



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

Leandro Ferreira Bernardo⁶⁹

1. INTRODUÇÃO

A aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas no ano de 2007 representa um importante marco na defesa daqueles grupos que viram por tanto tempo o avanço do homem europeu sobre os territórios que sempre ocuparam e com esse avanço o extermínio de comunidades, de sua cultura, de seus conhecimentos.

Nos capítulos seguintes, será analisada a evolução dos direitos humanos nas últimas décadas, a inserção das declarações de direitos no âmbito das fontes de direito internacional, e, em especial aquelas criadas no seio de organismos intergovernamentais de ampla representação, como é o caso da ONU.

Após, analisaremos os principais direitos reconhecidos pela Declaração e a sua repercussão, seja direta, seja indiretamente, na conformação das ações públicas dos Estados, bem como as dificuldades na efetivação das garantias reconhecidas naquele documento e outros já existentes sobre o tema.

⁶⁹ Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Procurador Federal em Maringá/PR. e-mail: leandrofernardo@hotmail.com

Por fim, será tratado sobre importantes pontos de coincidência entre direitos humanos dos povos indígenas – retratados pela Declaração – e os valores do socioambientalismo emergente também nas últimas décadas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Importantes fatos de repercussão mundial ocorridos no século passado foram responsáveis pela transformação dos fundamentos do direito e, como consequência, fizeram sobrelevar os direitos fundamentais.

Cita-se a eclosão das duas grandes guerras mundiais – em especial a 2ª - e as barbáries que foram possíveis presenciar nos períodos de sua duração, quando pessoas e grupos não enquadrados dentro dos padrões da maioria hegemônica nazista foram exterminados, ao desabrigo de qualquer ordem jurídica interna ou internacional.

O período pós-guerra inaugura um estágio nunca antes possibilitado de organização da comunidade internacional, com a criação da ONU em 1945 e, na sequência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948⁷⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem significou o reconhecimento da necessidade de se proteger a existência digna do ser humano, independentemente do ordenamento jurídico de direito interno a que estivesse vinculado ou ainda que não estivesse protegido por nenhum Estado⁷¹.

Assim, o primeiro período do direito internacional dos direitos humanos contemporâneo é marcado pela elaboração de documentos de proteção de direitos do indivíduo de forma genérica, dirigida a toda a humanidade. Em sequência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ganham relevo no âmbito internacional, sobretudo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷² e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷³. ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966.

Na seara dos direitos humanos, após a crescente organização da comunidade internacional e a criação de um vasto rol de documentos voltados à proteção do indivíduo de forma mais abstrata, o que se seguiu nas últimas décadas do

⁷⁰ De acordo com Flávia Piovesan, “[...] a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

⁷¹ Vide ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁷² Aprovado, 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.

⁷³ 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.

século XX foi a elaboração de novos atos voltados para grupos sociais e valores específicos, como uma tentativa de se buscar regulamentar necessidades concretas básicas do indivíduo⁷⁴ ou de determinados grupos. Este evento fez com que houvesse uma verdadeira transformação na garantia de direitos fundamentais de grupos e indivíduos, até então pressupostos pelo direito – dentro da tradição do racionalismo filosófico –, equivocadamente, como iguais⁷⁵.

Nesse cenário, no direito supranacional, citam-se como exemplo os inúmeros tratados e convenções que abordaram as temáticas referentes à criança, mulher, idoso, deficientes, pessoas submetidas a condições indignas em decorrência do desrespeito ao meio ambiente⁷⁶.

A temática referente aos povos indígenas também não escapou da preocupação internacional. Neste contexto, ganha relevo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho⁷⁷, que dispõe sobre povos indígenas e tribais. Referido documento previu, por exemplo, a necessidade de se realizar ações tendentes a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade (art. 2º)⁷⁸.

No entanto, outros documentos aprovados por órgãos internacionais multilaterais também abordaram a temática, ainda que marginalmente. Exemplo disso é a Convenção Sobre Diversidade Biológica⁷⁹, que, em pese tratar 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 ambiente⁸⁰.

