



OS DIREITOS DOS POUOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI

Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (Orgs.)

Colaboradores

Adrielle Fernanda Andrade Précoma
Alaim Giovani Fortes Stefanello
Ana Paula Liberato
Ana Paula Rengel Gonçalves
Ana Valéria Araújo
Camila Dias dos Reis
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Clarissa Bueno Wandscheer
Danilo Andreato
Gabriel Gino Almeida
Ingrid Giachini Althaus

Ivy Sabina Ribeiro de Moraes
João Luiz Dremiski
José Aparecido dos Santos
Kerlay Lizane Arbos
Leandro Ferreira Bernardo
Luciana Xavier Bonin
Marina Von Harbach Ferenczy
Priscila Lini
Priscila Viana Rosa
Raul Cezar Bergold
Theo Marés

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org



Al. Pres. Taunay, 130. Batel. Curitiba-PR.
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.
contato@arteletra.com.br

S719d

Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.
354 p.

ISBN 978-85-61651-10-7

1. Direitos sociais - Brasil. 2. Povos indígenas - Brasil.
I. Título

CDU 316.349



SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
-----------------------	---

PRIMEIRA PARTE UM ENFOQUE INTRODUTÓRIO

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO

Carlos Marés	13
--------------------	----

SEGUNDA PARTE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

José Aparecido dos Santos	35
---------------------------------	----

A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS HUMANOS E SOCIOAMBIENTALISMO

Leandro Ferreira Bernardo	59
---------------------------------	----

A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

João Luiz Dremiski e Priscila Lini	75
--	----

A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ana Paula Liberato e Ana Paula Rengel Gonçalves	97
---	----

O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Alaim Giovani Fortes Stefanello e Luciana Xavier Bonin	115
--	-----

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	
Ana Valéria Araújo	139

TERCEIRA PARTE

**DIREITOS E POVOS INDÍGENAS:
OS PROBLEMAS ATUALMENTE ENFRENTADOS**

TERRAS INDÍGENAS	
Theo Marés	169

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS	
Kerlay Lizane Arbos e Priscila Viana Rosa	195

GESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: DESAFIOS ESTRUTURAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Ivy Sabina Ribeiro de Moraes	217

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Camila Dias dos Reis	237

TERRAS INDÍGENAS, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	
Adrielle Fernanda Andrade Précoma, Gabriel Gino Almeida e Raul Cezar Bergold	263

QUARTA PARTE

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O PODER JUDICIÁRIO

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA ETNIA KRENAK	
Ingrid Giachini Althaus, Luciana Bonin e Marina Von Harbach Ferenczy	289

DIREITO À DIVERSIDADE LINGÜÍSTICA E ABANDONO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI: O CASO VERÓN	
Danilo Andreato	309

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

José Aparecido dos Santos²²

No encontro das culturas do mundo, devemos ter a força imaginária de entender que todas as culturas exercem ao mesmo tempo uma força de unidade e de diversidade libertadoras. É por isso que reivindico para todos o direito à opacidade. Não é necessário “compreender” o outro, ou seja, reduzi-lo ao modelo da minha própria transparência, para viver com ele ou para construir com ele. O direito à opacidade será a partir de agora o sinal mais evidente da não barbárie.²³

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, representa uma transformação fundamental das relações jurídicas dos Estados Nacionais com seus povos, embora poucos efeitos práticos ainda possam ser vistos. É certo, entretanto, que algo de inovador e de inquietante foi colocado à mostra. Cumpre refletir sobre seus impactos e dar efetividade a seus preceitos, até porque inúmeras e injustificadas resistências se levantam contra sua aplicação.

Fruto de uma crescente preocupação com os direitos coletivos, inclusive no plano internacional, a Declaração constitui importante instrumento de luta jurídica pela dignidade de vários povos. Sem a ingenuidade de imaginar que apenas o instru-

²² Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba. Bolsista da CAPES – Proc. nº BEX 10687/12-2. E-mail: joseaparecidodossantos@ymail.com.

²³ GLISSANT, Édouard. **Poetica del diverso**. Traduzione di Francesca Neri. Roma: Meltemi, 1998, p. 57-58. Titolo originale: “Introduction à une poétique du divers” [1996].

mento jurídico seja suficiente para transformar a realidade social, há que se reconhecer que irrompeu um novo marco no direito internacional, o que poderá contribuir para uma alteração mais profunda das relações dos Estados com suas minorias.

Pretende-se neste texto expor o caminho histórico do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, desde as bases jurídicas que produziram o reconhecimento dos direitos coletivos até a promulgação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Também se pretende analisar os principais méritos do texto e seus problemas, em especial o relevante aspecto da representação dos povos indígenas perante os organismos internacionais, ponto nodal para que se alcance a efetividade das respectivas normas.

1. O RENASCIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS

Embora tenham sido muito variadas as concepções de Estado defendidas ou adotadas nos séculos XVIII e XIX, é possível perceber nesse período uma tendência de abarcar no âmbito estatal todos os aspectos coletivos da sociedade. Sociedade e Estado tenderiam a se equivaler ou, por vezes, a se confundirem, pois no Estado estariam representadas todas as vontades individuais, e o Estado seria a auto-organização da própria sociedade. Nessa perspectiva, juridicamente a sociedade seria apenas um conjunto de indivíduos vinculados a um Estado e o direito internacional seria, basicamente, um palco das relações entre Estados, das quais estava excluída qualquer preocupação com os indivíduos ou com os grupos sociais, estes submetidos ao poder soberano e às regras jurídicas dos respectivos entes estatais. Disciplinar interesses de grupos e indivíduos por meio do direito internacional seria absurdo, pois seria uma interferência na soberania dos Estados Nacionais.

O término da Segunda Guerra Mundial, entretanto, deu início a uma nova concepção do Direito Internacional. A criação da ONU, em 1945, foi acompanhada de crescente preocupação com os direitos humanos, evidenciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. As atrocidades cometidas durante as grandes guerras tornaram inaceitável o terror colonialista, pois a mortandade agora não ficava adstrita a um local distante e a um povo exótico e desconhecido. A barbárie fez-se presente e visível.

Esse novo direito internacional, todavia, ficou marcado em seu nascedouro por uma tendência que ainda o persegue: a de se conceberem os direitos humanos por meio de documentos voltados à proteção do indivíduo, filtrado pelo prisma abstrato da liberdade e da igualdade. Essa configuração dos direitos humanos nunca foi imune a críticas. Com efeito, na metódica individualista em que

por muitos são invocados, os direitos humanos atuam nas consciências como se pudessem “preencher o vazio deixado pelo socialismo”²⁴ ou como se estivessem predestinados a compensar a eliminação dos fundamentos teológicos da discursividade moderna. Essa neometáfísica enrustida só poderia se apresentar acompanhada dos conhecidos, e já exaustivamente criticados, elementos de dominação social que a acobertam²⁵. A concepção dos direitos humanos como um invariante cultural ou um elemento transcultural da humanidade não esconde seu elemento ideológico: o liberalismo individualista²⁶ e os ideais da sociedade burguesa, até porque, por qualquer perspectiva que se tome, o “nós” só pode existir a partir do aparecimento do “eles”.

