteção dos direitos dos povos indígenas, sendo este o *leitmotiv* de uma análise holística entre os principais instrumentos internacionais universais e regionais protetores, o que nos vai conduzir sucessivamente a expor o movimento de consolidação dos direitos dos povos indígenas (I), a proteção destes direitos no sistema onusiano (II) e no sistema interamericano (III), antes de concluir com algumas reflexões sobre os desafios futuros (IV).

I. O fortalecimento do arsenal protetor dos direitos dos povos indígenas no âmbito universal

Para melhor delinear os contornos do estudo, faz-se mister, antes de mais nada, esclarecer o conceito de povo que fora eleito para tratar da categoria de povos indígenas. Não se adotou a expressão “*primeiras nações*” ou “*povos originários*”, “*autóctones*” ou “*aborígenes*”, e sim “*povos indígenas*”, pelo facto da utilização desta última designação ser consensual no âmbito da doutrina interamericana⁵, e por ser a que melhor ilustra

⁵ Consoante a jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos:

“*Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto-identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las*

conceitualmente a ideia pretendida neste trabalho, ou seja, visualizar o Indígena em justaposição à sociedade abrangente, mas ao mesmo tempo fazendo plenamente parte do povo-Nação. Desta forma, levando em consideração que a discussão em torno da matéria faz menção da palavra “*povo*”, ao se referir a povos indígenas, há de se fazer a distinção entre o conceito jurídico-político de povo *per se*⁶, e o de povo indígena⁷, no sentido de identificar os Indígenas como um grupo étnico diferenciado dentro das sociedades nacionais abrangentes.

Remetendo-nos à definição apresentada pelo Relator Especial das Nações Unidas, José R. Martínez Cobo, e adotada pela doutrina internacional especializada, o conceito de povo indígena pode ser apresentado da maneira seguinte:

“Povos, comunidades e nações indígenas serão aqueles que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-invasão e pré-coloniais que se desenvolveram nos seus territórios, se consideram distintos de outros setores das sociedades agora prevalentes nesses territórios ou em parte deles. Atualmente, representam setores não dominantes da sociedade e estão determinados em preservar, desenvolver e transmitir às gerações futuras os seus territórios ancestrais e a sua identidade étnica, com base da sua existência

legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación” (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, mérito, reparaciones e costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, série C n°66, §83).

⁶ A esse respeito, Friedrich MÜLLER afirma: “*Em termos bem genéricos, a iconização reside por igual também, (...) no empenho de unificar em “povo” a população diferenciada, quando não cindida pela diferença segundo o género, as classes ou camadas sociais, frequentemente também segundo a etnia e a língua, a cultura e a religião*”; “*Quem é o povo? Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de ‘massas’ das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de ‘todo’ o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até mesmo) sub-integradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu” (Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia, São Paulo-SP, Max Limonad, 2000, respetivamente págs. 72 e 100, grifado no texto original).*

⁷ A definição de povos indígenas utilizada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) é a seguinte: “*(...) es un término que se refiere a los pueblos que cumplen los siguientes tres criterios: (i) son descendientes de los pueblos que habitaban la región de América Latina y el Caribe en la época de la Conquista o la colonización; (ii) cualquiera que sea su situación jurídica o su ubicación actual, conservan, parcial o totalmente, sus propias instituciones y prácticas sociales, económicas, políticas, lingüísticas y culturales; y (iii) se auto-adscriben como pertenecientes a pueblos o culturas indígenas o precoloniales”.* Política operativa sobre pueblos indígenas, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, Washington, 22 de Febrero de 2006, §1.1.

continuada como povos, de acordo com os seus próprios padrões culturais, instituições sociais e sistemas jurídicos”⁸.

Esta definição permite assim destacar os quatro elementos que caracterizam os povos indígenas em Direito Internacional: a anterioridade histórica, uma cultura distinta da sociedade abrangente, a posição não dominante e a auto-identificação⁹. Enquanto os três primeiros são elementos objetivos tendo a ver com a história, a estreita relação geográfica, um idioma comum, uma identidade cultural, social, política e económica própria, já o último é um elemento subjetivo relativo ao sentimento de pertença do indivíduo a um grupo que o deve por seu turno aceitar, os Índios costumando se auto-designar como os descendentes dos habitantes originários de um país.

Partindo desta definição, deve-se asseverar, antes de mais nada, que o direito dos povos indígenas está intimamente associado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, se o conceito de povos indígenas se define pela sua historicidade, tendo raízes e especificidades culturais próprias decorrendo do seu processo de afirmação como povo, também se define pela sua contemporaneidade, a qual pressupõe o reconhecimento da sua óbvia existência atual e a garantia dos seus direitos individuais e coletivos. É, portanto, imperativo que cada Estado persiga penalmente aqueles que infringem o direito à vida, à integridade física, ou que realizam outros tipos de violação dos direitos humanos.

No âmbito regional das Américas em particular, essas obrigações exigem um certo nível de cooperação entre os Estados. De facto, para alguns tipos de violações, tal como o genocídio praticado contra povos indígenas, considerado um crime de lesa-humanidade¹⁰, há

⁸ José R. Martínez COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, §379 (nossa tradução).

⁹ É de notar que se os elementos de “*cultura distinta*” e de “*posição não-dominante*” também integram a definição de minoria nacional, enquanto os demais elementos de “*anterioridade histórica*” e de “*auto-identificação*” são específicos aos povos indígenas.

¹⁰ Como se sabe, embora o termo “genocídio” tenha sido criado em 1944 por Raphael LEMKIN em vista a descrever as atrocidades cometidas na Europa pelos nazis contra os judeus e ciganos (Axis rule in occupied Europe, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944, págs. 79ss), o fenómeno não é novo: “*Depuis les temps les plus reculés, l’extermination de groupes ethniques, raciaux ou religieux, a été une pratique répandue, et reliée à tour de rôle à l’un des trois facteurs suivants : les guerres de conquête, dont l’issue habituelle était le massacre de la population des pays vaincus, la religion, qui a souvent justifié l’extermination de groupes religieux adversaires, et troisièmement, et jusqu’à une époque récente, la domination coloniale des puissances européennes en Amérique latine, en Asie et en Afrique, qui a constitué l’occasion ou la cause de la destruction d’ethnies entières ou de populations indigènes*” (Antonio CASSESE, « La communauté internationale et le

uma obrigação – e isto se deriva do regime de responsabilidade agravada ligado à violação das normas internacionais do *jus cogens* – de inquirir, investigar, punir ou extraditar as pessoas responsáveis. Devido à particular gravidade de tais crimes, a sua persecução penal não pode ser renunciável. Esta posição foi nitidamente defendida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos bem como pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que desenvolveram uma constante e sólida jurisprudência contra as leis prescrevendo a amnistia, a prescrição ou cláusulas de exceção da responsabilidade relacionadas ao desrespeito dos direitos humanos, inclusive em se tratando especificamente de direitos dos povos indígenas. Pois, esses mecanismos, além de ter que ser considerados nulos *ab initio* por serem contrários ao *jus cogens*, não só despojam as famílias das vítimas da oportunidade de conhecer a verdade e de receber uma adequada compensação, mas também impedem investigar e punir os responsáveis por violações graves dos direitos humanos, conformemente à obrigação do artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969 que impõe adotar em direito nacional todas as disposições necessárias para dar cumprimento aos direitos e liberdades consagrados na Convenção¹¹.

génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pág. 183).