Em grande parte influenciados por esta tendência e paralelamente a ela, os ordenamentos jurídicos internos de vários países passaram a abordar várias daque-

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 58.

⁷⁵ O estado de coisas existente no período torna imprescindível uma verdadeira revisitação aos fundamentos do direito moderno, orientado pelo racionalismo filosófico, impulsionador do iluminismo, e que propugnava pela extinção de leis específicas e casuísticas, ao passo que levantava a bandeira da igualdade (inicialmente formal).

⁷⁶ De acordo com Flávia Piovesan, “O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo [...]”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos**. In: SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Juruá. 2007, p. 109. Segundo a autora, op. cit., p. 120: “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, universalidade e indivisibilidade destes direitos acrescidas do valor da divisibilidade”.

⁷⁷ A referida Convenção restou internalizada no direito pátrio pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

⁷⁸ ARAUJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. **Socioambientalismo, direito internacional e soberania**. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá. 2007, p. 35. Segundo os autores: “Na prática, a Convenção foi o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo os padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos”.

⁷⁹ A referida Convenção foi aprovada, no plano internacional, em junho de 1992, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro. A convenção foi promulgada no plano interno pelo Decreto 2.519/98.

⁸⁰ A referida Convenção foi internalizada no direito interno pelo Decreto Legislativo nº 2, de 1994.

las temáticas, o que acabou contribuindo, ainda mais, para uma maior efetividade dos direitos fundamentais dos vários e distintos grupos formadores de suas sociedades. No Brasil, em um rápido olhar sobre os diversos diplomas produzidos, e sem a mínima intenção de esgotá-los, podemos apontar a legislação protetora da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, da mulher, à pessoa sujeita a condição de miserabilidade⁸¹ e do consumidor⁸².

Não foi diferente no que diz respeito ao tratamento legal dado às comunidades tribais – embora neste campo o grau de efetividade da legislação esteja permeada de complexidade inexistente ou minorada àquelas voltadas para outros grupos específicos, anteriormente citados.

Augusto Antônio Cançado Trindade constata o surgimento de um novo período do Direito Internacional dos Direitos Humanos, marcado pela insuficiência dos documentos criados pelo acordo entre os Estados (*raison d'État*). Aponta, assim, para a necessidade de se despertar uma “consciência jurídica universal para intensificar o processo de humanização do direito internacional”⁸³.

Nesse sentido, aponta o autor a grande importância que assumem as organizações internacionais, sobretudo aquelas de âmbito universal, que passam a ter a função de traduzir os interesses maiores dos indivíduos espalhados no mundo.

A referida tendência à universalização do direito internacional dos direitos humanos, diante do alargamento de seus limites tradicionais, passa a tornar incabível a limitação às fontes formais clássicas, tais como previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – aprovado em 1945⁸⁴.

É nesse contexto de mudança das bases do Direito Internacional que passam a ganhar reconhecimento documentos criados por organismos internacionais representativos da geografia mundial, reveladores dos valores de uma justiça objetiva, oponível a todos, mesmo àquele Estado que não concordou com sua elaboração.

Como prova das tendências contemporâneas acima referidas, observa-se que nos últimos anos uma série de declarações de caráter universais garantidoras

⁸¹ Cite-se, p. ex., a lei 8742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS

⁸² SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 57. De acordo com a autora: “Os novos direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário quanto do ponto de vista de sua conscientização”.

⁸³ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 402.

⁸⁴ Dispõe o art. 38 do Estatuto da CIJ: “1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes”.

de direitos⁸⁵ tem sido aprovada. No âmbito das Nações Unidas, recentemente restou aprovada a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas⁸⁶.

De acordo com aquela concepção esposada por Cançado Trindade, a aprovação externada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas revela um consenso, fundada em um critério de uma justiça objetiva, que, por tal razão, possui validade oponível a toda a comunidade internacional, independe de ter participado ou, pior, votado contra a sua aprovação⁸⁷.