Essa nova visão jurídica tornou possível, logo após a Segunda Guerra Mundial, uma política dúplice e bem ao gosto da polaridade típica da guerra fria: invisibilidade das atrocidades cometidas pelos “amigos” e supervisibilidade das cometidas pelos “inimigos”. Visibilidade das atrocidades cometidas contra os aliados e invisibilidade das cometidas pelos ditadores amigos ou pelos pais das nações “civilizadas”. De outra parte, subjacente a esse discurso político, os direitos humanos passaram a ser vistos como um valor dos países centrais, uma dádiva²⁷ concedida aos países periféricos. Assim, os países mais “atrasados” em matéria de direitos humanos passaram a ter um ideal a ser perseguido: a concepção europeia e norte-americana de como viver em sociedade, ou seja, os ideais do liberalismo burguês. Por isso, tornou-se possível falar mais recentemente em “intervenção humanitária” ou até em “bombas humanitárias”²⁸.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 433.

²⁵ “Historicamente, as culturas hegemônicas tentaram fechar-se sobre si mesmas e apresentar o outro como o bárbaro, o selvagem, o incivilizado e, como consequência, suscetível de ser colonizado pelo que se autodenomina civilização”. HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 2. Título original: “Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto”.

²⁶ “A marca ocidental, ou melhor, a marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 444.

²⁷ Toda dádiva visa a uma retribuição, conscientemente ou não. “A dádiva não retribuída torna mais inferior aquele que a aceitou, sobretudo quando é recebida sem espírito de retorno. [...] A caridade é mais injuriosa para aquele que a aceita, e todo o esforço da nossa moral tende a suprimir a proteção inconsciente e injuriosa do rico ‘caritativo’”. MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**: com introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss. Tradução de António Filipe Marques. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 175. Título original: “Essai sur le don”.

²⁸ “A ordem internacional não se pode calar quando o Estado, em nome de sua soberania, exerce-a de modo truculento e desrespeitoso aos Direitos Humanos de seus concidadãos. Isto, com certeza, decorre da igualdade entre os povos e a mundialização por qual perpassam as nações e as alterações nas relações jurídicas”. GONÇALVES, Wilson José. Direito de integração no processo de reconhecimento dos direitos humanos. In: NASCIMENTO,

O discurso dos direitos humanos pelo prisma individualista, entretanto, não pode ser acusado de totalmente vazio nem de hipócrita. “À luz da universalidade dos direitos humanos, atentou-se para a importância da prevalência do princípio da não-discriminação”²⁹, e a partir daí se construiu a proteção dos grupos vulneráveis, entre os quais os indígenas. O esforço muitas vezes heroico de pessoas e de instituições contribuiu, em vários aspectos, para a melhoria nas condições de vida de muitos oprimidos e pela disseminação de uma nova mentalidade, mas esse esforço cedo mostrou sua insuficiência. Isso se dá porque pelo filtro prismático da individualidade, os direitos humanos se associam ao conceito de tutela, de modo a inserir a figura do “pai protetor” e todo o sistema de dominação, resistência e de violações que daí decorre³⁰.

Por influxo dessa insuficiência, ao mesmo tempo em que a proteção dos direitos humanos individuais se expandiu e se generalizou³¹, o século XX também fez irromper uma busca de novos atos normativos e de políticas voltadas para grupos sociais, para os valores coletivos, em uma tentativa de regulamentar não apenas as necessidades concretas, básicas e específicas dos indivíduos, mas também os valores, as necessidades e os bens culturais das coletividades que integram, principalmente das minoritárias. Opera-se, gradativamente, uma verdadeira transformação na garantia dos direitos fundamentais, das coletividades e dos indivíduos. Principia assim o reconhecimento da multiculturalidade e da pluralidade jurídica, o reconhecimento da desigualdade concreta dos indivíduos, da diversidade das identidades coletivas humanas³² e de uma nova, e mais apropriada, percepção da dignidade humana. No direito internacional são aprovados nas últimas décadas

José (Coord.). **Os direitos humanos e sua articulação prática com os sistemas sociais**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001, p. 174. Esse pensamento parte da ideia de que “o processo de mundialização e globalização vem refletindo na formação e necessidade de se constituir, pelos direitos de integração, um processo de reconhecimento dos direitos universais, em especial, dos Direitos Humanos”. *Ibid.*, p. 162.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 227.

³⁰ De fato, “toda a história do Direito brasileiro em relação à tutela dos direitos indígenas nos oferece um triste espetáculo de como o Direito, o legislador e o jurista imaginam, criam, inventam soluções de proteção e o Estado, pelo Poder Executivo ou Judiciário, é capaz de minar, corroer e deformar a ponto de transformar um instituto tão altruísta, tão profundamente humano como a tutela, substituta do pai, que deveria estar carregada de amor, em instrumento de opressão, porque longe de assistir o tutelado como se fosse um filho, o usurpa, como se fosse um inimigo derrotado”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 108-109.

³¹ “Tais expansão e generalização também possibilitaram que se voltasse atenção aos direitos atinentes a distintas categorias de *peças* protegidas, tidas como necessitadas de proteção especial, o que levou ao enunciado de, e.g., direitos dos trabalhadores, direitos dos refugiados e dos apátridas, direitos humanos da mulher, direitos da criança, direitos dos idosos, direitos dos inválidos, direitos dos povos indígenas”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 358.

³² O princípio iluminista da igualdade “não serve para proteger a maior parte dos direitos que querem os indígenas resguardar, que são por um lado o de serem diferentes dos demais e por outro que este direito à diferença não se refere, no mais das vezes, a garantias individuais, mas sim coletivas”. BARBOSA, Marco Antonio. **Auto-determinação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b, p. 437.

do século XX vários tratados e convenções que passam a abordar temas referentes a grupos e, ao mesmo tempo, vários ordenamentos jurídicos estatais passam a também abordar direitos coletivos dos mais variados.

