

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL - MESTRADO

PABLO RONALDO GADEA DE SOUZA

**A TERRA COMO ELEMENTO NEURÁLGICO DA IDENTIDADE INDÍGENA: A
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS TERRITORIAIS DOS POVOS
INDÍGENAS E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

NITERÓI,
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL - MESTRADO

PABLO RONALDO GADEA DE SOUZA

**A TERRA COMO ELEMENTO NEURÁLGICO DA IDENTIDADE INDÍGENA: A
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS TERRITORIAIS DOS POVOS
INDÍGENAS E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito
Constitucional da Universidade Federal Fluminense

Área de Concentração: Direito Constitucional

Linha de Pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito
Constitucional Internacional e Comparado

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

NITERÓI,

2018

PABLO RONALDO GADEA DE SOUZA

**A TERRA COMO ELEMENTO NEURÁLGICO DA IDENTIDADE INDÍGENA: A
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS TERRITORIAS DOS POVOS
INDÍGENAS E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre,
pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da
Universidade Federal Fluminense.

Aprovado em _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val – Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Enzo Bello – Universidade Federal Fluminense

Prof.^a Dr.^a Thaís Maria Lutterback Saporetti Azevedo – Universidade Federal Fluminense

Conceito:_____

“Mas la América nuestra, que tenía poetas
desde los viejos tiempos de Netzahualcoyotl,
que ha guardado las huellas de los pies del gran Baco,
que el alfabeto pánico en un tiempo aprendió;
que consultó los astros, que conoció la Atlántida,
cuyo nombre nos llega resonando en Platón,
que desde los remotos momentos de su vida
vive de luz, de fuego, de perfume, de amor,
la América del gran Moctezuma, del Inca,
la América fragante de Cristóbal Colón,
la América católica, la América española,
la América en que dijo el noble Guatemoc:
«Yo no estoy en un lecho de rosas»; esa América
que tiembla de huracanes y que vive de Amor,
hombres de ojos sajones y alma bárbara, vive.
Y sueña. Y ama, y vibra; y es la hija del Sol.”
(Rubén Darío)

AGRADECIMENTOS

“La gratitud, como ciertas flores, no se da en la altura y mejor reverdece en la tierra buena de los humildes”. (José Martí)

Gostaria de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, tornaram possível a realização deste trabalho. Foram muitos os professores, colegas, amigos e familiares que me ajudaram ao longo desta caminhada.

Agradeço ao meu orientador Eduardo Val, por sua confiança, paciência e inestimável orientação durante estes dois anos de Mestrado.

À minha família pelo apoio irrestrito, pelo amor incondicional e pela compreensão nas inúmeras ausências, em especial àqueles que se encontram distantes fisicamente.

Aos meus *abuelitos* Ronaldo (*in memoriam*) e Esperanza e aos meus avós Luiz (*in memoriam*) e Yací.

Aos membros da banca de qualificação e defesa, Professor Doutor Enzo Bello e Professora Doutora Thaís Maria Lutterback Saporetti Azevedo pelas valiosas contribuições.

À Coordenadora do PPGDC, Professora Doutora Clarissa Brandão Kowarski pelo excelente trabalho realizado a frente do Programa.

À Revista Culturas Jurídicas pela oportunidade de aprender, ao LEICLA, Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano e ao NEDI, Núcleo de Estudos de Direito Indígena do PPGDC.

Aos professores que tive ao longo destes dois anos de Mestrado, Eduardo Val, Enzo Bello, Giulia Parola, Carlos Magno Spricigo, Giovanna Frisso, Clarissa Brandão, Marcus Fabiano e Célia Abreu, bem como aos demais professores que tive ao longo da minha vida.

A todos os professores que tive no departamento de Letras da Universidade Federal Fluminense, em especial Opázia Chain Feres, Del Carmen Daher e Ekaterina Vólkova, por terem me apresentado novos mundos além do direito.

À minha família pelo apoio irrestrito, pelo amor incondicional e pela compreensão nas inúmeras ausências, em especial àqueles que se encontram distantes fisicamente.

Aos meus colegas de turma do Mestrado, Anna Carolina, Bárbara, Bernardo, Bruno, Caio, Carlos Eduardo, Dalton, Denise, Diego, Fábio, Felipe, Guilherme Candeloro, Inês, Jan, Jônatas, Juliana e Rodrigo pelo companheirismo e convivência.

A todos que trabalham e trabalharam na Secretaria do Programa, Eric Maciel, Miriam Gusmão e Ana Paula.

Ao Bandeirão da UFF e todos os seus funcionários, em especial o porteiro Milionário.

Às duas turmas de graduação da disciplina de Direito das Relações Internacionais II em que tive a oportunidade de realizar o estágio docência e seus alunos pelas trocas e pela experiência.

Ao Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra e toda a Tribo do VIII Curso de Operações de Paz e Ação Humanitária pelo aprendizado e pela prática.

À Orquestra La Salle, por ter me formado como músico e ter me ensinado o valor da disciplina e do trabalho em equipe, especialmente nas figuras do Maestro Henrique Manso Júnior e do meu eterno mestre de bateria e ídolo Francesco Nizzardelli.

Ao Fluminense Football Club pelos inúmeros momentos que pude compartilhar com minha família e amigos.

Ao meu amigo Alexandre Magno Antunes de Souza pela parceria de sempre, seja na música, seja na pesquisa. Da aula de Direito Humanitário para toda a vida.

Ao meu amigo Cássio Zampier de Rezende por sempre te me incentivado e acreditado em mim, quando nem eu mesmo o fazia. Das classes de italiano para toda a vida.

Ao meu amigo Alexandre Gomes e sua família por todo o auxílio que me deram e por terem me acolhido em sua casa e em seu país, que aprendi a amar.

Ao meu amigo Doutor Antônio Pedro Martins e sua família por terem me acolhido em sua casa durante o tempo que estive no Porto.

À minha veterana de UFF Roberta Faria e seu noivo por terem me acolhido em sua casa durante o tempo que estive em Coimbra.

Aos meus companheiros de bandas e de música, que me acompanharam em algum momento dos últimos doze anos e me possibilitaram amar e sonhar.

Ao Rozini Ademir Fogaça pelos sete anos que passamos juntos, muitas vezes o único que me compreendia e me ajudava a superar a depressão, nada nunca poderá te substituir.

Muito obrigado.

PRÓLOGO

Antes de qualquer coisa, o presente trabalho é mais do que a realização de um sonho, é um trabalho necessário. Pesquisar e desenvolver o Direito Indígena na nossa América Latina é um ato de amor e de resistência.

Quem escreve este trabalho não é indígena e não se reconhece como tal. Escrevo da língua dominante, da língua colonial, a língua portuguesa. No entanto o faço com pretensão descolonial.

Graduei-me em Direito em 2015, na Universidade Federal Fluminense, e no ano seguinte tive a valiosa oportunidade de ingressar no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da mesma Universidade. O meu orientador era um antigo conhecido, a pessoa que me fez despertar para a área acadêmica quando eu não via outro caminho que não fosse tentar ingressar na carreira diplomática.

Conheci o Professor Eduardo Manuel Val em 2013 na disciplina Direito das Relações Internacionais II, curiosamente a mesma disciplina em que faria o estágio docência do Mestrado, menos de quatro anos depois.

Nas aulas o Professor Eduardo sempre me questionava bastante, me tirava da zona de conforto e fazia com que eu buscasse sempre mais conhecimento, de modo que passei a me interessar profundamente pela docência e pela pesquisa a ponto de adiar meu sonho em querer ser diplomata para seguir os passos do meu Mestre.

Ao ingressar no Mestrado, com 22 anos, eu era o mais novo da turma e por vezes me sentia inseguro em relação ao meu tema, todos pareciam ter escolhido seus objetos de pesquisa há anos, tendo uma relação íntima com esses e vasta experiência na área, ao passo que muitas vezes eu questionava o meu lugar de fala e a minha representatividade dentro da minha pesquisa.

Foi quando questioneei o Professor Eduardo a respeito e ele me disse: “você deve escrever sobre aquilo que te emociona”. Imediatamente remeti a Gabriel García Márquez em seu livro “Cem anos de solidão” quando disse “Tudo é questão de despertar sua alma.” E como ficar inerte diante de um objeto tão fascinante?

As lutas, a história e a cosmovisão dos povos originários da América Latina fizeram com que eu me apaixonasse pelo Direito de uma maneira que eu jamais poderia ter imaginado e eu espero que este trabalho seja uma pequena contribuição para uma causa gigante, urgente e tudo que ela representa.

Como escreveu Eduardo Galeano em “As veias abertas da América Latina”: “A primeira condição para modificar a realidade consiste em conhecê-la.” e este deve ser o pressuposto básico da pesquisa.

RESUMO

O trabalho desenvolve o conceito de terras e territórios para os povos indígenas, tratando dos direitos relativos e inerentes a estes. Para tal, analisa-se a violação da posse da propriedade coletiva dos povos indígenas, suas causas, consequências e o impacto destas nos países da América Latina, bem como o tratamento que se dá ao tema no novo constitucionalismo latino-americano, observando para tanto a legislação pertinente em âmbito nacional e internacional. Propõe-se, ainda, um breve estudo dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Indígena; Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; Direitos coletivos dos povos indígenas; Direito à terra e territórios

ABSTRACT

The paper develops the concept of lands and territories for indigenous peoples, dealing with the relative and inherent rights of indigenous peoples. For this purpose, the violation of the collective ownership of indigenous peoples, their causes, consequences and their impact on the Latin American countries, as well as the treatment of the subject in the new Latin American constitutionalism, are analyzed. relevant national and international legislation. It also proposes a brief study of the cases of the Inter-American Court of Human Rights on the subject.

KEY WORDS

International Human Rights Law; Indigenous Rights; Inter-American System for the Protection of Human Rights; Collective rights of indigenous peoples; Right to lands and territories

RESUMEN

El trabajo desarrolla el concepto de tierras y territorios para los pueblos indígenas, tratando de los derechos relativos e inherentes a éstos. Para ello, se analiza la violación de la posesión de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, sus causas, consecuencias y el impacto de éstas en el derecho brasileño, así como el trato que se da al tema en el contexto latinoamericano, observando para tanto la legislación pertinente a nivel nacional e internacional. Se propone, además, un breve estudio de los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

PALABRAS-CLAVE

Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derecho Indígena; Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos; Derechos colectivos de los pueblos indígenas; Derecho a la tierra y a los territorios.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direito Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
INE	Instituto Nacional de Estatística
INEI	Instituto Nacional de Estatística e Informática
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
SCC	Suprema Corte Constitucional
SIPDH	Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
TIOC	Território Indígena Originário Campesino
TCO	Terras Comunitárias de Origem
UFF	Universidade Federal Fluminense
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A TERRA COMO NÚCLEO DAS REIVINDICAÇÕES

1.1. O problema da demarcação das terras indígenas como tema central dos povos indígenas

1.2. Aportes de complementaridade à convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

1.2.1. A proteção dos territórios indígenas

1.2.2. A proteção da propriedade indígena sobre a terra

1.2.3. A demarcação das terras indígenas

1.3. Os Direitos Territoriais Indígenas: Terra, Território E Recursos Naturais.

2. OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

2.1. Primeiro Ciclo

2.1.1. Guatemala (1985)

2.1.2. Nicarágua (1987)

2.1.3. Brasil (1988)

2.2. Segundo Ciclo

2.2.1. Colômbia (1991)

2.2.2. Peru (1993)

2.2.3. Venezuela (1999)

2.3. Terceiro Ciclo

2.3.1. Equador (2008)

2.3.2. Bolívia (2009)

3. O DIREITO COLETIVO DOS POVOS INDÍGENAS ÀS TERRAS E AOS TERRITÓRIOS PERANTE A CORTE E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DOS CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS

4.1. *Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001)

4.2. *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005)

4.3. *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (2006)

4.4. Saramaka vs. Suriname (2008)

4.5. Xucuru vs. Brasil (2016)

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Ao longo de toda a América Latina, o anseio pela garantia dos direitos territoriais é expresso pelos povos indígenas, demonstrando a relação especial que os esses estabelecem com as suas terras ancestrais.