O efeito prático da juridicidade de declarações universais, tais como a que trata dos direitos dos povos indígenas, na esteira deste entendimento⁸⁸, seria de fundamentar a oposição dos indivíduos ou grupos minoritários contra Estados desrespeitadores de seus direitos humanos. No que diz respeito ao acatamento daqueles documentos pelo direito das gentes, nos tribunais internacionais, Cançado Trindade afirma:

No tocante à jurisprudência internacional, o exemplo mais imediato reside na jurisprudência dos dois tribunais internacionais de direitos humanos hoje existentes, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Referências expressas à consciência jurídica universal encontram-se, e.g., em alguns de meus votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁹.

Assim, em resumo, não apenas os tratados, convenções, o costume internacional, os princípios gerais devem ser consideradas como fontes do direito internacional, tal como fora outrora, fundado, sobretudo, na vontade dos Estados; pelo contrário, o atual capítulo do direito internacional, tende a se pautar por valores consensuais, muitas vezes externados por organizações internacionais de caráter global, ainda que a despeito de alguns interesses de Estados⁹⁰.

⁸⁵ Cita-se a Declaração Universal dos direitos das Águas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em março de 1992.

⁸⁶ Vide no capítulo seguinte o histórico da aprovação da Declaração.

⁸⁷ A referida declaração contou com um total de 143 votos a favor, 4 contra (Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá e Austrália) e 11 abstenções (Vide <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>).

⁸⁸ Francisco Rezek parece não compartilhar do poder normativo dos atos e decisões surgidas no âmbito de organizações internacionais. Segundo o autor: "Muitas dessas normas obrigam a totalidade dos membros da organização, ainda que adotadas por órgão sem representação do conjunto, ou por votação não unânime em plenário. É certo, porém, que tal fenômeno somente ocorre no domínio das decisões procedimentais, e outras de escasso relevo. No que concerne às decisões importantes, estas só obrigam quando tomadas por voz unânime, e, se majoritárias, obrigam apenas os integrantes da corrente vitoriosa, tanto sendo verdadeiro até mesmo no âmbito das organizações europeias, as que mais longe terão levado seu nível de aprimoramento institucional". REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138-139.

⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 92.

⁹⁰ Interessante observar que começa a se fazer notar a citação da Declaração das Nações Unidas sobre direitos

2. ANÁLISE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas surge como resultado de vários anos de estudos e debates que ganharam força na década de 90⁹¹, dentro da estrutura da ONU.

Em dezembro de 1994, a Assembleia Geral das Nações Unidas, como ato preparatório da Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo⁹², aprovou a Resolução 49/214, que reconheceu a importância de valorização das culturas autóctones e determinou a promoção do gozo dos direitos dos povos indígenas e o pleno desenvolvimento de suas distintas culturas e comunidades⁹³.

O referido documento determinou, dentre outras coisas, a submissão à Comissão de Direitos Humanos de projeto de Declaração de Direitos dos Povos Indígenas formulado pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias.

O grupo de trabalho criado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas apresentou à Assembleia Geral o resultado final do projeto de declaração na 61ª sessão anual e no mesmo ano, por recomendação do Conselho de Direitos Humanos⁹⁴, restou aprovada em 13 de setembro de 2007 a resolução 61/295, a qual adota a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

A declaração, dividida em 46 artigos, explicita importantes valores a serem preservados e relevantes objetivos a serem alcançados. Poderíamos apontar como preponderantes as seguintes garantias abordadas pela declaração:

dos povos indígenas no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se pode destacar, a título de exemplo, no voto em apartado proferido pelo juiz Eduardo Vio Grossi, no caso Comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai (Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)

⁹¹ De acordo com o Gilberto Marcos Antônio Rodrigues, a década de 90 se notabilizou pela ocorrência de várias conferências globais, tendo como marco a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente ocorrida no Rio de Janeiro em 1992. Afirma o autor que: “Desde então, como em nenhum outro tempo, as Nações Unidas vêm se dedicando a debater, a esmiuçar, a negociar e a lançar diretrizes de ação amplas e determinadas visando influenciar de maneira definitiva a geração de políticas públicas em todo o mundo”. RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 201.