A progressiva preocupação da comunidade internacional com direitos coletivos permitiu o avanço da luta dos indígenas pelo reconhecimento dos seus direitos como povos. Compelidos à condição de meros indivíduos e de subcidadãos dos Estados, nos quais geralmente nem gozam de todos os direitos individuais, aos indígenas nunca foi suficiente a enunciação dos direitos do homem. Os indígenas, que o sentiram na própria carne, sabem muito bem que “os direitos humanos de alguns e de algumas podem ser as condições desumanas de outros e outras”³³. Depois de séculos de terror colonialista, sob o qual pereceram mais de 500 milhões de indígenas em todo o mundo, segundo as estimativas, os povos indígenas puderam sair um pouco da invisibilidade a que foram submetidos e puderem começar a reivindicar um tratamento humano.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS: A GRADATIVA SUPERAÇÃO DO ASSIMILACIONISMO NO CAMPO INTERNACIONAL

O direito internacional passou, a partir dos meados do século XX, a se preocupar com os povos indígenas, mas, de início, a preocupação era ainda assimilacionista e individualista. Um dos primeiros documentos internacionais a se referir aos indígenas foi a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, adotada em 1957, relativa à proteção e à integração das populações indígenas e de outras populações tribais ou semitribais nos países independentes. Essa convenção foi internalizada no Brasil pelo Decreto 58.824, de 14/7/1966, e seu texto contém idéias de uniformização jurídica e de assimilação. O item 1 do art. 1º, por exemplo, estipulava que competia “principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”. A natureza liberal da proposta e o ideário individualista da dignidade da pessoa humana podem ser percebidos no item 3 do art. 2º da Convenção 107, pois fica claro que teria “por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo”. Esse ideário influenciou a atuação dos organismos internacionais por muito tempo, inclusive o Banco Mundial, cuja política sempre foi de fornecimento de projetos de “desenvolvimento progressivo”, com a finalidade de aculturação gradual dos povos tradicionais.

³³ CLAVERO, Bartolomé. El proyecto de declaración internacional: derechos indígenas y derechos humanos. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 190.

A Convenção 107 não utilizava a expressão “povos indígenas”, mas “populações indígenas”. Ainda assim, em vista da necessidade de compatibilizar esse instrumento com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis de 1966³⁴, surgiu a discussão sobre as possíveis interpretações de critérios de referencialidade do conceito “povos” e da forma de exercício dessa autodeterminação. Esse Pacto, em seu art. 1º, estipula 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”. Esse dispositivo constituiu um avanço expressivo, pois fica claro no item 3 do art. 1º que o conceito de Estado não se confunde com o de povo, embora não fique explícito o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos, porquanto as garantias estão ainda mais dirigidas aos “indivíduos”.³⁵ Ainda assim, a partir daí o princípio da autodeterminação dos povos, já presente na Carta das Nações Unidas de 1945 (art. 1º, item 2), passou a estar vinculado aos direitos humanos e à liberdade de um povo livremente decidir sobre sua organização política, visando ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Talvez por isso tenha esse Pacto demorado tanto tempo para ser adotado pelo Brasil.

Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁶ representaram uma modificação substancial na concepção dos instrumentos normativos internacionais. O primeiro desses documentos contém uma regra significativa e extremamente importante para as minorias:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Percebe-se nesses pactos um início de reconhecimento dos direitos coletivos dos povos minoritários³⁷. Avanços mais significativos para os povos indígenas,

³⁴ Resolução 2.200-A, da ONU. Adotado no nosso direito interno pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

³⁵ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Art. 2º. “1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.”

³⁶ Aprovado, no nosso direito interno, também pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo decreto 591, de 6 de julho de 1992.

³⁷ Em 18/12/1992 a ONU aprovou (Resolução 47/135) a Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais, ou Étnicas, Religiosas ou Lingüísticas, que aprofunda essa proteção, cujo item 5 do art. 2º praticamente repete o art. 27 do Pacto de 1966, mas acrescenta no item 1 do seu art. 3º que “As pessoas pertencentes a minorias poderão exercer seus direitos, inclusive os enunciados na presente Declaração, individualmente bem como em conjunto com os demais membros de seu grupo, sem discriminação alguma”.

contudo, só ocorreriam a partir da Convenção 169 da OIT, adotada em Genebra, em 27/6/1989, que substituiu a Convenção 107. Essa Convenção estabelece que a “consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (item 2 do art. 1º) e considerou indígenas os que descendem de “populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas” (item 1, “b”, do art. 1º). Essa Convenção também reconhece a igualdade, a especificidade desses povos, e o direito de exercício de autorregulação de suas instituições, seu desenvolvimento econômico, suas formas de vida cultural e espiritual, dentro do Estado em que vivem.

A Convenção 169 estabelece, por exemplo, que “governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (art. 2º) e para isso os governos têm de garantir os direitos de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas, do uso e preservação dos recursos naturais nelas encontrados, bem como de acesso a serviços de saúde e de educação básicos, observando suas necessidades particulares (art. 14).

Outro aspecto significativo é que a Convenção 169 da OIT substituiu o termo “populações”, por “povos indígenas”. Embora tenha sido ressalvado (item 3 do art. 1º) que o termo “povos” não poderia ser interpretado para gerar implicações ligadas ao direito internacional, esse foi um dos aspectos que mais resistência acarretou nos meios conservadores do Brasil e dos vários entraves que retardaram a aplicação desse instrumento em nosso País.

Com efeito, a Convenção 169 da OIT, doze meses após as duas ratificações mínimas exigidas, entrou em vigência no plano internacional em 05 de setembro de 1991. O Projeto de Decreto Legislativo foi aprovado pela Câmara em 1993, mas ficou parado no Senado até 2000, quando a Comissão de Constituição e Justiça o aprovou com uma emenda que pedia a supressão dos termos “povos” e “território”, com a justificativa de que feriam a soberania nacional e a Constituição da República, que define as terras indígenas como propriedade da União com usufruto dos povos indígenas. A Convenção só viria a ser ratificada pelo Brasil em 2002 e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19/4/2004, publicado em 20/4/2004.

Ao declarar expressamente a obrigação estatal de reconhecer a autonomia dos povos e de garantir propriedade e posse das terras, a Convenção 169 da OIT parece gerar uma aparente contradição com a Constituição da República, a qual

estipula (art. 20, XI) que as terras indígenas pertencem à União. Essa tensão é apenas aparente, pois conjugado esse dispositivo com o art. 231, que atribui aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, fica evidente que o art. 20, XI, da Constituição atribui à União o dever de proteger as terras indígenas, ou seja, cria uma “propriedade vinculada ou propriedade reservada”³⁸. A posse permanente, inequivocamente, é das populações indígenas (art. 231, § 2º).

Com a Convenção 169 se torna possível falar de “povos indígenas” como categoria analítica para fins jurídicos e também como expressão de identidade. De uma perspectiva assimilacionista, integracionista e exógena aos indígenas, passa-se gradativamente à perspectiva do reconhecimento de sua diversidade e da sua dignidade como povo, em que pesem todas as resistências conservadoras, fruto dos interesses econômicos, que ainda predominam no País.

