

O DESENVOLVIMENTO DAS NORMAS JUS COGENS EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA DOS POVOS INDÍGENAS À LUZ DA SENTENÇA DO CASO PVOO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VERSUS BRASIL

THE DEVELOPMENT OF THE JUS COGENS NORMS AND THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO THE PROPERTY OF THE INDIGENOUS PEOPLES IN THE LIGHT OF THE CASE OF THE INDIGENOUS PEOPLE XUCURU AND ITS MEMBERS VERSUS BRAZIL

Waldir de Jesus Brabo Ferreira Júnior

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA – (Belém, Pará, Brasil)

Natália Mascarenhas Simões Bentes

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA – (Belém, Pará, Brasil)

Recebimento: 19 set. 2018

Aceitação: 4 dez. 2018

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

FERREIRA JÚNIOR, Waldir de Jesus Brabo; BENTES, Natália Mascarenhas Simões. O desenvolvimento das normas *jus cogens* em relação ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas à luz da sentença do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros *versus* Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, p. 9-38, jan./abr. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61647>>. Acesso em: 30 abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfd.ufpr.v64i1.61647>.

RESUMO

O objetivo do artigo é demonstrar o caráter *jus cogens* do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro pela construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, o trabalho aponta – por meio de pesquisa bibliográfica – a teoria de Francisco de Vitória e o contato histórico das relações entre os povos europeu e indígena como marco inicial diante das consequências vividas pelos indígenas americanos. Utiliza-se a jurisprudência da Corte, qualitativamente selecionada, asseverando o desenvolvimento progressivo do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos para, então, avaliar a contribuição da sentença do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros *vs.* Brasil para o ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se que o uso da terra pelos povos indígenas não é um privilégio passível de ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, constituindo-se um direito desses povos obter a titulação de seu território, garantindo o uso e o gozo permanente dessa terra, sem interferência externa de terceiros.

PALAVRAS-CHAVE

Propriedade coletiva. Povos indígenas. Normas *jus cogens*. Direito internacional dos direitos humanos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the *jus cogens* character of the collective property rights of indigenous peoples and their implications in the Brazilian legal system for the jurisprudential

construction of the Inter-American Court of Human Rights. In order to do so, the work points out – through bibliographical research – the theory of Francisco de Vitoria and the historical contact of the relations between the European and indigenous peoples as initial milestones in the face of the consequences lived by native Americans. The jurisprudence of the Court is used, qualitatively selected, asserting the progressive development of article 21 of the American Convention on Human Rights to evaluate the contribution of the ruling of the case Xucuru Indigenous People and their members vs. Brazil to the Brazilian legal system. It is concluded that the use of land by indigenous peoples is not a privilege that can be annulled by the State or overcome by the rights of third parties, constituting a right of these peoples to obtain the title of their territory, guaranteeing their permanent use without external interference from third parties.

KEYWORDS

Collective property. Indigenous peoples. Jus cogens norms. International human rights law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará os aspectos do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas com base nas fundamentações histórica, cultural e sociológica para, então, realizar a análise jurídica da sentença do caso “Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil”. Em especial, examinar-se-á a progressão das interpretações da jurisprudência da Corte IDH em relação ao direito de propriedade coletiva dos povos indígenas, insculpido no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, em que medida o desenvolvimento das normas *jus cogens* e a sentença no caso Povo Xucuru contribuem para o reconhecimento do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas?

Inicialmente, o primeiro capítulo mostra que desde o início da formação do direito internacional como ramo jurídico autônomo estão presentes as consequências do contato entre os indivíduos de diferentes etnias. Em termos teóricos, o desenvolvimento do direito internacional se deu no bojo do contato de um povo sobre outro, deslegitimando os argumentos de conquistas históricas, como a Conquista Espanhola das Américas, na qual havia a subordinação dos indígenas americanos ao poder da Coroa Espanhola, outorgada pelo Poder Papal.

A partir do contato entre os povos, o capítulo segundo revela um panorama da relação entre os espanhóis e os povos originários do continente Americano, como poderá ser observado pelo regime de “*encomiendas*”, bem como das formas de dominação traduzidas em escravização, exploração e catequização, de modo que seus costumes, cultura, modo de viver e de lidar com o mundo foram profundamente impactados, destacando-se a relação de identidade que os povos indígenas possuem com a terra que ocupam.

A partir disso, o terceiro capítulo introduz a atual conjuntura social, econômica e cultural dos povos indígenas na América, que é resultado das transformações históricas dessa relação entre os povos de todos os continentes, com ênfase na influência dos europeus no que diz respeito ao seu direito de propriedade coletiva. Nesse seguimento, faz-se a importante descrição do Sistema de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos das Américas como base fundamental para alavancar esse direito perante todos os Estados americanos soberanos.

No quarto capítulo serão expostos os atores internacionais e os sujeitos de Direito Internacional, com base nos mecanismos jurídicos dos instrumentos internacionais, que atuam para o avanço da ressignificação do direito à propriedade coletiva de povos indígenas como norma *jus cogens*, norma imperativa de direito internacional. Devido a isso, a progressão da temática nas Américas pode ser explicitada no Brasil diante da condenação do País em face da violação do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru.

O objetivo do artigo é demonstrar o desenvolvimento da norma apontada, desde os primórdios do direito internacional até o cenário atual relativamente ao seu reconhecimento como norma imperativa de direito internacional. Para tanto, tratar-se-á de sua utilização por meio dos instrumentos internacionais, a progressão interpretativa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro diante do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.

1 A TEORIA DE FRANCISCO DE VITÓRIA EM TORNO DA DIGNIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

A dignidade humana encontrada no texto da Constituição Federal de 1988 estabelece um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O conceito envolve questões jurídicas, políticas e culturais, tendo avançado por meio de inúmeras ressignificações no quesito pessoa humana para assegurar a todo e qualquer indivíduo existência digna.

O conceito de dignidade é premissa básica na relação dos seres humanos, conforme André de Carvalho Ramos (2017, p. 77) preleciona:

A raiz da palavra “dignidade” vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importânci. Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da *dignidade humana*, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus. Logo, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie.

Nos moldes históricos do direito internacional, Francisco de Vitória, analisando as questões internacionais em sua época, trata do significado do descobrimento e da conquista da América para o Reino da Espanha no século XVI. O autor reconhece povos indígenas como nações titulares de suas terras, partindo do pressuposto de que bárbaros índios eram verdadeiros senhores, como é apontado na tradução de sua obra *De Indis*, com o tema “Sobre o poder civil, os índios e a guerra (VITÓRIA, 2017, p. 121).

De acordo com sua filosofia política, o debate medieval sobre a jurisdição dos poderes espiritual e temporal demonstra o destaque das teses teocrática e imperialista, opostas de cada poder, respectivamente. Entretanto, “havia uma tese intermediária, defendida por João de Paris e pelo Cardeal Torquemada.” (MONTES D’OCA, 2012, p. 173). Esta tese apresenta a clara separação entre o poder civil (temporal) e o poder eclesiástico (espiritual), distinguindo as ordens natural e sobrenatural, sem deixar de reconhecer que há uma interligação entre as ordens, ambas contidas no homem.

Segundo Fernando Rodrigues Montes D’Oca (2012), Francisco de Vitória explica que, historicamente, a existência do poder civil é anterior à do poder eclesiástico, portanto, mesmo que o Papa tenha certa jurisdição temporal e acredite exercer uma função mais nobre do que as dos imperadores e as dos reis, esta excelência não poderia ser derivada da supremacia do poder espiritual sobre o temporal. Nesse sentido, afirmava que a república perfeita existe na medida em que não está submetida a nenhum poder exterior, levando à conclusão de que o poder temporal é perfeito sem a necessidade de influência do poder eclesiástico.

É nesse sentido que busca fundamentar a existência de povos constituídos como comunidades independentes, perfeitas e soberanas, chamadas de pessoas do *jus inter gentes*, de maneira que todos estes povos, com reconhecimento mútuo, devem respeitar o direito “internacional”, este “conjunto de leis equânimes que regulam a relação entre os povos, não sendo permitido a um povo individualmente furtar-se ao seu cumprimento.” (OLIVEIRA, 1973, p. 376). Nesse sentido, o domínio, ou o direito de propriedade das terras, é defendido a cada um dos indígenas, os quais fazem parte do conjunto de todos os povos e de todas as nações *soberanas* que também são proprietários de suas terras.

