

QUADRO NORMATIVO INDIGENISTA

ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL

Juiz Federal

Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER)
Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

RESUMO: O presente trabalho, após um retrospecto histórico, apresenta em linhas gerais os fundamentos e a estrutura dos principais diplomas normativos contemporâneos dedicados aos direitos dos índios, no intuito de demonstrar a evolução do tema e enfatizar a mudança de paradigma envolvendo o tratamento dispensado a eles.

ABSTRACT: This paper, after a historical retrospective, provides an overview of the fundamentals and structure of the main contemporary regulatory instruments dedicated to Indian rights in order to demonstrate the evolution of the theme and emphasize the paradigm shift involving their treatment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A formação do Estado moderno. 3. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). 4. Constituição Federal de 1988. 5. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 6. Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo pretende traçar um panorama dos principais documentos jurídicos que versam sobre direitos indígenas, a saber: Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, Constituição Federal de 1988 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Na exposição do sistema normativo indigenista, adotou-se um critério cronológico de apresentação, tendo por referência o advento dos sucessivos arcabouços normativos, com o intuito de permitir um melhor entendimento da evolução do tema ao longo do tempo. Essa é a razão pela qual o exame da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho antecede o da Constituição Federal, muito embora a Convenção tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro após a entrada em vigor da Constituição. A narrativa não se resumirá a elencar os diplomas legais que se sucederam com o passar dos anos, pois dará ênfase aos fatores teleológicos de con-

formação do sistema, o que ensejará uma melhor compreensão da quebra de paradigma representada pelo seu advento.

2 A formação do Estado moderno

A soberania em seu sentido clássico e o etnocentrismo marcaram a formação dos impérios coloniais na América Latina e projetaram sua influência nos Estados surgidos com a emancipação política das colônias.

A noção de Estado moderno e o conceito de soberania foram construídos ao longo do tempo, durante o processo de transformação política ocorrido na Europa durante a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Nesse processo, afirmou-se uma nova formatação do poder e desenvolveu-se um discurso político e jurídico adequado a essa nova realidade¹.

O processo de formação do Estado Moderno, desencadeado a partir do final da Idade Média, caracterizou-se pelo declínio da autoridade temporal da Igreja Católica e do feudalismo, com a centralização do poder político na figura do monarca absoluto.

A titularidade da soberania e os modos de exercício do poder transformaram-se ao longo do tempo, mas a noção de soberania como atributo essencial do Estado permanece até hoje.

A formação histórica da América Latina é tributária do triunfo do modelo de Estado Nacional Absolutista. Espanha e Portugal, os primeiros estados europeus consolidados a lançarem-se na aventura dos descobrimentos, trouxeram para as Américas o modo de organização política que moldou a sua própria estruturação. O colonialismo deixou como herança sociedades organizadas em forma de Estados com poder político altamente especializado e central, que considera a gênese do Direito na lei do Estado, e não nos costumes do grupo social que tutela, com jurisdição sobre um território indiviso e determinado².

1 KRITSCH, Raquel. *Soberania – A construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP, 2002.

2 BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade; FAPESP, 2001.

A outra característica da colonização na América Latina foi o etnocentrismo³, a ideia de que o desenvolvimento empreendido pelo conquistador deveria ser unilinearmente seguido pelo conquistado. Nesse processo de homogeneização, empregou-se a violência física e cultural nas colônias, seja por intermédio de uma postura assimilacionista, seja mediante a simples exclusão ou eliminação. O uso da violência era admitido como um mal necessário, e os índios eram duplamente culpados por sua “inferioridade” e por recusarem o modo “civilizado” de vida ou a “salvação”, enquanto os europeus eram “inocentes”, pois tudo o que fizeram foi visando atingir o melhor⁴.

O vazo do conquistador de considerar o seu grupo étnico ou sua cultura num plano mais importante que as culturas e as sociedades conquistadas gerou, em relação aos povos indígenas no Brasil, posturas de eliminação e assimilação, a ideia da infantilidade dos índios, o integracionismo, o mito do “bom selvagem” e a institucionalização do poder tutelar⁵.

O dilema para o conquistador não consistiu em definir se os povos autóctones deveriam ou não ser incorporados à civilização europeia, mas sim a forma da incorporação, como evidencia o hoje célebre embate de Valladolid entre Juan Gines de Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas. Sepúlveda alegou o primitivismo e a inferioridade dos índios como justificativas para a dominação, visto que o perfeito deve preponderar sobre o imperfeito. A conquista seria um ato emancipatório, pois permitiria ao bárbaro sair de sua barbárie, ainda que para isso

3 O etnocentrismo significa tornar minha identidade e meus valores o centro de tudo. A própria etnia é tomada como referência absoluta de humanidade. A etnia do outro, quando não perseguida, é inferiorizada por meio de estigmas, segregações e genocídio, o qual pode ser físico ou cultural, este conhecido por etnocídio (BRITO, Antonio José Guimarães. *Etnicidade, Alteridade e Tolerância*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50).