Outros documentos aprovados por órgãos internacionais multilaterais também abordaram a pluralidade, ainda que marginalmente. Exemplo disso é a Convenção Sobre Diversidade Biológica³⁹, a qual, embora trate fundamentalmente da questão ambiental, reconhece em seu preâmbulo a relevância de se proteger a existência das populações indígenas e de suas formas de vida tradicionais para a manutenção do meio ambiente.

O ápice dessa tendência de reconhecimento dos direitos dos povos tradicionais, e dos indígenas em particular, foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Não foi, entretanto, um percurso fácil nem tranquilo e nem é possível afirmar que foi totalmente percorrido. Trata-se de uma trilha por terminar.

3. O LONGO CAMINHO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, configurou uma moldura conceitual a partir da qual se tornou possível discutir a condição dos indígenas como povos e tornou possível alguma reivindicação no plano internacional. Em 1977 realizou-se a primeira Conferência Internacional de Organi-

³⁸ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 46.

³⁹ A referida Convenção foi adotada em 5/6/1992, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, e foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994, de 3/2/1994, com base no art. 49, I, da Constituição da República. Sua entrada em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, só ocorreu por meio do Decreto 2.519, de 16/3/1998 (art. 84, VIII, da Constituição).

zações Não-Governamentais (ONGs) nas Nações Unidas sobre a discriminação dos povos indígenas, na qual, pela primeira vez, os grupos indígenas conseguiram ser ouvidos na reivindicação de serem designados como povos, e não mais como minoria étnica.

Com isso se intensificou o movimento pelo reconhecimento dos povos indígenas pelo direito internacional, principalmente a partir de 1980, quando se acentua a noção de “povos indígenas” como conceito analítico e como categoria de identidade detentora de titularidade de direito. Esse fenômeno foi impulsionado por movimentos de direitos humanos e de ativismo indígena internacional⁴⁰.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), por meio da Resolução 1982/34, de 7/5/1982, autorizou o estabelecimento do Grupo de Trabalho sobre os Povos Indígenas (WGIP), para desenvolver os padrões de direitos humanos que protegeriam os povos indígenas. O Grupo de Trabalho foi criado como resultado do estudo realizado pelo Relator Especial da ONU, José R. Martínez-Cobo, que identificou o sério problema da discriminação sofrida pelos povos indígenas no mundo, principalmente porque “sob uma ideologia de origem colonial, alguns setores reclamam a necessidade de *civilizar* os grupos de cosmovisão *primitiva* a partir de uma suposição básica de que a cultura moderna é superior à primitiva baseando-se em ideia do darwinismo social que fundamentam o prevalecimento dos grupos *fortes* sobre os *fracos*”⁴¹.

Em 1985, o Grupo de Trabalho deu início aos preparativos da minuta da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas a partir de vinte princípios elaborados em reuniões preparatórias pelos indígenas e por suas organizações. A primeira versão foi elaborada em 1988, mas sofreu sucessivas modificações. O trabalho contou com ampla participação de representantes de povos indígenas “uma abertura surpreendente para os moldes de atuação da maioria das Comissões da ONU”⁴².

Em consonância com essas ideias, o Banco Mundial, em setembro 1991, adotou a diretriz operativa 4.20,⁴³ que define “povos indígenas” de forma mais ampla, e passou a atentar para a necessidade de proteger os indígenas contra projetos de desenvolvimento que poderiam criar-lhes obstáculos.

⁴⁰ SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. *Boletim Meridiano* 47, 28/4/2009, disponível em: <<http://meridiano47.info/2009/04/28/o-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas-sob-a-perspectiva-internacional-e-a-brasileira-por-mariana-yokoya-simoni/>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

⁴¹ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001a, p. 24.

⁴² BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b, p. 376.

⁴³ Um resumo das políticas do Banco Mundial para os povos indígenas pode ser visto em <<http://www.bancomundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>>. A diretriz operativa 4.20, que se encontra em processo de revisão, pode ser vista em <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3057e000488559dd8454d66a6515bb18/OD420_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 28 jul. 2013.

Em 1993 o Grupo de Trabalho chegou a um consenso sobre o texto final da minuta da Declaração e o submeteu à Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. Em 1994, o texto foi aprovado e em seguida enviado à antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Assembleia Geral da ONU, por meio do item 5 da Resolução 49/214, de 23/12/1994⁴⁴, exortou a Comissão de Direitos Humanos a analisar o projeto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas dentro de uma década.

Em março de 1995, no início da Primeira Década Internacional dos Povos Indígenas no Mundo (1995-2004), em razão das resistências apresentadas pelos Estados, a Comissão de Direitos Humanos criou um grupo de trabalho para rever a proposta da Declaração e ficou garantida às organizações não-governamentais indígenas igualdade com os Estados-membros nos trabalhos, o que estabeleceu um precedente para a participação de ONGs indígenas nas reuniões anuais do grupo de trabalho. Nos anos seguintes, o grupo de trabalho reuniu-se para rever o rascunho e receber propostas dos Estados-membros e das ONGs indígenas.

A Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993, havia recomendado o estabelecimento de um Fórum permanente para tratar de “assuntos indígenas” junto à ONU, mas o Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas (UNPFII) foi criado somente em 28/7/2000 por meio da Resolução 2000/22, do Conselho Econômico e Social (ECO-SOC), com a missão de promover a conscientização sobre assuntos indígenas e promover a integração e coordenação de atividades relacionadas a assuntos indígenas no âmbito das Nações Unidas, e seu primeiro encontro se realizou em Nova York em 2002. O Fórum Permanente participou ativamente nos trabalhos da Declaração. A Cúpula Mundial de 2005 e a Quinta Sessão do Fórum Permanente sobre Assuntos Indígenas (UNPFII) em 2006 solicitaram a adoção da Declaração o mais rápido possível.

Após longos debates, em junho de 2006 o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou o texto da Declaração tal como proposto pelo Grupo de Trabalho, com o apoio do UNPFII. Em dezembro de 2006, antes de encaminhar o referido texto para votação na Assembleia Geral da ONU, o Conselho decidiu prorrogar sua análise e consulta, com o objetivo de adequar a redação final da Declaração com a preocupação dos Estados acerca de alguns conceitos e termos utilizados. O texto foi reformulado para esclarecer os limites do termo “autodeterminação”, atrelado à estrutura do Estado, e para aumentar as hipóteses de atividades militares em terras indígenas em casos de interesse público, e não apenas em situação de grave ameaça, bem como para reconhecer que a situação dos povos indígenas varia segundo as particularidades nacionais e regionais e as

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r214.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

diversas tradições históricas e culturais. Só em setembro de 2007 a proposta foi submetida a votação.