Porém, a regulação e a demarcação das terras indígenas continuam sendo motivo de demora pelos governos, configurando uma ameaça permanente para a sobrevivência dos povos originários do continente.

O presente trabalho tem como objetivo estudar a concepção de terras e territórios para os povos indígenas, bem como os direitos relativos e inerentes a estes, analisando para tanto os contornos jurídicos adotados, no que tange às suas garantias. Para uma melhor compreensão do contexto jurídico relacionado a este tema, considerou-se a legislação em âmbito nacional e internacional.

Para tratar o tema selecionei dois núcleos para análise da proteção dos direitos à propriedade coletiva indígena: num primeiro momento através dos dispositivos constitucionais de países dentro do Novo Constitucionalismo Latino-americano resultando num exercício concreto de comparação entre as cartas constitucionais. E, num segundo momento, através da seleção dos casos apresentados à Corte Interamericana de Direitos humanos sobre o tema das terras e território indígena.

Assim, nos âmbitos nacionais averiguo as previsões constitucionais e infraconstitucionais da proteção dos direitos à propriedade coletiva indígena questionando se nesses instrumentos normativos estão presentes mecanismos que possibilitem uma efetividade condizente à atual realidade indígena.

Para tanto, realizei um estudo comparado da proteção de tais direitos no ordenamento jurídico do continente, considerando principalmente os textos constitucionais do chamado novo constitucionalismo latino-americano, estabelecendo assim as diferenças existentes entre tais e expondo também as suas respectivas deficiências.

No âmbito internacional, considero principalmente o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, realizando uma análise dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que abordem principalmente os aspectos da violação da posse da propriedade coletiva e a violação da posse pacífica de terras indígenas.

A fim de compreender a relação dos povos originários com seus territórios e a adaptação do ordenamento jurídico e da política à realidade dos povos indígenas, traça-se uma análise da representatividade política, bem como da garantia jurisdicional de tal direito coletivo. O tema foca na área jurídica, mas utiliza outros conhecimentos oriundos das Ciências Sociais, a fim de demonstrar os contornos da relação entre os povos indígenas e seus territórios a partir de uma perspectiva interdisciplinar.

Assim, a importância da pesquisa justifica-se sob a ótica de que os padrões culturais da modernidade ameaçam a sobrevivência cultural dos povos e nações indígenas em todo o mundo, ao passo que as instituições político-constitucionais desempenham, por sua vez, um papel crucial no processo de consolidação e estabilização democrática, sendo, deste modo, conveniente analisar os ordenamentos jurídicos a respeito do tema com o intuito de conhecê-los melhor, e a partir de seu estudo apontar possíveis modificações que apoiem e favoreçam os processos de consolidação dos sistemas de proteção de direitos em questão.

Nesse contexto, levantam-se algumas questões: a) como se funciona a relação entre os povos indígenas e seus territórios e qual seria a importância desta relação para preservar a existência dos próprios povos indígenas? b) quais são os obstáculos para a demarcação de terras indígenas no Brasil e no mundo? c) a legislação brasileira se demonstra insuficiente para garantir os direitos coletivos dos povos indígenas? Quais são as causas da demora do acesso à justiça no Brasil no que tange a tais questões? d) A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de fato tem efetividade prática nos países com forte presença de povos originários?

No que se atém à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, recaindo sobre a realidade documental, através do exame de fontes primárias, complementada com a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, adotando para a matriz teórica a ótica do pluralismo jurídico, aplicado ao novo constitucionalismo latino-americano.

Consoante a classificação elaborada por Maria Tereza Fonseca e Miracy de Souza Gustin em sua obra “(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática”, que apresenta três grandes vertentes metodológicas da pesquisa social aplicada e jurídica, a presente pesquisa encontra-se situada na linha crítico-metodológica, que supõe uma teoria crítica da realidade e compreende o Direito como uma rede complexa de linguagem e significados, utilizando-se da interdisciplinaridade para solucionar a problemática apontada pelo trabalho.

A presente dissertação é dividida em três capítulos. O primeiro capítulo trata da terra como núcleo das reivindicações, o problema da demarcação, insuficiência de legislação e o

direito coletivo dos povos indígenas às terras perante a Corte e a Comissão Interamericana de direitos humanos, órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos.

O segundo capítulo trata dos direitos territoriais indígenas: terra, território e recursos naturais e como o Estado deve garantir a possibilidade de viver de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

Já o terceiro capítulo se direciona a análise do direito territorial indígena no contexto latino-americano abordando o paradigma originário indígena e o novo constitucionalismo americano, tratando do reconhecimento constitucional dos direitos coletivos dos povos indígenas.

No capítulo final examinam-se cinco casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com jurisprudência em matéria de propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras. Nos referidos casos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra e os recursos naturais, considerados base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica.

1. A TERRA COMO NÚCLEO DAS REIVINDICAÇÕES

1.1. O problema da demarcação das terras como tema central dos povos indígenas

A questão da demarcação das terras indígenas é central nos países que possuem forte presença de povos originários, uma vez que estes possuem uma ligação especial com seus territórios ancestrais, muito além da visão colonial e de conceitos como “apropriação” ou “alienação” da terra.¹

A relação umbilical que os indígenas mantêm com a sua terra ancestral é ponto de convergência entre diversos povos espalhados ao longo do continente americano, desde a América do Norte, com povos que habitam o atual território do México, até o extremo sul do continente, na Patagônia.

De um extremo a outro encontramos referências da relação estabelecida com terra. Na cosmovisão maia, por exemplo, o sol é o pai, a lua é a avó e a terra é a mãe. No idioma Tzotúl a palavra homem (*Swinkilel Lum*) significa “aquele que possui a terra”. No sul do continente o povo Mapuche se autoidentifica como gente (*che*) da terra (*mapu*). Na Nicarágua, o termo “*Yapty Tasba*” significa “terra mãe” em miskito, o idioma de um dos povos indígenas que habita a Costa Caribe do país centro-americano.²

Indubitavelmente o direito à terra e ao território, assim como o direito à gestão de recursos naturais, constitui o núcleo das reivindicações indígenas. Estas demandas claramente expostas pelos diferentes povos indígenas ao longo de todo o continente, e em muitos casos ignoradas pelos Estados, expressam uma situação fática genuína: a relação especial que os povos estabelecem com seu território, que vai muito além da questão da propriedade.³

A centralidade deste direito tem a sua razão de ser: os povos indígenas dependem da terra para sobreviver como tal, uma vez que sua cosmovisão e a sua espiritualidade estão

¹ ZELAYA, Roger Antonio Salgado: *Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua*, Managua: BITECSA, 2014.

² ZELAYA, Roger Antonio Salgado: *Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua*, Managua: BITECSA, 2014.

³ RAMIREZ, Silvina. *Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latinoamericanas são capazes de garantir os direitos dos povos indígenas*. AA. VV. *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos-INESC, p. 215-235, 2009.

construídas sobre esta relação. A cosmovisão dos povos indígenas, sua forma de vida e sua cultura se nutrem da terra que estes mesmos povos habitam.⁴

Cultural e espiritualmente, a relação que os povos indígenas estabelecem com a terra é transcendental para suas vidas. Política e economicamente, ter a propriedade, além de estar em posse, de suas terras significa solidificar suas próprias organizações, assentando-se como nação e, tendo como corolário, a possibilidade certa de viver dignamente.⁵

Assim, o papel da terra é extremamente importante para os indígenas, uma vez que lhes confere identidade, de modo que esta tem um valor de sobrevivência física e cultural, pois a terra é um meio importante para manter a união do grupo, permitindo a sua continuidade ao longo do tempo, bem como a preservação da cultura, dos valores e de seu modo particular de vida dentro da comunidade.⁶

As terras indígenas são, portanto, o suporte do modo de vida diferenciado e insubstituível dos povos indígenas que habitam o Brasil e o mundo, considerando a valiosa existência e resistências dos povos originários e desprendendo-se das normas constitucionais e dos próprios instrumentos jurídicos internacionais, ressalta-se que os Estados tem a obrigação de arbitrar os meios necessários para garantir a sua existência como sujeitos coletivos.

Destarte, proteger os direitos a terra e ao território constitui um dos primeiros passos para construir um Estado pluricultural, uma vez que os povos indígenas devem ser encarados como minorias étnicas com direitos especiais e históricos, que exercem um domínio territorial de caráter ancestral, tendo a titularidade da terra caráter coletivo, por estes também serem povos “essencialmente coletivos”.⁷

Partindo do pressuposto de que a terra é constitutiva da própria identidade dos povos indígenas e do entendimento que ela permite a sobrevivência coletiva, muitas instâncias tem sido sensíveis para a regulamentação deste direito. Assim, como resultado das próprias lutas indígenas, os organismos internacionais e os Estados voltaram os olhos para tais demandas, seja nos instrumentos internacionais como nas constituições nacionais.

⁴ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

⁵ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos em América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile, 2009.

⁶ SARMENTO, Daniel. Pareceres Jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais. Manaus. UEA, 2007.

⁷ BRANDÃO, Pedro. O novo constitucionalismo Pluralista Latino – Americano. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 49.

A maioria dos países latino-americanos reconheceu constitucionalmente o direito dos povos indígenas como a Venezuela (1999), Equador (1994 e 1998), Bolívia e Argentina (1994), Peru (1993), Paraguai, El Salvador e Guatemala (1992), México (1992 e 2001), Colômbia (1991), Brasil (1988), Nicarágua (1987) e Panamá (1971). Porém, todas estas constituições latino-americanas compartilham da mesma deficiência, que é justamente a proteção dos direitos coletivos dos indígenas sobre as suas terras e territórios.⁸

Assim, os obstáculos enfrentados pelos indígenas para demarcação de suas terras na última década têm sido bastante numerosos. Por trás destes obstáculos encontram-se setores latifundiários, mineiros e extrativistas. Tais setores vem nos indígenas uma ameaça aos seus direitos de propriedade e às suas atividades econômicas, ou, em último caso, como obstáculos a serem removidos em prol do desenvolvimento econômico.

Nos últimos anos estes setores tem tomado a ofensiva impedindo de múltiplas formas a efetivação destes direitos, utilizando-se para tal do lobby legislativo e político, ações ante as instancias judiciais e ameaças e violências físicas contra os indígenas como mecanismos para frear os avanços na demarcação ou ocupação efetiva pelos indígenas das terras que tenham sido identificadas como tais.⁹

Muitas terras indígenas encontram-se desprotegidas, sendo objeto de invasões por grupos interessados em explorar os recursos naturais existentes nestas. Os invasores incluem posseiros, fazendeiros, madeireiros, garimpeiros, empresas nacionais e transnacionais. Tal situação afeta muitos povos indígenas considerados isolados ou em isolamento voluntário.¹⁰

Desta forma, os indivíduos pertencentes aos povos indígenas são vítimas de grandes violações aos direitos da pessoa humana, bem como de seus direitos coletivos, perpetradas pelos Estados e por agentes privados movidos, geralmente, por interesses econômicos.

1.2. Aportes de complementaridade à convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

⁸ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

⁹ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile, 2009.

¹⁰ ANAYA, James: Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil. United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 August 2009.

O primeiro instrumento internacional dedicado especificamente à temática indígena foi a Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e de Outras Populações Tribais e Semitribais dos Países Independentes, adotada em 1957.