⁹² A referida década teve início em 1994 e durou até 2004, e foi proclamada pela Resolução 48/163 da Assembleia Geral, em Dezembro de 2003.

⁹³ Disperse o texto em inglês: “[...]Determined to promote the enjoyment of the rights of indigenous people and the full development of their distinct cultures and communities” (Vide http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295).

⁹⁴ Referido Conselho, criado pela ONU em março de 2006, veio substituir a Comissão. Notabiliza-se a configuração do Conselho especialmente: a) pela existência de procedimento mais transparente na escolha dos membros; b) maiores períodos de funcionamento, quando comparado à Comissão; c) representação geograficamente equitativa dos países-membros na composição do Conselho; d) controle periódico da observância dos direitos humanos pelos países integrantes do Conselho etc.

a) direito a fruir, individual ou coletivamente, os direitos humanos e as liberdades fundamentais⁹⁵.

Verdadeiro princípio, o direito de ser sujeito de direitos humanos e das liberdades fundamentais trata-se de sustentação para as demais, na medida em que estas seriam desdobramento daquelas.

b) direito à igualdade e a não ser discriminado⁹⁶.

É reconhecida a necessidade de se conferir ao povo indígena os mesmos direitos fundamentais disponíveis ao restante das populações não-índias, tais como saúde e educação. Como reforço à idéia de isonomia, exige a Declaração que sejam observadas as peculiaridades indígenas na aplicação destas importantes políticas.

c) direito à autodeterminação⁹⁷.

Reconhece-se à população indígena o direito de ser reconhecida como detentora de independência, ao menos relativa, em sua organização interna, independente de influências externas, inclusive do Estado Nacional sob cujo território se encontre instalada⁹⁸.

A autodeterminação dos povos indígenas implica, como corolário, o direito a se auto-organizar jurídica⁹⁹, econômica, política, social, culturalmente.

d) direito a uma nacionalidade¹⁰⁰.

O indígena possui direito a pertencer a uma nacionalidade. Como primeiro corolário de tal direito, garante-se ao índio o direito de não ser considerado apátrida e, dessa forma, excluído da proteção do poder público dos Estados Nacionais.

Outra consequência consiste na necessidade de se preservar a sobrevivência das inúmeras sociedades indígenas, em sua diversidade, uma vez que a proteção do indígena apenas considerado em sua individualidade e desconsiderada o valor da sociedade à qual pertence concorreria para a extinção daquele indivíduo.

⁹⁵ Art. 1º.

⁹⁶ Art. 2º, art. 15.

⁹⁷ Art. 3º, art. 5º.

⁹⁸ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado** – pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naifi, 2003, p. 35. Para Clastres, “[...] os povos sem escrita não são então menos adultos que as sociedades letradas. Sua história é tão profunda quanto a nossa e, a não ser por racismo, não há por que julgá-los incapazes de refletir sobre a sua própria experiência e de dar a seus problemas as soluções apropriadas.

⁹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 193. No entender de Marés Filho, “[...] esta jurisdição indígena é diferente do exercício da jurisdição integral que significaria o fim da soberania estatal sobre o território dado e, em outras palavras, a de recriação de um novo Estado”.

¹⁰⁰ Art. 6º, art. 9º.

e) direito a não sofrer assimilação ou integração forçada ou não ter sua cultura destruída¹⁰¹.

É sabido que a onda de expansão dos domínios da civilização ocidental no mundo, e especialmente nas Américas, foi marcada por vários séculos de tentativa de dizimação da população nativa, seja de forma violenta, seja com a sua integração à pretensa sociedade “civilizada”.

Ocorre que a evolução do discurso de proteção dos direitos humanos no mundo tem sido cada vez mais absorvido no que diz respeito aos povos indígenas.