4 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: O discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 271-316.

5 BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, Direitos Originários e a Inconstitucionalidade do Poder Tutelar. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 525-558.

fosse necessário o uso de extrema violência⁶. Enquanto Sepúlveda professava a via da eliminação, o jesuíta Las Casas defendia uma postura assimilacionista, em que a anexação seria feita por padres, e não por soldados. Não via justificativa para uma guerra com o fito de subjugar os índios com vista à sua evangelização e reconhecia o índio como sujeito na medida em que exigia sua compreensão e aceitação racional, e não apenas submissão⁷.

Centralização da autoridade política e etnocentrismo geraram uma postura dúbia do Estado em relação aos povos indígenas desde os primórdios da colonização portuguesa⁸. O elemento indígena foi delineado com preocupações variadas: extermínio, exploração e integração são modelos políticos utilizados nos diferentes períodos da história brasileira, todos eles comprometidos com uma visão discriminatória e autoritária de como o Estado e a sociedade não indígena deveriam se relacionar com as populações autóctones⁹.

Ao longo do período colonial e do império brasileiro, o tratamento dispensado pelo conquistador aos povos autóctones e, posteriormente, pela sociedade majoritária à minoria indígena oscilou da eliminação com o uso de violência física e moral, caso se entendesse necessário, para uma postura assimilacionista de incorporação à “comunidade nacional”.

A visão etnocêntrica predominante, já no período republicano, era a de que os índios encontravam-se em um estágio inferior de desenvolvimento, e os direitos que lhes eram reconhecidos visavam à preserva-

6 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: O discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 287.

7 *Ibidem*, p. 289.

8 A rigor, considerando-se o Tratado de Tordesilhas, firmado em 07 de junho de 1494 e aprovado por bula papal de 24 de janeiro de 1504, pelo qual as coroas portuguesa e espanhola dividiram entre si o domínio sobre terras descobertas e a descobrir fora da Europa, o etnocentrismo europeu manifestou-se antes mesmo da chegada portuguesa ao Brasil.

9 BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, Direitos Originários e a Inconstitucionalidade do Poder Tutelar. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 526.

ção dos grupos indígenas durante sua transição do primitivismo para a civilização, tendo em mira sua integração e absorção pela sociedade majoritária¹⁰.

O panorama somente viria a mudar com o advento da Convenção nº 169 da OIT e a partir da vigência da Constituição Federal de 1988.

3 Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Embora a Convenção nº 169 tenha sido internalizada no ordenamento jurídico nacional mediante ratificação em 2002 – portanto após a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, os debates que antecederam sua criação ocorreram antes do advento da carta constitucional vigente e sua adoção na 76ª Conferência Internacional do Trabalho de 1989. A Convenção e a Carta Magna vigente são contemporâneas, e os princípios que inspiraram a Convenção nº 169 influenciaram o conteúdo do texto constitucional reservado aos direitos dos índios, o que justifica, no âmbito desse trabalho, que seu estudo anteceda o da Constituição. Apesar de constituir um novo paradigma no trato dos direitos indígenas, não foi a primeira Convenção dedicada ao tema.

Deveras, desde a sua criação, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem considerado entre suas principais preocupações a situação das chamadas “populações indígenas”, que representavam parte da força de trabalho nos domínios coloniais.

Em 1921, a OIT deu início a uma série de estudos sobre as condições de trabalho dessas populações e, em 1926, instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para dar continuidade aos trabalhos já iniciados e emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais sobre a matéria.

Desses estudos resultaram diversas Convenções, entre as quais se destaca a de nº 29, sobre Trabalho Forçado, celebrada em 1930.

10 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 569-604.

A Segunda Guerra Mundial e o ambiente conturbado que a precedeu interromperam tais esforços, que só foram retomados após o conflito e deram origem à Convenção nº 107, de 1957¹¹. O documento tratava especificamente de populações indígenas e tribais, sobretudo de seus direitos à terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação.

Quando de sua criação, imperava a visão integracionista, vigente entre os anos 1940 e 1970¹². Seu marco inicial foi o Primeiro Congresso Indigenista Interamericano sediado no México, em 1940, com reflexo em âmbito mundial na criação da Convenção nº 107 de 1957, da Organização Internacional do Trabalho¹³.