Nesse caminho, um dos retrocessos mais evidentes se verificou na regra sobre propriedade intelectual. A proposta original para o art. 18 era a seguinte:

18. Os povos indígenas têm o direito a medidas especiais de proteção, como propriedade intelectual, de suas manifestações culturais tradicionais, como a literatura, desenho, artes visuais e representativas, cultos, conhecimentos médicos e conhecimento das propriedades úteis da fauna e da flora.

O texto original tinha por finalidade a proteção do patrimônio intelectual dos povos tradicionais contra a biopirataria ou biogrilagem, como proferem alguns⁴⁵, mas o texto aprovado foi o seguinte:

Artigo 31

1. Os povos indígenas têm o direito a manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias, assim como, assim com a de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais, e as artes visuais e interpretativas. Também tem direito a manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual de seu patrimônio intelectual, seus conhecimentos tradicionais e suas manifestações culturais tradicionais.

Percebe-se claramente que os interesses econômicos ditaram uma importante alteração, pois o “conhecimento das propriedades úteis da fauna e da flora” deixa de ser uma propriedade intelectual dos povos indígenas e fica-lhes assegurado apenas o direito de “manter, controlar, proteger e desenvolver” esse conhecimento.

Em 13 de setembro de 2007, foi aprovada na Assembleia Geral a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com 143 votos a favor, 4 contra (Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália) e 11 abstenções. O Brasil votou a favor da Declaração, da mesma forma que todos os países da América do Sul, com exceção da Colômbia, que se absteve.

As votações contrárias não surpreenderam. Os principais argumentos contrários apresentados por esses quatro países são: (1) a falta de uma definição clara do termo “indígena”; (2) as referências e construções potencialmente impróprias

⁴⁵ Nesse sentido: SANTOS, Sandro Schmitz dos. Declaração universal dos povos indígenas e os novos desafios ao Direito Internacional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 19, n. 6, p. 74 jun. 2007.

ao direito de autodeterminação; (3) as discordâncias referentes aos direitos à terra, aos territórios e aos recursos naturais; e (4) o entendimento de que as leis comunitárias infringem a universalidade constitucional.

4. A DECLARAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS COMO MARCO DOS DIREITOS HUMANOS COLETIVOS

O mais importante na crescente preocupação pelos direitos humanos dos povos indígenas é a gradual mudança de ênfase dos direitos universais individuais para os “direitos coletivos”. Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas pode configurar um novo espaço de reconhecimento dos direitos coletivos no âmbito internacional e um novo ambiente de luta e resistência de todos os povos tradicionais, como se pode verificar, por exemplo, no seu primeiro artigo:

Artigo 1. Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

A percepção dos direitos dos indígenas como aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a indivíduos isolados não deixa de ter sua importância para aqueles que, por séculos, não foram tratados como pessoas, mas como coisa a ser escravizada, despojada e subjugada. Mas é, ainda, insuficiente e até paradoxal, pois a própria categorização do indígena pressupõe sua inserção em uma coletividade, pois o indígena só existe por meio de um processo de auto-identificação como povo. O conceito de cidadania nacional, como forma política que permite a cada indivíduo ser titular de direitos e deveres cívicos, civis e sociais exige justamente o pertencimento à nação, mas na ideia de “uma nação, um só povo” subjaz a de “um só mercado, uma só sociedade (burguesa)”, e, como alicerce de toda essa construção, o fundamento da propriedade individual. Assim, o reconhecimento da titularidade de direitos por grupos e coletividades, em especial as tradicionais e minoritárias, remete à criação de um novo conceito de cidadania.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tal como sentido por expressiva parcela dos seus intérpretes, ainda tem representado ora uma entidade

metafísica e abstrata, ora o ideário da igualdade individual de pessoas isoladas⁴⁶. A dignidade é reconhecida pela identidade de todos em uma só substância (matriz única), a “humana”⁴⁷, para a qual uma só sociedade é possível: a sociedade burguesa⁴⁸, destino escatológico de toda a humanidade.

A essência idealista de um princípio da dignidade da pessoa humana tende a eliminar todo ente heterogêneo, de sorte a transformar o “somos iguais, somos diferentes” em “devemos ser um só povo”. É necessário tudo mudar (“desenvolver”) para ser tudo uma só coisa, como uma visão mítica de retorno para o Uno.⁴⁹ É necessário repetir à exaustão o pecado original para relembrar a existência do próprio paraíso perdido. O postulado dos povos indígenas, entretanto, se encontra exatamente no campo oposto, o do respeito à diversidade. Ainda assim, é possível construir a dignidade humana de forma concreta, do mesmo modo em que os homens desde sempre se humanizam: pela percepção do Outro. Uma sociedade é tanto um conjunto de sujeitos como sua negação, daí que é necessário para sua compreensão integral não só considerar seus sujeitos individualmente concretos, mas também o conjunto das relações sociais que os nega como indivíduos isolados.

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas apresenta vários avanços, pelo menos como instrumento de luta dentro dos respectivos Estados nacionais, pois reconhece vários direitos coletivos concretos dos

⁴⁶ Contra uma visão formalista e homogeneizadora do princípio da igualdade, o preâmbulo da Declaração Universal sobre os direitos dos Povos Indígenas afirma que “os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais”.

⁴⁷ O poder excludente dessa abstração conceitual vai em duas direções: externamente, são excluídas as coisas (escravos, indígenas, negros e animais em geral) e internamente são excluídos os grupos subalternos. “Isso que nós consideramos como natureza humana remete principalmente às inclinações dos adultos (burgueses) machos, o que geralmente exclui as mulheres, as crianças e os velhos e ignora, além disso, o princípio universal da sociabilidade humana, ou seja, o parentesco”. SAHLINS, Marshall. **Un grosso sbaglio**: l’idea occidentale di natura umana. Tradução de Andrea Aureli. Milano: Elèuthera, 2010, p. 52. Título original: “The western illusion of human nature” [2008].

⁴⁸ O caráter sistêmico (excludente das heteronomias) das concepções tradicionais dos “direitos inatos da pessoa humana” pode ser visto, sem disfarces, no art. 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16/6/1776, que prescreve “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança” (grifos nossos). A condição essencial para adquirir esses direitos, como se vê, é a entrada na sociedade, a burguesa evidentemente, a partir do qual se adquire o direito de perseguir a propriedade (a felicidade) à custa da natureza, na qual se encontram inseridos os demais povos, ainda primitivos, ou seja, em estado permanente de natureza.