Decorrencia do princípio da autodeterminação, exige, para sua efetivação, não só uma posição passiva do poder público interno e dos organismos internacionais, mas, pelo contrário, uma atuação positiva na promoção de seu direito a ser reconhecido como diferente.

f) direito à terra ou territórios, de forma individual ou coletiva, e de não ser molestado em tais locais¹⁰².

A relação do índio com a terra se dá de forma diversa daquela relação de propriedade vigente na sociedade capitalista. Não se acham seus “donos”, não dividem os territórios de forma individualista. Pelo contrário, a relação do índio com a terra é de respeito, somente retirando dela o que necessita para saciar a fome da tribo.

Contudo, em que pese pouco importar às comunidades indígenas a existência de títulos de propriedade, faz-se necessária a garantia de que poderão viver nas terras tradicionalmente ocupadas, sem qualquer risco de serem perturbados ou até expulsos.

O direito à terra representa a garantia de que sua cultura, seus conhecimentos, sua existência estão protegidos de qualquer força exterior¹⁰³.

g) direito de preservação e propagação às gerações futuras de sua cultura¹⁰⁴.

O patrimônio cultural do ser humano e das várias sociedades tem visto sua valorização cada vez mais presente nos documentos de proteção dos direitos humanos. A declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas explicita

¹⁰¹ Art. 8º.

¹⁰² Art. 8º, art. 10 e art. 26.

¹⁰³ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 7.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 78. Para Leff, “As condições de existência das comunidades dependem da legitimação dos direitos de propriedade sobre seu patrimônio de recursos naturais, de seus direitos a preservar, sua identidade étnica e sua autonomia cultural, para redefinir seus processos de produção e seus estilos de vida”. Continua o autor ao afirmar que: “o direito a um território étnico, como espaço para a reprodução cultural, é uma proposta de desconstrução da política agrária que parcelou o território para dar posse à terra como condição de sobrevivência do campesinato e da política indigenista que buscou a assimilação dos índios à cultura nacional dominante e à globalização econômica, ou seu extermínio e exclusão como seres marginais à racionalidade econômica” (p. 353).

¹⁰⁴ Art. 11.

aquela necessidade de valorização e proteção dos bens culturais das sociedades indígenas¹⁰⁵.

Inclui-se neste conceito de “cultura”, os valores religiosos, as crenças, a história, as tradições, os conhecimentos médicos, farmacêuticos, os valores éticos.

Trata a Declaração de um verdadeiro direito a uma blindagem dos bens criados a partir da intervenção indígena à ação externa, como, por exemplo, no que se refere à indevida apropriação de conhecimentos milenares de cura por grandes empresas de biotecnologia, com vistas à sua exploração comercial¹⁰⁶.

h) acesso aos direitos trabalhistas nacionais e internacionais¹⁰⁷.

Desdobramento do direito a ser tratado de forma isonômica aos demais indivíduos não-índios, a Declaração impõe a necessidade de se observar as garantias laborais criadas pelos sistemas estatais e internacionais.

Obviamente que o referido acesso deve ser compatibilizado com os demais valores previstos na Declaração, tais como a autodeterminação dos povos indígenas e a necessidade de preservação de sua cultura.

i) direito na participação de decisões que afetem seus direitos¹⁰⁸

A Declaração reconhece a imprescindibilidade de se deferir em favor das populações indígenas o “direito a serem ouvidas” nos processos sociais que lhe interessem, direta ou indiretamente, seja no âmbito interno, seja perante organismos internacionais.

Os exemplos imagináveis de ações externas e que influenciem diretamente na liberdade indígena são vários e corriqueiros na atualidade. Cite-se o exemplo da construção de usina hidrelétrica, que gera uma grande transformação do ambiente do entorno e que pode, inclusive, obrigar a mudança compulsória de comunidades ali instaladas para outros locais.

Outra possível ação externa imaginável seria a exploração econômica da natureza, como a extração de minerais, em área habitada por comunidades indígenas.

Mais do que o direito a que os seus interesses sejam mensurados pelos Estados, a Declaração eleva o índio à condição de protagonista na definição de ações potencialmente impactantes em sua vida.