A sua proibição é hoje reconhecida como fazendo parte das normas imperativas do direito internacional: “(...) a exigência da repressão do crime de genocídio é uma norma de *jus cogens* essencial para a ordem pública internacional, pois nenhum povo da terra pode sentir-se razoavelmente seguro de sua existência, e portanto à vontade e em casa no mundo, na medida em que se admita o genocídio como probabilidade futura. Este é o fundamento último e o significado da prevenção e da repressão ao genocídio, que requer para a sua tutela um Direito Internacional Penal que responsabilize individualmente – a fim de haver a possibilidade da liberdade numa perspectiva *ex part populi* – governantes e aqueles que, ao cumprirem e executarem as suas determinações, criaram – e podem recriar – um ‘estado totalitário de natureza’, gerador de selvajaria que deliberadamente tornou homens sem lugar no mundo” (Celso LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, pág. 183).

A propósito do reconhecimento da proibição do genocídio como norma imperativa, *vide* Catherine MAIA, *Le concept de jus cogens en droit international public*, tese de Doutorado em Direito, Universidade de Borgonha (França), 2006, págs. 552-555.

¹¹ *Vide*, em particular, na jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, os casos seguintes: *Barrios Altos vs. Peru*, mérito, sentença de 14 de março de 2001, série C n°75, §41; *Caracazo vs. Venezuela*, reparações e custas, sentença de 29 de agosto de 2002, série C n°95, §119; *Molina Theissen vs. Guatemala*, reparações e custas, sentença de 3 de julho de 2004, série C n°108, §84 ; *19 comerciantes vs. Colombia*, mérito, reparações e custas, sentença de 5 de julho de 2004, série C n°109, §262 ; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, mérito, reparações e custas, sentença de 22 de novembro de 2004, série C n°117, §130 ; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, mérito, reparações e custas, sentença de 1 de março de 2005, série C n°120, §172 ; *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, mérito, reparações e custas, sentença de 28 de

Ademais, além da forma radical do genocídio, muitas vezes se perpetra um crime silencioso e sutil contra os povos indígenas, que não os aniquila fisicamente mas culturalmente. O etnocídio é então o termo usado para descrever a destruição da cultura de um povo, em vez do povo em si mesmo¹².

Enquanto a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1951 define o genocídio como atos cometidos contra grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, o etnocídio se refere apenas a crimes motivados pela etnicidade. Neste contexto, a progressiva destruição de uma cultura por outra mais poderosa, neste caso a cultura indígena pela da sociedade abrangente, conduz à aculturação e aniquilação dos valores sociais e morais tradicionais da sociedade dominada, levando a desintegração e o desaparecimento de povos considerados como “*sociedades liminares, em algum lugar entre a selvajaria e a modernidade, empobrecidas e destinadas à extinção*”¹³.

O etnocídio foi, e ainda é, frequentemente praticado pelas sociedades de tipo industrial, com o objetivo de adaptarem, “pacificarem” ou transformarem as sociedades ditas “primitivas” ou “atrasadas”, geralmente a pretexto de um ideal de progresso e desenvolvimento, a única alternativa sendo a sua assimilação ou o seu desaparecimento, mediante uma morte lenta, num processo sem volta¹⁴.

Nessa vereda, pode-se entender, portanto, que os direitos dos povos indígenas amparados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos através da sua concepção contemporânea, caracterizada pela sua universalidade e indivisibilidade fazem parte da

novembro de 2005, série C n°138, §98; *Almonacid Arellano y otros vs. Chili*, exceção preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 26 de setembro de 2006, série C n°154, §§50, 99, 150-153.

Para uma análise do conceito de *jus cogens* e das consequências da sua violação na jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, vide Catherine MAIA, « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme », in Ludovic HENNEBEL, Hélène TIGROUDJA (dir.), *Le cinquantième anniversaire de l’adoption de la Convention américaine des droits de l’Homme*, Bruxelas, Bruylant, 2009, págs. 271-311.

¹² Vide Pierre CLASTRES, *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política* (tradução do francês por Paulo Neves), São Paulo, Cosac & Naif, 2004, págs. 54-63.

¹³ Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 2003, pág. 37 (nossa tradução).

¹⁴ Nestas sociedades as quais se faz referência, para a grande maioria dos não-indígenas, não existem indígenas, mas sim o *Índio*, com ‘i’ maiúsculo: figura exótica, uniforme, que tipifica um estilo de vida já totalmente incompatível com os tempos modernos, pejorativamente chamado no Brasil de bugre, negro da terra, caboclo bravo, etc. É também um atavismo, que à distância, toma as cores de um ser romântico, mas se está próximo, é um estorvo às intenções expansionistas regionais.

mesma amálgama¹⁵. Quando se faz referência à universalidade, está-se referindo àquela que trata da extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Da mesma forma, quando se faz referência à indivisibilidade, trata-se da garantia dos direitos civis e políticos como condição *sine qua non* para a observância dos direitos sociais, económicos e culturais, e por conseguinte quando um desses direitos é violado, todos os demais também o são.

Os direitos humanos formam assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos económicos, sociais e culturais. É nesse sentido que Antônio Augusto Cançado Trindade ensina que as diversas categorias de direitos humanos devem ser analisadas à luz da “*unidade fundamental*” dos direitos humanos, ou seja, de uma indivisibilidade e interdependência capaz de transcender as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diversos instrumentos internacionais, para encontrar seu ponto de convergência na pessoa humana¹⁶.

Deste modo, inclusas as declarações produzidas por organizações internacionais, através do seu carácter eminentemente ético, podem entrar no Direito Interno dos Estados-membros, vinculando-os conforme o carácter *erga omnes* das normas imperativas internacionais, mesmo que as declarações sejam *soft laws*, já que estão prenes de normas protetoras de direitos humanos consuetudinários fundamentais que não podem ser flexibilizados¹⁷.

O resguardo dos direitos dos povos indígenas, por seu turno, tem seu conteúdo solidificado, primeiramente através de instrumentos normativos de ordem geral, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948 e a Declaração Interamericana de Direitos Humanos adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1969, ambas baseando-se no princípio de igualdade entre os seres humanos e a não - discriminação racial.

¹⁵ Jack DONNELLY afirma que: “*Human Rights are (...) inalienable rights, because being or not being human usually is seen as an inalterable fact of nature, not something that is either earned or can be lost. Human rights are thus ‘universal’ rights in the sense that there are held ‘universally’ by all human being*” (« The Relative Universality of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2007-II, vol. 29, págs. 281-283).

¹⁶ Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 41.

¹⁷ Neste sentido, vide Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, « La expansión del contenido material del *jus cogens* », in *XXXIV Curso de Derecho Internacional, Aspectos jurídicos del desarrollo regional*, Rio de Janeiro, OEA, 30 de julho-24 de agosto de 2007 (disponível em: http://www.oas.org/DIL/esp/XXXV_curso_La_ampliacion_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Canado_Trindade.pdf).

Por sua vez, essas organizações internacionais têm realizado esforços para a proteção dos direitos dos povos indígenas mediante instrumentos normativos específicos. No caso do sistema onusiano, é de citar as Convenções nº107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho¹⁸, as quais regulam respectivamente os direitos subjetivos dos povos indígenas no âmbito social, económico, trabalhista e sanitário, bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI). No que tange especificamente o sistema interamericano, vem sendo desenvolvido um Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (PDADPI), ao qual se deve adicionar a inúmera jurisprudência relativa aos povos indígenas no seio do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos¹⁹.

Sabe-se que as declarações, que são resoluções recomendatórias de organizações internacionais, são classificadas como instrumentos de *soft law*, o que significa, ao invés da *hard law* e apesar da sua natureza solene, que não possuem carácter vinculativo. Isto verifica-se perfeitamente na prática, nomeadamente da ONU, onde a declaração apresenta-se como um instrumento oficial, adequado para ocasiões muito especiais, e servindo para enunciar princípios de grande importância²⁰.