A internalização da Convenção nº 107 da OIT ao direito brasileiro se deu por meio de sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965, e por sua promulgação pelo Decreto nº 58.824, de 1966. Não obstante o reconhecimento de direitos às *populações* indígenas (ainda não se utiliza nesse documento o termo *povos indígenas*), o objetivo da referida Convenção era o da integração progressiva dos indígenas às suas respectivas coletividades. Assim, previa o art. 7º, item 2, da mencionada Convenção que as populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração.

Kayser percebe que o espírito integracionista da Convenção nº 107 era manifesto, ao afirmar que:

“Na formulação do objetivo da incorporação gradual, a Convenção parte do princípio de que, no caso dos indígenas, trata-se de uma parte da comunhão nacional inferior, de pouco valor, em um estágio transitório de evolução, que deve ser superado o mais rapidamente possível para o bem-estar dos indígenas” (KAYSER, 2010, p. 333).

Graças à pressão das organizações indígenas dos Estados-membros da OIT, foi adotada em 1989 a Convenção nº 169 sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, sendo que a internalização da referida Convenção no direito brasileiro se deu alguns anos mais tarde, por meio de sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e por sua promulgação pelo Decreto nº 5.051, de 2004, passando a vigorar, portanto, com força normativa vinculante no Brasil.

A Convenção nº 169 da OIT estipula obrigações específicas aos países signatários e revela, expressamente, em seu preâmbulo, a adesão ao relativismo cultural, com o fim de se eliminar a orientação para a assimilação constante das normas anteriores, como na Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho.¹¹

A Convenção nº 169 da OIT, estabelece o direito dos povos indígenas e tribais de *conservar* seus costumes e instituições, devendo-se respeitar os métodos aos quais esses povos recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos

¹¹ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

humanos internacionalmente reconhecidos, impondo-se, ainda, que sejam levados em consideração, ao se aplicar a legislação nacional aos povos indígenas e tribais, os seus costumes ou seu direito consuetudinário (cf. arts. 8º, 9º e 10). É de se notar que o reconhecimento do direito costumeiro indígena já constava da anterior Convenção nº 107 da OIT, em que pese a ressalva de que esse reconhecimento não poderia ser incompatível também com os objetivos de integração (art. 7º).

Também a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece o direito dos povos indígenas à autonomia ou autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos (art. 4º), bem como o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais (art. 5º).

Assim, estabelece o art. 5º, “a” e “b”, da referida Convenção nº 169 da OIT, que deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios dos povos mencionados e deverá ser considerada a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletivamente, como individualmente e ser respeitada a integridade dos valores, das práticas e das instituições desses povos.

No que tange ao direito de propriedade, o artigo 14.1 da Convenção nº 169 estabelece que:

“Deverão ser reconhecidos aos povos interessados o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, devem ser tomadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estão ocupadas exclusivamente por eles, mas às quais eles tradicionalmente tiveram o acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.”

Desta forma, o artigo 14 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho reitera que os direitos à posse e à propriedade aos quais se refere tal artigo não se referem somente àquelas terras sobre as quais os povos indígenas tem propriedade legal, mas também faz referência àquelas de propriedade ancestral, ainda os povos indígenas ainda não tenham o título de domínio sobre elas, ressaltando ainda o dever dos Estados de garantir e proteger tal propriedade.¹²

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho teve uma grande influência nos avanços verificados no reconhecimento jurídico e na implementação prática dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos naturais na América

¹² AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

Latina.¹³ O reconhecimento, tanto constitucional como legal, destes direitos tem sido, em grande medida, resultante dos processos de ratificação da Convenção pela maior parte dos Estados da região.

A Convenção também tem incidido de maneira determinante nas políticas setoriais impulsionadas pela maioria dos Estados com o objetivo de identificar, demarcar, titular e proteger as terras e territórios indígenas¹⁴, servindo como um verdadeiro divisor de águas na questão territorial indígena na América Latina.

Em um nível regional, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem sido extremamente importante para fazer valer o previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, uma vez que esta reconheceu a existência de um *corpus juris* dos direitos humanos aplicáveis aos povos indígenas, compostos por um conjunto de normas de direitos humanos que estabelecem proteção especial aos membros das comunidades indígenas, com base nos instrumentos internacionais atinentes ao tema, incluindo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.¹⁵

1.2.1. A proteção dos territórios indígenas

Como apontado anteriormente, a proteção outorgada pela Convenção 169 aos territórios indígenas tem sua gênese na relação especial que estes mantêm com suas terras ancestrais, a partir da qual constituem sua identidade como grupos culturalmente diferenciados demonstrando que sua subsistência como tal depende de sua proteção (CHIRIF, 1991).

Essa questão foi reconhecida originalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Comunidade Awas Tingni vs. Nicarágua de 2001, permitindo-se tratar de uma relação contínua entre os povos indígenas e o espaço territorial onde se desenvolvem (GARCÍA-HIERRO, 2004).

1.4.2. A proteção da propriedade indígena sobre a terra

¹³ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

¹⁴ AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

¹⁵ Corte IDH, Sentença do Caso Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, parágrafo 127.

A Convenção reconhece o direito dos povos indígenas à posse e propriedade das terras que tradicionalmente ocupam, incluindo o direito a utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas as quais eles tenham tradicionalmente acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.

Deste modo a Convenção expande o conceito de propriedade indígena sobre a terra de maneira a incorporar na proteção do seu território a garantia da continuidade de um modo de vida fundado em uma relação particular com a terra (MONTT, MATTA, 2011, 199)

Assim, infere-se que o reconhecimento da posse tradicional indígena como fonte de direitos é um aspecto central da referida Convenção. A este respeito o *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) garante que a ocupação tradicional confere o direito a terra independentemente de este direito já ter sido reconhecido ou não (OIT, 2003, 739).

1.2.3. A demarcação das terras indígenas

A Convenção não se limita apenas a reconhecer a propriedade tradicional indígena, mas também estabelece expressamente a obrigação estatal de determinar as terras indígenas e garantir de maneira efetiva a sua proteção conforme versa o artigo 14.2 da Convenção 169 da OIT. Isto inclui a necessidade de implementar mecanismos de reivindicação de terras, consoante o artigo 14.3 do referido dispositivo.

Levando em consideração as dificuldades técnicas que englobam este processo, a OIT recomendou que enquanto este esteja presente devem-se tomar medidas provisórias afim de resguardar os direitos territoriais indígenas.

Por outro lado a convenção estabelece a obrigação positiva dos estados de impedirem que pessoas estranhas a estes povos possam se aproveitar de seus costumes ou de seu desconhecimento das leis para usufruir da propriedade, da posse e fazer uso das terras pertencentes a eles.

Do mesmo modo, o artigo 18 ordena que a lei preveja sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou do uso destas por pessoas alheias de modo que os governos devem tomar medidas para impedir tais infrações e deter estas intrusões nos territórios indígenas.

1.3. Os Direitos Territoriais Indígenas: Terra, Território E Recursos Naturais.

Neste tópico pretendo abordar quais são os chamados direitos territoriais indígenas, a começar por sua própria definição, que passaria pelo registro, pela caracterização, delimitação e demarcação dos diferentes espaços territoriais referentes aos povos indígenas.

O direito à proteção especial refere-se à necessidade dos Estados adotarem um regime de proteção especial das terras e territórios indígenas, considerando-os como propriedade da comunidade, como propriedade coletiva. O mesmo deve valer para a posse coletiva nos Estados que não reconhecem a propriedade dos povos originários, garantindo-lhes somente a posse.

O direito à propriedade coletiva dos povos originários deve ser inalienável e imprescritível. Deve-se garantir, portanto, que a propriedade coletiva dos povos indígenas não possa ser alienada, não possa ser transmitida a outrem e não possa ser vendida. Da mesma forma, os direitos sobre a terra não podem ser perdidos devido a situações legais de fato, em situações como de usucapião, por exemplo, justamente devido à imprescritibilidade.

O direito à provisão de terras é extremamente importante e deve ser garantido constitucionalmente pelo Estado. Tal direito faz referência à concessão, à distribuição e à entrega de terras pelo Estado aos povos indígenas, independentemente da maneira adotada pelo Estado. Neste caso as reformas agrárias são um instrumento importante para o aumento do número de terras destinadas aos povos indígenas, garantido uma redistribuição justa das propriedades.

O direito ao usufruto da terra faz referência aos direitos de uso da terra e do subsolo que a Constituição de cada Estado deve conceder aos indígenas. Também está relacionado ao direito de intervir em projetos de desenvolvimento (relacionados a recursos naturais renováveis e não renováveis) que os afetam e receber parte do lucro obtido. Este item reflete a visão que as respectivas assembleias constituintes detêm sobre a noção de território. Enquanto que para os juristas mais tradicionais, os recursos naturais são parte do território nacional (portanto, eles são da competência exclusiva do governo nacional), para outros (por exemplo, para os jurisconsultos da Convenção 169) é necessário organizar esse tipo de projetos com as comunidades afetadas, e até mesmo compartilhar as royalties. (BARIÉ, 2003)

O direito ao patrimônio cultural refere-se aos direitos especiais dos povos indígenas a manter e desenvolver sua identidade étnica e cultural, que inclui, por exemplo, seus costumes, idiomas, visão de mundo, valores e espiritualidade. Garante-se assim a autonomia indígena sobre seu próprio patrimônio cultural, que não pode ser disassociado do patrimônio territorial, visto que aquele necessita deste para manter-se vivo, remetendo-nos ao supracitado caráter neurálgico da terra.

2. O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Neste capítulo discorro sobre o tratamento que o novo constitucionalismo latino-americano deu às terras indígenas, propondo uma breve análise dos textos constitucionais dos países inseridos neste contexto.

Para tal utilizo como referência a obra da Professora peruana Raquel Yrigoyen Fajardo (YRIGOYEN, 2011), que em seus escritos divide as reformas jurídicas em relação ao tratamento dos povos indígenas em três ciclos distintos.

O primeiro ciclo se deu antes da aprovação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais e inclui as Constituições da Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988).

Já o segundo ciclo de reformas veio logo após a aprovação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, nos quais destaco as Constituições da Colômbia (1991), do Peru (1993)¹⁶ e da Venezuela (1999).

Por fim, o terceiro ciclo, que veio posteriormente à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, sendo materializado com a promulgação das Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009).

2.1. Primeiro Ciclo: multiculturalismo e diversidade cultural

¹⁶ Destaco também neste segundo ciclo as Constituições da Bolívia (1994) e Equador (1998), que, posteriormente viriam a ser substituídas no terceiro ciclo pelas Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009).

Tradicionalmente quando se fala em novo constitucionalismo latino-americano, a academia limita-se a falar sobre as Constituições dos países situados na América do Sul, ignorando muitas vezes a enorme contribuição que textos constitucionais de países centro-americanos podem trazer ao debate.

Desta forma o novo constitucionalismo latino-americano acaba limitando-se a um constitucionalismo sulamericano, ao “ignorar” Constituições como a Guatemalteca (1985) e Nicaraguense (1987), que podem ser encaixadas no Primeiro Ciclo, junto à Constituição Brasileira (1988).

As Constituições destes três países encontram muitas convergências, seja pelo caráter revolucionário – na década de 1980 - ao tratar a questão indígena, seja pelo novo rol de direitos trazidos e até mesmo pelos contextos sociais e nacionais vividos à época pelos países.

Os três países presentes neste ciclo apresentam alta diversidade cultural e forte presença indígena (YRIGOYEN, 2011) em sua composição demográfica - ainda que em percentuais diferentes – com um vasto histórico de exclusão e marginalização social desta população.