⁴⁹ A sociedade burguesa precisa “para conservar a si mesma, para permanecer idêntica a si mesma, para ‘ser’, expandir-se continuamente, prosseguir, lançar sempre para mais além os limites, não respeitar nenhum deles, não permanecer igual a si mesma”. ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 31. Título original: “Negative Dialektik”. Daí que o reconhecimento de outras sociedades nada mais seja do que a imposição de limites, um aparente paradoxo quando se observa que tais limites são auto-impostos pelo Estado, que representa os interesses da própria sociedade burguesa.

indígenas como povos, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

a) direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas (art. 4º);

b) direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez, seus direitos de participar plenamente, se o desejam, na vida política, econômica, social e cultural do Estado (art. 5º);

c) direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (art. 34); de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico (art. 33);

d) direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades (art. 35);

e) direito de não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura (art. 8º);

f) direito de pertencer a uma comunidade ou nação indígenas, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade, ou nação de que se trate, sem se submeterem a nenhuma discriminação de qualquer nenhum tipo por conta do exercício desse direito (art. 9º);

g) direito a um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas, bem como o direito de participação dos povos nesse processo (art. 27);

h) direito de revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas, sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los (art. 13);

i) direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que compartilham educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino-aprendizagem (art. 14);

j) direito de manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação entre si quando estejam divididos por fronteiras internacionais, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, política, econômica e social, com seus próprios membros, assim como outros povos através das fronteiras (art. 36);

l) direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido (art. 26), de não serem retirados pela força de suas terras ou territórios (art. 10), de manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado e utilizado (art.

25), de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma (art. 26); à reparação, preferencialmente em terras, ou à restituição pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado (art. 28); à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos (art. 29); de determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos (art. 32).

A quantidade de referências à terra comprova a sua centralidade para os indígenas. Não poderia ser diferente, pois “índio e terra estão de tal sorte ligados que dificilmente poderíamos conceber a existência do primeiro sem a segunda”⁵⁰. A relação dos indígenas com a terra é peculiar, com um modo diferente de conceber a territorialidade⁵¹ e incompatível com a ideia moderna de propriedade⁵², o que torna necessário um tratamento especial a esse peculiar direito coletivo. Infelizmente, os meios jurídicos demonstram grande dificuldade de adaptar a dicotomia público/privado a esse e a outros direitos coletivos.

Pelo texto, nenhuma ação deve ocorrer em terras indígenas sem consentimento prévio e informado dos povos, mas isso ainda é objeto constante de luta. A efetivação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas é, acima de tudo, uma luta pelo reconhecimento do direito coletivo às terras, o que coloca em discussão o próprio conceito de propriedade.⁵³ Esse direito não pode ser interpretado como mera formalidade cumprida em si mesma, ou seja, como mera comunicação aos indígenas, mas como direito de efetiva participação. De outra parte, a participação dos indígenas deve ser direta e não por meio de “representantes

⁵⁰ BARBOSA, Marco Antonio. 2001a, op. cit., p. 115.

⁵¹ De fato, “coexistem dentro do estado povos com línguas, crenças, costumes e noções bem diferenciadas de territorialidade que chegam a colidir com os valores defendidos pelos órgãos governamentais, configurados em sua maioria por uma visão determinista, homogênea e totalizante”. SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Orientador: Vladimir Passos de Freitas. 2009. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 12.

⁵² Isso é uma necessária consequência do reconhecimento de que existem inúmeras “culturas próprias a planetas jurídicos diversos onde não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal”. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

⁵³ “O surgimento de direitos coletivos e o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos trouxe à discussão a essência do direito individual de propriedade. O direito coletivo ao ambiente sadio, ao patrimônio cultural, ao desenvolvimento segundo cânones culturais locais põe em cheque a manutenção do direito de propriedade tal como foi concebido no final do século XVIII e organizado no século XIX”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 234.

oficiais”, em decorrência da forçada incapacidade absoluta a que juridicamente os indígenas estão submetidos, pois sem isso a regra representaria apenas uma farsa.

As orientações contidas na Declaração também devem ser consideradas ao se criar a legislação aplicável aos indígenas e na discussão do Estatuto dos Povos Indígenas⁵⁴. A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas também pode, a partir de sua aprovação, ser usada pelo Poder Judiciário como referência para suas decisões. Esses preceitos relativos à terra não possuem incompatibilidade com a Constituição da República do Brasil, a qual consagra aos indígenas “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231). Ao contrário, a Constituição de 1988 sepulta a concepção assimilacionista que anteriormente vigorava, e a partir dela o sistema jurídico passa a reconhecer aos índios os direitos de manter suas culturas, tradições e organizações sociais, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, a possibilidade de propor demandas judiciais. As conquistas da Constituição são eficazes para atender as principais reivindicações indígenas, mas as suas regras e princípios não contam com uma adequada correspondência na legislação ordinária.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas contribui para consolidar e operacionalizar as disposições constitucionais para outros níveis. A projeção internacional das reivindicações indígenas constitui passo fundamental para ampliar as bases jurídicas e as políticas públicas aplicáveis aos seus povos, bem como pode contribuir para generalizar uma nova percepção social sobre os povos minoritários e contribuir para um real desenvolvimento⁵⁵, que acima de tudo é social e cultural. Além disso, a própria autoestima e as identidades indígenas saem reforçadas e valorizadas nesse processo de reconhecimento da diversidade cultural.

As principais críticas dirigidas contra a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas estão centradas na alegação de sua contrariedade à “soberania estatal” e à “uniformidade constitucional”, e nos discursos míticos de Justiça e Ordem. Não há dúvida de que tais críticas estão profundamente ligadas a uma

⁵⁴ Hoje, os direitos dos povos indígenas são regulados pela Lei 6.001/73, a qual se encontra defasada, assimilacionista e com uma visão discriminatória dos povos indígenas. Tramita na Câmara Federal o projeto de lei 2.057, apresentado em 23/10/1991 pelo então deputado Aloizio Mercadante. Em que pesem alguns avanços, todas as propostas e suas emendas ainda tratam os povos indígenas de forma inadequada, seja por serem denominados como “sociedades”, seja por manterem um prisma, na essência, individualista para o tratamento das principais questões. Um aspecto curioso no PL 2057/91 é o título II (“Da organização social”), que em realidade trata do sistema jurídico aplicável, cujo art. 3º prescreve que “as sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público”. Há também importantes regras a respeito da representação dessas sociedades, inclusive judicialmente (arts. 4º e 5º). Esse projeto, entretanto, está paralisado na mesa diretora da Câmara desde 29/11/1994, embora apto para julgamento no Plenário.