Ora, os direitos reconhecidos por declarações podem transcender a falta de força obrigatória do seu suporte formal, criando uma prática geral aceite como juridicamente vinculativa, ou seja, passando a converter-se em direitos consuetudinários. Isso, *a fortiori* quando tais direitos protegem interesses comuns do género humano considerados como fundamentais e dotados de carácter *juris cogentis*.

A esse respeito, é interessante notar que o ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, criou preceitos constitucionais sobre a matéria, devido à necessidade de salvaguardar os direitos dos povos indígenas. Em vista a garantir ao nível hierárquico mais alto do Direito Interno os direitos dos povos indígenas, tais direitos estão reconhecidos na Constituição Federal do Brasil de 1988, atualmente vigente, em seus artigos 231 e 232. Além

¹⁸ Respetivamente: Convenção nº107 concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi-tribais nos países independentes, adotada em 26 de junho de 1957 pela 40ª Assembleia Geral da OIT e entrada em vigor em 2 de junho de 1959; e Convenção nº169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes, adotada em 27 de junho de 1989 pela 76ª Assembleia Geral da OIT e entrada em vigor em 5 de setembro de 1991.

¹⁹ Sobre este ponto, vide: Jean DHOMMEAU, « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », in Ludovic HENNEBEL, Hélène TIGROUDJA (dir.), *Le cinquantième anniversaire de l'adoption de la Convention américaine des droits de l'Homme*, op. cit., págs. 183-213; Karine RINALDI, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme », in *ibid.*, págs. 215-250.

²⁰ Vide Hernán VALENCIA RESTREPO, *Derecho Internacional Público*, Caracas, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2003, pág. 498.

do dispositivo constitucional, o Código Civil brasileiro retira os Índios do rol dos incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, declarando em seu artigo 4, parágrafo único²¹, que a capacidade dos povos indígenas deverá ser regida por legislação específica. Ademais, o Projeto de Lei nº2057/91²², atualmente tramitando no Congresso Nacional, tem a intenção de substituir o atual estatuto do Índio regido pela Lei nº6001/73 – considerada discriminatória para os Indígenas e desfasada com a atual Constituição – e regular os direitos dos povos indígenas dentro das suas especificidades necessárias. Este Projeto de Lei acata em seu texto os princípios reguladores estabelecidos pela ONU e a OEA, contidos respectivamente nas Convenções nº107 e 169 da OIT, na DDPI e no PDADPI, de maneira que se torna evidente a força moral de tais declarações, o que há corroborado a sua observância pelo legislador.

Além das declarações, outras iniciativas vieram fortalecer o arsenal protetor dos direitos dos povos indígenas no âmbito internacional, em vista a enfrentar os problemas referentes à discriminação, à disputa de terras e ao reconhecimento da especificidade cultural dos povos indígenas, bem como a questão da autodeterminação dos povos indígenas que é tema central da agenda internacional.

Assim, em 1982, foi criado o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, no âmbito da Sub-Comissão de Direitos Humanos da ONU. Reunindo-se todos os anos em Genebra (Suíça), este Grupo de Trabalho tem um duplo mandato: fazer o balanço dos novos factos ocorridos em relação à promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas e acompanhar a evolução das normas internacionais relativas aos direitos dos povos indígenas.

Em 1995, a Comissão de Direitos Humanos estabeleceu o Grupo de Trabalho Aberto e Inter-sessional sobre a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Em sua 61ª Sessão (março/abril de 2005), a mesma Comissão aprovou resolução que promove reuniões do Grupo de Trabalho em 2005 com vista a finalizar a Declaração.

Também em 1995, a Assembleia Geral da ONU decretou o período 1995-2004 como Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo. Em 2005, à luz do pouco avanço sobre questões fundamentais relativas à superação das desvantagens dos povos indígenas, foi decretado uma Segunda Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo.

²¹ Código Civil Brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

²² Disponível na página da Câmara dos Deputados Brasileira: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/138027-GOVERNO-ENTREGA-NOVA-PROPOSTA-DE-ESTATUTO-DOS-POVOS-INDIGENAS.html>.

Em 2000, foi criado o Foro Permanente sobre Questões Indígenas. Este mecanismo, que conta com a ampla participação de representantes dos povos indígenas, visa reforçar as parcerias entre estes, os Estados e os organismos das Nações Unidas.

No ano seguinte, em 2001, a Comissão de Direitos Humanos criou o mandato de Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas, para cuja titularidade foram escolhidos o perito mexicano Rodolfo Stavenhagen de 2001 até 2007, e atualmente, desde 2008, o professor da Universidade do Arizona, S. James Anaya.

Desta forma, os povos indígenas estão diante de uma nova fase na garantia dos seus direitos no âmbito internacional, seja pela discussão, seja pela previsão de novos diplomas internacionais sobre o assunto.

II. A proteção do direito dos povos indígenas através da ONU

No âmbito da ONU, ao lado de textos genéricos que também podem fundamentar a defesa dos direitos dos povos indígenas, tal como a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial de 1968, existem instrumentos internacionais específicos de extrema importância que, somadas à DDPI, resultam nos diplomas internacionais que integram o cânone internacional dos direitos dos povos indígenas. Tratam-se da Convenção da Biodiversidade (II.1), das Convenções nº107 e 169 da OIT (II.2) e da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas (II.3).

II.1. A Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992

Fruto da Conferência organizada pelas Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em Rio de Janeiro em 1992, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) entrou em vigor no ano seguinte.

Proclamando no Preâmbulo o “*valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, económico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes*” e a importância da diversidade biológica como “*preocupação comum à humanidade*”, e reconhecendo também a responsabilidade primeira dos Estados “*pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos*”, esta Convenção estabelece normas e princípios que

devem reger nas Partes Contratantes o uso sustentável e a justa repartição dos benefícios provenientes do uso económico dos recursos genéticos, no pleno respeito da soberania de cada nação sobre o património existente em seu território.

O artigo 8, alínea j), especificamente dedicado aos povos indígenas e à sua relação com o meio ambiente²³, proclama que cada Parte Contratante deve “*na medida do possível e conforme o caso*”:

“Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”.

Desta forma, o artigo 8 j) da CDB reconhece o facto dos povos indígenas deterem modos de produção diferenciados, que se baseiam na sustentabilidade ecológica dos recursos naturais manipulados. Isto se deve ao facto de que, ao longo dos tempos, as comunidades indígenas desenvolveram-se através de um profundo contacto com o meio ambiente, e assim, puderam apreender métodos de integração com a natureza e de utilização ótima da biodiversidade, desenvolvendo processos artesanais de construção de móveis, utensílios e artefactos de uso comum, de obtenção e sintetização de remédios, cosméticos e alimentos, etc. Tudo isso, manejando os recursos naturais de forma a contribuir para a manutenção da riqueza biológica, representando uma importante função na preservação ambiental e, conseqüentemente, mantendo em seus territórios uma alta concentração de biodiversidade²⁴.

A emergência da questão ambiental na cena internacional e a mais ampla consciencialização da necessidade de um desenvolvimento sustentável foram, por

²³ A propósito, vide Lúcia Fernanda Inácio BELFORT, *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da Convenção sobre Diversidade Biológica*, dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de Brasília (Brasil), 2006; Juliana Ferraz da Rocha SANTILLI, « Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção », *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, 2002, vol. 20, págs. 50-74.