Outra semelhança é o contexto pós-belico (YRIGOYEN, 2011) pelo qual passavam os centroamericanos Nicaragua e Guatemala, culminando na redemocratização, processo este pelo qual também passou o Brasil com o fim da Ditadura Militar.

2.1.1. Constituição da Guatemala (1985)

A Guatemala se destaca por ser um país onde os povos indígenas representam uma alta porcentagem da população. Segundo dados do Instituto Nacional de Estatística da Guatemala¹⁷ a porcentagem da população que se autoidentifica etnicamente como indígena é de 39,8%, ainda que autores como Barié¹⁸ e Blanco¹⁹ tragam em suas obras dados que variam entre 48.01 % a estimativas que chegam a quase 70 % da população²⁰.

¹⁷ INE. Estimaciones y Proyecciones de Población, con base en los Censos Nacionales XI de Población y VI de Habitación 2002.

¹⁸ BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama. Editorial Abya Yala, 2003.

Promulgada em 1985, a Constituição Guatemalteca é pioneira por constituir a primeira Carta propriamente "multicultural" (BARIÉ, 2003) na América Latina, rompendo assim com a perspectiva integracionista, no que tange à questão indígena, presente em textos constitucionais anteriores.

Cito como exemplo a Constituição Guatemalteca de 1945 que, em seu artigo 83, declarava de “interesse e utilidade nacionais, o desenvolvimento de uma política integral para o **melhoramento** econômico, social e **cultural** dos grupos indígenas” (grifo meu), evidenciando assim o caráter integracionista da Carta.

O conceito de “melhoramento cultural” deu lugar, na Constituição que lhe sucederia quarenta anos depois, ao reconhecimento, respeito e promoção da cultura e dos costumes indígenas de ascendência maia, conforme o exposto no artigo 66 da Constituição Guatemalteca de 1985:

TÍTULO II DERECHOS HUMANOS CAPÍTULO II Derechos Sociales
SECCIÓN TERCERA Comunidades indígenas.

Artículo 66 - Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por **diversos grupos étnicos** entre los que figuran los **grupos indígenas de ascendencia maya**. El Estado **reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos**. (grifo meu)

Da mesma forma, a Constituição de 1985 trouxe em seu artigo 76 o direito à educação bilíngue aos povos indígenas e habitantes de zonas de população predominantemente indígena, ou seja, não se restringindo àqueles:

TÍTULO II DERECHOS HUMANOS CAPÍTULO II Derechos Sociales
SECCIÓN CUARTA Educación

Artículo 76 - Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizado y regionalizado. En las escuelas establecidas en **zonas de predominante población indígena**, la **enseñanza** deberá impartirse preferentemente **en forma bilingüe**. (grifo meu)

¹⁹ BLANCO, Juan. Entre colonialidad y decolonialidad. El Pueblo Maya del siglo XXI. In: AEBCAMagazin, v. 7, 2012.

²⁰ Importante ressaltar que diferentemente do Instituto Nacional de Estatística da Guatemala, os autores não utilizam dados referentes à autodeterminação.

Vale ressaltar que nas disposições transitórias da Carta de 1985, é prevista a divulgação da Constituição Guatemalteca nas quatro línguas mais faladas pelos povos originários do país. Dispositivo pioneiro e fundamental no que tange ao acesso à informação para os povos indígenas.

TÍTULO VIII DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES
CAPÍTULO ÚNICO Disposiciones transitorias y finales

Artículo 18.- **Divulgación de la Constitución.** En el curso del año de su vigencia, esta Constitución será ampliamente divulgada **en lenguas Quiché, Mam, Cakchiquel y Kekchí.**

O trecho do artigo 66 que diz que a Guatemala é composta por diversos grupos étnicos, incluindo grupos indígenas de ascendência maia é bastante emblemático, visto que rompe com anos de marginalização legislativa direcionada a uma grande parcela da população, assim como os seguintes dispositivos destacados que trouxeram o reconhecimento e a valorização de culturas também marginalizadas.

As lutas que o Povo Maia realiza na Guatemala compreendem a política, o acesso à terra, o combate ao racismo e busca pela igualdade de gênero (BLANCO, 2012)

No que tange ao acesso à terra pelos povos indígenas a Constituição traz em seu artigo 68 a distribuição de terras às comunidades indígenas pelo Estado, através de programas especiais e legislação adequada:

Artículo 68.- Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el **Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.** (grifo meu)

Cabe ressaltar que o artigo anterior versa sobre a proteção das terras das comunidades indígenas, conferindo caráter coletivo de propriedade e garantindo proteção especial do Estado, de modo a assegurar sua posse e desenvolvimento:

Artículo 67 - Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, **comunidades indígenas** o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o **colectiva de propiedad** agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de **protección especial del Estado**, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que **garanticen su**

posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. **Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.** (grifo meu)

Também destaco a parte final do artigo que determina que as comunidades indígenas que tem terras historicamente pertencentes a elas e que tradicionalmente gerenciaram de forma especial, manterão esse sistema. Tal dispositivo remete à noção de “terras ancestrais” e nos faz lembrar que antes de existir a Capitania Geral da Guatemala, já existia a Civilização Maia, muito mais antiga que o próprio Estado.

Contudo, a Constituição da Guatemala de 1985 se destaca mais por seu caráter precursor do que, pela extensão das garantias oferecidas (BARIÉ, 2003), uma vez que após a introdução constitucional do “multiculturalismo” os demais países latino-americanos deram sequência a uma série de reconhecimento de direitos e culturas, que foram fortemente reprimidas durante o colonialismo.

2.1.2. Constituição da Nicarágua (1987)

O presente tópico do trabalho busca tratar de como se deu a implantação desta Plurinacionalidade de Estado na Nicarágua, tomando como base o seu reconhecimento na Constituição de 1987, bem como a promulgação da Lei nº 28, ou Lei de Autonomia, responsável pela criação das duas Regiões Autônomas na Costa Atlântica da Nicarágua.

A Nicarágua é o maior país da América Central, tendo um território extenso de costa a costa e sendo banhado por dois Oceanos, o Pacífico e o Atlântico. As principais cidades da época do domínio espanhol, como, por exemplo, Managua, Granada e Leon, se concentravam na região próxima à Costa do Pacífico, local estratégico para os europeus.

Durante o tempo colonial, o domínio espanhol sobre a província da Nicarágua nunca conseguiu penetrar na parte atlântica do país, devido à densidade da selva e à dificuldade de acesso a esta região e principalmente porque se sabia que os povos que habitavam a Costa Atlântica eram comunidades dispersas sem cidade capital a controlar, povos que sabiam se

defender e que já tinham se aliado com os britânicos, que na época eram os principais inimigos da Espanha, no que tange à colonização da América Central.²¹

A aliança com a Inglaterra, inicialmente de forma indireta, através dos piratas deu lugar a uma declaração da Costa Atlântica como protetorado britânico sob a figura do Reino da Moskitia. O contato com os europeus e seus escravos africanos resultou no nascimento de um novo grupo étnico, os miskitos, que durante vários séculos constituíram a força dominante da Costa Atlântica, suprimindo outros povos, mas mantendo sempre a sua lealdade aos britânicos que garantiam o comércio e o fornecimento de armas de fogo. Os miskitos chegaram inclusive a participar de expedições armadas contra a Nicarágua espanhola.²²

Em 1860, depois de um período de conflito com a nova potência regional, os Estados Unidos da América, os britânicos se retiraram da Costa Atlântica deixando sem proteção o rei miskito e seu Conselho indígena. Durante este mesmo período, quando empresas norte-americanas colocaram a economia da Costa Atlântica sob o seu domínio, missionários alemães da Igreja Morava conseguiram uma influência forte sob a vida religiosa e a maior parte da população renunciou às suas religiões tradicionais.

A conversão à fé morava levou a profundas mudanças na sociedade miskita da Costa Atlântica. O pastor moravo era o líder e a Igreja constituiu o Centro, ser moravo chegou a definir a identidade miskita, que passou a ter a religião protestante como um forte elemento que foi incorporado a sua cultura, contrapondo-se à religião católica, fortemente presente na parte da Nicarágua colonizada pelos espanhóis.

Em 1894 o governo liberal de José Santos Zelaya incorporou a Região da Costa Atlântica à República da Nicarágua, que com isso aumentou exponencialmente o seu território, garantindo ainda o domínio de portos estratégicos para o país.

Até a década de 1930 a região teve prosperidade com base nas atividades de empresas madeireiras, bananeiras e mineiras, como produtos de exportação. Entretanto, o Estado nicaraguense estava praticamente ausente e os serviços sociais como religião, educação e saúde eram providos pela Igreja Morava, enquanto que as empresas providenciavam a infraestrutura necessária para suas atividades, bem como serviços de água, luz e estradas.

²¹ FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: *Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007)*, Ciudad de Guatemala, 2007.

²² FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: *Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007)*, Ciudad de Guatemala, 2007.

Em 1930, as empresas se retiraram devido à crise econômica mundial e à guerra na Nicarágua entre as tropas de libertação nacional do General Sandino e o exército em aliança com os mariners dos Estados Unidos, dava-se início a um longo período de instabilidade política no país que durou até o triunfo da Revolução Sandinista.

A Revolução Sandinista contra a ditadura de Somoza, que saiu vencedora em 1979, não envolveu diretamente a Costa Atlântica. Na Costa Atlântica a Revolução Sandinista foi percebida como uma luta entre os mestiços do Pacífico da Nicarágua pelo poder central, uma vez que poucos membros da FSLN eram provenientes da Costa Atlântica da Nicarágua.

A falta de conhecimento sobre a realidade da Costa Atlântica por parte da Revolução Sandinista, prontamente levou a fortes contradições entre a Região da Costa Atlântica e o novo governo central sandinista, que em 1982, foi acusado pelo presidente norte-americano Ronald Reagan de promover um genocídio contra o grupo étnico miskito, que em resposta a este genocídio, se juntou com os sumos e os criollos, e se organizaram para reclamar seus direitos coletivos.

O governo sandinista sempre negou as acusações, mas na realidade algumas populações da região tinham sido forçosamente evacuadas pelo exército sandinista no período da Revolução. Devido à interferência dos Estados Unidos com a promoção da contrarrevolução e do boicote ao governo sandinista, este conflito assumiu um caráter armado entre 1981 e 1987²³.

Tal boicote ganhou força porque, no período pós-revolucionário principalmente, o país tinha muitos problemas que precisavam de solução imediata e pelo fato de que a Costa Atlântica ficava longe geográfica e culturalmente, sendo muito diferente, criava-se a ideia de “nós e eles”, ou seja, ainda existiam as duas Nicaráguas do período colonial: a do Pacífico e a do Atlântico.

O governo sandinista entendia o caráter diferente do conflito com os povos da Costa Atlântica em comparação com a guerra contra os contrarrevolucionários e, deste modo, procurou meios de alcançar a pacificação da região. Assim, o governo sandinista promoveu a partir de 1984 um processo para promover uma maior autonomia regional à Costa Atlântica, que culminou com a promulgação da Constituição de 1987, que trouxe grandes avanços a

²³ FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007), Ciudad de Guatemala, 2007.

respeito do tema e com a aprovação da Lei de Autonomia, ou Lei nº 28, aprovada em setembro de 1987 pela Assembleia Nacional.

A Constituição da Nicarágua de 1987 estabeleceu a Plurinacionalidade de Estado, que compreende uma série de direitos especiais para os povos e nações indígenas e levou a uma série de mudanças profundas no sistema de representação política, no sistema econômico de produção e distribuição, no sistema jurídico, na administração da justiça e no conjunto das políticas públicas.

O Estado Plurinacional Nicaraguense, no contexto de sua criação, acolhia as propostas realizadas pela Organização Internacional do Trabalho, acolhendo os direitos coletivos, que representaram um avanço em matéria de direitos fundamentais por reconhecerem e garantirem aos povos a vigência da sua cultura, de seu território e de suas instituições.