⁵⁵ O real desenvolvimento só pode se efetuar mediante a garantia dos direitos humanos, estes concebidos como uma totalidade da vida das coletividades e dos indivíduos. Os direitos humanos assim arquitetados não constituem apenas instrumentos que conduzem ao desenvolvimento, mas são eles próprios.

ultrapassada visão colonialista, presente até em setores da esquerda, mas incompatível com o desenvolvimento do princípio de autodeterminação dos povos. Não se esconde entre os segmentos mais conservadores o desejo de expansão agrícola sobre as terras indígenas, como “terra de ninguém”, sob a justificativa de interesses nacionais, quando em realidade se trata de interesses privados puramente econômicos. A ideia de “um espaço homogêneo do território, um tempo homogêneo da história nacional e uma cultura homogênea em toda a população”⁵⁶ é uma visão romântica e colonizadora de nação. Tempo, espaço e cultura são, justamente, os existenciais revolucionados pela modernidade e por sua técnica, e essa percepção homogênea de espaço e cultura, bem como a ideia linear de tempo, dificultam o reconhecimento e o respeito da diversidade.

O texto aprovado reconhece o autogoverno e a livre determinação dos povos. A ONU recomenda, com essa regra, que as nações do mundo respeitem as formas políticas, sociais e jurídicas de cada povo. A dificuldade de equacionar esse direito fundamental reside no caráter ambíguo das relações entre Estado, sociedade civil e povos indígenas no Brasil, na construção de um imaginário nacional vinculado à expansão das fronteiras e consolidação do território brasileiro (mito do bandeirante desbravador), na construção de uma visão colonizada de relação com os países centrais (exportação de produtos primários e autopercepção como “um País que não presta”) e na diversidade de configurações sócio-históricas por que passamos. Na construção do imaginário brasileiro moderno, principalmente a partir da obra de Gilberto Freyre, o índio passa a ser concebido com um dos elementos de construção da nação brasileira, miscigenada e única, e sua pureza étnica um defeito a ser “corrigido”. A aspiração do indígena, nessa perspectiva, só poderia ser a de homogeneidade e de unidade nacional.

As críticas, portanto, não guardam correspondência com reais problemas jurídicos, sociais ou econômicos, mas decorrem de preconceitos estabelecidos por uma cosmovisão colonizadora, como o filho castigado/escravizado (colonizado) cuja identificação ao Outro (colonizador) o torna predestinado a também colonizar e escravizar. Romper com esse imaginário é uma tarefa difícil em um País com a nossa estrutura agrária, mas é condição necessária para o total desenvolvimento de nossas potencialidades.

⁵⁶ NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-nação. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 12.

5. A REPRESENTAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Não há dúvida de que o descumprimento, inclusive por omissão, de preceitos firmados em normas internacionais pode acarretar sanções internacionais. É a denominada “regra de interconexão”⁵⁷, fenômeno recente do direito internacional, mas cada vez mais aplicado, principalmente no campo econômico. Os indígenas, entretanto, sempre tiveram dificuldade de serem ouvidos pela comunidade internacional e de denunciar as violações de seus direitos. Essa dificuldade de ser ouvido pode ser percebida no seguinte relato:

No ano de 1923, o chefe indígena Cayuga Deskaheh, foi a Genebra como representante de seis tribos de índios Iroqueses. Durante mais de um ano, tentando conseguir a atenção da Sociedade das Nações. Apesar de algumas delegações terem escutado seriamente sua causa, a Sociedade não escutou seus apelos. O representante então defendeu sua causa se dirigindo ao povo suíço e permaneceu firme em sua luta até sua morte, que veio a ocorrer em 1925.

Em 1984 [sic, em realidade 1924], com o objetivo de protestar pelo descumprimento no disposto no Tratado de Waitangi, celebrado entre a Coroa Inglesa e os povos Maoris da Nova Zelândia, o Conselho Maori recorreu ao Poder Judiciário, assim como, ao Waitang Tribunal (“New Zeland Maorí Council v. Attorney-Generan. A decisão judiciária entendeu que este tratado é o fundamento constitucional sobre as relações entre os povos Maori e a Coroa Britânica. De acordo com este Tratado, o Governo Inglês reconheceu aos Maoris o direito de autogoverno, reconheceu os Maoris como cidadãos britânicos e garantiu a completa, exclusiva e não perturbada posse de suas terras.”⁵⁸

Como o acordo não foi cumprido em relação às terras, o pajé maori e numerosa delegação foi a Londres solicitar auxílio ao Rei Jorge, que não os recebeu. O chefe Ratana enviou parte da sua delegação a Genebra para ser ouvida, mas não se conseguiu nenhuma audiência. Em 1925 o próprio chefe Ratana foi a Genebra, mas não conseguiu audiência. Apesar disso, as iniciativas dos chefes indígenas chamaram “a atenção da comunidade para o fato de não estes não possuíam nenhum recurso para protestar quando eram descumpridos os tratados internacionais celebrados entre eles e as potências colonizadoras”⁵⁹.

⁵⁷ A esse respeito: CHAMBERS, Ian. El convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 125-126.

⁵⁸ HENDERSON. Jonh; BELLAMY, Paul apud SANTOS, Sandro Schmitz dos. Op. cit., p. 64.

⁵⁹ SANTOS, Sandro Schmitz dos. Op. cit., p. 65.

Outro episódio indicativo das dificuldades de representação dos povos indígenas ocorreu em 1977, quando na Conferência das Organizações Não-Governamentais sobre a discriminação dos povos indígenas, compareceram 200 delegados indígenas, os quais não podiam ter acesso aos trabalhos por não estarem registrados em ONGs. Foi necessário uma articulação das Nações Unidas para que esses delegados pudessem participar. Assim, o problema da titularidade dos povos indígenas em face dos Estados nacionais e dos organismos internacionais sempre foi um problema a ser superado.

Por meio da atuação das organizações não-governamentais em torno dos direitos humanos, houve alguma abertura para “um novo diálogo universal, entre governos e sociedade civil”⁶⁰. Esse diálogo é, entretanto, ainda tímido, incipiente e limitado, pois restrito a alguns temas. É necessário ampliar esse diálogo e, portanto, modificar o “tipo de representação, organização ou instituição que corresponde aos indígenas em cada país. O importante é que essa institucionalidade seja definida pelos próprios grupos indígenas e não imposta pelo governo ou outra autoridade estatal”⁶¹.

A autodeterminação é a principal reivindicação dos povos indígenas, pois lutam pelo reconhecimento dos seus direitos individuais e coletivos no plano internacional⁶². “Do ponto de vista do direito internacional não há a menor possibilidade de se sustentar que os povos indígenas não são titulares do direito internacional de se autodeterminar”⁶³. O próprio Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) estipula no seu art. 1º 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” e prescreve que todos os Estados deverão promover o exercício do direito à autodeterminação.