Propugnava dois enfoques para os povos indígenas: o culturalista e o estruturalista. Pela mirada culturalista, haveria hierarquia entre culturas, com a cultura indígena em posição de inferioridade em relação à cultura nacional dominante. Logo, a homogeneização cultural resultante da execução de políticas assimilatórias seria vantajosa para os índios. A visão estruturalista enxergava o tema indígena pelo viés socioeconômico, e não pelo aspecto cultural. A integração deveria ocorrer pela via econômica. Tanto em um quanto no outro enfoque, a finalidade era a assimilação por meio da integração dos povos indígenas a partir de um paradigma

11 No Brasil, a Convenção nº 107 da OIT foi ratificada por intermédio do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

12 A visão assimilacionista não era aplicada exclusivamente aos povos indígenas. Kymlicka registra que, até a década de 1960, países de língua inglesa adotavam um modelo de imigração designado por “angloconformidade”: esperava-se que os imigrantes assimilassem as normas culturais existentes e, com o tempo, não pudessem ser distinguidos dos cidadãos naturais por sua fala, suas vestimentas, suas atividades de lazer, sua culinária, o número de integrantes da família e assim por diante. Era uma política fortemente assimilatória, considerada necessária para que os imigrantes se tornassem membros leais e produtivos da sociedade e justificada por um etnocentrismo que denegria outras culturas. Recusava-se a entrada no país a determinados grupos considerados inassimiláveis. O autor cita como exemplos as restrições impostas à imigração chinesa no Canadá e nos Estados Unidos e a política de uma imigração “somente para brancos” seguida na Austrália (KYMICKA, Will. *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Tradução de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Ediciones Paidós, 2001).

13 IKAWA, Daniela. Direitos dos Povos Indígenas. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 497-524.

tido pela sociedade dominante como o mais adequado à ideia de nação e de desenvolvimento¹⁴.

Embora a Convenção espelhasse preocupação pelo reconhecimento de direitos aos indígenas, ainda pressupunha certa inferioridade da minoria indígena e atribuía ao Estado o papel decisório sobre as políticas a serem aplicadas aos indígenas.

A partir dos anos 1960, ganhou força um movimento etnodesenvolvimentista, pugnando pela superação da ideia de que a cultura indígena seria um obstáculo ao desenvolvimento cultural e econômico. A cultura indígena mereceria ser preservada e fortalecida em benefício do fortalecimento das culturas nacionais, dos direitos humanos e da democracia.

A crítica à orientação integracionista que informou a Convenção nº 107 ensejou sua revisão, culminando na elaboração da Convenção nº 169 da OIT, celebrada em 1989 à luz do questionamento ao quinto centenário da penetração europeia nas Américas por um movimento indígena emergente. Seu advento deu-se em uma época de reformas constitucionais na América Latina que ocorreram paralelamente aos processos nacionais de ratificação da Convenção nº 169. As reformas constitucionais abrangeram, de um lado, programas de reforma e ajuste estruturais dos Estados e, de outro, um conjunto de demandas democratizantes dos novos movimentos sociais e indígenas e o discurso do multiculturalismo¹⁵.

14 Os primeiros artigos da Convenção nº 107 espelham sua inspiração assimilatória: “Art. 1º 1. A presente Convenção se aplica aos membros das populações tribais ou semi-tribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que seja regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial.

Art. 2º 1. Competirá 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.” (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Planalto, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em 02 de abril de 2013).

O ainda vigente Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) foi inspirado pela Convenção nº 107 da OIT.

15 YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 09-62.

A Convenção nº 169 da OIT constitui até agora o mais completo acordo internacional relativo à preservação dos povos indígenas, e o fato de a Convenção nº 169 não ser oriunda da Assembleia Geral da ONU não lhe retira o caráter de instrumento protetivo de direitos humanos.

Nesse aspecto, cumpre referir que a criação, em 1919, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), juntamente com a fundação da Cruz Vermelha, na Convenção de Genebra de 1864, e a luta contra a escravidão, corresponde à primeira fase de internacionalização dos direitos humanos, com início na segunda metade do século XIX e término com o fim da Segunda Guerra Mundial¹⁶. A Organização Internacional do Trabalho é mais antiga que a Organização das Nações Unidas, evidenciando que a regulação dos direitos do trabalhador assalariado foi um dos primeiros temas a merecer uma ação concertada dos Estados no plano internacional. Até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT havia aprovado 67 convenções internacionais, das quais apenas três não contaram com nenhuma ratificação¹⁷.

A OIT atualmente integra o sistema das Nações Unidas, criado em 1945, em substituição à Sociedade das Nações¹⁸. É um dos organismos especializados da ONU.

16 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

17 *Ibidem*, p. 68.

18 “A OIT foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. No final da guerra, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de manter a paz através do diálogo entre as nações. A OIT, em 1946, se transforma em sua primeira agência especializada.

No Brasil, a OIT tem mantido representação desde a década de 1950, com programas e atividades que refletem os objetivos da Organização ao longo de sua história. Além da promoção permanente das Normas Internacionais do Trabalho, do emprego, da melhoria

O preâmbulo da Convenção nº 169 revela a identidade de propósito e a sinergia entre a ONU e a OIT, ao observar que suas disposições foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO), da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação de suas disposições. Ademais, alude aos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação¹⁹.