Já a Lei nº 28 consagrou o Estatuto de Autonomia da Costa Atlântica, comentado internacionalmente como um ordenamento extremamente vanguardista, no que tange à questão indígena. Tal lei, em conjunto com a Constituição, foi responsável por estabelecer a nação multiétnica na Nicarágua, criando duas Regiões Autônomas na Costa Atlântica com suas Assembleias e governos regionais, que viriam a ser compostas por meio de eleições.

Para Eduardo Saballos, a constituição nicaraguense é considerada como uma das mais avançadas no tema de direitos indígenas a nível latino-americano.²⁴ A inclusão de um capítulo que consagrava expressamente os direitos das Comunidades e dos povos indígenas da Costa Atlântica na Constituição de 1987 constitui um acontecimento sem precedentes na história constitucional da Nicarágua, sendo algo vanguardista até mesmo no contexto latino-americano. (SABALLOS, 1999)

Devido às características próprias das comunidades e povos indígenas e as características geográficas da região que habitam nos departamentos com uma série de diferenças étnicas, culturais, linguísticas e sociais que são acolhidas pela constituição de modo a proteger o desenvolvimento cultural destes povos.

O Capítulo VI da Constituição, intitulado “Direitos das Comunidades da Costa Atlântica” reconhece as comunidades da Costa Atlântica como parte inseparável da unidade

²⁴ SABALLOS, Eduardo. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua. 1ª edição. Managua. HISPAMER, 1999.

que é o povo nicaraguense, reafirmando assim a soberania nacional. Ao reconhecer as comunidades como “entidades diferenciadas com expressões socioculturais e econômicas próprias” se reconhece também que o direito não deve apenas conservá-las, mas também desenvolvê-las como parte integrante da cultura nacional.

Os direitos constitucionais das comunidades étnicas e povos indígenas da Costa Atlântica se encontram consagrados nos artigos 5, 8, 11, 49, 89, 90, 91, 121, 180 e 181 da Constituição nicaraguense de 1987.

O artigo 89²⁵ é responsável por reafirmar a igualdade de direitos e obrigações que os integrantes de tais comunidades têm como nicaraguenses, equiparando-os a todos os demais:

“Arto. 89.- Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.”

Já o artigo 90²⁶ deixa claro que apenas o reconhecimento dos direitos destas comunidades a desenvolverem a sua própria cultura é insuficiente, sendo necessário garantir a proteção destas pelo Estado que por sua vez deve garantir este desenvolvimento com ações destinadas especialmente a promovê-las:

“Arto. 90.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.”

O artigo 91²⁷, por sua vez, não constitui uma obrigação para proteção exclusiva ou particular dos direitos de tais comunidades, pois é uma obrigação do Estado lutar contra toda forma de discriminação e promover ações que assegurem a igualdade de todos os nicaraguenses:

²⁵ República de Nicaragua: “Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas.” Managua, 2000.

²⁶ Ibidem

²⁷ Ibidem

“Arto. 91.- El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.”

1.3.2.1. Direito à cultura e à língua

Antigamente o Estado enxergava as comunidades indígenas como grupos humanos que com o tempo assimilariam a cultura “mestiza”, no caso da Nicarágua, como a maioria da população e por isso não se interessava na preservação desta cultura indígena, ao contrário tratava de fazer com que esta desaparecesse para conseguir uma assimilação mais fácil da cultura dominante pelos povos dominados.

Com o tempo isto mudou e os Estados modernos, com destaque especial para América Latina, passaram a se preocupar com a preservação e o enaltecimento da cultura dos povos indígenas, criando mecanismos constitucionais que garantam e promovam isto, sendo que grande parte da cultura se transmite através da língua.

Dispõem os artigos 11 e 121 da Constituição²⁸ nicaraguense:

“Arto. 11.- El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley.

Arto. 121.- El acceso a la educación es libre e igual para todos los nicaragüenses. La enseñanza básica es gratuita y obligatoria. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen acceso en su región a la educación en su lengua materna en los niveles que se determine, de acuerdo con los planes y programas nacionales.”

Como exposto acima, os artigos 11 e 121 da Constituição protegem a difusão e o desenvolvimento das línguas das Comunidades. Do mesmo modo, a lei de línguas, ou Lei 162 de 22 de junho de 1993, foi criada em conformidade com estes preceitos constitucionais.

O conceito de uso oficial nas Regiões Autônomas das línguas das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica, como são, por exemplo, o miskito, o sumo e o inglês crioulo é muito importante, já que obriga os funcionários públicos a falar tais dialetos ou a ter interpretes para poder compreender e atender as pessoas que não falam espanhol, como nos demais departamentos do país.

²⁸ República de Nicaragua: “Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas.” Managua, 2000.

A educação intercultural bilíngue se desenvolve na Costa Atlântica com base nos artigos 120 e 121 da Constituição. Do mesmo modo, os membros dos povos indígenas e comunidades étnicas têm direito a receber uma educação na sua língua materna e assim assegurar a sua preservação e o seu desenvolvimento.

A educação intercultural na língua materna destes povos é muito importante uma vez que por meio da educação se transmite a cultura e se preservam os valores culturais dos mesmos, fundamentais para a sua manutenção e continuidade.

1.3.2.2. Direito à terra

O artigo 5º da Constituição nicaraguense é responsável não apenas por reconhecer a existência dos povos indígenas, mas também por outorgar a estes direitos de origem coletiva compreendendo as formas de vida e uso particular que estas comunidades dão a suas terras.

O direito à terra inclui o conceito cultural de território que para os povos indígenas não é somente o terreno onde estão situadas suas habitações, devendo incluir também os bosques onde caçam, as áreas onde convivem e onde encontram os animais para sua subsistência, as áreas dedicadas a agricultura migratória, além das áreas próximas aos rios onde a comunidade pesca.

Reforçando o exposto no artigo 5º, encontramos no artigo 89 um dispositivo onde o Estado reconhece as formas comunais de propriedade. Além deste reconhecimento presente nesse artigo, o artigo 180 estabelece que o Estado deverá garantir a efetividade de suas formas de propriedade comunal.

Estas formas são as que tradicionalmente, e em conformidade com sua cultura, os povos indígenas têm dado às suas terras. Além disso, a Constituição estabelece como obrigação do Estado garantir às comunidades indígenas o gozo de seus recursos naturais.

Os direitos reconhecidos pela Constituição nos artigos 5º, 89 e 180 surgem do reconhecimento constitucional de uma realidade histórica do tradicional uso destas terras, realizado de forma contínua por estas comunidades.

Segundo a Constituição, ainda que as comunidades não tenham um título real sobre suas terras, elas têm direito a que o Estado lhes garanta os direitos sobre tais terras por terem sido ocupadas histórica e tradicionalmente por esses povos.

Este direito é dado pela Constituição ao estabelecer a obrigação do Estado de lhes garantir a propriedade comunal baseada no usufruto ancestral histórico destes povos sobre estas terras, suas terras comunais.

Recentemente a comunidade indígena de Awas Tingni e outras comunidades e associações civis e indígenas das Regiões Autônomas da Costa Atlântica da Nicarágua apresentaram uma petição contra o Estado ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos para que o governo da Nicarágua cumpra com sua obrigação de delimitar as terras comunais dos povos indígenas e assim garantir os direitos sobre a propriedade comunal.²⁹

1.3.2.3. Direito a não ser discriminado

O artigo 8º da Constituição³⁰ consagra o reconhecimento da multiétnica na população nicaraguense, em uma clara alusão as populações indígenas e criollas da Costa Atlântica:

“Arto. 8.-El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.”

Os artigos 89 e 91 da Constituição, por sua vez, complementam o significado do artigo 8º que declara que o povo nicaraguense é de natureza multiétnica, quando estabelecem que os habitantes das comunidades étnicas e povos indígenas da Costa Atlântica têm os mesmos direitos que o resto dos nicaraguenses e, portanto, gozam do direito a não discriminação.

1.3.2.4. Direito às suas formas internas de organização

As comunidades indígenas tradicionalmente se autogovernam por meio de seu direito interno e de uma eleição própria de suas autoridades. O artigo 89 da Constituição estabelece

²⁹ Inter-American Court of Human Rights Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Case 11.577.

³⁰ República de Nicaragua: “Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas.” Managua, 2000.

que o Estado e seus funcionários têm a obrigação de reconhecer e respeitar os líderes indígenas como representantes legítimos destes povos e comunidades.

O desafio que se apresenta ao Estado não é somente reconhecer e respeitar este direito indígena consuetudinário, mas também deixar de lado o tradicional etnocentrismo e a habitual hierarquização da norma escrita sobre a consuetudinária, ambas características típicas da cultura jurídica nicaraguense.³¹

O artigo 89 da Constituição, ao reconhecer o direito das comunidades a escolher as suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme as suas tradições, abre as portas para dar aos costumes a oportunidade de serem empregados como alternativa a lei escrita.

Do mesmo modo quando o artigo 180 fala de tradições históricas e culturais faz referencia direta ao que se entende por costumes e obrigatoriedade social, bases do direito consuetudinário.

1.3.2.5. Regime de autonomia

O conceito de autonomia, que tem sua origem nas palavras gregas *autos*: a si mesmo e *nomos*: lei, isto quer dizer o autogoverno que uma sociedade realiza a partir de suas próprias leis e costumes; podem ser contemplados os aspectos que são todos aqueles que podem afetar a organização social ou política de um grupo, ou seja, aspectos jurídicos, econômicos, políticos, sociais, culturais, administrativos e linguísticos.

Segundo Virgilio Rivera³² a Autonomia Regional pode ser definida como:

“um espaço de autodeterminação política-jurídica dentro do Estado Nacional unitário, no qual as unidades étnicas indígenas e não indígenas; populações socioculturais com base territorial, exercem uma série de direitos fundamentais do tipo econômico, educativo, cultural, ecológico e político.” (RIVERA, 1997).”

A organização social, portanto, é parte inerente à cultura das comunidades e sem ela é praticamente impossível de se obter a preservação das línguas e das demais expressões

³¹ SABALLOS, Eduardo. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua. 1ª edição. Managua. HISPAMER, 1999.

³² RIVERA, Virgilio, Williamson Dennis, Rizo Mario: “Autonomía y Sociedad en la RAAN.” CIDCA-UCA, Managua 1997.

culturais. A organização social é como o *habitat*, é o núcleo ao redor do qual surgem e tomam vida e forma todos os seus valores culturais.³³

O artigo 180 não é uma simples repetição do exposto no artigo 89, no qual se faz um reconhecimento expresso destes direitos supracitados. No artigo 180 enfatiza-se a obrigação do estado mediante ações concretas de preservação destas culturas como parte do acervo cultural nicaraguense ressaltando que estas correm risco de serem destruídas pela imposição de uma organização social incompatível com estas culturas.

Dispõe o referido dispositivo³⁴:

“Arto. 180.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes.

Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.”

O artigo 181 criou os fundamentos jurídicos para a Lei 28 de 7 de setembro de 1987, o estatuto de autonomia das regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, por meio do qual se organiza uma administração regional para cada uma das regiões autônomas que permitem regulamentar os assuntos regionais.

Consoante o artigo 181³⁵ da Constituição:

“Arto. 181.- El Estado organizará por medio de una ley, el régimen de autonomía en las regiones donde habitan las Comunidades de la Costa Atlántica para el ejercicio de sus derechos”

Assim, baseando-se nos direitos a não discriminação, ao uso de sua própria língua, à preservação de sua cultura e suas terras, todos contemplados na Constituição e tendo como base especialmente o artigo 181 da Constituição, criou-se o regime autônomico, regulado pelo Estatuto de Autonomia das Regiões Autônomas da Costa Atlântica.