Diante da justificativa assentada na conquista da América, apontando a “legalização” das terras dos indígenas por meio da “doação” do Papa ao Rei da Espanha, o autor busca desmentir a falsa premissa de que o Papa seria o *dominus orbis* das terras indígenas em virtude de ser o vigário de Jesus Cristo, possuidor do domínio universal.

Outrossim, analisou o seguinte corolário, que considerou título ilegítimo dos espanhóis em poder dos indígenas (VITÓRIA, 2017, p. 133): “Se os bárbaros não querem reconhecer o domínio de algum Papa, não se pode por isso fazer-lhes guerra e tomar os seus bens.” Nesse diapasão, além de afirmar ser evidente, Francisco de Vitória aponta que “a causa pela qual os bárbaros não podem ser coagidos ainda que não queiram aceitar a Cristo ou a sua Fé é que esta não lhes pode ser provada de maneira evidente mediante argumentos naturais.” (VITÓRIA, 2017, p. 133).

Com isso, Vitória buscou reconhecer a dignidade dos indígenas, mostrando que são detentores de direitos e os povos indígenas uma nação.

A partir do conceito de domínio, cuja noção é fundamentada em ter o direito de tomar algo para o próprio uso, Vitória identifica o homem por sua faculdade racional. Então, é pela racionalidade humana e por vontade livre que o ser humano se constitui como sujeito de direitos e deveres, bem como pessoa moral, cabendo-lhe o uso dos bens materiais para o seu próprio fim. Portanto, a cada indígena, seres dotados de racionalidade tais como os castelhanos são, é reconhecido o domínio sobre o uso de suas terras, utilizando-se de suas faculdades racionais para estabelecer o seu modo de vida.

Em torno da argumentação sobre a potencial dignidade de todo e qualquer ser humano, a pergunta que domina a argumentação vitoriana é: “idiotas, *insensati*, e dementes, *amentes*, são capazes de domínio?” (MONTES D’OCA, 2012, p. 180).

A resposta é pautada na seguinte diferenciação: criaturas irracionais não são detentoras de domínios ou de direitos, porém dementes e idiotas os detêm. Nesse sentido, animais, que são criaturas irracionais, não podem sofrer injustiça; como os dementes, não sofrem injúria e não tem domínio de si próprios, como explica Vitória (2017).

Sua linha argumentativa humanitária, explorada na questão de a criança existir por si mesma e do demente padecer injúria é justificada por premissa teológica, aduzindo Francisco de Vitória (2017) que o homem é a imagem de Deus, porém essa imagem só é refletida por meio do uso de potências racionais, ou seja, pela utilização da vontade e da liberdade.

Dessa maneira, percebe-se que não há possibilidade de deficiência de razão permanente em ser humano qualquer; baseando-se nos exemplos da criança e do demente, atribui-se especial atenção ao fato de que os indígenas são dotados de razão, fazendo-a do seu modo. Com isso, o autor chega à conclusão de que a razão é constitutiva da espécie humana, e nada que seja de sua constituição lhe falta.

Destaca-se a exemplificação realizada por Fernando Rodrigues Montes D’Oca:

[...] a baixa capacidade de razão que supostamente teriam os aborígenes americanos dever-se-ia não pelo fato de terem sido naturalmente dotados de tal modo, mas, antes, ao fato de

terem tido uma má e bárbara educação. E isso, conforme aponta Vitoria, não seria uma exclusividade dos índios, visto que também entre os castelhanos encontram-se homens rústicos e pouco diferentes dos animais brutos (MONTES D'OCA, 2012, p. 181-182).

Assim, assumindo que o autor reconhece os aborígenes americanos um povo, resta demonstrado que os indígenas detêm domínios e direitos, tendo ocupado suas terras desde muito antes da chegada dos Espanhóis na América, sendo pública e privadamente donos das suas possessões.

2 AS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A VIDA INDÍGENA NA AMÉRICA E A SUA RELAÇÃO COM A CONSTRUÇÃO DAS NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL

No início do século XX, com a introdução dos processos de colonização dos povos indígenas da Amazônia e zonas consideradas mais afastadas, inaugurou-se um segundo ciclo de desterritorialização desses povos, causando marcas históricas que impactaram a vida indígena até os dias atuais. Nesse raciocínio, percebe-se que os espanhóis mantiveram, desde os anos iniciais da conquista, uma relação de servidão com os indígenas, com aspectos que remetem à idade medieval europeia.

Em 20 de junho de 1500, a Real Cédula condenou atividades escravistas e declarou que os indígenas deveriam ser juridicamente considerados vassalos livres (nativos americanos) da coroa. Entretanto, “a partir da primeira década do século XVI, a prática de repartir os nativos e cercear sua liberdade se desenvolveu sob a forma de uma instituição tradicional e reguladora do trabalho conhecida como a ‘encomienda’, ou ‘repartimiento’.” (SCHELL, 2010, p. 26).

Nesta prática, um grupo de famílias de indígenas, com seus próprios caciques, ficava submetido à autoridade de um espanhol “*encomedero*”. Os colonos responsáveis por cada grupo possuíam a tarefa de proteger os indígenas e de cristianizá-los, verificando-se a clara imposição de uma crença, que aos poucos foi invadindo os costumes e os hábitos desses povos.

Gradualmente foi se desenvolvendo um código real de leis, a exemplo das Leis Novas de 1542 que, segundo Renata Andrade Gomes (2006, p. 10), foram influenciadas diretamente por Bartolomeu de Las Casas, “as quais, entre outras medidas de proteção aos índios, determinavam o fim do sistema de *encomienda*”. Entretanto, apesar de ter autonomia, tais leis não detinham, na realidade prática da América, força jurídica de um código moderno sistematizado, representando força simbólica e coercitiva com capacidade de imposição de suas determinações, permitindo o seu comum descumprimento na realidade prática à época colonial da América.

Menciona-se, ao passo das leis que proibiam a dominação espanhola na relação com os indígenas americanos, o *Requerimento*: “importante documento jurídico, que autorizava a intervenção nas colônias, bem como a declaração de guerra justa em caso de resistência.” (WOLKMER, 2003, p. 26 apud CARVALHO, 2004, p. 59).

Nesse contexto, “o interesse dos dois lados que se confrontavam no decorrer da conquista, de um lado, os que defendiam a guerra justa e o submetimento dos povos autóctones e, de outro, aqueles que batalharam pela proteção e afirmação desses povos” (CARVALHO, 2004, p. 9) ensejou o “debate de Valladolid”, travado por Bartolomeu de Las Casas e Ginés de Sepúlveda, cuja contribuição foi fundamental no que concerne a escravização estabelecida no marco histórico da relação espanhola com o povo nativo ameríndio.

Em linhas gerais, o debate envolveu, inicialmente, a tese de Sepúlveda, afirmando que “a guerra justa é a necessária violência que se devia exercer para que o bárbaro se civilizasse, porque se fosse civilizado, não haveria guerra justa” (DUSSEL, 2008, p. 166, tradução nossa). Em contrapartida, a tese de Las Casas destrinhou o caráter relativo sobre o conceito de bárbaro, a impossibilidade de uma guerra justa, as limitações ao poder da Igreja, bem como a necessidade de respeitar os costumes indígenas.

Apesar da influência histórica do debate de Valladolid, não houve uma decisão formal acerca da discussão travada, pois os teólogos que a presidiram, tais como Domingo de Soto, julgaram-se incapazes de realizar um veredito.

No Brasil, os primeiros contatos se deram na costa litorânea do País, onde tribos indígenas ocupantes das terras próximas do mar brasileiro possuem história remota. Contudo, a desigualdade de desenvolvimento diante da extensão territorial revela os contrastes sob os quais esse contato ocorreu, de maneira que nos atuais dias há tribos que, segundo aponta Darcy Ribeiro (1996), são virgens de contato com a civilização das metrópoles modernas.