A Convenção nº 169 representa um avanço em relação à sua precedente, a Convenção nº 107, pois introduziu tanto alterações conceituais quanto a tentativa de evolução das obrigações dos Estados signatários perante os povos indígenas. Relegou ao passado o paradigma da incorporação pelo acultramento, substituindo-o por um princípio de respeito a esses grupos populacionais e suas culturas²⁰.

das condições de trabalho e da ampliação da proteção social, a atuação da OIT no Brasil tem se caracterizado, no período recente, pelo apoio ao esforço nacional de promoção do trabalho decente em áreas tão importantes como o combate ao trabalho forçado, ao trabalho infantil e ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e comercial, à promoção da igualdade de oportunidades e tratamento de gênero e raça no trabalho e à promoção de trabalho decente para os jovens, entre outras.” (Fonte: www.oit.com.br acesso 14 de setembro de 2012).

19 BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Planalto, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 06 fev. 2012.

20 A mudança de enfoque no tratamento dos índios e nos seus direitos manifesta-se já no preâmbulo da Convenção:

“A Conferência Geral da Organização do Trabalho.

Convocada em Genebra pelo Conselho da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido a 7 de junho de 1989, em sua septuagésima primeira sessão;

Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;

Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;

A Convenção nº 169 proscree as políticas de assimilação ou integração forçada que alienavam os povos indígenas da capacidade de tomar decisões sobre o seu destino. Reconhece as aspirações dos povos indígenas a assumirem o controle de suas próprias instituições, formas de vida e do seu desenvolvimento econômico e a manterem e fortalecerem suas identidades, línguas e religiões, dentro dos Estados em que vivem. Garante também o direito dos povos indígenas de definirem suas prioridades de desenvolvimento, de onde se extrai a necessidade de processos de consulta prévia e de participação em todas as políticas ou em programas que os venham a afetar. Reconhece direitos a terra e território e o acesso aos recursos naturais, bem como o direito consuetudinário dos indígenas e direitos relativos a trabalho, saúde e comunicações, o desenvolvimento das próprias línguas e educação bilíngue intercultural.

Uma leitura da Convenção nº 169 da OIT é suficiente para constatar-se que o instrumento estabelece, em favor dos povos e dos indivíduos

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobre- vindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação, das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente; Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais; Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas, Saúde, bem como o Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições; Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957 (nº 107), o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e

Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989:”

índigenas, direitos sociais (art. 2º), liberdades fundamentais (art. 3º), direito ao meio ambiente (art. 4º), direitos gerais de cidadania (art. 4º), direito de petição (art. 12), direitos de propriedade e posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 14)²¹, direito de consulta prévia (arts. 6º e 17), direito à não discriminação (art. 20), direito à seguridade social (art. 24), direito à saúde (art. 25) e direito à educação (art. 26). Outrossim, em diversas passagens da Convenção, identifica-se o objetivo de proteção à identidade cultural dos povos indígenas (arts. 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 27, 28 e 30). Pelo seu alcance e escopo, a Convenção indubitavelmente constitui um diploma internacional de direitos humanos.

Importante referir que, para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Convenção nº 169 da OIT é o instrumento internacional de direitos humanos específico mais relevante para os povos indígenas, por sua pertinência direta para a interpretação do alcance dos direitos dos povos indígenas, das tribos e seus membros, em particular sob a Declaração Americana de Direitos Humanos. A Convenção tem sido uma referência normativa importante para os processos de reforma constitucional, legislativa e institucional em países membros da Organização

21 Para os fins deste estudo, importante transcrever os artigos da Convenção nº 169 da OIT que versam a respeito dos direitos dos índios sobre suas terras e territórios, visto que este constitui o problema de pesquisa que se enfrenta.

“Art. 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo ‘terras’ nos arts. 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Art. 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospeção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

dos Estados Americanos (OEA). A Convenção também tem auxiliado os próprios povos indígenas na fundamentação de seus pleitos e na luta por mudanças legislativas consistentes com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos indígenas. A CIDH considera que as disposições da Convenção nº 169 da OIT são um fator relevante para a interpretação das normas interamericanas de direitos humanos no tocante a queixas apresentadas contra todos os Estados integrantes da OEA²².

A Convenção nº 169 da OIT, como único tratado em matéria de povos indígenas, segue constituindo o “núcleo duro” dos direitos indígenas, graças à sua exigibilidade para os países que o ratificaram. Serviu

Art. 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, em que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferam receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.”

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 2010. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

22 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 2010. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

de fundamento para reformas institucionais e legais internas, políticas públicas e desenvolvimento jurisprudencial.

Firmada a premissa de que a Convenção nº 169 da OIT constitui um tratado internacional de direitos humanos, sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional enseja o debate acerca da sua posição na hierarquia normativa brasileira. Apesar de existirem várias correntes sobre o tema da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, todas calcadas em respeitáveis argumentos²³, nesse artigo sustenta-se a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados à ordem jurídica interna.