³³ ZELAYA, Roger Antonio Salgado: *Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua*, Managua: BITECSA, 2014.

³⁴ República de Nicaragua: “Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas.” Managua, 2000.

³⁵ *Ibidem*

1.3.3. A lei de autonomia dos povos indígenas e comunidades da Costa Atlântica da Nicarágua

Como exposto anteriormente, a Lei 28, ou Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua foi aprovada pela Assembleia Nacional em setembro de 1987 e foi responsável por desenvolver os direitos estabelecidos na Constituição da Nicarágua.³⁶

O primeiro título (Título I) é extremamente importante, pois trata dos Princípios Fundamentais, fazendo referência ao estabelecimento do regime de autonomia nas Regiões da Costa Atlântica, que garantem o exercício efetivo dos direitos históricos de seus habitantes, conforme os princípios previstos na Constituição, como a indivisibilidade da Nicarágua, a unidade, a fraternidade e a solidariedade como princípios da Autonomia e o reconhecimento das línguas das comunidades da Costa Atlântica como línguas de uso oficial nas Regiões Autônomas.

O Título I também é responsável por estabelecer o espaço territorial onde se devem exercer os direitos de autonomia regional, a divisão destas Regiões em municípios e que estes, por sua vez, devem ser estabelecidos conforme a suas tradições comunais, e, ainda, que a subdivisão administrativa dos municípios será estabelecida e organizada pelos Conselhos Regionais.³⁷

Já o Título II (Da Administração Regional) define quais são os órgãos da administração regional, assinalando que o Conselho e o Coordenador Regional, em suas respectivas esferas, são as autoridades superiores da Região Autônoma e que a administração da justiça em tais Regiões será regida por regulações especiais que reflitam as particularidades culturais próprias.³⁸

O Título II ainda define a composição dos Conselhos Regionais e quais são os requisitos para ser membro deste, quem tem direito a voto nas eleições de autoridades regionais e quem pode se candidatar e ser eleito como tal, delimitando ainda o período para o qual são eleitos, o quórum das reuniões do Conselho, as funções executivas do Coordenador Regional e as atribuições do Conselho Regional.

³⁶ República de Nicaragua: “Estatuto de Autonomía de las dos Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua”, Ley 28. Managua 1987.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*

O título III trata do orçamento das Regiões Autônomas, definindo que o Conselho Regional elaborará em coordenação com o Ministério de Finanças o projeto de orçamento de sua Região Autônoma, e as respectivas fontes de financiamento deste.³⁹

O Título IV define qual é o patrimônio das Regiões Autônomas, como está constituída a propriedade comunal e do reconhecimento das outras formas de propriedade, também reconhecidas pela Constituição. Tal Título diz que as terras comunais são inalienáveis, não podendo ser objetos de doação, venda embargos ou agravos, sendo ainda imprescritíveis.⁴⁰

O Título V estabelece que, para que haja a reforma do Estatuto, dois terços de ambos os Conselhos Regionais deverão solicitá-la conjuntamente, em conformidade com os mecanismos estabelecidos pela Constituição. Por fim, o Título VI trata das disposições finais e transitórias.⁴¹

1.3.4. Os problemas e lacunas da lei de autonomia

A aprovação da lei da autonomia representou um avanço significativo nas posições ideológicas e políticas de quem a aprovou, representando um inegável avanço na legislação sobre o tema no país. Entretanto, o Estatuto apresenta vários problemas, incluindo silêncios e lacunas que não foram preenchidas com sua aprovação.

Em relação às deficiências principais do Estatuto de Autonomia, estas podem ser divididas em duas categorias: as que pertencem ao âmbito político administrativo e as que pertencem ao âmbito do exercício dos direitos outorgados à população originária da Costa Atlântica.⁴²

No âmbito político administrativo o estabelecido na lei de autonomia não previa de forma suficientemente clara os seguintes aspectos: a) as relações entre os órgãos do estado central e os órgãos de governo das regiões autônomas; b) as relações entre as novas autoridades regionais e os municípios, bem como entre as comunidades e os municípios; c) as

³⁹ República de Nicaragua: “Estatuto de Autonomía de las dos Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua”, Ley 28. Managua 1987.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Ibidem*

⁴² FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007), Ciudad de Guatemala, 2007.

relações internas das autoridades regionais sobre tudo no que diz respeito ao papel e ao mandato dos conselhos regionais e do coordenador regional.⁴³

No âmbito do exercício dos direitos outorgados à população originária da Costa Atlântica a lei não estabelece de forma clara os seguintes aspectos: a) o status real (jurídico administrativo) das comunidades indígenas e *criollas*; b) as formas para o controle e utilização das terras comunais por parte das comunidades, assim como conseguir a certeza jurídica da propriedade comunal.⁴⁴

2.1.3. Constituição do Brasil (1988)

Os povos indígenas apresentam, desde a fundação do Estado brasileiro, uma relação complicada com os indivíduos pertencentes à parte dominante da sociedade, sendo, por muito tempo, considerados como uma “parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação” ao restante, consoante à definição dos indígenas pelo antropólogo Darcy Ribeiro⁴⁵:

“Aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato.” (RIBEIRO, 1970)

Assim, os povos indígenas no Brasil sempre representaram um estorvo para a exploração das terras e riquezas naturais presentes em seus territórios ancestrais, o que resultou em mortes e deslocamentos de grande parte da população indígena, somando-se a isso grandes obras hidráulicas e de infraestruturas que provocam também a deflorestação e destruição dos povos e territórios indígenas.⁴⁶

⁴³ FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: *Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007)*, Ciudad de Guatemala, 2007.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1970.

⁴⁶ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. *Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil*. 2016.

Estima-se que antes da colonização e da chegada de Cristóvão Colombo no continente americano, viviam no atual território do Brasil cerca de cinco milhões de indígenas. O decréscimo da população indígena ao longo de mais de quinhentos anos se deve a uma série de fatores, como as doenças, a exploração e o deslocamento forçado de tais povos dos seus territórios ancestrais.⁴⁷

Com o passar dos anos os índios foram expulsos de seu hábitat natural através da antiga política integracionista, que permitia a aculturação das populações indígenas, sem respeitar seus costumes e suas tradições diversas, sufocando e provocando a descaracterização étnica que, com o tempo, provocou uma onda de suicídios de muitas etnias, diante da falta de perspectiva e do abandono por parte do Estado, que deixava de cumprir com seus deveres constitucionais⁴⁸.

Hoje, vivem no Brasil cerca de 220 povos indígenas, que equivalem a 0.22% da população total e uma área que equivale a 12.35% da superfície total do país.⁴⁹ Segundo o Censo Demográfico de 2010, feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o “Brasil indígena” é composto por 896 mil pessoas, que se declararam ou se consideravam indígenas, das quais 572 mil, ou 63,8%, vivem na área rural e 517 mil, ou 57,5% moram em terras indígenas oficialmente reconhecidas.⁵⁰

Tais povos indígenas que habitam hoje o Brasil enfrentam uma série de desafios extremamente complexos para garantir a sua sobrevivência tanto física, quanto cultural, dos quais se destacam a demarcação de terras, a exploração de recursos naturais em áreas indígenas, a preservação ambiental, a assistência à saúde, o direito à consulta prévia sobre questões que afetem diretamente as suas comunidades, a violência contra suas lideranças, a proteção ao seu conhecimento tradicional, dentre outros.

O marco jurídico dos direitos dos povos indígenas no Brasil está determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que concede natureza constitucional a vários direitos dos povos indígenas, reconhecendo aos índios, em caráter permanente, o

⁴⁷ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

⁴⁸ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

⁴⁹ JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

⁵⁰ CENSO, I.B.G.E. Disponível em:< <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em, 23/06/ 2017.

direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, devido à sua condição de primeiros e contínuos ocupantes históricos destas⁵¹.

A Constituição brasileira de 1988 estabelece a obrigação da União de demarcar e proteger as terras indígenas, no entanto como o direito dos povos indígenas às suas terras de ocupação tradicional configura-se como um direito originário, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, conseqüentemente, apresenta natureza meramente declaratória. Deste modo, a terra indígena não é criada por ato constitutivo, e sim reconhecida a partir de requisitos técnicos e legais, isto é, os direitos não nascem de um ato de outorga do Estado e sim, das circunstâncias históricas de ocupação original e utilização ancestral.⁵²

No que tange à questão indígena a Constituição brasileira de 1988 representa um marco, pois trouxe uma ruptura com a “perspectiva integracionista” e com o conceito de “assimilação natural”, presentes na Lei 6.001 de 1973, o Estatuto do Índio. Tal perspectiva retrógrada propunha a assimilação cultural dos indígenas, visão esta que foi necessariamente abolida no texto constitucional promulgado quinze anos depois.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos destacou em seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil de 1997 que:

“A Constituição de 1988 (...) consagra uma das posições normativas mais avançadas da legislação comparada. Suas disposições diretamente relacionadas aos direitos dos indígenas superam a doutrina de "assimilação natural" previamente aceita. Por outro lado, são reconhecidos como permanentes os direitos originais inerentes aos povos indígenas por sua condição de primeiros e contínuos ocupantes históricos de suas terras.”⁵³

No entanto, embora a Constituição brasileira de 1988 signifique um avanço em relação às suas antecessoras⁵⁴ pois ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais e introduziu

⁵¹ CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 5.

⁵² CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 25 [o grifo é nosso].

⁵³ CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 5.

⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> Acesso em: 09/11/2016.

perspectivas pluralistas no constitucionalismo brasileiro⁵⁵, esta não se aproxima da dimensão de garantia da autodeterminação dos povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 se mostra, ainda, bastante atrasada na questão da propriedade da terra indígena, uma vez que estabelece em seu artigo 20, inciso IX, que o direito à propriedade das terras indígenas é conferido à União⁵⁶, isto é, segundo a Constituição Federal, o Estado é o proprietário das terras indígenas, e não os povos indígenas e seus membros, a quem é garantida apenas a “posse permanente” das terras tradicionalmente ocupadas por eles e o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes⁵⁷

Tal dispositivo da Constituição vai contra o entendimento sobre o tema tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Interamericana, que já estabeleceram que, em virtude do artigo 21 da Convenção Americana, os povos indígenas são titulares de direitos de propriedade e domínio sobre as terras e recursos que hajam ocupado historicamente e, portanto, têm direito de serem reconhecidos juridicamente como os donos de seus territórios, obterem um título jurídico formal de propriedade de suas terras, que por sua vez deve ser devidamente registrado⁵⁸.

Da mesma forma, tal dispositivo constitucional também contraria o artigo 14.1 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, norma supralegal⁵⁹, que, no que tange ao direito de propriedade, estabelece que os povos indígenas devam ter “o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” devidamente reconhecidos.

Por se tratar de um bem da União, a terra indígena é inalienável e indisponível, e os direitos sobre ela são imprescritíveis, estando sujeitas à competência da justiça federal. Consoante o artigo 231 da Constituição:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁵⁵ SOARES, Amanda Santos. Direito à terra e a "viagem da volta": processos de construção da terra indígena potiguara de Monte-Mor. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

⁵⁶ CF 1988, artigo 20, XI. “(...) são bens da União: (...) IX- as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

⁵⁷ CIDH. RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 25

⁵⁸ Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. para. 137; CIDH, Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo (Belize), 12 de outubro de 2004, para. 115.

⁵⁹ RE 466.343-SP.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé⁶⁰.

Muitos dos direitos constitucionais expostos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 dependem de regulamentação que se dá através da legislação infraconstitucional. No entanto, a legislação infraconstitucional brasileira acerca do tema se mostra bastante atrasada, uma vez que o Estatuto do Índio de 1973, portanto anterior à Constituição, ainda permanece em vigor, contrariando o estabelecido em muitos dispositivos da Constituição de 1988⁶¹, uma vez que o Estatuto do Índio segue os preceitos integracionistas da antiga Convenção nº. 107 da Organização Internacional do Trabalho, já superados no atual texto constitucional.