É importante a colocação feita por Clarice Cohn:

A figura do índio no Brasil e o espaço que ele ocupa na sociedade brasileira têm sido concebidos também de modo mutante. Em um primeiro momento, pensa-se o índio como parte da *formação* da sociedade brasileira, tratando-o, como importante, no passado, para a constituição da singularidade nacional; o foco está, assim, no índio como nosso antepassado, nas heranças que deles recebemos, seja genética, seja cultural, seja na importância que ele teve para a adaptação do colonizador europeu ao novo meio. (COHN, 2001, p. 37).

Dos Timbira, que constituíam quinze tribos originais, apenas quatro delas sobreviveram ao século XX. Enfrentaram dificuldades para estabelecer relações pacíficas, de modo que a descoberta e a invasão dos seu território resultou em cerca de quarenta anos de lutas ininterruptas, a exemplo das

bandeiras, “compostas de cem a duzentos homens, aliciados entre os sertanejos e postos sob o comando de um caudilho local” (RIBEIRO, 1996, p. 73).

Em um cenário não muito diferente viveu a tribo kaingáng, etnologicamente Xokleng, na floresta atlântica, zona dos pinhais, dos estados do Paraná e Santa Catarina. Desde o início do século XX, colonos alemães, italianos e eslavos vieram trabalhar em pequenas propriedades de exploração agrícola intensiva. Após dificuldades com a expansão da terra e consequente êxodo para São Paulo, onde poderiam trabalhar como assalariados ou tentar um retorno à Europa, e de medidas “pacíficas”¹, porém foi “à força das armas dos próprios colonos que a colonização prosseguiu pelo vale do Itajaí” (RIBEIRO, 1996, p. 128).

Em torno das normativas internacionais, o reconhecimento do direito à proteção do povo e da propriedade se iniciou pela formação teórica das próprias normas *jus cogens*, sendo imprescindível mencionar as contribuições de autores, como:

Francisco de Vitória, que apesar de não afirmar de forma clara, criou condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens* ao fazer relação ao Direito Natural que considera imutável, que goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e que possui natureza imperativa (BAPTISTA, 1997, p. 26);

[...]

Domingo de Soto, que defendeu a vigência das normas *iuris cogenitis* de Direito Internacional positivado, a exemplo das normas que permitiam a escravização de não cristãos em resultado de guerra. Declarou ser impossível uma alteração do Direito Internacional Costumeiro Geral ou uma criação de um regime contrário ao Direito Costumeiro em alguns Estados, da vontade coletiva ou do Direito Natural. Portanto, defendeu a vigência do *ius cogens* positivo, mas de origem costumeira (BAPTISTA, 1997, p. 28-30);

[e]

Hugo Grotius, que foi ao sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário que é mutável e o Direito das gentes primário relacionado com o Direito Natural, que goza de imodificabilidade, obrigatoriedade, exigibilidade externa e imperatividade, a exemplo do princípio da liberdade dos mares e do comércio, que não podem ser derogados por meio de tratados bilaterais. Para ele o Direito Internacional é um direito positivo, voluntário, de origem humana e o direito natural, apesar de imodificável, constitui um ordenamento em regra imperfeito, cujo foro é mais da consciência do que da realidade jurídica (BAPTISTA, 1997, p. 34-35).

Parece razoável afirmar, com base nas fundamentações teóricas, que determinadas normas e princípios, independentemente de sua origem (costumes ou princípios), têm natureza imperativa (*jus cogens*) justamente pelo fato de serem imprescindíveis à proteção dos interesses mais relevantes da comunidade internacional. Mesmo os críticos do *jus cogens* não conseguem ignorar a sua presença irradiante; assim, a norma ou princípio dessa natureza só pode ser revogada por outra norma ou princípio de mesma natureza.

¹ A primeira delas foi destacar uma guarnição militar para expulsar os índios. [...] foram tentadas também, sem sucesso as turmas dos sertanejos armados para dar cabo dos índios [...] falou-se muito em meios persuasórios, através de civis e religiosos [...] (RIBEIRO, 1996, p. 128).

O desenvolvimento do conceito de normas *jus cogens* levou à defesa da existência de uma “ordem pública internacional” já mencionada nos projetos apresentados à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI). Tal ordem é constituída por normas dispositivas de livre negociação, e imperativas, que se impõem sobre todas as vontades. As últimas são as normas *jus cogens*, que, pela sua natureza e conteúdo, devem ser consideradas como fundamentais e como mais importantes em relação às demais normas (AMARAL JÚNIOR, 2014; BRITO, 2008; MAZZUOLI, 2018).

De acordo com a Convenção de Viena de 1969 e de 1986, o *jus cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional, apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou as normas *jus dispositivi*, mas que não fazem parte do *jus cogens*, pois somente o fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública.

Por sua vez, Francisco de Vitória esclarece que “quando os Estados pactuam sobre matérias de grande importância para a Comunidade Internacional – que assim compreende tais normas – não há apenas pacto, mas lei que vincula todos os Estados – independentemente de participação.” (VITÓRIA, 2017, p. 282-285)

Diante deste entendimento, é compreensível que a evolução sobre a interpretação do direito à propriedade dos povos indígenas tenha sofrido grande ressignificação ao longo do período de conquistas jurídico-sociais. Desde os debates entre o direito natural e a existência de um direito positivado que não se circunscreve a um ordenamento jurídico interno, em meio às mudanças históricas, sociais, econômicas e culturais dos indígenas americanos, até à criação de instrumentos declaratórios e normativos, influenciando os ordenamentos jurídicos internos a desenvolverem mecanismos jurídicos de proteção aos povos indígenas, percebe-se a importância do reconhecimento do direito à propriedade desses povos e de sua relação com a terra.

3 O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A DEFESA DOS POVOS INDÍGENAS

A Convenção Americana, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, é um tratado internacional, no qual há a previsão de direitos e de liberdades que devem ser respeitados por todos os Estados Partes. No exercício de suas soberanias, os Estados da América resolveram criar instrumentos internacionais, de acordo com o delineamento histórico da Organização dos Estados

Americanos, transformando-os em uma base de proteção e de promoção regional dos Direitos Humanos.

Nos moldes da criação do Sistema de Proteção Interamericana de Direitos Humanos, vislumbra-se a 9ª Conferência Interamericana, realizada entre 30 de março e 2 de maio de 1948, na cidade de Bogotá. Este foi o evento responsável pela aprovação da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Ao longo do processo de desenvolvimento da proteção interamericana de direitos humanos, criou-se, precipuamente, um órgão especializado na promoção e proteção de direitos humanos no âmbito da OEA, originado na 5ª Reunião de consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile, em 1959, chamado de Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, no âmbito da edição do Protocolo de Buenos Aires em 1967, que emendou a Carta da OEA, a Comissão se tornou órgão principal da própria Organização dos Estados Americanos. Dessa forma, tendo-se incorporado à estrutura permanente da OEA, os Estados, a partir de então, são obrigados a responder aos seus pedidos de informação, além de cumprir com as suas tão importantes recomendações fundadas na Carta da OEA.

Segundo Augusto Cançado Trindade (1982), o próprio mecanismo regional da CADH foi incorporado, em suas origens, em mecanismos outros que tratados, de modo que a Comissão Interamericana foi criada a partir da Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, a qual, à época, possuía mandato limitado e posição *suis generis* à promoção dos direitos humanos dentro da OEA.

Interessante informação o autor compartilha ao mostrar como a Comissão Interamericana expandiu sua competência:

O impacto da atuação da Comissão se tem feito sentir na coleta e uso de dados obtidos de governos. Se estes se mostram dispostos a cooperar, a Comissão conduz os seus trabalhos sem publicidade; se se recusam a cooperar, a Comissão decide publicar as informações obtidas; (TRINDADE, 1982, p. 109).

O segundo órgão de supervisão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa linha, a Convenção dotou a Comissão existente com mais atribuições e criou a Corte IDH, instituição judicial autônoma da CADH com poder de jurisdição contenciosa e consultiva.

O impacto que a Corte Interamericana exerce sobre o contexto latino-americano é extremamente relevante no que tange às desigualdades visíveis perante os grupos étnicos e classe sociais.