¹⁰⁵ “[...] o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado –, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3.ed., Curitiba: Juruá, 2005, p. 24.

¹⁰⁶ LEFF, Enrique. Op. cit., p. 80.

¹⁰⁷ Art. 17.

¹⁰⁸ Arts. 18 e 41.

j) direito de interação transfronteiriça, quando suas comunidades ultrapassarem as fronteiras nacionais¹⁰⁹

A Declaração reconhece a inexistência de limitação das relações sociais das comunidades indígenas às fronteiras estatais. Pelo contrário, é incontável a quantidade de tribos indígenas que se estendem sobre mais de um Estado.

Tal direito impõe uma limitação à soberania estatal como necessária em favor dos direitos à autodeterminação dos povos indígenas.

k) direito à atuação do Estado na garantia dos direitos ali previstos¹¹⁰.

No intuito de garantir maior eficácia aos direitos ali previstos, em diversos artigos a Declaração estipula a obrigação de atuação dos Estados, seja negativamente, para que não sejam invadidas as esferas de direitos das populações indígenas, seja positivamente, na implementação de políticas públicas voltadas a estes grupos.

Assim, a declaração impõe o dever do Estado no fornecimento dos direitos mais fundamentais, como à saúde, educação, trabalho, segurança, dentre outros.

3. A INFLUÊNCIA INDIRETA DA DECLARAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Um dos grandes desafios lançados no direito internacional após a segunda guerra mundial consiste garantia dos direitos humanos no mundo. E atualmente ganha força a constatação de que a garantia dos direitos humanos é fundamental na promoção do desenvolvimento humano¹¹¹.

Torna-se necessário conceber os direitos humanos de forma a conjugar de forma incessante os valores de liberdade e igualdade¹¹².

Ainda que exista divergência sobre o valor vinculante da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas perante os Estados, como apontamos no início do trabalho, não se pode deixar de reconhecer a importância de sua aprovação pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ainda que de forma indireta.

Cite-se, p. ex., a influência que os princípios adotados no direito internacional de direitos humanos exercem nas políticas públicas dos países e também

¹⁰⁹ Art. 36.

¹¹⁰ Arts. 5º, 8º, 11, 12, 13, 14, 15 e outros.

¹¹¹ “Ao examinarmos o papel dos direitos humanos no desenvolvimento, precisamos levar em conta tanto a importância constitutiva quanto a importância instrumental dos direitos civis e liberdades políticas”. SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31.

¹¹² Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. 2010, op. cit., p. 12.

dos organismos internacionais, sobretudo a ONU e o Banco Mundial.

O ambientalismo internacional, que teve seu ponto de partida a Conferência de Estocolmo em 1972, e que tem sido cada vez mais reconhecido na pauta das prioridades mundiais, é uma prova daquela influência indiretamente exercida pelos valores absorvidos pela comunidade internacional.

Como aponta Gilberto Marcos Antonio Rodrigues, os diversos organismos internacionais, ainda que de forma e em intensidade diversa, acabam por absorver aqueles valores reconhecidos pela comunidade internacional na sua atuação e passam a exercer, muitas vezes, influência na definição das políticas públicas dos Estados.

O autor, ao tratar do impacto das grandes conferências mundiais na atualidade¹¹³, e citando o exemplo da incorporação do valor ambiental no direito internacional, elenca organismos, especialmente no âmbito das Nações Unidas, em que se fez sentir de forma muito clara a mudança de paradigma. Cita o exemplo do Banco Mundial.

Segundo o autor, a exigência de promoção da sustentabilidade ambiental nos países como condicionamento de investimentos especialmente daquele ente acima citado tem gerado fortes impactos nas políticas públicas internas¹¹⁴.

Os exemplos de absorção do valor ambiental nas políticas dos organismos internacionais permitem projetar que, no futuro, o respeito às diferentes organizações humanas, tal como os povos indígenas, seja um valor determinante na fixação de investimentos.