Não obstante tal conflito de entendimentos entre as legislações constitucional e infraconstitucional, o Estatuto do Índio é o responsável por referir-se ao procedimento para a demarcação de terras indígenas, determinando em seu artigo 19 que: “as terras indígenas, por

⁶⁰ CF 1988, artigo 231.

⁶¹ RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”, para. 16.

iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo”⁶².

Assim, o decreto do Poder Executivo que rege o processo de demarcação das terras indígenas é o Decreto nº. 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe em seu artigo 1º, de maneira similar ao Estatuto do Índio, que as terras indígenas “serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto”⁶³.

O Decreto nº. 1.775/96 explica minuciosamente as distintas etapas a seguir para o reconhecimento, demarcação e titulação das terras indígenas, prevendo em seu artigo 2º, parágrafo 3º que: “o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”⁶⁴.

Segundo o artigo 2º e seus parágrafos 1º, 6º e 7º do Decreto nº. 1.775, o processo de demarcação de terras indígenas inicia-se com a identificação e delimitação do respectivo território, que deve ser aprovada pelo Presidente da FUNAI, nos seguintes termos:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

(...)

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.⁶⁵

⁶² Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, artigo 19.

⁶³ Decreto n. 1.775 de 8 de janeiro de 1996, artigo 1º.

⁶⁴ Decreto n. 1.775, artigo 2, para. 3.

⁶⁵ Decreto n. 1.775/96.

Uma vez divulgado o estudo de identificação e delimitação realizado e aprovado pela Fundação Nacional do Índio, terceiros interessados no território identificado e delimitado podem impugnar os trabalhos da Fundação Nacional do Índio e litigar seu direito de propriedade sobre a área, ou então solicitar indenizações por benfeitorias⁶⁶, de acordo com os parágrafos 8º e 9º do artigo 2º do Decreto nº 1.775, quando então os autos do procedimento deverão ser encaminhados ao Ministro da Justiça:

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subsequentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas⁶⁷.

Após receber os autos, o Ministro da Justiça deverá adotar uma decisão, dentro do prazo de trinta dias, conforme o parágrafo 10º do artigo 2º do Decreto nº. 1.775. De acordo com os incisos I, II e III, respectivamente, poderá: (I) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação; (II) prescrever todas as diligências adicionais que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; ou (III) desaprovar o estudo de identificação e delimitação, retornando os autos à FUNAI, mediante decisão fundamentada⁶⁸.

Se a portaria do Ministro da Justiça confirma a identificação e delimitação e determina a demarcação do território indígena, o artigo 4º do Decreto nº 1.775 ordena a realização da desintrusão da área, nos seguintes termos:

“verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente”⁶⁹

⁶⁶ CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

⁶⁷ Decreto n. 1.775/96.

⁶⁸ Decreto n. 1.775, artigo 2, parágrafo 10, incisos I, II e III.

⁶⁹ Decreto n. 1.775, artigo 4º.

Ainda, conforme o artigo 5º do Decreto No. 1.775, “a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto”⁷⁰ do Presidente da República. Assim, o artigo 6º do Decreto nº 1775 dispõe que:

“em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro [do território indígena] em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda”⁷¹.

Como demonstrado nas linhas acima, o processo de demarcação das terras indígenas no Brasil é extremamente longo e complexo e encontra vários obstáculos em sua execução, sendo que se não houver efetivo acesso aos territórios originários, não haverá a possibilidade de uma proteção efetiva dos direitos coletivos dos povos indígenas.

Existe um arcabouço jurídico-normativo brasileiro que, formalmente, objetiva a efetivação da proteção dos direitos coletivos dos povos indígenas, porém, a maioria desses dispositivos se manteve colonial e reforça a visão de que o índio necessita de tutela para efetivação de seus direitos e para inserção social.

O Estado brasileiro adota um caráter segregador ao considerar os povos indígenas, sem sequer cogitar a criação de uma Justiça Indígena, como se deu, por exemplo, na Bolívia com a promulgação de seu texto constitucional em 2009, resultando assim em uma falta de representação e participação indígena.

As instituições jurídicas brasileiras, da mesma forma, e na contramão da história, ainda resistem em admitir a possibilidade de que os conflitos sobre a aplicação dos direitos indígenas sejam resolvidos pelas próprias comunidades indígenas, com o reconhecimento do exercício de jurisdição por suas próprias autoridades.

Tal postura resulta em uma grande demora de acesso à Justiça e na resolução de tais questões, sendo o resquício de um passado integracionista, que já não é compatível com o parâmetro do pluralismo étnico, garantido pela Constituição brasileira de 1988, que, no entanto, ainda mostra-se marcadamente colonial e resistente à mudanças.

Assim, o modelo de participação, representação política e institucional que vigora no Brasil é ultrapassado no que tange aos povos indígenas uma vez que garante apenas simbolicamente a participação destes, sem se atentar de fato à realidade dos oprimidos,

⁷⁰ Decreto n. 1.775, artigo 5º.

⁷¹ Decreto n. 1.775, artigo 6º.

reforçando ainda o “velho *vício tutelar* do Estado colonialista brasileiro”.⁷² (VERDUM, 2009, p. 97) Soma-se a isso a negação ou o não reconhecimento do Direito Indígena no Brasil, na contramão de seus pares representantes do novo constitucionalismo latino-americano.

2.2. Segundo Ciclo: a emergência da Nação-Estado multicultural

O Segundo Ciclo de reconhecimento constitucional de direitos dos povos indígenas pode ser considerado como o mais “inchado” se levar em consideração que em apenas oito anos foram promulgadas cinco novas constituições na região. Tal número pode ser ainda maior, caso se considere as reformas constitucionais do México (1992) e Argentina (1994)⁷³.

Raquel Yrigoyen Fajardo⁷⁴ caracteriza o Segundo Ciclo, como um ciclo marcado por contrastes, pois, ao mesmo tempo em que houve uma série de avanços no reconhecimento de direitos inexistentes no ciclo anterior, os governos dos países adotaram uma série de políticas neoliberais que permitiram novas formas de desapropriação territorial indígena. (YRIGOYEN FAJARDO, 2009) Segundo a autora:

A adoção do multiculturalismo nos anos noventa se deu paralelamente às reformas de Estado, no contexto da globalização. Tais reformas implicaram, por um lado, em políticas de ajuste e na retração de direitos sociais, e por outro, na flexibilização de mercado e abertura às transnacionais (...) um grande número de corporações transnacionais se instalou em territórios dos povos indígenas com efeitos contraproducentes com relação aos seus novos direitos conquistados. O segundo ciclo, portanto, é de marcados contrastes e de algum modo, inconsistente, pelo reconhecimento simultâneo de direitos indígenas de um lado, e, de outro, políticas que permitem novas formas de desapropriação territorial indígena como não havia ocorrido desde o século XIX. (YRIGOYEN FAJARDO, 2009)

Tais políticas neoliberais visando reformar estruturalmente o Estado tiveram como consequência a redução de direitos sociais e a abertura dos países latinoamericanos às empresas transnacionais, afetando diretamente os povos originários desses países.

⁷² VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 97.

⁷³ Para a presente dissertação considere apenas as constituições e constituições promulgadas durante os três ciclos, sem me aprofundar nas reformas constitucionais ocorridas na região durante o período, como neste exemplo das reformas ocorridas no México (1992) e na Argentina (1994).

⁷⁴ Ver: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina, 2009.

2.2.1. Constituição da Colômbia (1991)

Segundo dados oficiais do governo, existem na Colômbia cerca de 701.860 indígenas organizados em 83 grupos étnicos⁷⁵, que falam 75 línguas diferentes e habitam o equivalente a 25% do território nacional⁷⁶.

A Constituição Colombiana de 1991 pode ser considerada como o marco inicial do Segundo Ciclo, caracterizando-se pela garantia de novos direitos até então ausentes nos textos constitucionais do ciclo anterior.

Do mesmo modo a Constituição de 1991 foi uma revolução no constitucionalismo colombiano, ganhando a alcunha de “Constituição dos Direitos Humanos” e, vindo a substituir a Constituição Política de 1886, que ficou em vigor por cem anos.

A nova Carta reconheceu uma série de direitos dos povos indígenas, que sua antecessora sequer fazia menção, a começar pelo reconhecimento e proteção da diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana⁷⁷ (artigo 7º) e, reforçando, no artigo seguinte, que é obrigação do Estado proteger as riquezas culturais da Nação⁷⁸ (artigo 8º).

Seguindo a tendência das constituições centro-americanas do Primeiro Ciclo, a Constituição colombiana de 1991 conferiu caráter oficial às línguas e dialetos dos grupos étnicos em seus territórios e em comunidades com sua própria tradição lingüística, garantindo também a educação bilíngue, conforme o artigo 10:

Artículo 10: El castellano es el idioma oficial de Colombia. **Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza** que se imparta **en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.**
(grifo meu)

Neste sentido, o artigo 68 completa o artigo 10, ao garantir que os integrantes dos povos indígenas tenham direito a uma formação educacional que respeite e desenvolva sua identidade cultural:

⁷⁵ Ver: BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama. Editorial Abya Yala, 2003.

⁷⁶ COLOMBIA, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno (publicada en UN.E/CN.4/ Sub.2/AC.4/1991/4). Colombia, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. "Derechos Humanos, Reflexión y Acción 3", Bogotá, septiembre 1991.

⁷⁷ Texto original: “Artículo 7 El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”

⁷⁸ Texto original: “Artículo 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”

Artículo 68 Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La Ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente. Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. **Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.** La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado. (grifo meu)

O artigo 72, por sua vez, reconhece que os grupos étnicos assentados em territórios de riqueza arqueológica possuem direitos especiais sobre tais patrimônios culturais, devendo estes serem regulamentados por lei complementar:

Artículo 72 El **patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado.** El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los **derechos especiales** que pudieran tener los **grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.** (grifo meu)

É interessante ressaltar que a Constituição de 1991 ao tratar da igualdade de direitos, traz também a prevenção de uma “discriminação positiva” para grupos marginalizados, hermenêuticamente estendida aos povos originários:

TÍTULO II DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES
CAPÍTULO 1 De los Derechos Fundamentales Artículo 13 Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El **Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.** El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (grifo meu)

No que tange à questão dos direitos territoriais, o artigo 63 resta claro o caráter inalienável, imprescritível e inembargável das terras comunais de grupos étnicos e das terras de resguardo (forma jurídica própria do direito colombiano):

Artículo 63 Los bienes de uso público, los parques naturales, **las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo,** el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, **son inalienables, imprescriptibles e inembargables.** (grifo meu)

Tal disposição é complementada pelo artigo 329 que reafirma o caráter inalienável dos resguardos⁷⁹, ressaltando também seu caráter de propriedade coletiva. Sobre a propriedade coletiva do resguardo, adiciona Frank Semper⁸⁰:

El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del resguardo sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no sólo constituye la base de su subsistencia, sino que es al mismo tiempo parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad. (SEMPER, 2006)

Sobre os resguardos, cabe ressaltar que são uma invenção legislativa da época colonial, que acabou sobrevivendo à nova constituinte, apesar de não condizer com as idéias atuais dos povos indígenas sobre suas terras (SEMPER, 2006), configurando, um instrumento anacrônico.

Os resguardos são regulados pela Lei nº 135 de 1961; Lei nº 31 de 1967 e pela Lei Nova de Reforma Agrária. Segundo dados oficiais existem atualmente 302 resguardos, que ocupam um total de 26 millones de hectáreas, e beneficiam 310.000 indígenas, além de 19 reservas indígenas que beneficiam 1.535 famílias⁸¹.