Desse modo, Flávia Piovesan traz a importância da contribuição da Corte Interamericana no contexto em que a América Latina vive nos atuais dias:

A região latino-americana tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. [...] É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. (PIOVESAN, 2014, p. 79).

Portanto, a Corte IDH ganhou destaque no que concerne aos direitos dos povos indígenas, buscando formas de atuar em conjunto com a sociedade civil para, então, consolidar o seu trabalho por meio de instrumentos jurídicos no âmbito internacional.

3.1 O DIREITO À PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

A partir desta organização, a Comissão IDH buscou fortalecer o seu trabalho por meio de temáticas específicas, destacando-se a ênfase na Proteção e na Defesa dos Povos Indígenas. Diversas áreas da Organização realizam projetos específicos com o objetivo de promover a proteção, o bem-estar e o desenvolvimento dos povos e comunidades indígenas. Para tanto, na Defesa dos Povos Indígenas conta-se com a Relatoria sobre Direitos dos Povos Indígenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo primeiro órgão de supervisão do sistema, no ano de 1990, de modo a providenciar a adequada atenção aos Povos Indígenas da América, dando especial atenção à exposição em virtude da sua condição de desigualdade em torno dos direitos individuais e coletivos desses povos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, a temática indígena tem sido objeto de múltiplas resoluções da Assembleia Geral, devendo-se mencionar o resultado da terceira sessão plenária do Quadragésimo Sexto Período de Sessões da Assembleia Geral da OEA: a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, realizada em 15 de junho de 2016.

Identificou-se que, na quinta seção, acerca dos direitos sociais, econômicos e de propriedade, foi aprovado o artigo XXV, que trata das formas tradicionais de propriedade e de sobrevivência cultural, bem como dos direitos às terras, territórios e recursos, destacando-se em seus cinco itens, como se lê *in litteris*:

1. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras.

- 2.Os povos indígenas têm direito às **terras e territórios** bem como **aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado**, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários.
- 3.**Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários**, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma.
- 4.**Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos**. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate.
- 5.**Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes**. Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 29-30).

O Brasil, como Estado Parte da Organização dos Estados Americanos, tendo ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhece todo o conteúdo expresso na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de maneira que deve efetivar o cumprimento de todas as normas jurídicas internacionalizadas pelos tribunais brasileiros voltadas ao Direito de Propriedade dos Povos Indígenas no ordenamento jurídico local.

A temática indígena é uma questão étnica, social e antropológica, porém, nos moldes atuais, é especialmente política, impactando na atuação dos Estados perante a observação de suas políticas internas em relação às terras que ocupam. Desse modo, a manutenção da proteção aos povos indígenas, considerando suas relações espiritual, cultural e material de espaços que tradicionalmente conservaram é norma de ordem pública internacional, devendo-se ter como base os instrumentos internacionais criados para fundamentação dos direitos e deveres dos Estados acerca das terras indígenas.

Para tanto, deve-se mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que cria um sistema de normas universais a partir do consentimento dos países signatários, de modo que acrescenta alguns elementos utilizados pelos povos indígenas para a fundamentação de seus direitos.

O primeiro tem como premissa a necessidade de *ampliar* a proteção gerada pelos direitos individuais – os princípios de igualdade e não-discriminação, por exemplo – para abrigar grupos ou comunidades de pessoas – coletividades – e considerá-las em conjunto como sujeitos de direito, e assim tratar de aspectos como de propriedade *coletiva* da terra. (URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, p. 203).

A CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina, realizando o levantamento de dados da população indígena em países da América Central e do Sul (superando os 30 milhões, conforme o censo de 2000), definiu em seu relatório (COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE, 2006a, p. 150) os direitos humanos individuais e coletivos com base em suas violações;

entre eles, “os direitos de propriedade, uso, controle e acesso às terras e recursos pelos povos indígenas.”

A Comissão reconhece a necessidade de políticas públicas voltadas para as peculiaridades territoriais, culturais e demográficas dos povos indígenas:

[...] os padrões internacionais dos direitos individuais e coletivos desses povos geram obrigações aos Estados em promover, reconhecer e garantir o direito de propriedade, assim como os Estados devem desenhar políticas públicas que atendam a este novo padrão de direitos, estabelecendo mecanismos de avaliação que permitam determinar seu cumprimento (COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE, 2006b, p. 48-51).

Os documentos internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, estabelecem princípios a respeito dos direitos indígenas, sintetizando conceitos e princípios importantes para esses povos. 143 Estados ratificaram o instrumento, constituindo a base normativa para os movimentos indígenas de cada país, o que viabilizou a solicitação e negociação de suas demandas. Com isso, “Os movimentos sociais passaram a ter um documento de princípios e de orientação político-jurídica futura das ações de um movimento social e do próprio Estado.” (URQUIDI, TEIXEIRA, LANA, 2008, p. 203).

Entretanto, identifica-se, baseando-se no consenso e no comprometimento dos Estados em observar todos os princípios relativos aos Povos Indígenas, que há, além das declarações, instrumentos de caráter obrigatório avançado, como a Convenção de nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

Atualmente, a Convenção 169 possui aspectos extremamente relevantes no que tange aos direitos indígenas, determinando a consciência da identidade como critério para a definição do sujeito de direito, incidindo no conceito de povos indígenas, provenientes da identificação dos grupos aos quais a Convenção se aplica.

Destaca-se a relevância do instrumento diante do direito aos recursos naturais das terras tradicionais, abrangendo a participação dos povos em sua utilização, administração e conservação. Outrossim, no caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios e dos recursos do subsolo, ou no caso de o Estado ter direito sobre outros recursos encontrados nessas terras, há a necessidade de esse Estado consultar os povos interessados, para que possa ser determinado se os seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de realizar qualquer tipo de projeto de exploração da região, conforme consta no artigo 15.2. da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

As medidas necessárias que devem ser realizadas pelos Estados, a fim de proteger os direitos de uso das propriedades tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas podem ser identificadas nos itens do artigo 14 do instrumento, transcrito *in verbis*:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, **deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência**. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. **Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias** para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser **instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional** para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 23-24).

No Brasil, a Convenção 169 da OIT adentrou o ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004.

Interessante ponto acerca da recepção da Convenção está em seu artigo 14, alvo de crítica em meio aos debates do Senado sobre a aplicabilidade da convenção no ordenamento jurídico brasileiro. Um dos relatores afirmou que o artigo 14 seria contrário à Constituição Federal de 1988, pois assegura aos indígenas posse permanente das terras que ocupam, entretanto declara que a propriedade dessas terras é da União, nos termos do artigo 20, XI, da CF/88.

Apesar disso, percebe-se que a leitura completa do dispositivo revela a incongruência de tal argumento, de modo que não há a necessidade de reconhecimento do direito, aos povos indígenas, de propriedade sobre as terras que ocupam. O modelo jurídico a ser adotado, posse, propriedade ou outro, é de competência e escolha do respectivo Estado Parte. A Convenção indica que haja o reconhecimento e a proteção do espaço físico ocupado pelos povos indígenas, facultando aos Estados Partes utilizar o modelo jurídico interno mais apropriado para tanto (WAGNER, 2014, p. 11).

Superando as dificuldades relativas à sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção 169 é marcante nas questões dos movimentos sociais brasileiros que defendem os direitos às terras ocupadas pelos indígenas, como ocorreu em 18 de outubro de 2005, na reclamação feita pelo Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal (SENGE/DF) contra o Estado brasileiro perante o Conselho de Administração da OIT.

Em síntese, o Sindicato aduziu que a aprovação da Lei 11.284, de 02/03/2006 descumpre dispositivos da Convenção 169 ao tratar da gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Nesse sentido, a lei teria sido aprovada sem prévia consulta aos povos indígenas que seriam afetados,

em desconformidade ao artigo 6º da Convenção 169, bem como contrariando o princípio 22 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, como se verifica *in verbis*:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e **oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável** (NAÇÕES UNIDAS, 1992, p. 4).