Tal entendimento decorre, em primeiro lugar, de uma interpretação sistemática e finalística do texto constitucional, tendo como referencial o princípio da dignidade humana. A Constituição de 1988, a partir da preeminência que atribuiu ao princípio da dignidade humana²⁴, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e

23 Há quatro diferentes correntes sobre o tema da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, sustentando: a) hierarquia supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) paridade hierárquica entre tratado e lei federal. No Supremo Tribunal Federal, o entendimento tradicional é o da equiparação de todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico nacional, inclusive tratados de direitos humanos, à lei federal ordinária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131- RJ. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de novembro de 1995). No Recurso Extraordinário nº 466.343, o Ministro Gilmar Mendes sustentou a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008). No Habeas Corpus nº 87.585 – TO, o Ministro Celso de Mello sustentou a qualificação constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ressalvada a Supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versarem os direitos humanos, desde que estes mostrem-se mais gravosos ou restritivos do que o texto constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de dezembro de 2008).

24 O art. 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal, estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e adota como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

das garantias fundamentais. Além de direitos e garantias expressamente reconhecidos na Constituição, em razão do disposto no § 2º do seu art. 5º²⁵, a Constituição também dá guarida a direitos fundamentais implícitos e integra ao sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos²⁶.

A preeminência conferida pela Constituição Federal em vigor aos tratados de direitos humanos também pode ser extraída do contraste entre o tratamento a eles atribuído e o conferido aos demais tratados internacionais. Com efeito, enquanto a vigência de tratados internacionais na ordem jurídica nacional depende, em regra, de decreto legislativo editado pelo Congresso, no caso dos tratados de proteção internacional de direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos neles garantidos têm aplicação imediata, por força do previsto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, integrando o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno²⁷. Ademais, no tocante aos tratados internacionais comuns, a Constituição, em seu art. 102, III, 'b', estabelece o cabimento de recurso extraordinário contra a decisão que declarar sua inconstitucionalidade, o que não é previsto em relação aos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos, dada a sua hierarquia de norma constitucional.

O relevo constitucional dos tratados de direitos humanos abrange inclusive os incorporados ao ordenamento jurídico nacional anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, estabelecendo que “os tratados e [as] convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

25 “Os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

26 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-73.

27 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1. 640 p.

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição²⁸, pois os tratados aprovados anteriormente à vigência desse dispositivo seguiram o trâmite vigente à época de sua aprovação²⁹. Ou seja, não é o quórum ou o procedimento de votação que qualificam um tratado internacional de direitos humanos como norma constitucional, e sim o seu conteúdo material³⁰.

4 Constituição Federal de 1988

No plano jurídico interno, a ruptura do quadro normativo constitucional e infraconstitucional, de índole integracionista, ensejador de mudanças nas relações entre Estado, sociedade e populações indígenas, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988.

À luz do texto constitucional³¹, pode-se afirmar que o direito indigenista brasileiro rege-se por alguns princípios, quais sejam: a) princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional; b) princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção

28 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

29 RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3-35.

30 PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 459-477.

31 Na história constitucional brasileira, a Carta Magna vigente foi a que mais se ocupou dos temas relativos aos índios e aos seus direitos: a) manteve as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sob o domínio da União (art. 20, XI), bem como sua competência para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV); b) atribuiu ao Congresso Nacional competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (art. 49, XVI); c) definiu a competência da Justiça Federal para processar e julgar disputas sobre direitos indígenas (art. 109, XI); d) conferiu ao Ministério Público a função de defender judicialmente os direitos e os interesses das populações indígenas (art. 129, V); e) subordinou a pesquisa

de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios; c) princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal; d) princípio da proteção da identidade³².

Os princípios da igualdade formal de direitos e de igual proteção legal significam que os índios estão sob o pálio de todos os princípios e direitos constitucionais comuns aos demais brasileiros.

Ao princípio da proteção identitária corresponde o direito à alteridade, ou o direito à diferença. A Constituição Federal estimula o respeito à diversidade cultural brasileira, assegurando aos índios o direito a serem e permanecerem diferentes e de não sofrerem qualquer forma de discriminação por suas escolhas. Por força desse princípio, não se admite qualquer exegese jurídica que acarrete a afirmação direta ou indireta de superioridade cultural da sociedade envolvente em relação aos grupos indígenas.

O princípio da proteção da identidade articula-se com o princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional. Com efeito, o último decorre do primeiro, pois consubstancia

e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica à observância de condições específicas legalmente previstas quando tais atividades se desenvolverem em terras indígenas (art. 176, § 1º); f) assegurou às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, inclusive no ensino fundamental regular (art. 210, § 2º); g) determinou que o Estado protegerá as manifestações culturais indígenas (art. 215, § 1º); h) consagrou a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas (art. 231, *caput*); i) reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*); j) incumbiu a União de proteger e fazer respeitar os índios, seus bens e suas terras (art. 231, *caput*); j) conceituou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e conformou seu regime jurídico (art. 231, §§ 1º a 7º); k) atribuiu à União a competência para demarcação das terras indígenas, fixando o prazo máximo de cinco anos para demarcá-las (art. arts. 231, *caput*, e 67 do ADCT); l) outorgou legitimidade às comunidades indígenas e organizações indígenas para ingressarem em juízo na defesa de seus direitos e interesses, impondo a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232).