²⁴ A esse respeito, a legislação brasileira, por exemplo, exige a repartição dos benefícios, económicos e não económicos, derivados do uso do conhecimento ou do recurso genético para fins de pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico. Essa legislação deriva da obrigação internacional assumida pelo Brasil ao ratificar a CDB, que reconhece a necessidade de se equilibrar a relação entre provedores e usuários de recursos genéticos (e conhecimentos associados). Vide Juliana SANTILLI, *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, São Paulo, Editora Fundação Peirópolis Ltda, 2005.

consequente, essenciais para os povos indígenas. De facto, o papel que podem desempenhar na gestão de problemas ambientais e conservação da biodiversidade foi claramente posto em destaque, o que levou recentemente os países partes da CDB a adotar, em outubro de 2010, um Protocolo sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização o qual, uma vez em vigor²⁵, estabelecerá as bases de um regime internacional para aceder e repartir os benefícios oriundos do uso da biodiversidade, bem como dos conhecimentos tradicionais a ela associados, representando assim sem contestação um mecanismo importante para a conservação da biodiversidade no plano mundial.

II.2. As Convenções n°107 e 169 da OIT

Também a Organização Internacional do Trabalho teve grande importância²⁶ através da Convenção n°107 de 1956, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi-tribais de países independentes, e da Convenção n°169 de 1989, sobre povos indígenas e tribais em países independentes²⁷.

Uma pergunta que se faz inicialmente ao se falar do papel da OIT na proteção e defesa dos povos indígenas é por que razão esta, sendo uma organização dedicada ao trabalho como o seu próprio nome já indica, se debruçou em redigir os únicos dois instrumentos internacionais atualmente vinculativos sobre a salvaguarda dos direitos dos povos indígenas?

²⁵ Para entrar em vigor, o Protocolo necessita ser ratificado pelo menos por 50 países.

²⁶ Sobre este ponto, vide Sven PETERKE (coord.), *Manual prático de direitos humanos internacionais*, Brasília, ESMPU, 2010, págs. 310ss.

²⁷ A Convenção n°107 foi ratificada por 27 Estados e encontra-se ainda hoje em vigor em 18 desses Estados. Foi denunciada nomeadamente pelo Brasil em 2002 e por Portugal em 2009. Desde a adopção da Convenção n°169, a Convenção n°107 já não está aberta à ratificação. Em 30 de abril de 2011, a Convenção n°169 conta 20 Estados Partes, entre os quais o Brasil desde 2002, mas não Portugal (<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/lang--fr/index.htm>).

É de notar que as duas convenções estabelecem uma distinção entre povos tribais e indígenas. No entanto, estas duas categorias enfrentam as mesmas dificuldades, de modo que a Convenção n°169 se aplica tanto “a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e económicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”, como “b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo facto de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, económicas, culturais e políticas, ou parte delas” (artigo 1 §1).

Antes de mais nada, pode-se dizer que foi para reger as relações trabalhistas dos povos indígenas e que lhes fosse aplicado o princípio da isonomia, levando em consideração o seu estatuto diferenciado dentro da sociedade abrangente, e evitando assim que seus direitos como trabalhadores fossem desrespeitados nos países que estavam se tornando independentes durante o século XX. Ou seja, numa época onde estavam amplamente explorados e sujeitos a trabalhos forçados e, por fim, privados de meios de subsistência de acordo com as suas necessidades e interesses, em razão da subtração e espoliação de suas terras.

A Convenção nº107 da OIT, primeira a ser adotada sobre a matéria, reflete o discurso dominante paternalista na época da descolonização sobre os povos indígenas, com cláusulas que pregam a integração e assimilação progressiva destes povos na sociedade abrangente do Estado signatário que se encontra num estágio de desenvolvimento mais avançado²⁸. Para além da superação de tais princípios, a Convenção nº107, vem sendo, contudo, de extrema utilidade para a defesa dos direitos dos povos indígenas em países, principalmente árabes e africanos, que adotaram apenas este instrumento jurídico internacional e não são partes à Convenção nº169, a qual defende a autodeterminação e a não - assimilação dos povos indígenas.

Havia na ocasião do movimento de descolonização a intenção de proteger e integrar os povos indígenas, que ainda eram denominados segundo a terminologia de “populações” indígenas, em vista a evitar, na altura, as implicações que podiam resultar no plano internacional do uso do termo “povos”. De facto, ao qualificar os Indígenas como povos, e portanto ao reconhecer-lhes o direito inerente à autodeterminação, alguns Estados temiam que se abrisse o caminho para processos de independência e de secessão.

À época, o principal objetivo da Convenção nº107 da OIT era melhorar as condições de trabalho dos Indígenas através da criação de padrões mínimos que facilitassem a integração dos povos indígenas à sociedade abrangente do Estado. A convicção dominante era que os povos indígenas só poderiam desfrutar plenamente dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, já asseverados ao restante da população do Estado, uma vez assimilados à esta. Por isso, qualquer menção à autonomia foi voluntariamente omissa nesta Convenção. E é exatamente para evitar movimentos separatistas que muitos países

²⁸ Isto se verifica logo desde a definição das populações indígenas, sendo consideradas como tais aquelas “cujas condições sociais e económicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial” (artigo 1 §1 a) da Convenção nº107 da OIT, grifos nossos.

multiétnicos, membros da OIT, adotaram apenas a Convenção n°107, independentemente da Convenção n°169, que no seu artigo 4 reconhece a autodeterminação.

Com a evolução e modificação dos padrões internacionais acerca dos direitos dos povos indígenas, nomeadamente com o reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos pela Carta da Nações Unidas, a Convenção n°107 tornou-se um texto anacrónico. Criticada por muitos por ser um diploma integralista e assimilacionista, esta Convenção precisava ser revista²⁹.

Seguindo o fio histórico da evolução da defesa dos direitos dos povos indígenas, com o advento da Convenção n°169 da OIT³⁰, em 1989, o apoio ao integralismo dos padrões anteriores encontrados na Convenção n°107 é suprimido³¹, nascendo uma ênfase em garantir aos povos indígenas a possibilidade de conservar sua cultura e seus costumes, de criar suas próprias instituições (desde que não firam os direitos humanos e o direito interno do país³²), de participar efetivamente nas decisões sobre a exploração de recursos naturais contidos em suas terras e perseguir assim o seu próprio desenvolvimento económico.

Ao contrário da Convenção anterior, em vez de considerar as populações indígenas e tribais como destinadas a desaparecer com a modernização e incentivar a sua supostamente inevitável integração, a Convenção sucessória tem base na crença de que os povos indígenas são permanentes, reconhecendo-os e respeitando-os. Abandonada assim a ideologia da transitoriedade, que justificava ações de tutela meramente assistencialista, já que se considerava inevitável o processo de extinção ou de integração dos povos indígenas às sociedades dominantes, é doravante reconhecida a permanência dos povos indígenas.

²⁹ Uma outra severa crítica derivava do artigo 28 que, ao garantir aos Estados uma ampla margem de ação, minava a força obrigatória da Convenção n°107: “A natureza e o alcance das medidas que deverão ser tomadas para dar cumprimento à presente Convenção deverão ser determinados com flexibilidade, levando-se em conta as condições particulares de cada país”.

³⁰ A propósito, vide *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique : un guide sur la Convention n°169 de l’OIT*, Genebra, OIT, 2009.

³¹ Vide Catherine BRÖLMANN, Marjoleine ZIECK, « Indigenous Peoples », in Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER, Marjoleine ZIECK (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 203 (entre os fatores justificando a revisão da Convenção n°107, os autores citam a linguagem paternalista do tratado e o objetivo desatualizado de uma integração progressiva).

³² Até hoje, o Tribunal Interamericano não foi confrontado com o caso de uma eventual violação dos direitos humanos por práticas culturais. No entanto, algumas penas utilizadas, como por exemplo a pena de morte, o infanticídio, castigos corporais, mutilações, por mais que sejam práticas indígenas consuetudinárias de alguns povos, estas ferem os direitos humanos, que são *erga omnes*, e devem portanto ser consideradas como proibidas.