A partir da reclamação, foi composta Comissão tripartite para realizar sua apreciação. A Comissão fez onze recomendações a serem adotadas pelo Conselho de Administração da OIT, compondo sua decisão final sobre o caso. Todas as recomendações revelam a necessidade de o Governo do Brasil aplicar medidas necessárias para que os povos sejam devidamente consultados sobre questões como o impacto de concessões madeireiras nas terras de ocupação indígena.

3.2 A PERCEPÇÃO JURÍDICO-CULTURAL ACERCA DO CONCEITO DE POVOS INDÍGENAS E DE SUA RELAÇÃO COM A TERRA QUE OCUPAM

A contribuição do Relator Especial da Subcomissão na Prevenção da Discriminação contra Populações Indígenas da ONU, José R. Martínez Cobo, na conceituação de Povos Indígenas é de extrema relevância em virtude do impacto que seus estudos repercutiram.

O autor estabelece que:

Comunidades, povos e nações indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades de pré-invasão e pré-coloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintos de outros setores das sociedades predominantes nesses territórios, ou partes deles. Eles formam atualmente setores não dominantes da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir às futuras gerações seus territórios ancestrais, e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, sociais, instituições e sistemas legais. (NAÇÕES UNIDAS, 2013, tradução nossa).

A partir da gradual transformação sobre o conceito de *povos indígenas*, percebe-se a necessidade de entender o que se conceitua como povo e como nação para, então, compreender a concepção trabalhada na jurisprudência internacional.

Segundo instrui a antropóloga Sylvia Caiuby Novaes (1985, p. 21), “o conceito de povo implica, em primeiro lugar, um agrupamento de pessoas que se reúnem em função das várias afinidades que mantêm entre si.” Por outro lado, o conceito de nação fala explicitamente em território, condição essencial da própria existência das sociedades indígenas. O conceito de nação implica não apenas o compartilhar de certas afinidades, mas também a organização política dessas pessoas sob um único governo, tal como ocorre nas sociedades indígenas no Brasil.

Nessa mesma lógica, o autor Paulo Celso de Oliveira explicita:

Os direitos humanos devem ser aplicados aos povos indígenas considerando necessariamente a organização social, os usos, os costumes e as tradições dos povos indígenas, bem como a natureza coletiva dos bens que formam seu patrimônio cultural, territorial e ambiental (OLIVEIRA, 2011, p. 144).

Acrescente-se o entendimento de Rodolfo Stavenhagen (1998), ao expor o debate acerca dos direitos humanos voltado à proteção dos povos indígenas, aduzindo que há uma visão clássica e liberal de que os direitos humanos constituem somente os direitos individuais de toda a pessoa humana. Em contraponto e em progressão ao sentido coletivo, o autor aponta outra visão, na qual acredita na proteção dos povos indígenas a ultrapassar a esfera dos direitos individuais, em virtude de esses povos possuírem características coletivas peculiares, provenientes de uma histórica opressão, negação, discriminação e exclusão.

O conceito de “povos indígenas” foi inicialmente delimitado na jurisprudência da Corte IDH, em 2001, na sentença do caso Awas Tingni vs. Nicarágua, como pode ser observado no trecho extraído:

Os povos indígenas são definidos como aqueles grupos sociais e humanos, identificados em termos culturais e mantendo uma continuidade histórica com seus antepassados, desde a época anterior à chegada dos primeiros europeus a este continente. Essa continuidade histórica é evidente nas formas de organização, na própria cultura, na auto-identificação que essas pessoas fazem de si mesmas e no manejo de uma linguagem cujas origens são pré-hispânicas. Essas pessoas são conhecidas em nossos países porque mantêm formas de vida e cultura que as distinguem do resto da sociedade e têm sido tradicionalmente subordinadas e marginalizadas por estruturas econômicas, políticas e sociais discriminatórias que praticamente as mantiveram em posição de cidadania de segunda classe, apesar de que, nas legislações, formalmente, os indígenas têm os mesmos direitos que os não indígenas. Contudo, na realidade, essa cidadania é como se fosse imaginária, porque seguem sofrendo de formas estruturais de discriminação, de exclusão social, de marginalização. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, Parágrafo 83.d, tradução nossa).

A questão das terras indígenas na jurisprudência internacional trouxe padrões definidos para sua delimitação: as terras, os territórios e os recursos naturais, não podendo ser analisados isoladamente. A própria Corte IDH afirma que a relação desses povos ultrapassa a questão da posse e da produção, responsável pela transmissão de seus elementos para a futura geração.

Nesse contexto, a Comissão Econômica para a América Latina explica as dimensões sobre a reivindicação territorial dos povos indígenas, como se lê, *in litteris*:

A reivindicação territorial dos povos indígenas atravessa duas dimensões: o espaço e os processos. A primeira dimensão expressa-se na demanda pelo uso, gozo e manejo dos recursos naturais; a segunda na reivindicação do controle sobre os processos de ordem política, econômica, social e cultural para assegurar a reprodução e continuidade material e cultural do grupo, de forma que sejam efetuados conforme as normas próprias dos povos indígenas. O território apresenta-se então como um sistema de recursos e um espaço

jurisdicional onde se exercem direitos coletivos cujo titular é o povo indígena (COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE, 2015, p. 52).

Assim, o direito fundamental dos povos indígenas à terra constitui elemento de sua identidade, fundando-se, conceitualmente, no direito à propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos a todo ser humano. O direito à propriedade, voltado especificamente aos povos indígenas, é fundamentado nos princípios da igualdade e da não discriminação.

3.3 O DIREITO À PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS COM STATUS *JUS COGENS* PELA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 21 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Atualmente, a Corte Interamericana é a responsável pelas maiores discussões acerca das normas *jus cogens* no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, trazendo decisões frente a violações do direito de povos indígenas à propriedade. Nesta lógica, apesar de não declarar de maneira expressa em suas decisões, entende-se, por meio da análise da interpretação jurisprudencial evolutiva sobre o artigo 21 da CADH e por meio das características das normas imperativas de direito internacional, que o direito à propriedade dos povos indígenas possui *status* de norma internacionalmente reconhecida e aceita pela comunidade internacional (*jus cogens*), de maneira que a Corte IDH vem aplicando sua análise em casos com matéria que considera ser domínio de *jus cogens*, cujos efeitos são *erga omnes*, independentemente de ratificação ou não de um tratado.

Em termos conceituais, segundo André de Carvalho Ramos (2016, p. 51) “*jus cogens* consiste no conjunto de normas que contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo.” É por esta razão que a norma imperativa é dotada de uma superioridade normativa quando entra em choque com outras normas do Direito Internacional, como se verifica no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aprovada pelo governo brasileiro por meio do Decreto de nº 7.030, *in litteris*:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2009, art. 53).

Observa-se, com a leitura do artigo, a característica da universalidade, sobre a qual duas teses se opõem: as teorias subjetivista e objetivista acerca da norma *jus cogens*. Segundo a norma subjetivista, o critério para identificar o caráter *juris cogentis* de uma norma repousa somente sobre

a vontade imperativa dos Estados, ou seja, a vontade da Comunidade Internacional. Esta é a interpretação da Convenção de Viena de 1969.

Por outro lado, a teoria objetivista aponta para uma individualização de características próprias dessas normas, de maneira que se forem *jus cogens*, poderão ser distinguidas por um grau de certeza maior do que em relação às normas restantes do Direito Internacional. Por esse motivo, o reconhecimento dos Estados em relação à norma é de pouca relevância, pois apesar de depender da prática internacional, elas se individualizam por características próprias e de relevância do conteúdo.

Apesar disso, percebe-se que a teoria subjetivista possui elementos da teoria objetivista no próprio dispositivo, havendo a tutela dos interesses comuns e proteção dos direitos individuais e coletivos. Nesta mesma linha, Eduardo Correa Baptista expressa que:

[...] a aceitação e o reconhecimento da norma de Direito Internacional como norma de *jus cogens* se realiza com o mero apoio de uma maioria qualificada de Estados, não sendo necessária a unanimidade. Julga-se, contudo, que fará sentido exigir ainda um elemento qualitativo para que esteja formada esta maioria: será ainda necessário que esta compreenda Estados representativos dos principais grupos estaduais da Comunidade Internacional, agregados em função da sua cultura e interesses (BAPTISTA, 1997, p. 274).