32 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 569-604.

o dever do Estado de respeitar, proteger e valorizar o estilo de vida dos índios, o exercício dos seus direitos culturais e as manifestações de sua cultura.

Por sua vez, o reconhecimento e proteção da cultura indígena amparam o reconhecimento dos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a proteção estatal de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios, a partir da constatação da essencialidade do vínculo dos povos indígenas com suas terras para a manutenção de sua identidade cultural.

Ao articular esses princípios, a Constituição Federal reconhece a correlação e a interdependência entre organização social, costumes, línguas e tradições indígenas e as terras por eles ocupadas³³. Os direitos conferidos aos índios no sistema constitucional em vigor explicitam-se em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, vinculados de tal maneira que, em regra, a violação a uma das dimensões viola as demais³⁴.

No âmbito cultural, os arts. 210, 215, 216 e 231³⁵ da Constituição vigente reconhecem o valor da contribuição indígena à cultura brasileira e a necessidade do respeito à diferença. Correspondem a direitos pluriétnicos, ou de diversidade cultural. Sua finalidade é a redução da situação vulnerável dos grupos minoritários, possibilitando o respeito e a valorização dos traços culturais distintos. Objetivam oportunizar aos

33 Ibidem, p. 574.

34 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito de ser Povo. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2010. p. 475-496.

35 “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º. [...]

§ 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.”

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

grupos étnicos exprimirem suas particularidades e seu orgulho cultural e fomentar a integração da sociedade em conjunto.

A organização social indígena refere-se à estrutura de suas sociedades, suas instituições e suas formas de relacionamento entre seus membros, o que envolve questões de natureza moral, ética, familiar, econômica, religiosa e política.

Os direitos territoriais correspondem ao regime jurídico próprio das terras indígenas, estruturado a partir do reconhecimento de sua importância para a preservação da organização social e da cultura indígenas. O prestígio conferido pela Constituição à cultura indígena envolve o reconhecimento de sua organização social, fundada em usos, costumes e tradições próprios. E, no caso dos índios, cultura e organização social relacionam-se também com as terras que tradicionalmente ocupam³⁶.

A Constituição vigente rompe o paradigma da assimilação, da inclusão ou da provisoriedade da condição de indígena, assim como das terras por eles ocupadas. Permanece a possibilidade de integração se o indivíduo assim o desejar, mas o Estado nacional reconhece o direito individual e coletivo, grupal, de permanecer índio.

Com o advento da Carta Política de 1988, superou-se a visão integracionista com finalidade assimilatória em prol de uma nova perspectiva

§ 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.”

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, [...]”

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]” (BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

36 O regime jurídico das terras indígenas recebeu tratamento diferenciado do constituinte de 1988. O art. 231, §§ 1º a 6º, da Constituição em vigor, disciplinou o regime jurídico das terras indígenas a partir dos requisitos da originariedade, tradicionalidade e ocupação permanente, de cujo reconhecimento decorrem os direitos à posse permanente, ao usufruto exclusivo e a vedação à remoção, bem como os atributos de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras indígenas.

quanto ao reconhecimento do valor de sua cultura e de seus direitos territoriais. As normas constitucionais relativas aos direitos dos povos indígenas inseridas na Constituição de 1988 são resultado dessa nova visão.

5 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi gerenciada por mais de duas décadas. Em 1982, o Conselho Econômico e Social autorizou a construção do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas dentro da subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção de Minorias. A partir de 1985, esse Grupo foi encarregado de redigir um rascunho da Declaração, tarefa que contou com a participação de organizações de povos indígenas. A Declaração foi aprovada primeiramente pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em 29 de junho de 2006. E, em 13 de setembro de 2007, após algumas alterações, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU com 143 votos a favor, 4 contra e 11 abstenções³⁷.

Por seu conteúdo, a Declaração estabelece um novo patamar internacional no tocante aos direitos dos povos indígenas. Constitui um ponto de chegada, pois consolida e sintetiza os avanços realizados no direito internacional dos direitos dos povos indígenas, aprofundando e ampliando direitos que estão na Convenção nº 169 da OIT, e incorpora demandas indígenas. Mas é também um ponto de partida, pois sua efetividade depende do compromisso dos estados e do sistema das Nações Unidas.