Não só os Estados assumirão a responsabilidade que os povos indígenas e tribais gozem plenamente dos direitos humanos, sem obstáculos e sem discriminação³³, mas eles deverão ainda garantir o seu direito de participar na determinação do seu próprio destino³⁴. A preservação e a participação formam, por conseguinte, os dois conceitos pilares da Convenção n°169.

Sendo assim, o que parece ter sido levado em consideração através das discussões no âmbito da OIT, aquando das reuniões de discussão para a adoção da Convenção n°169 no final dos anos 1980, foi a ideia de que o pluralismo, a auto-suficiência e o auto-desenvolvimento pareciam ser o que daria às populações indígenas as melhores possibilidades e meios de participação diretos na formulação e implementação de políticas oficiais que lhes dissessem respeito³⁵. A Convenção n°169 da OIT é ela mesma, portanto, o documento de base e que desenvolve atualmente, de maneira exaustiva e coercitiva, os direitos dos povos indígenas na esfera do Direito Internacional³⁶.

Ao mesmo tempo em que a Convenção n°169 protege os direitos dos povos indígenas, ela lhes assegura o acesso e o usufruto aos recursos naturais encontrados no interior de suas terras, num momento em que urge a proteção do meio ambiente, o Direito Internacional vem

³³ Artigo 3 da Convenção n°107.

³⁴ Artigo 6 da Convenção n°107:

“1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;*
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.*

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

³⁵ OIT, « Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (n°107) », in *Conferência Internacional do Trabalho*, 75ª sessão, Genebra, junho de 1988, págs. 100-108 (disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09734/09734%281988-75%29.pdf>).

³⁶ O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos fez a sua primeira referência a este texto em 2005, no caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, mérito, reparações e custas, sentença de 17 de junho de 2005, série C n°125, §95, citando o artigo 14 §3 da Convenção n°169, consoante o qual: “Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”. Desde então, o Tribunal não hesita em recorrer explicitamente a este tratado da OIT. Vide: *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, mérito, reparações e custas, sentença de 29 de março de 2006, série C n°146, §§117-119; *Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 28 de novembro de 2007, série C n°172, §§92-93.

sendo chamado cada vez mais a colaborar nesse sentido. Isso vem confirmar a especial relação que os povos indígenas possuem com o meio ambiente, relação essa sagrada e ritualista, sem a qual eles não podem super-existir, pois os povos indígenas de uma maneira geral, possuem uma relação espiritual e material particular com o meio ambiente, especialmente com o ar, a água, a costa, os glaciares, a flora e a fauna e tantos outros recursos naturais.

Esta relação possui dimensões de incidência social, cultural, espiritual, econômica e política, que vêm confirmados noutro importante instrumento internacional, a Declaração das ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual afirma em seu artigo 25:

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

II.3. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Após 25 anos de debates controvertidos sobre os direitos dos povos indígenas, a Assembleia Geral das Nações Unidas acabou em 2007 por aprovar, com 143 votos a favor, quatro votos contra³⁷ e onze abstenções³⁸, uma declaração solene especificamente sobre este tópico.

Embora não possua força jurídica obrigatória, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas tem incontestavelmente um peso político e moral muito grande, o que se verifica ainda mais no continente americano com a sua “internalização” pelos Estados. Pois, ordenamentos jurídicos latino-americanos, como o do Equador e da Bolívia, criaram à luz desta Declaração preceitos constitucionais sobre a matéria e adequaram as suas legislações regulando os direitos dos povos indígenas dentro das suas especificidades necessárias, o que influenciou os tribunais internos no sentido de adotarem um posicionamento progressista em relação aos direitos dos povos indígenas.

³⁷ Os votos contra a Declaração provêm de quatro países com grande número de aborígenes, ou seja, Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, que negam a existência de um direito ilimitado dos povos indígenas à autodeterminação.

³⁸ Na América do Sul, a Colômbia foi o único país que se absteve enquanto o Brasil, apesar de ter sido em vários momentos contra aspectos da Declaração, trazendo objeções, acabou por votar a favor.

Assim, em outubro de 2007, o Supremo Tribunal do Belize proferiu uma decisão histórica, no seu acórdão *Maya Land Rights*, ao reconhecer ao povo Maya do distrito de Toledo o direito sobre suas terras. Apesar do silêncio da legislação doméstica a respeito do direito dos povos indígenas a suas terras tradicionais, o Supremo Tribunal declarou que tais direitos estavam reconhecidos na Constituição do país, interpretada à luz do Direito Internacional e especialmente da Declaração apenas adoptada no mês precedente pela ONU e a qual Belize aderiu³⁹.

A importância política da Declaração onusiana verifica-se igualmente a nível regional com a tomada em consideração deste diploma pelo Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos na sua sentença *Pueblo Saramaka vs. Surinam* de novembro de 2007⁴⁰. Aqui também, da mesma maneira que o Supremo Tribunal do Belize no seu acórdão do mês anterior, o Tribunal Interamericano assinala que a DDPI foi recentemente aprovada pela Assembleia Geral da ONU, com o apoio do Estado de Suriname. Ora, embora a Declaração não seja obrigatória, o voto a favor do Suriname obriga-o no mínimo, em virtude do princípio da confiança, que tem o intento de proteger as legítimas expectativas dos outros sujeitos de Direito Internacional, em agir de boa fé e em conformidade com a regra *non venire contra factum proprium*, não adotando comportamentos contrários.

É importante referir que um dos objetos mais controversos no longo período do projeto da DDPI, e que explica a necessidade dos doze anos para que o texto elaborado em 1995 no âmbito de um grupo de trabalho da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos se tornasse uma Declaração da Assembleia Geral em 2007, foi a delicada questão dos direitos coletivos dos povos indígenas sobre o seu território e, mais particularmente, a questão da autodeterminação dos povos indígenas. De facto, a relação ímpar entre povos indígenas e suas terras e territórios é realmente a chave principal de seus anseios⁴¹, de modo que se esperava

³⁹ Supremo Tribunal do Belize, *Claims n° 171 and 172 of 2007 (Consolidated) Maya Land Rights*, acórdão de 18 de outubro de 2007 (disponível em: http://www.belizeaw.org/supreme_court/judgments.html), §131:

“Also, importantly in this regard is the recent Declaration on the Rights of Indigenous Peoples adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 September 2007. Of course, unlike resolutions of the Security Council, General Assembly resolutions are not ordinarily binding on member States. But where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to disregard them”.

⁴⁰ Tribunal IADH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 28 de novembro de 2007, série C n°172, §131.

⁴¹ A questão territorial enquanto direito coletivo é tão importante que mereceu menção expressa no Grupo de Trabalho para elaboração da DDPI onde representantes dos povos indígenas proclamaram: “*O exercício de nossos direitos coletivos não é somente um fator importante para nossa espiritualidade, mas também para manter entre gerações, nosso direito natural sobre nossa sociedade, cultura, economia e política. O elemento chave para os direitos coletivos indígenas é*

que a DDPI refletisse a importância dos direitos sobre o território para os povos indígenas, com a concordância dos Estados⁴².

Assim, se no Preâmbulo, a Assembleia Geral recorda “*que a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, assim como a Declaração e o Programa de Ação de Viena afirmam a importância fundamental do direito de todos os povos à autodeterminação, em virtude do qual estes determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento económico, social e cultural*”, e “*que nada do disposto na presente Declaração poderá ser utilizado para negar ao povo algum direito à autodeterminação*”, tal direito deve ser “*exercido em conformidade com o Direito Internacional*”.

Assim sendo, o direito de autodeterminação é apenas confirmado no seu aspecto interno. É nesse sentido que o artigo 4 da DDPI proclama a autonomia dos povos indígenas enquanto direito em fazer e se conformar com suas próprias leis:

“Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao auto-governo nas questões relacionadas com os seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar as suas funções autónomas”.