Além desta característica, a inderrogabilidade pode ser interpretada a partir do trecho “norma imperativa de Direito Internacional geral”, o que significa que são insuscetíveis de derrogação pela vontade das partes (MAZZUOLI, 2018, p. 113), tratando-se, portanto, de sua vigência normativa ou validade temporal. A norma imperativa, enquanto vigente, não pode ser afastada. Nessa conjuntura, o caráter específico da norma *jus cogens* exige que somente outra norma com o mesmo *status* – e por isso equivalente processo de criação – a derogue por qualquer meio, percebendo sua posição hierárquica na mais alta esfera da escala normativa.

Por fim, a imperatividade das normas *jus cogens* torna nula qualquer disposição constante de um ato jurídico que estabeleça um regime jurídico contrário ao seu. Tal característica expressa a imposição da norma perante os Estados, limitando suas autonomias da vontade. Por conseguinte, há o amparo de interesses que ultrapassam os objetivos específicos de cada Estado, imprescindíveis para a representação da Comunidade Internacional, impondo-se sobre todos os interesses e os sujeitos que a pretendam violar.

Dito isso, percebe-se a incidência de todas estas características no direito à propriedade dos povos indígenas, interpretado pela Corte IDH em sua jurisprudência. Os Estados que não reconhecem esse direito em seu ordenamento jurídico interno, agindo em desacordo com o disposto na Convenção e nos instrumentos internacionais, violam-no, de maneira que a proteção dos povos indígenas em face de seus territórios é valor essencial da Comunidade Internacional, norma *jus cogens*.

Devido a isso, demonstra-se, conforme o desenvolvimento interpretativo da Corte IDH, que a temática da propriedade de terras com razões históricas, culturais e ancestrais de ocupação indígena adquiriu cada vez mais espaço no cenário transnacional, principalmente pelo caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, no qual um dos direitos apontados como violados foi o direito à propriedade privada, insculpido no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, transscrito *in verbis*:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Nesse caso, a Corte IDH realizou uma interpretação acerca do referido artigo, no qual o termo “propriedade” se refere “àquelas coisas materiais apropriáveis, bem como a qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa” (Corte IDH, caso Awas Tingni v. Nicarágua, sentença de 31 de agosto de 2001, par. 144).

Ao final da sentença, a Corte IDH decidiu, por meio de interpretação extensiva da Convenção, que o artigo 21 da CADH protege o direito à propriedade, compreendendo os membros das comunidades indígenas no marco da propriedade comunal.

No caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, a Corte IDH, por meio do artigo 21 (direito à propriedade privada) da Convenção Americana, explana a estreita vinculação que os povos indígenas possuem com as suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e com os elementos incorpóreos que deles emanam (par. 145). Nesse sentido, devido à conexão dos povos indígenas com o seu território, a proteção do direito à posse, uso e gozo é necessária para a garantia de sua sobrevivência, significando que o direito à utilização e usufruto do território careceria de sentido no contexto dos povos indígenas e tribais caso esse direito não estivesse vinculado à proteção dos recursos naturais que se encontram no território.

Nesta linha de raciocínio, mas em termos progressistas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai, lidou com a reivindicação da titulação do território ancestral de uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco Paraguaio que viviam em condição de extrema pobreza enquanto terceiros mantinham a propriedade privada de seu território.

A Corte IDH, na sentença, ressaltou a estreita ligação dos povos indígenas com as suas terras, de acordo com o parágrafo 137, a qual pode ser compreendida por uma perspectiva cultural, espiritual, além da sobrevivência econômica, da integridade, da sua preservação e transmissão às gerações futuras. Nesse sentido, interpreta-se que a cultura indígena local constitui um modo próprio de ser, peculiar a cada tribo que possui uma forma de se relacionar com o mundo. É a partir desta relação que se estabelece uma conexão intrínseca aos povos indígenas com as suas terras, caracterizando um território tradicional, bem como com os recursos naturais que ali se encontram.

Outrossim, conforme o parágrafo 127 da sentença, a Corte IDH destacou que para efeito de interpretação do alcance do direito à propriedade perante a evolução do Sistema Interamericano, quando se trata de povos indígenas, deve-se recorrer à Convenção 169 da OIT, invocando o item 1 do artigo 13 do instrumento, o qual declara *in verbis*:

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. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 23).

Além disso, a Comissão Interamericana vem interpretando o direito à propriedade de acordo com este dispositivo da declaração mencionada, conforme se extrai o trecho do coletâneo de normas e jurisprudências do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais:

[...] deve ser interpretado e aplicado no contexto de comunidades indígenas com a devida separação pelos princípios que se relacionam com a proteção de formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural e direitos à terra, territórios e recurso. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2004, par. 115).

A Corte IDH ainda se utiliza da Convenção para determinar o alcance das medidas que o Estado deve adotar para que haja a restituição da titularidade das terras ancestrais, afirmando que, com base no artigo 16.4 da Convenção 169, no caso da não possibilidade de retorno dos povos ancestrais às suas terras, esses povos devem receber, em todos os casos possíveis, terras cuja qualidade e estatuto jurídico sejam pelo menos iguais às das terras anteriormente ocupadas, cobrindo suas necessidades e garantindo seu futuro.

Em outro aspecto do artigo 21, a Corte IDH se utilizou da Convenção Americana e de outros instrumentos internacionais, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), para não restringir a sua interpretação em casos de violação ao artigo 21, mesmo quando o Estado não tenha

ratificado a Convenção 169 da OIT ou não preveja em sua legislação interna o direito à propriedade comunal dos membros de seus povos tribais.

Dessa forma, no caso Povo Saramaka vs. Suriname, conforme o parágrafo 92 da sentença, a Corte IDH reconhece o direito à propriedade do Povo Saramaka, aplicando o artigo 29(b) da Convenção Americana de Direitos Humanos, proibindo qualquer interpretação da Convenção que restrinja o exercício ou gozo de direito que esteja previsto na legislação interna do país ou em outra convenção de que o país faça parte. Assim, a Corte IDH fez uso do artigo 1º do PIDESC em virtude do direito à autodeterminação dos povos indígenas, expressando que estes poderão “determinar seu desenvolvimento econômico, social e cultural”, podendo dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais. Portanto, a interpretação do artigo 21 da CADH deve ser feita de maneira a não restringir os direitos previstos no artigo 1º do PIDESC, não limitando o gozo e o exercício desses direitos reconhecidos pelo Suriname no pacto.

Por outro lado, no caso Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai, a controvérsia não se atém ao reconhecimento do Estado em face do direito à propriedade comunal da Comunidade, mas na necessidade de restituição das terras reclamadas dos seus membros e a aplicação efetiva desse direito. Para tanto, na sentença, a Corte IDH conceituou propriedade e posse das comunidades indígenas em um sentido coletivo, no sentido de que a propriedade não se centra individualmente, mas no grupo comunitário como um todo (parágrafo 87). A partir de então, a noção de propriedade e de posse das comunidades indígenas sofreu uma ampliação interpretativa em face da sua concepção clássica, pois, como a Corte IDH assume, há versões específicas do direito de gozo e de exercício que emanam da cultura, das práticas, das crenças e de gozar a propriedade que, na forma clássica, seria inutilizável para milhões de indígenas.

O caso da comunidade Quera y Agua Caliente, da Província de Jujuy, na Argentina, demonstra a aplicabilidade das normas da Convenção no âmbito interno. A comunidade, proveniente do norte da Argentina, buscava a reivindicação da titulação coletiva ou comunitária da terra, de maneira que a comunidade seria titular. A demanda, segundo Christian Courtis (2009), trata-se de um pedido de usucapião, na província de Jujuy, iniciado por essa comunidade indígena, apontando a titularidade de direitos da comunidade como tal e referenciando a normas da Constituição Argentina e ao conceito de povo indígena a partir do artigo 1 da Convenção da OIT.

A partir disso, a Corte IDH entendeu que o ato que formaliza o reconhecimento jurídico da personalidade da comunidade comprova sua existência anterior. Nesse sentido, no momento em que solicitou sua personalidade jurídica e reconhecimento por parte do Estado, devia acreditar que possuía

os requisitos para pertencer à comunidade do solo. Por esse motivo, a outorga do Estado em relação às terras da comunidade é meramente declaratória.