4. DESAFIOS PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Em que pese os constantes avanços na garantia dos direitos humanos dos povos indígenas, ainda é longo o caminho que leva à plena garantia dos direitos entabulados na Declaração aprovada pelas Nações Unidas e demais documentos existentes sobre a temática.

¹¹³ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Op. cit., p. 202: “Na perspectiva dos países, em especial da América Latina, o impacto da década das Conferências se fez sentir de maneira muito forte sobre as políticas públicas”. Nesse ponto, o autor afirma que a realização de eventos envolvendo a cúpula mundial trouxe importantes impactos na formulação de políticas públicas sociais nos países ou na reorientação das já existentes.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 206: “Tanto o FMI quanto o Banco Mundial mudaram muito no curso do tempo. A esse respeito, Roberto Campos recorda que ‘o Banco Mundial, sob Robert Macnamara, passou a ser socialmente orientado, com prioridade para a infraestrutura social de educação e saúde. Mais recentemente se orientou no sentido da promoção do desenvolvimento sustentado”.

Primeiramente, pelo fato de que os índios e as comunidades indígenas vivem dentro de Estados, e a efetivação dos direitos dos povos indígenas passa por uma necessária ação positiva sua.

Neste ponto, constata-se que as instituições e os instrumentos estatais, sobretudo jurídicos, de caráter individualista¹¹⁵, apresentam uma incapacidade de abarcar de forma ampla os anseios e o acesso daquelas comunidades, marginalizadas do restante da sociedade por séculos, desde o início da colonização europeia.

De fato, parece difícil nos dias de hoje, p. ex., o acesso ao índio, de forma direta, e independente dos órgãos de defesa dos direitos indígenas – órgãos estatais, como a FUNAI no caso do Brasil, ou organizações não governamentais –, à jurisdição interna dos países, para reivindicar o seu direito a não ser molestado em território habitualmente ocupado por sua comunidade.

O direito de tradição europeia reclama formalismos e procedimentos distantes da realidade cultural indígena, fato este que emperra o avanço da sua proteção jurídica.

No plano internacional, ainda existem desafios no mesmo sentido, embora aqui a evolução da proteção dos direitos indígenas tem sido cada vez maior.

A mudança de perspectiva do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, inicialmente voltado para o indivíduo, passa a reconhecer a necessidade de proteção do conjunto de indivíduos enquanto coletividades marginalizadas pelo Estado, como se dá no caso dos índios¹¹⁶.

Além disso, os organismos de defesa de Direitos Humanos, em especial as integrantes do sistema interamericano de proteção de direitos humanos¹¹⁷, têm sido chamados a se pronunciar sobre diversos casos de possíveis afrontas às garantias mais básicas reconhecidas na Declaração e outros documentos internacionais¹¹⁸.

¹¹⁵ LEFF, Enrique. Op. cit., p. 346: “O processo de modernização [...] apoiou-se num regime jurídico fundado no direito positivo, forjado na ideologia das liberdades individuais, que privilegia os interesses privados”.

De acordo com Souza Filho “[...] é claro que os povos indígenas são, na América, o exemplo mais evidente da parcialidade dos direitos individuais quando aplicados a outros povos que se conformaram à margem e muitas vezes contra o processo civilizatório. São também exemplo as comunidades negras da América, que no fundo sempre sofreram da mesma opressão e silêncio legal que os povos indígenas”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2008, op. cit., p.195.

¹¹⁶ De acordo com Flávia Piovesan: “os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais”. Entendemos que tal caráter universalista garantiu maior acessibilidade do indivíduo aos instrumentos de defesa dos direitos humanos, mas, somente mais recentemente é que se vê com maior intensidade a preocupação com a instrumentalização da defesa dos direitos humanos de grupos sociais. PIOVESAN, Flávia. 2010, op. cit., p. 155.

¹¹⁷ Notadamente a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹¹⁸ Apontamos como exemplo mais recente a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em agosto de 2010, no caso “Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai”, em que se reconheceu a violação pelo Estado paraguaio de diversos direitos daquele povo, como os referentes ao reconhecimento à personalidade jurídica, da não-discriminação, a necessidade de devolução de extensas áreas de terras subtraídas à detenção daquela comunidade etc (Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf).