É nesse sentido também que o artigo 46, último artigo da Declaração, reconhece em seu parágrafo 1 um direito à autodeterminação estritamente enquadrado pelo Direito Internacional Público, impedindo que o disposto na Declaração possa ser interpretado de forma a estabelecer um direito, para um povo, de destruir a integridade territorial dos Estados:

“Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar numa atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou

a profunda relação social, cultural, económica e espiritual entre os povos indígenas e seus territórios terras, recursos e meio ambiente” (Propostas dos representantes dos povos indígenas, 7ª sessão do Grupo de Trabalho sobre o Direito dos Povos Indígenas, ONU Doc. E.CN.4/2002/98, anexo II, pág. 28).

⁴² Vide Jérémie GILBERT, « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2007, vol. 14, pág. 223: “While during the negotiations at the WGDD [Work Group for the Draft Declaration] all indigenous and States’ representatives usually agreed on the importance of stressing and legally affirming their special relationship to the land, there were some areas of contention. The principal debates took place on the issues of collective rights and land restitution”.

parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes”⁴³.

Estreitamente ligado ao direito de autodeterminação, como seu indispensável suporte territorial de exercício, ressaí ainda outro fator de extrema importância da DDPI e que é uma das principais, para não dizer a principal bandeira de defesa dos direitos dos povos indígenas: a terra⁴⁴. Com efeito, o Direito Internacional atual já não aceita o argumento desenvolvido nos tempos da colonização segundo o qual as terras conquistadas dos povos indígenas eram *terras nullius* que, por não pertencerem a ninguém, podiam ser ocupadas pelos Estados ditos “civilizados”. Bem pelo contrário, é hoje reconhecido que os povos indígenas foram esbulhados de suas terras com a colonização. Ora, o território tradicionalmente ocupado pelos Indígenas desde tempos ancestrais é para estes povos um elemento central da sua identidade, cultura e *modus vivendi*, assim como uma verdadeira pedra angular condicionando o exercício efetivo dos seus demais direitos⁴⁵.

É a razão pela qual a DDPI privilegia a regra de restituição de terras aos povos indígenas, outros métodos de compensação ou reparação podendo contudo ser aplicados nas situações onde tal restituição se revelaria impossível. Em qualquer caso, como afirma o artigo 28 §1 da Declaração: “*Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indemnização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado*”⁴⁶.

Interessante realçar que, em conformidade com estas directrizes da DDPI, a jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos defende que os Estados têm

⁴³ Tal limitação já se encontrava na Convenção n°169 da OIT, a qual ressaltou que: “*A utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no Direito Internacional*” (artigo 1 §3).

⁴⁴ Vide Frédéric DEROCHE, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l’ordre mondial*, Paris, L’Harmattan, 2008.

⁴⁵ No Preâmbulo da DDPI, a Assembleia Geral exprima a sua preocupação “*com o facto de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses*”.

⁴⁶ O parágrafo 2 do mesmo artigo acrescenta: “*Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indemnização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indemnização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada*”.

É de notar que, também no artigo 20 §2, é trazido um direito à reparação, quando estabelece que: “*Os povos indígenas despojados de seus meios de subsistência e desenvolvimento têm direito a uma reparação justa e equitativa*”.

a obrigação de ter em conta a importância primordial da terra para a própria sobrevivência dos Indígenas como povos, e, portanto, negociar para comprar ou até expropriar terceiros com o objectivo que os Indígenas possam recuperar os seus territórios. Nesse sentido o Tribunal decidiu que: *“Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres”*⁴⁷; e que *“el hecho de que el territorio tradicional de la Comunidad se encuentre en manos privadas, no sería per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ que impida la reivindicación”*⁴⁸.

III. A proteção do direito dos povos indígenas através do sistema interamericano

Considerando que muitos povos indígenas vivem no continente americano, a Organização dos Estados Americanos não podia ficar de fora do movimento internacional conduzindo ao fortalecimento dos seus direitos, os instrumentos a mencionar sendo, uns gerais, a Declaração e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (III.1), outro específico, o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (III.2).

III.1. A Declaração e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 são os instrumentos centrais vigentes no sistema interamericana dos direitos humanos.

Antecipando de seis meses a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi adotada na IX^a Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948, a mesma conferência em que foi criada a Organização dos Estados Americanos. Tal como a Declaração Universal, a Declaração Americana combina direitos civis e políticos com direitos económicos e sociais e, tal como ela, não possui a força de um tratado juridicamente vinculativo.

⁴⁷ Tribunal IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, mérito, reparações e custas, sentença de 17 de junho de 2005, série C n°125, §217.

⁴⁸ Tribunal IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, interpretação do mérito, reparações e custas, sentença de 6 de fevereiro de 2006, série C n°142, §25.

No entanto, da mesma forma como os dois Pactos de 1966 respetivamente sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais vieram concretizar os direitos consagrados na Declaração Universal de 1948, conferindo-lhes força jurídica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em San José em 1969 e vigorando desde 1978, faz uma referência expressa à Declaração Americana em seu preâmbulo, retomando as suas disposições em detalhe, desta vez com carácter obrigatório para os Estados Partes⁴⁹.

Embora nenhum desses instrumentos faça menção direta aos direitos dos povos indígenas⁵⁰, ambos tratam dos direitos humanos de forma genérica, o que pode servir indiretamente à proteção dos povos indígenas.

Isto ressaí nitidamente, por exemplo, no direito fundamental dos povos indígenas à terra, essa constituindo um elemento inerente da sua identidade. De facto, 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-discriminação⁵¹.

Assim, no caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, que foi o primeiro a ser levado perante o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos sobre esta questão, é à luz do artigo 29 b) da Convenção Americana de Direitos Humanos que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos e com base no artigo 21 relativo ao direito à propriedade privada, que o Tribunal reconheceu não só a existência de uma estreita ligação entre a terra, a cultura e a espiritualidade dos povos indígenas⁵², mas ainda o direito coletivo

⁴⁹ É de notar que a Declaração conserva a sua importância no sistema interamericano de direitos humanos desde que ambas a Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos consideraram que este instrumento obriga os Estados-membros da OEA que ainda não ratificaram a Convenção de 1978. Em 30 de abril de 2011, oito países nem assinaram nem ratificaram a Convenção: Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Guiana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas (<http://www.cidh.oas.org/>).

⁵⁰ Tampouco os povos indígenas se encontram mencionados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1988.

⁵¹ A Declaração Americana declara, em seu artigo 2, que : “*Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra*”. De forma similar, o Pacto de San José proclama, em seu artigo 1 §1: “*Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o livre e pleno exercício a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social*”.

⁵² Tribunal IADH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, mérito, reparações e custas, sentença de 31 de agosto de 2001, série C n°66, §149:

dos Índios do povo Awas Tingni à propriedade das terras que tradicionalmente usam e ocupam:

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, este Tribunal considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁵³.

Ponto igualmente importante para superar os obstáculos inerentes a uma visão estreitamente voluntarista dos tratados internacionais, o Tribunal Interamericano reconheceu que o carácter 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.

Assim, tomando em conta na sua interpretação dos textos interamericanos, outras normas e princípios universais e outros instrumentos internacionais⁵⁴ cuja ratificação pela maioria dos Estados da região é tido como expressão do consenso sobre o conteúdo dos direitos humanos⁵⁵, favorecendo igualmente uma interpretação viva da Declaração e da

“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

⁵³ *Ibid.*, §148.

⁵⁴ Esta prática é conforme com as regras gerais de interpretação fixadas pelo artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que preconiza, para os fins de interpretação de um tratado, de levar em consideração não só os acordos e instrumentos diretamente ligados ao tratado em causa, mas igualmente o sistema jurídica ao qual ele pertence.