O autor Christian Courtis clarifica:

[...] um tribunal civil e comercial, que decide usualmente litígios individuais de propriedade e societários, precisou aplicar de modo direto as normas constitucionais e a Convenção 169 da OIT, ajustando as instituições de direito privado à noção de sujeito coletivo preexistente ao seu reconhecimento jurídico (COURTIS, 2009, p. 64).

Por fim, após as provas no processo, a Corte IDH concedeu à comunidade a titularidade coletiva da parcela reclamada.

É importante ressaltar que em todos esses casos a Corte IDH não trata de maneira expressa o direito à propriedade coletiva como norma *jus cogens*, contudo comprehende-se que “o *jus cogens* integra ao Direito Internacional especial” (MAZZUOLI, 2018, p. 115), caracterizando fonte convencional sobre direitos e garantias fundamentais do homem, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no sistema universal de proteção aos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, no sistema regional interamericano.

Sendo assim, o direito à propriedade dos povos indígenas, com base na análise do artigo 21 da Convenção Americana e na complementação do disposto nos instrumentos internacionais expostos, é norma com *status jus cogens* proveniente do direito convencional.

4 CASO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL

O Povo Indígena Xucuru possui referências históricas que remontam ao século XVI, no estado de Pernambuco. Vários documentos históricos descrevem as áreas ocupadas pelo Povo Indígena Xucuru ao longo do século XVIII, a exemplo do Povo Indígena Xucuru de Ororubá, que é constituído por 2.354 famílias, as quais vivem em 2.265 casas. Dentro do território Xucuru (terras indígenas) há 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades, em um território que comprehende 27.555 hectares.

Conforme consta no relato fático do caso, tal povo conta com uma organização própria com estruturas políticas e de poder, como a Assembleia, o Cacique e o Vice-Cacique, o Conselho Indígena de Saúde de Ororubá, uma comissão interna para resolução de problemas entre a comunidade, um conselho de líderes e um pajé (líder espiritual da comunidade e dos líderes do Povo), entre outros.

Desde 1996, há um regulamento acerca do processo administrativo de demarcação e titulação de terras indígenas, realizado por meio do Decreto nº 1.775 e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 14/96. O processo de demarcação é constituído de cinco etapas, ocorrendo por iniciativa e

sob orientação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), mas o ato administrativo final de demarcação é atribuição exclusiva da Presidência da República. O processo administrativo se inicia quando a FUNAI tem conhecimento de uma terra indígena que deve ser demarcada, ou a pedido dos próprios indígenas e suas organizações ou de organizações não governamentais. Uma vez conhecidos os pedidos e a urgência da demarcação, a administração pública detém o poder discricionário de iniciar ou não o processo.

Após a promulgação do Decreto nº 1.775/96, foram introduzidas mudanças no processo administrativo de demarcação e de interposição de ações judiciais por seu direito à propriedade e de solicitar indenizações.

Aproximadamente 270 objeções contra o processo demarcatório foram interpostas por pessoas interessadas, inclusive pessoas jurídicas, como o município de Pesqueira. Em 10 de junho de 1996, o Ministro da Justiça declarou todas essas objeções improcedentes, por meio do Despacho nº 3. Os terceiros interessados apresentaram Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 28 de maio de 1997, o STJ decidiu em favor dos terceiros interessados, concedendo novos prazos para as objeções administrativas. As novas objeções foram também recusadas pelo Ministro da Justiça, reafirmando a necessidade de continuar a demarcação.

O Cacique Xicão, chefe do Povo Indígena Xucuru, foi assassinado em 21 de maio de 1998. O inquérito determinou que o autor intelectual do homicídio foi o fazendeiro José Cordeiro de Santana, conhecido como “Zé de Riva”, um ocupante não indígena do território Xucuru. Após incidentes ocorridos com o acusado e pessoas relacionadas à ocupação das terras indígenas, o processo foi redistribuído à 16ª Vara Federal de Pernambuco e, em novembro de 2004, o Tribunal do Júri condenou Rivaldo Cavalcanti, contratado por José Cordeiro de Siqueira – portanto, autor material do crime – a 19 anos de prisão. O senhor Cavalcanti foi assassinado enquanto cumpria pena no centro penitenciário, em 2006.

Ressalta-se que, em 20 março de 2003, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) criou uma comissão especial com o objetivo de acompanhar a investigação de tentativa de homicídio contra o Cacique Marquinhos e os fatos conexos. Finalmente, o cacique foi incluído no Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos de Pernambuco, em 2008.

Diante do contexto, a Corte IDH se pronunciou, na sentença do caso, referindo-se ao dever de proteção à propriedade, que emana do artigo 21 da Convenção Americana, bem como à Convenção 169 da OIT e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em face da obrigação dos Estados em cumprir o disposto na Convenção.

Segundo a Corte IDH, as obrigações postas no artigo 1.1 da Convenção Americana implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Tais obrigações se manifestam de diferentes formas; por exemplo, assegurar a igualdade e a não discriminação *de jure* e *de facto* não exige do Estado os mesmos atos praticados para assegurar o livre uso e gozo da propriedade privada ou, como neste caso, da propriedade coletiva das populações indígenas.

Diante disso, inicia sua análise sobre o direito de propriedade coletiva na Convenção Americana no parágrafo 115, destacando a necessidade de ultrapassar o conceito clássico de propriedade, insculpido no artigo 21 do tratado, para estabelecer os alcances da norma, protegendo o direito à propriedade coletiva em suas versões específicas relacionadas à cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, tal como se verifica pela referência da sentença dos casos *Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua* (par. 129) e *Comunidade Indígena Yake Axa vs. Paraguai* (par. 147), em consonância com o presente caso por meio da peculiaridade vivida pelo povo Indígena Xucuru.

Além disso, os instrumentos consolidados em torno da proteção dos direitos dos povos indígenas em questão se fazem essenciais para a sua garantia. Nessa perspectiva, a Corte IDH menciona, no parágrafo 116, o reiterado reconhecimento, em sua jurisprudência, do direito de propriedade dos povos indígenas sobre os seus territórios tradicionais à luz do artigo 21 do tratado, bem como da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, formando um *corpus juris* que define obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena.

Por outro lado, sua definição sobre o conteúdo e o alcance do artigo 21 da Convenção possui elementos de significações construídas nos casos anteriormente citados, como a análise da Corte à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas em seu artigo 29 (b), citada no parágrafo 116 da sentença, recorrendo-se ao estilo interpretativo realizado no caso da Comunidade *Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua* (par. 103). Ademais, a referida inter-relação especial da propriedade coletiva das terras para os povos indígenas foi questão tratada e ressignificada por meios dos casos *Comunidade Indígena Yake Axa vs. Paraguai* (par. 124), *Comunidade Garífuna de Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras* (par. 103), *Comunidade Indígena Yake Axa vs. Paraguai* (par. 146) e *Povo Kaliña e Lokono vs. Suriname* (par. 156).

É interessante destacar que a Corte IDH, no parágrafo 117, com base na construção de sua jurisprudência, afirma que a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem feitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado, bem como confere aos indígenas o direito de

exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro. Outrossim, é obrigação do Estado garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território (par. 193). Com base nisso, conclui-se que o uso da terra pelos povos indígenas não é um privilégio que pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, garantindo o uso e o gozo permanente dessa terra, sem interferência externa de terceiros, como estabelece no caso do Povo Saramaka vs. Suriname (par. 115).

Em face disso, a questão da demarcação de terras constitui um ato meramente declaratório e não constitutivo do direito. Isso significa que não há a necessidade de tal demarcação por parte do poder público para que o reconhecimento das terras como pertencentes aos povos indígenas exista. Portanto, a demarcação das terras do Povo Indígena Xucuru de Ororubá é garantia e direito deste povo que as ocupa tradicionalmente.

Neste diapasão, a Corte IDH dispõe que o Estado deve garantir de maneira imediata e efetiva o direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre a totalidade de seu território, de maneira a não sofrerem qualquer invasão, interferência ou dano por parte de terceiros ou agentes do Estado que tenham a possibilidade de depreciar a existência, o valor, o uso e o gozo de seu território, de acordo com a análise da perita Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas (par. 124) e com o entendimento no caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras (par. 181). Com isso, a Corte IDH explanou que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem a proteção do direito à propriedade coletiva.