Ainda que a Declaração não estabeleça novos direitos em relação a anteriores instrumentos de direitos humanos da ONU, é manifesta quanto à vinculação de tais direitos às condições específicas dos povos

37 YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 09-62.

indígenas³⁸. Já em seu Preâmbulo, a Declaração reconhece a essencialidade do vínculo dos índios com suas terras e seus territórios. Afirma a necessidade de respeito e promoção dos direitos dos povos indígenas que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais, bem como de suas culturas, tradições espirituais, história e concepção de vida. Expressa a convicção de que o controle, pelos povos indígenas, dos acontecimentos que os afetam e das suas terras e seus territórios e recursos lhes permitirá manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades. Proclama o direito à autodeterminação, a ser exercido em conformidade com o direito internacional, em virtude do qual os povos indígenas podem determinar livremente sua condição política e buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural³⁹.

A partir dessas premissas, a Declaração estabelece o direito dos povos indígenas à autodeterminação, expressado no direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões referentes a seus assuntos internos e locais⁴⁰. Portanto, a Declaração representa uma nova etapa para o reconhecimento, a promoção e a defesa dos direitos dos povos indígenas e propõe às próprias minorias indígenas, ao restante das sociedades e aos Estados o desafio de redefinirem os termos de suas relações.

As origens da Declaração vinculam-se por um lado à emergência dos movimentos sociais e políticos dos povos indígenas na segunda metade do século XX e, de outra banda, ao crescente debate na comunidade internacional sobre direitos civis, sociais, políticos e culturais. De seu texto, extraem-se duas perspectivas: a reparadora e a protetiva.

38 STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Pueblos Indígenas Como Nuevos Ciudadanos del Mundo. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata, 2009. p. 19-36.

39 UNESCO, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

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

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

Pela ótica da reparação, afirma-se que a Declaração existe devido ao desejo de se reparar os efeitos até hoje percebidos da prática de violações massivas de direitos humanos. O propósito da Declaração é eliminar desigualdades que não deveriam existir. Seu objetivo final é algum dia tornar-se irrelevante⁴¹ (ANAYA, 2009, p. 37).

A Declaração não define o que são povos indígenas; porém, evidencia a pauta comum de afronta a direitos humanos. Ao aludir a essa trajetória de violações, a Declaração revela seu caráter de instrumento reparador⁴². Não privilegia os povos indígenas com uma série de direitos exclusivos, mas afirma que tais povos são titulares dos mesmos direitos desfrutados por outros povos, ainda que compreendidos dentro do contexto das características particulares comuns aos grupos compreendidos como povos indígenas⁴³.

Pelo aspecto protetivo, destaca-se que a Declaração visa a promover a aplicação de princípios universais de direitos humanos no sentido de valorizar não somente a humanidade das pessoas indígenas, mas também os laços que os índios constituem com as comunidades a que pertencem. A Declaração contextualiza os direitos humanos com atenção particular aos padrões de identidade⁴⁴ e pertencimento dos grupos indígenas que os constituem como povos⁴⁵.

41 ANAYA, James. Por qué no debería existir una Declaración sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata, 2009. p. 37-50.

42 Nesse aspecto, o Preâmbulo da Declaração afirma a inquietude com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes têm impedido de exercer seu direito ao desenvolvimento em conformidade com suas necessidades e seus interesses (UNESCO, 2009, p. 8).

43 Ibidem, p. 41.

44 O Preâmbulo da Declaração define que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos; porém, ao mesmo tempo possuem o direito comum a todos os povos de serem diferentes, considerarem-se diferentes e a serem respeitados como tais (UNESCO, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009).

45 ANAYA, James. Por qué no debería existir una Declaración sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata, 2009. p. 37-50.

Esse fundamento repousa na consideração de que os povos indígenas constituem formas de cultura inteiramente diversas, arraigadas em um modo de vida que deve ser protegido. A base para a proteção internacional dos povos indígenas não residiria tanto nas considerações de práticas pretéritas de maus tratos cujos efeitos estruturais permanecem até hoje, mas nas dimensões de diferença cultural⁴⁶.

O art. 1º da Declaração deixa claro que o documento constitui um instrumento internacional de proteção dos direitos humanos ao dispor que os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais.

As especificidades da cultura e da organização social indígenas levaram ao reconhecimento de direitos humanos no âmbito coletivo, rompendo um modelo clássico de direito internacional e de relações internacionais que compreende os direitos humanos apenas no plano individual. A Declaração é considerada o principal instrumento internacional que afirma e articula os direitos coletivos de entidades que não constituem Estados.

A Declaração não constitui um tratado e, em consequência, tampouco se trata de espécie legislativa de direito interno. Não é um instrumento jurídico vinculante e obrigatório. No entanto, espelha o desenvolvimento dinâmico de normas legais internacionais e reflete o comprometimento dos Estados a adotarem certas diretrizes no tocante aos direitos indígenas, a partir de princípios nela reconhecidos.

Nesse sentido, constitui um instrumento de *soft Law*, ou seja, sem a vinculatividade própria de um tratado, o que não o despe de qualquer caráter jurídico, pois reflete o estado de desenvolvimento de normas consuetudinárias e poderá servir de base para tratados futuros, bem como, por sua própria natureza, gerar expectativas de comportamento⁴⁷.