⁵⁵ Entre os tratados internacionais podendo ser considerados pelo Tribunal Interamericano, é de mencionar os dois Pactos de 1966, amplamente ratificados pelos Estados americanos, cujo artigo 1 comum sobre o direito à autodeterminação foi considerado como aplicável aos povos indígenas pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (E/C.12/1/Ad.94, 12 de dezembro de 2003). É interessante igualmente mencionar o artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos consoante o qual: *“Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”.*

Convenção Americana, bem como a aplicação da norma mais favorável, que às vezes pode ser uma disposição interna, o Tribunal conseguiu construir uma jurisprudência inovadora e sólida permitindo a proteção efetiva dos direitos dos povos indígenas.

III.2. O Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas

O âmbito de aplicação de instrumentos genéricos podendo revelarem-se insuficientes, a Assembleia Geral da OEA determinou, em 1989, a redação de um instrumento interamericano especificamente dedicado à proteção aos direitos dos povos indígenas, que têm uma importância especial no continente americano, de acordo com os requerimentos que suas particularidades étnico-culturais impõem.

Desde 1992, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos empreendeu o processo de elaboração de um projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. No entanto, até o momento, o sistema interamericano não chegou a pôr em vigência um instrumento internacional que se refira especificamente aos direitos dos povos indígenas. Com efeito, a Comissão adotou uma versão em 1995, mas suas modificações, aprovadas em 1997⁵⁶, continuam desde então em discussões e negociações, de modo que estamos hoje na situação paradoxal que a região do mundo que teria mais interesse em se dotar de uma convenção própria, nem sequer conseguiu até hoje aprovar uma mera declaração.

Embora o PDADPI ainda se encontre em fase gestacional⁵⁷, na hipótese da sua aprovação pela OEA, esta Declaração poderá contudo vir transcender a sua natureza de simples *soft law* por se tratar de um tema especialmente contundente para todo o continente. Portanto, é interessante examinar o texto na sua última versão⁵⁸.

O PDADPI, na sua redação aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1997, é composto por um preâmbulo e seis capítulos, os quais – pondo de parte

Embora este artigo fala apenas de minorias, o Comité dos Direitos Humanos, em seu Comentário Geral n°23 de 1993, estimou que esta disposição também se aplica aos povos indígenas.

⁵⁶ AG/RES.1479 (XXVII-O/97). Texto disponível no site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: <http://www.cidh.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>.

⁵⁷ O juiz Eduardo VIO GROSSI fez uma menção expressa à DDPI, como refletindo a doutrina interamericana, no seu voto concorrente no caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, sentença de 24 de agosto de 2010, mérito, reparações e custas, série C n°214, §§6-7, 21-23.

⁵⁸ A progressão das negociações pode ser seguida no site da OEA, na página do Grupo de Trabalho Encarregado de Elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos: <http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/indigenas%20documentos.asp>.

o sexto capítulo sobre disposições gerais – lembram a necessidade de aspectos especiais para a aplicação dos direitos humanos aos povos indígenas, cujo conteúdo versa sobre: o âmbito da aplicação e definições legais, a plena vigência dos direitos humanos, o desenvolvimento cultural, os direitos de organização e políticos, os direitos sociais, económicos e de propriedade.

A respeito, em particular, da sobrevivência indígena e da ecologia, é reconhecido “o respeito dedicado ao meio ambiente pelas culturas dos povos indígenas das Américas, bem como sua especial relação com o ambiente, com suas terras e recursos e com os territórios onde habitam”⁵⁹. O PDADPI considera igualmente que, “para muitas culturas indígenas, suas tradicionais formas coletivas de controlo e uso de terras, territórios, recursos, águas e zonas costeiras são uma condição necessária à sua sobrevivência, organização social, desenvolvimento e bem-estar individual e coletivo, e que essas formas de controlo e domínio são diversas e idiossincráticas e não coincidem necessariamente com os sistemas protegidos pelas legislações comuns dos Estados que habitam”⁶⁰, o que confirma e reforça a posição estratégica dos povos indígenas frente à conservação do meio ambiente.

Necessário é frisar que, tal como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção nº169 da OIT, o artigo III do Projeto de Declaração Americana trata do direito de auto-denominação, o de pertencer aos povos indígenas, confirmando a auto-identidade: “Os indivíduos e comunidades indígenas têm o direito de pertencer aos povos indígenas, de acordo com as respectivas tradições e costumes”.

O direito de autodeterminação concretiza-se no artigo XV do PDADPI com o reconhecimento do direito que os povos indígenas têm em se auto-governarem através do seu *modus vivendi* tradicional, principalmente no que se refere à cultura, deixando claro o compromisso interamericano em proteger a relação especial que os povos indígenas têm com a natureza:

“1. Os povos indígenas têm direito a determinar livremente o seu status político e a promover livremente o seu desenvolvimento económico, social, espiritual e cultural e, por conseguinte, têm direito à autonomia ou auto-governo em relação a vários assuntos, inter alia cultura, religião, educação, informação, meios de comunicação, saúde, habitação, emprego, bem-estar social, atividades económicas, administração de terras e recursos, meio ambiente e ingresso de não membros, bem como a determinar os recursos e meios para financiar essas funções autónomas.

⁵⁹ Preâmbulo da PDADPI.

⁶⁰ *Idem*.

2. Os povos indígenas têm o direito de participar sem discriminação, se assim o desejarem, em todos os níveis do processo decisório referente a assuntos capazes de afetar seus direitos, suas vidas e seu destino. Tal direito poderá ser exercido diretamente ou por intermédio de representantes por eles eleitos conforme os seus próprios procedimentos. Terão igualmente o direito a manter e desenvolver as suas próprias instituições decisórias indígenas e à igualdade de oportunidades de acesso a todas as instituições e foros nacionais”.

De forma complementar à autodeterminação, é interessante salientar também que o artigo XVII se refere à integração nos direitos internos dos sistemas legais e de organização de origem indígena, o que constitui um mecanismo essencial para que os direitos dos povos indígenas recebam plena e efetiva aplicação nos sistemas jurídicos dos países do continente:

“1. Os Estados promoverão a inclusão, em suas estruturas organizacionais, de instituições e práticas tradicionais dos povos indígenas, consultando-os e obtendo seu consentimento.

2. As instituições relevantes de cada Estado que sirvam aos povos indígenas serão concebidas consultando os povos interessados e com sua participação, de modo a reforçar e promover a identidade, a cultura, as tradições, a organização e os valores desses povos”.

No âmbito regional interamericano, ainda se deve realçar que, apesar do Congresso Nacional brasileiro ainda não ter aprovado o novo Estatuto das Sociedades Indígenas, o Brasil vem desempenhando um papel particularmente relevante na promoção da defesa e proteção dos direitos dos povos indígenas, principalmente mediante as ações do Itamaraty e da sociedade civil organizada. Em consequência, a situação dos povos indígenas tem se tornado, nos últimos vinte anos, tema de grande relevo na agenda internacional dos direitos humanos brasileira.

A respeito da matéria, o Brasil defende o direito à autodeterminação dos povos indígenas, aplicando-se às áreas decisórias que dizem respeito ao usufruto dos direitos humanos dos povos indígenas. E, quanto à demarcação de terras⁶¹, defende a elaboração de políticas ambientais voltadas para a preservação do meio ambiente. Na execução de políticas de saúde e de educação, e mesmo nas discussões envolvendo os conhecimentos tradicionais, o Governo brasileiro vem hoje se pautando pelo respeito à diversidade cultural e ao direito à autodeterminação dos indígenas brasileiros.