Os Estados nacionais, entretanto, resistem a esse reconhecimento e o pano de fundo disso se encontra no conceito de soberania e no medo de separação ou secessão, embora seja incontestável que “a maioria dos povos indígenas do mundo nem tem condição real, nem o menor interesse em se separar dos Estados onde estão situados, mas não abrem mão do reconhecimento explícito de tal direito; não admitem falar-se em autodeterminação interna”⁶⁴. Um dos pontos que mais distancia povos tradicionais das sociedades modernas consiste justamente em estas estarem organizadas em torno do Estado-nação⁶⁵. “A sociedade primitiva

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 231.

⁶¹ CHAMBERS, Ian. Op. cit., p. 131.

⁶² BARBOSA, Marco Antonio. 2001b, op. cit., p. 313.

⁶³ Ibid., p. 435.

⁶⁴ Ibid., p. 435-436.

⁶⁵ “No hace falta constituir Estado para asumir la responsabilidad y hacerse cargo colectivamente de los intereses propios. El mismo Estado debe ahora tomarlo y mantenerlo bien en cuenta”. CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., p. 204.

resiste à possibilidade de nascimento do Estado concentrando em si mesma todo o poder possível, na coletividade como tal: nada de individual escapa ao império do coletivo”⁶⁶.

A ideia de “Estado” é totalmente estranha aos povos indígenas, mas o reconhecimento da autodeterminação exige que se criem mecanismos de representação desses povos nos organismos internacionais, como meio de lhes dar voz e de tornar possível resolver eventuais conflitos com os Estados nacionais em que se encontrem inseridos. É verdade que já houve progresso nesse aspecto, pois o Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas (UNPFII) é composto por oito representantes dos Estados, escolhidos pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e mais oito membros nomeados pelas organizações indígenas. Esse mecanismo participativo, entretanto, é ainda insuficiente.

O “direito internacional estará incompleto e não será direito se não admitir a aplicação do princípio da autodeterminação a todos os povos”⁶⁷ e para isso é necessário caminhar para o reconhecimento do direito de os povos indígenas participarem com titularidade própria em organismos internacionais. Um mecanismo possível seria a instituição de sistemas de trabalho como os da OIT, em que representantes tripartites (Estado, trabalhadores e empresários) participem das deliberações.

Essa dificuldade de reconhecimento de titularidade dos povos indígenas na reivindicação de seus direitos ocorre também no nível interno dos Estados, principalmente quando se trata de se recorrer ao Poder Judiciário. Embora o art. 232 da Constituição da República expressamente atribua que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, ainda se verifica uma forte tendência de se aplicar esse preceito como possibilidade de defesa de direitos individuais. A questão, entretanto, sempre esteve vinculada à defesa dos direitos coletivos, pois os indígenas existem, acima de tudo, como parte de uma coletividade, e os “coletivos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais”⁶⁸.

Um direito do qual toda a comunidade é sujeito, que é compartilhado, mas não pode ser dividido ou alienado, é tão estranho à racionalidade jurídica moderna que se torna difícil vencer as resistências culturais. As aberturas norma-

⁶⁶ WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 33.

⁶⁷ BARBOSA, Marco Antonio. 2001b, op. cit., p. 339.

⁶⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 250.

tivas realizadas no plano internacional, entretanto, podem contribuir de maneira significativa para alterar a apertada mentalidade jurídica no plano interno da maioria dos Estados Nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas representa importante avanço no reconhecimento dos direitos coletivos dos povos tradicionais no plano internacional. Representa também importante modificação na estrutura dos direitos humanos, a partir da qual se busca superar sua base individualista e liberal.

A Declaração Universal é instrumento que permite e exige a continuidade de uma luta pelo reconhecimento e efetividade, no plano interno dos Estados, dos direitos que enuncia. Três aspectos continuam a ser centrais para os povos indígenas: proteção do conhecimento tradicional, luta pela terra e representação nos organismos internacionais.

Em relação ao conhecimento tradicional, há a necessidade de avançar internacionalmente no reconhecimento da propriedade coletiva dos saberes tradicionais da fauna e da flora. Propriedade coletiva é um paradoxo que mostra a centralidade dessa questão. É preciso ir além do texto da Declaração para constituir sistemas de proteção contra a biopirataria em favor não apenas dos povos indígenas, mas também dos Estados em que se encontrem.

A demarcação e o respeito às suas terras continua a ser o elemento mais importante para a sobrevivência dos povos indígenas. A Declaração ofereceu vários avanços na instrumentalização dessa luta, mas há necessidade de os Estados adotarem efetivamente medidas que sustentem os respectivos direitos. A expansão das fronteiras agrícolas e a construção de usinas hidrelétricas, entretanto, continuam a ser justificativas apontadas para o brutal descumprimento da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas.

Por fim, há a necessidade de novos mecanismos de representação dos povos indígenas perante os organismos internacionais. A representação por meio de organizações não-governamentais, embora tenha servido de anteparo para dar alguma voz aos indígenas, é insuficiente para o respeito da dignidade de seus povos.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. Título original: “Negative Dialektik”.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001a.
- _____. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b.
- CHAMBERS, Ian. El convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 123-141.
- CLAVERO, Bartolomé. El proyecto de declaración internacional: derechos indígenas y derechos humanos. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 184-213.
- GLISSANT, Édouard. **Poética del diverso**. Traduzione di Francesca Neri. Roma: Meltemi, 1998. Titolo originale: “Introduction à une poétique du divers” [1996].
- GONÇALVES, Wilson José. Direito de integração no processo de reconhecimento dos direitos humanos. In: NASCIMENTO, José (Coord.). **Os direitos humanos e sua articulação prática com os sistemas sociais**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001, p. 161-180.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. Título original: “Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato”.
- MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva: com introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss**. Tradução de António Filipe Marques. Lisboa: Edições 70, s/d. Título original: “Essai sur le don”.
- NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-nação. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura**

política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Sandro Schmitz dos. Declaração universal dos povos indígenas e os novos desafios ao Direito Internacional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 6, p. 64-76, jun. 2007.

SAHLINS, Marshall. **Un grosso sbaglio**: l'idea occidentale di natura umana. Tradução de Andrea Aureli. Milano: Elèuthera, 2010. Título original: "The western illusion of human nature" [2008].

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 45-50.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional**: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira. Orientador: Vladimir Passos de Freitas. 2009. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. **Boletim Meridiano 47**, 28/4/2009, disponível em: <<http://meridiano47.info/2009/04/28/o-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas-sob-a-perspectiva-internacional-e-a-brasileira-por-mariana-yokoya-simoni/>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 229-256.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 23-54.