46 KYMLICKA, Will. *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Tradução de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Ediciones Paidós, 2001.

47 HUERTA, Mauricio Iván del Toro. El Fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de La UNAM. v. VI. 2006. p. 513-549. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2013.

É com essa compreensão que deve ser entendido o art. 42 da Declaração, que exorta as Nações Unidas e os Estados a promoverem o respeito e a plena aplicação das suas disposições e a zelar por sua eficácia⁴⁸.

Apesar de não ser um instrumento jurídico vinculante, a Declaração serve para estabelecer diretrizes para as políticas e as legislações nacionais concernentes aos índios, servindo de referência para projetos de leis, políticas públicas e decisões judiciais sobre assuntos indígenas. Deve ser entendida como um instrumento de interpretação dos direitos humanos no contexto cultural, social e histórico dos povos indígenas⁴⁹.

Por seu importante valor hermenêutico, a Declaração constitui um paradigma na configuração das relações entre as comunidades indígenas, o Estado e a sociedade envolvente.

6 Conclusão

A Constituição em vigor representou a quebra do paradigma assimilatório em prol de uma nova perspectiva quanto ao reconhecimento do valor da cultura e da organização social indígenas. Sua promulgação insere-se em um ciclo de reformas constitucionais em matéria indígena caracterizado pelo reconhecimento do direito individual e coletivo à identidade cultural, além da previsão de direitos indígenas específicos nos textos constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 antecede em um ano a adoção do Convênio nº 169 da OIT sobre direitos indígenas, mas já adota algumas das suas concepções.

A Convenção nº 169, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional – em razão de sua natureza de tratado internacional de direitos humanos –, proscreve as políticas de assimilação ou integração forçada que alienavam os povos indígenas da

48 “Artigo 42. As Nações Unidas, seus órgãos, incluindo o Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, e organismos especializados, particularmente em nível local, bem como os Estados, promoverão o respeito e a plena aplicação das disposições da presente Declaração e zelarão pela eficácia da presente Declaração.” (UNESCO, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009).

49 RODRIGUEZ-PIÑERO, Luis. La Implementación de La Declaración: Las Implicaciones Del Artículo 42. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata, 2009. p. 65-106.

capacidade de tomar decisões sobre o seu destino. Ademais, reconhece as aspirações dos povos indígenas a assumirem o controle de suas próprias instituições, de suas formas de vida e do seu desenvolvimento econômico e a manterem e fortalecerem suas identidades, línguas e religiões dentro dos Estados em que vivem. Garante também o direito dos povos indígenas de definirem suas prioridades de desenvolvimento, de onde se extrai a necessidade de processos de consulta prévia e de participação em todas as políticas ou em programas que possam afetá-los, reconhecendo direitos a terra e território e o acesso a recursos naturais.

O quadro normativo indigenista é completado pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Apesar de carecer de força vinculativa por tratar-se de um documento de *soft Law*, a Declaração possui força principiológica e relevo hermenêutico. Fundamenta o estabelecimento de diretrizes para as políticas e as legislações nacionais concernentes aos índios, servindo de referência para projetos de leis, políticas públicas e decisões judiciais sobre assuntos indígenas.

Esses três diplomas – Convenção nº 169 da OIT, Constituição Federal de 1988 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – constituem o quadro normativo indigenista. O conhecimento e a interpretação do alcance e da eficácia de seus dispositivos são indispensáveis para a resolução de conflitos de interesse entre a minoria indígena e a sociedade envolvente.

Referências bibliográficas

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 569-604.

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade; FAPESP, 2001.

BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, Direitos Originários e a Inconstitucionalidade do Poder Tutelar. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 525-558.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Planalto*, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 06 fev. 2012.

BRITO, Antonio José Guimarães. Etnicidade, Alteridade e Tolerância. In: *Elementos de Antropologia Jurídica*. COLAÇO, Thais Luzia (Org.). São Paulo: Editorial Conceito. 2011, p. 45-62.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HUERTA, Mauricio Iván del Toro. El Fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de La UNAM. v. VI. 2006. p. 513-549. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2013.

IKAWA, Daniela. Direitos dos Povos Indígenas. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 497-524.

KRITSCH, Raquel. *Soberania – A construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP, 2002.

KYMLICKA, *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Tradução de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Ediciones Paidós, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 459-477.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET,

Ingo (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3-35.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Luis. La Implementación de La Declaración: Las Implicaciones Del Artículo 42. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata. 2009, p. 65-106.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-73.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: O discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 271-316.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito de ser Povo. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 475-496.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Pueblos Indígenas Como Nuevos Ciudadanos del Mundo. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTINEZ, J. Daniel Oliva; GARCIA-FALCES, Nieves Zúñiga. *Declaración Sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas: Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Madri: Catarata, 2009. p. 19-36.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1. 640 p.

YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 09-62.

UNESCO, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.