Neste ponto, cabe observar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário do que se dá com a Corte, é acessível a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida em pelo menos um Estado-membro da organização, nos termos do art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Observa-se, em decorrência desse fato, que os grupos indígenas começam, cada vez mais, a se valer desta prerrogativa na busca pela efetivação de seus direitos e de sua emancipação¹¹⁹.

5. A IMPORTÂNCIA DO SOCIOAMBIENTALISMO NA REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

É necessário, ainda, analisar o direito dos povos indígenas reconhecidos na Declaração das Nações Unidas como integrante de uma grande imbricação dos valores socioambientais e direitos humanos.

A história da modernidade nos permite constatar a crescente alteração de uma ideologia de indiferença com os elementos exteriores ao homem ocidental, aí incluídos o meio ambiente que o cerca e as diversas sociedades distintas à sua realidade, para um reconhecimento da importância da manutenção do meio em que vivemos e da relevância das diferentes sociedades na conformação do mundo¹²⁰.

Além disso, reconhece-se a relevância da preservação dos valores das sociedades marginalizadas, em especial as indígenas, para a preservação do meio ambiente, sobretudo quando se constata que, muito melhor do que a sociedade desenvolvida sob um sistema econômico de intensa exploração dos recursos naturais, aquelas foram e são capazes de conviver de forma interativa e não-destruidora do meio.

Assim, mais do que uma preocupação apenas sob um prisma de Direitos Humanos, a emergência do reconhecimento dos direitos indígenas surge como uma necessidade para desenvolver sistemas de proteção do ambiente.

¹¹⁹ No dizer de Enrique Leff: “A emancipação dos povos indígenas aparece como um dos fatos políticos mais relevantes do fim do século. Eles foram conquistando espaços políticos para legitimar seus direitos a seus territórios étnicos; suas línguas e costumes; sua dignidade, sua autonomia e seus direitos de cidadania. Está se forjando uma nova consciência dos povos indígenas sobre seus direitos de autogerir os recursos naturais e o entorno ecológico onde se desenvolveram suas culturas”. LEFF, Enrique. Op. cit., p. 22.

¹²⁰ Ibid., p. 82: “As lutas das sociedades camponesas e indígenas estão se renovando nesta perspectiva ambientalista. Hoje, a luta por suas identidades culturais, seus espaços étnicos, suas línguas e costumes está entrelaçada com a revalorização de seu patrimônio de recursos naturais e culturais”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas tem um duplo significado. Em primeiro lugar, como resultado de anos de debates e estudos, ela – como indica a espécie de documento internacional que a incorpora – reconhece os princípios gerais dos direitos humanos aplicados à situação específica dos grupos indígenas¹²¹.

De outro lado, a formalização de um extenso rol de direitos em um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas tem o condão de tornar mais palpável a defesa dos direitos do índio e, por consequência, uma maior exigibilidade sobre os Estados na formulação de políticas públicas destinadas àquele grupo.

Por fim, ainda que muitas vezes se critique o sistema internacional de direitos humanos por uma excessiva universalização dos valores ocidentais, a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas representa um passo em sentido contrário, eis que, além de ressaltar a necessidade de preservação dos valores daqueles grupos, resultou de um grande envolvimento e participação das comunidades indígenas espalhadas no mundo, ou seja, não se trata de um texto criado pela “civilização” para “povos menos desenvolvidos”, mas de uma declaração que contou com a participação dos grupos mais interessados na sua aprovação.

¹²¹ Como já referido no texto, antes mesmo da aprovação da Declaração, já havia vários documentos internacionais reconhecedores dos direitos indígenas, com destaque para a Convenção 169 da OIT, a Convenção Americana de Direitos Humanos etc.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. Socioambientalismo, direito internacional e soberania. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARENDT, HANNAH. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado** – pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naifi, 2003.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 7.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos**. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. A organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3.ed., Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.