⁶¹ Vide a situação geográfica das terras indígenas em território brasileiro in *Tendências demográficas (...)*, op. cit., págs. 14-16.

IV. Conclusões e reflexões sobre os desafios futuros para a proteção dos direitos dos povos indígenas

Para finalizar este breve estudo sobre o papel das organizações internacionais na defesa dos direitos dos povos indígenas, achou-se por conveniente traçar algumas palavras sobre um aspecto particularmente interessante da atual Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que deixa adivinhar alguns dos importantes desafios futuros nesta matéria: a obrigação de cumprir, incluindo ações positivas, que decorre dos Estados para com os povos indígenas⁶².

De facto, tanto a nível da ONU como a nível da OEA, os Estados foram colocados em particular função de garantir os direitos proclamados. Tanto é que, por isso, no caso da DDPI, o texto afirma que os Estados devem adotar medidas apropriadas, inclusive legislativas, para assegurar a todos os povos indígenas o pleno gozo de seus direitos e, dessa forma, efetivar os direitos reconhecidos na Declaração. Assim, por exemplo, a respeito do direito dos povos indígenas “*de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas*”, os Estados são chamados a adotar “*medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados*”⁶³.

No mesmo sentido, os Estados ainda devem garantir às crianças indígenas formas de educação em todos os níveis sem discriminação. Para além disso, e o que nos parece mais interessante é que as autoridades estatais, em conjunto com os povos indígenas, devem adotar medidas eficazes para que suas crianças, mesmo aquelas que já vivem fora da comunidade, tenham acesso, quando realizável, à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma, num amplo sentido de respeito do fomento da cultura própria do povo indígena em causa⁶⁴.

Desta forma, propõe-se algumas respostas para que as populações indígenas possam superar o seu esquecimento e violação de seus direitos humanos, como o esbulho de suas

⁶² Em direitos humanos, ressaí da tipologia tripartite relativa às obrigações a cargo dos Estados as obrigações de respeitar, proteger e garantir. A propósito das obrigações dos Estados, vide Sven PETERKE (coord.), *Manual prático de direitos humanos internacionais*, op. cit., págs. 153ss.

⁶³ Artigo 13 da DDPI.

⁶⁴ Artigo 14 da DDPI.

terras ancestrais e tradicionalmente ocupadas, as violências praticadas contra suas comunidades herdadas da usurpação, o esquecimento e, nos caos mais graves, os genocídios praticados contra si. Tais respostas podem ser encontradas nomeadamente na implementação prática do direito de usufruto dos recursos naturais encontrados no interior de suas terras.

Para que isso se possa concretizar é necessário que as autoridades estatais procedam à identificação, demarcação e devido registo inalienável das terras ancestrais e tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Por sua vez, o instituto do usufruto dos recursos naturais destina-se a assegurar aos povos indígenas meios para a sua sobrevivência e reprodução física e cultural, ou seja, é um veículo para que possam se desenvolver, usando dos recursos encontrados no interior de suas terras.

A nível nacional, também se destaca a obrigação de fazer dos Estados em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas. Assim, no caso brasileiro, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 traz tal obrigação no seu artigo 231⁶⁵. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, as terras indígenas são bens públicos inalienáveis, indisponíveis, e os

⁶⁵ Artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“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.

- 1. São terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios as por eles habitadas em carácter 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.*
- 2. 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.*
- 3. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.*
- 4. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.*
- 5. 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.*
- 6. 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 indemnização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...)”*

direitos sobre elas são imprescritíveis e não podem ser alienados ou destinados a qualquer outra finalidade que não seja o seu uso e fruição exclusivos pelas comunidades indígenas, por serem terras públicas com finalidades especiais. Os povos indígenas detêm a posse e o usufruto de suas terras, porém não a titularidade, pois esta recai sobre a União, o que não fere em nada o seu direito de usufruto.

As garantias asseguradas às terras indígenas são fundamentais à preservação cultural dos povos indígenas, e a Constituição brasileira estabeleceu um conceito abrangente das “*terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*”, incluindo: *a)* as por eles habitadas em carácter permanente; *b)* as utilizadas para suas atividades produtivas; *c)* as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; *d)* as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Isto significa que o poder público, ao promover atos oficiais de delimitação das terras indígenas, deve-se limitar a reconhecer a incidência de tais elementos integrantes da definição de terra indígena. De facto, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Por consequência, as demarcações eventualmente realizadas com a exclusão de qualquer dos quatro elementos que compõem a definição constitucional de terra indígena são nulas, o que prefigura aqui o efeito nulificatório radical de qualquer ato jurídico derogatório à uma norma *juris cogentis*.

O usufruto, que corresponde ao direito real sobre coisas alheias, é o direito conferido ao usufrutuário de fruir as utilidades e os frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade. Segundo o Código Civil Brasileiro vigente, “*salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos usufruto*” (art. 1.392) e “*o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos*” (art. 1.394).

O direito de usufruto das comunidades indígenas sobre os recursos naturais existentes em suas terras tradicionais, incluídas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos está indissociavelmente ligado ao conceito de posse permanente e cultural, sendo fundamental compreender o conceito jurídico de usufruto exclusivo, trazido pela legislação que regula a exploração dos recursos naturais das terras indígenas.

Contudo, a posse indígena tem natureza *sui generis* e não se confunde com a posse civil, regulada pelo Código Civil Brasileiro. Os padrões de ocupação indígena definem-se de acordo com a sua própria cultura, tendo a Constituição Federal do Brasil traduzido bem a ideia da posse indígena, ao estabelecer que as terras dos povos indígenas não são apenas

aquelas por eles habitadas com carácter permanente, mas também aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, tudo segundo os usos, costumes e tradições indígenas.

Não se pode entender a posse indígena de forma restritiva, no seu sentido meramente civilista, sob pena de desrespeito à letra e ao espírito da Constituição Brasileira. A posse indígena não está limitada à mera ocupação ou exploração económica da terra. Ela inclui o uso da terra, não só para a sobrevivência física do grupo, mas também para a sua sobrevivência cultural⁶⁶.

Vê-se, portanto, que o direito de usufruto assegura aos povos indígenas a utilização de todos os bens e recursos naturais existentes em suas terras, bem como a possibilidade de explorarem comercialmente tais recursos⁶⁷. Assim, os povos indígenas podem usar e fruir de suas riquezas naturais, tanto para seu próprio consumo quanto para suprir as necessidades de consumo de bens de que não dispõem. Podem plantar, criar gado, caçar, pescar, navegar, extrair castanhas e outros alimentos, colher, fazer roças, bem como extrair madeiras e garimpar. Quando tais atividades se destinarem a fins comerciais, entretanto, estarão sujeitas às normas legais específicas, inclusive de natureza ambiental.

Os artigos da DDPI corroboram nesse sentido, pois sempre mencionam “direitos” de participação e não “obrigações”. Além disso, “os povos e os indivíduos indígenas têm o direito de não serem submetidos a qualquer forma de assimilação forçada, quanto menos à destruição de sua cultura”⁶⁸. Têm, portanto, o direito de pertencer a uma comunidade ou nação indígena em conformidade com suas tradições e costumes sem discriminação de nenhum tipo. Está hoje na responsabilidade dos Estados impedir que este elenco de direitos tenha efetividade na prática e, em particular, que a importante Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas recentemente adotada não se torne letra morta.

⁶⁶ Vide José Afonso DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, págs. 828-829: “Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, por que não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado”.

⁶⁷ Vide Fernando Mathias BAPTISTA, « A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o Direito Ambiental », in André LIMA (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*, São Paulo, Instituto Socioambiental; Porto Alegre, Antônio Fabris Editor, 2002, págs. 169-187.

⁶⁸ Artigo 8 §1 da DDPI.