A Corte ainda constatou que, no Brasil, a própria Constituição Federal e sua interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal preveem o direito à propriedade coletiva e à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, o direito dos povos indígenas ou originários prevalecem ante terceiros de boa-fé ou ocupantes não indígenas. O Estado possui o dever constitucional de proteger as terras indígenas, conforme estabelece no parágrafo 127 da sentença.

Dessa forma, por declaração da Corte, o Estado foi considerado internacionalmente responsável pela violação do direito à propriedade coletiva (par. 220.4), que, diante da fundamentação histórica, social e política, é considerada norma *jus cogens*, imperativa de direito internacional, insculpida no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise sobre o direito dos povos indígenas sobre sua propriedade, percebe-se que o termo do *jus cogens* indica uma nova fonte soberana do Direito Internacional Público, constituída por normas imperativas e reconhecidas pela comunidade internacional, diferenciando-se do atual clássico rol de fontes tradicionais estabelecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

O direito à propriedade dos povos indígenas, como demonstrado, é norma proveniente do direito convencional, reconhecendo-se sua intrínseca relação com as normas de proteção dos direitos humanos. Nesse diapasão, as garantias relacionadas às terras indígenas são essenciais para a sua preservação cultural, havendo previsão constitucional para que as áreas públicas ocupadas tenham finalidades especiais, voltadas para a manutenção da utilização por quem as ocupa tradicionalmente. De fato, as terras ocupadas pelos povos indígenas são de sua posse permanente, imprescindíveis para a realização de seus hábitos em consonância com o meio ambiente local.

Apesar de se dispensar o reconhecimento formal de qualquer Estado soberano para a sua existência e exercício, o reconhecimento do direito à propriedade dos povos indígenas é direito e garantia dos povos tradicionais que, no caso do povo indígena Xucuru, foi claramente violado e desrespeitado pelo Estado brasileiro.

Os sujeitos de direito internacional, bem como os atores do mesmo cenário, devem agir de maneira solidária e cooperativa para avançar nas questões relativas aos povos indígenas, construindo novos significados para a garantia e proteção dos direitos de propriedade desses povos. A partir dessa cooperação, o alcance da norma tratada terá seus efeitos produzidos para todos os povos indígenas do continente americano, independentemente de ratificação, por se tratar de norma imperativa.

Assim, chega-se à conclusão de que os povos indígenas possuem o direito à propriedade coletiva, reiterado por jurisprudência internacional e nacional, tendo, por sua essência, a característica de serem normas *jus cogens*, imperativas.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ARGENTINA. Supremo Tribunal Provincial do Rio Negro. **Sentença de expediente B-36559-1998 da Câmara Cível e Comercial I da Província de Jujuy**. Jujuy, 14 de setembro de 2001. Comunidade Aborígene de Quera e Agua Caliente – Povo Cochonoca vs. Estado Provincial. Lex:

Dra. Maria Rosa Caballero de Aguiar, Poder Judicial de Jujuy, série B, número 36559. Disponível em: <http://bit.ly/2PgnLD3>. Acesso em: 7 set. 2018.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Editora Lex, 1997.

BRASIL. **Decreto nº 5.051**, de 19 de abril de 2004. Lex: promulga a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, Brasília. Disponível em: <http://bit.ly/2PdWeSL>. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Lucas Borges de. Direito e Barbárie na Conquista da América Indígena. **Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**. V. 25, n. 49, p. 53-70, 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2PdWWPV>. Acesso em: 7 set. 2018.

COHN, Clarice. Culturas em transformação: os índios e a civilização. **São Paulo em Perspectiva**. V. 15, n. 2, p. 36-42, abril de 2001. Disponível em: <http://bit.ly/2PiNefq>. Acesso em: 25 nov. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais**. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2PdrRMu>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso da Comunidade Indígena Xámok Kasek vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2UpqKdH>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de junho de 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2UHB5GM>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2DiFHs7>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2KKS1Yt>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Disponível em: <http://bit.ly/2DkPzSi>. Acesso em: 5 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <http://bit.ly/2VQnjhl>. Acesso em: 5 set. 2018.

COURTIS, Christian. Aspectos da Convenção 169 da OIT. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, vol. 6, n. 10, p. 52 – 81, jun. de 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2UDl1Wx>. Acesso em: 7 set. 2018.

DUSSEL, Enrique. *Meditaciones Anti-Cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la Modernidad*. **Tabula Rasa**, n. 9, p. 153-197, 2008.

GOMES, Renata Andrade. “**Com que direito?**”: análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda-Valladolid, 1550 e 1551. 2006. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. Política, Direito e Relações Internacionais em Francisco de Vitória. **Revista Opinião Filosófica**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 172-190, fev. 2012. ISSN 2178-1176. Disponível em: <http://bit.ly/2IpJPLb>. Acesso em: 7 set. 2018.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Comunicado de Imprensa**. 6 de dezembro de 2006b. Disponível em: <http://bit.ly/2Xm7Mqb>. Acesso em: 7 set. 2018.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social da América Latina**. 2006a. Disponível em: <http://bit.ly/2V0bA2P>. Acesso em: 5 set. 2018.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Os Povos Indígenas na América Latina**. Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2DlQ3rn>. Acesso em: 5 set. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: Um Manual para Instituições Nacionais de Direitos Humanos**. 2013. Disponível em: <http://bit.ly/2PbNr3Z>. Acesso em: 7 set. 2018.

NOVAES, Sylvia Caiuby. “Pensando o Brasil, Desafio Constituinte”. Nações Indígenas. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. Vol. 2, n. 2, São Paulo, setembro de 1985. Disponível em: <http://bit.ly/2PdgYdq>. Acesso em: 7 set. 2018.

OLIVEIRA, Oris. Contribuição de Francisco de Vitória ao Direito Internacional Público no de “Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 68, n. 2, p. 361-384, São Paulo, 1973. Disponível em: <http://bit.ly/2PdI4RK>. Acesso em: 28 ago. 2018.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos** – Volume I. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 139-146.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <http://bit.ly/2PdI83W>. Acesso em: 5 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: <http://bit.ly/2PeyRJ5>. Acesso em: 5 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2UDleZP>. Acesso em: 7 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2PiNE5u>. Acesso em: 28 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. A integração das populações indígenas no Brasil moderno. Global Editora, 2017.

SCHELL, Deise Cristina. Os Índios na Conquista Espanhola da América: Leyes Nuevas e Representações à Época da Jornada de Omagua e Dorado. **Revista de História**, v. 2, n. 1, p. 22-38, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeito en Construcción. **Revista IIDH**. São José, v. 26, p. 81-103, 1998. Disponível em: <http://bit.ly/2IyklKC>. Acesso em: 28 ago. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do Sistemas Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: avaliação crítica. **Revista de Informação Legislativa**. V. 19, n. 73, p. 107-130, 1982. Disponível em: <http://bit.ly/2UnSteH>. Acesso em: 24 nov. 2018.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas.

Cadernos Prolam/USP, ano 8, São Paulo, v. 1, 2008, p. 199-222. Disponível em: <http://bit.ly/2PdXkxR>. Acesso em: 20 ago. 2018.

VITÓRIA, Francisco de. **Sobre o poder civil, os índios e a guerra**. Edição de Renan Santos. Porto Alegre: Concreta, 2017.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. **Direito Internacional dos Direitos Humanos II: XXIII Encontro do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis, p. 247-263, 30 de abril a 2 de maio de 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2V2vkTn>. Acesso em: 7 set. 2018.

Waldir de Jesus Brabo Ferreira Júnior

Discente do 8º período no curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Estagiário no Ministério Público do Estado do Pará. Membro do Grupo de Pesquisa Florexistir: estudo em corpo e sexualidade, com registro no CNPq. E-mail: waldir.jbf@gmail.com

Natália Mascarenhas Simões Bentes

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora no Centro Universitário do Estado

do Pará e na Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada. *E-mail:* natysimoes@hotmail.com