A Constituição de 1991 trouxe conceitos mais amplos a respeito dos territorios e entidades territoriais indígenas. Ao versar sobre a divisão política administrativa colombiana, o texto constitucional trata os territórios indígenas como entidades territoriais, tal como os departamentos, distritos e municípios (artigo 286), conferindo-lhes ainda autonomia para a gestão de seus interesses (artigo 287):

TÍTULO XI DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL CAPÍTULO 1 De las Disposiciones Generales

Artículo 286 Son **entidades territoriales** los departamentos, los distritos, los municipios y los **territorios indígenas**. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley

Artículo 287 Las **entidades territoriales gozan de autonomía** para la **gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley**. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1° **Gobernarse por autoridades propias**. 2° Ejercer las competencias que les correspondan. 3° Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4° Participar en las rentas nacionales. (grifo meu)

⁷⁹ Texto original: “Artículo 329: (...) Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable (...)”.

⁸⁰ SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, v. 2, p. 761-778, 2006.

⁸¹ COLOMBIA, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno, 1991. (Publicada em UN.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4).

O artigo 329 traz o procedimento para a formação e delimitação das entidades territoriais indígenas e faz referência – conforme supracitado – aos resguardos:

Artículo 329 La conformación de las **entidades territoriales indígenas** se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con **participación de los representantes de las comunidades indígenas**, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquéllas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un **territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos**. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo. (grifo meu)

Entretanto, não resta claro no texto constitucional as diferenças entre ambas as figuras jurídicas e, a própria Corte Constitucional Colombiana não contribuiu com sua jurisprudência a uma maior clareza nesta questão, constatando apenas que o resguardo não é igual a uma entidade territorial (SEMPER, 2006), conforme o julgado⁸² SCC nº T-634/99 – Ação Popular:

“Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga "derechos" es al territorio del **resguardo como una entidad** que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es **un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura**. En consecuencia, **los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"**; es decir, que **no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir**. Pero, actualmente, todavía **no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial**. Ese carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de "ámbito territorial", que aparece en el artículo 246 de la C.P.” (grifo meu)

O artigo 246, ao qual a SCC nº T-634/99 faz referência, estabelece que as autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, em conformidade com as suas próprias normas e procedimentos, sempre que estes não sejam contrários à Constituição e às leis referentes:

TÍTULO VIII DE LA RAMA JUDICIAL CAPÍTULO 5 De las Jurisdicciones Especiales Artículo 246 Las **autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República**. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (grifo meu)

⁸² Ver: SCC nº T-634/99. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-634-99.htm>

Além do disposto na Constituição de 1991, a política do Estado para as comunidades indígenas também se baseia nas normas dispostas na Lei nº 21 de 1991, que ratifica a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas⁸³.

2.2.2. Constituição do Peru (1993)

Segundo o Censo Nacional de 2007, realizado pelo Instituto Nacional de Estatística e Informática do Peru, a População Indígena do Peru era então composta por 4.045.713 de indivíduos, o que à época representava 13,89% da população⁸⁴.

Porém segundo as estimativas tradicionais tal número ultrapassaria a quantia de oito milhões de indivíduos, podendo chegar a uma porcentagem entre 30% e 48% da população⁸⁵. (SOLÍS, 2009) Tal discrepância se deve ao fato de o Censo quantificar a população indígena, sobretudo quechua e aymara, utilizando como parâmetro para tal a língua aprendida na infância como principal referência para enquadrar o indivíduo nesta categoria.

Parece-me claro que a língua falada por um indivíduo é critério insuficiente para definir se um indivíduo pertence a um grupo étnico específico ou não, tendo em vista que a língua não é o único elemento constitutivo de uma cultura ou etnografia, sendo tal questão muito mais complexa.

Deste modo, as estimativas tradicionais trazidas por autores, como Solís⁸⁶ e Barié⁸⁷, me parecem muito mais próxima da realidade do que os próprios dados oficiais do governo peruano, apurados pelo Censo de 2007⁸⁸, que talvez não reflitam a realidade quantitativa dos povos indígenas do Peru.

⁸³ Lei nº 21 de 4 de marzo de 1991. Convenio 169 OIT. Ministerio de Gobierno. Asuntos Indígenas, Santafé de Bogotá, Colombia, 1992.

⁸⁴ INEI - Perú Sistema de consulta de resultados censales. Cuadros estadísticos. Disponível em: <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/> Acessado em 27/12/2017.

⁸⁵ SOLÍS, Gustavo. In: Atlas sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, UNICEF, 2009, p. 306.

⁸⁶ Ver: SOLÍS, Gustavo. In: Atlas sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, UNICEF, 2009, p. 306.

⁸⁷ Ver: BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama. Editorial Abya Yala, 2003.

⁸⁸ Ver: INEI - Perú Sistema de consulta de resultados censales. Cuadros estadísticos. Disponível em: <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/> Acessado em 27/12/2017.

A Constituição Peruana de 1993 reconhece o direito pré-existente dos povos indígenas às suas terras, direito este anterior e diferente do direito estadual. Acerca do reconhecimento de tal direito, afirma Chuecas Cabrera que o território que pertence a uma população indígena é o espaço onde sua cultura é reproduzida e sua autonomia interna é exercida nas fronteiras do Estado peruano (CHUECAS CABRERA, 2006) e sob a égide dos direitos humanos:

O território indígena não é semelhante ao território estadual. Eles correspondem a **ideias totalmente diferentes.** O **território indígena não supõe a soberania no sentido de que o Estado o considera, porque os povos indígenas não são estados, mas sociedades historicamente definidas.** É um espaço de **autogoverno**, ou gestão direta de seus assuntos internos. Consequentemente, não se refere à concessão de soberania territorial ou à criação de micro-estados, mas ao **reconhecimento de um direito pré-existente e qualitativamente diferente do direito estadual.** Os princípios que regulam as atividades que afetam povos indígenas terão como principal eixo o direito à consulta, boa fé e respeito pela integridade dos povos indígenas. Da mesma forma, a Constituição deve consagrar os direitos dos povos indígenas a compensações e benefícios para as atividades realizadas em seus territórios⁸⁹. (tradução livre, grifo meu)

Assim, o artigo 89 da Constituição Peruana de 1993 versa sobre a existência legal das Comunidades *Campesinas*⁹⁰ e das Comunidades Nativas, reconhecendo sua identidade, personalidade jurídica e autonomia. É importante ressaltar que as terras das Comunidades Nativas são imprescritíveis, porém não são inalienáveis:

Artículo 89: Las **Comunidades Campesinas** y las **Nativas** tienen **existencia legal** y son **personas jurídicas**. Son **autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo**, dentro del marco que la ley establece. La **propiedad de sus tierras es imprescriptible**, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El **Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas**. (grifo meu)

O caso de abandono ao qual o artigo 89 faz referência encontra-se no artigo anterior que versa sobre o regime agrário e que, além de determinar que as terras abandonadas passem ao domínio do Estado, confere o caráter de propriedade coletiva às terras das comunidades nativas e campesinas.

⁸⁹ Ver: CHUECAS CABRERA, Adda. El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. Disponível em: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/De_recho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/De_recho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf) Consulta: 12/12/2017.

⁹⁰ O termo “campesino” é tradicionalmente traduzido para o português como “camponês”, ainda que a versão espanhola do termo me pareça semanticamente mais ampla, o que me faz optar pela manutenção do termo original ao longo do trabalho.

TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO CAPÍTULO VI Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas Artículo 88 El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de **propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa**. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta. (grifo meu)

2.2.3. Constituição da Venezuela (1999)

O Censo Geral da População de 2001, ao tratar das comunidades indígenas, registrou a existência de 32 grupos étnicos, localizados em 48 municípios, e uma variedade de mais de 20 idiomas ‘indígenas’ no território venezuelano⁹¹.

Junto ao ‘castelhano’⁹², tais idiomas são considerados de uso oficial para os povos indígenas, devendo ser respeitados em todo território venezuelano e, sendo elevados à categoria de patrimônio cultural nacional e da humanidade:

Artículo 9 El idioma oficial es el castellano. Los **idiomas indígenas** también **son de uso oficial para los pueblos indígenas** y **deben ser respetados en todo el territorio** de la República, por **constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad**. (grifo meu)

Através do critério da autodenominação, 2,2% da população, ou 511.329 pessoas de um total de 23.054.210 habitantes do país, se definiram como pertencentes a algum dos povos indígenas que vivem na Venezuela. Destes, 35,9% vivem em suas comunidades tradicionais, enquanto os demais, 64,1%, vivem em lugares não tradicionais, nas áreas urbanas ou rurais.⁹³

⁹⁴

O artigo 119 da Constituição Venezuela é responsável pelo reconhecimento dos povos e comunidades indígenas, lhes garantido o direito à organização própria, cultura, costumes, idiomas e hábitat, garantindo ainda os seus direitos originários sobre suas terras ancestrais:

Capítulo VIII De los Derechos de los pueblos indígenas
Artículo 119 El **Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas**, su **organización social, política y económica**, sus **culturas, usos** y

⁹¹ Ver: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (VENEZUELA). Censo de población y vivienda 2001: Cuadros estadísticos. Instituto Nacional de Estadística, 2005.

⁹² Interessante notar como a Constituição Venezuelana de 1999, diferentemente de alguns de seus pares latino-americanos, utiliza o termo “castellano” para se referir à língua espanhola.

⁹³ Ver: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (VENEZUELA). Censo de población y vivienda 2001: Cuadros estadísticos. Instituto Nacional de Estadística, 2005.

⁹⁴ Para mais informação ver: ALLAIS, María Luisa. La población indígena de Venezuela según los censos nacionales. Encuentro nacional de demógrafos y estudiosos de la población, 2004.

costumbres, idiomas y religiones, así como su **hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida**. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la **participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras**, las cuales serán **inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles** de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley (grifo meu)

Ainda segundo o artigo 119, as terras ancestrais são inalienáveis, imprescritíveis e inembargáveis – a exemplo da Constituição Colombiana, também do Segundo Ciclo, porém diferentemente da Constituição Peruana de 1993, que prevê a possibilidade de alienação das terras pertencentes aos povos indígenas em caso de abandono – e intransferíveis.

A décima segunda disposição transitória da Constituição faz referência à demarcação do hábitat indígena prevista no artigo 119, colocando-a como prioritária e a ser realizada em até dois anos após a promulgação do texto constitucional:

Decimosegunda La **demarcación del hábitat indígena**, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se **realizará dentro del lapso de dos años** contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.

O artigo 181 reforça o regime especial dado às terras das comunidades e povos indígenas:

Artículo 181 Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios. Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. **Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas**. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

O artigo 327 complementa essa ideia, ao conferir proteção especial aos parques nacionais e ao hábitat dos povos indígenas:

TÍTULO VII DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN Capítulo II De los Principios de Seguridad de la Nación
Artículo 327 La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, **regímenes especiales** en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, **protegiendo de manera expresa** los parques nacionales, el **hábitat de los pueblos indígenas allí asentados** y demás áreas bajo **régimen de administración especial**.
(grifo meu)

O artigo 120 prevê o direito à consulta prévia para o aproveitamento, por parte do Estado, dos recursos naturais nos habitats indígenas de modo a não prejudicar a integridade dos titulares das referidas terras:

Artículo 120 El **aprovechamiento de los recursos naturales** en los **hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos** e, igualmente, **está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas**. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley. (grifo meu)

O artigo 121 versa sobre o direito à identidade étnica, – completando a ideia presente no artigo 119 – o qual garante à proteção aos lugares sagrados, o acesso à educação intercultural e bilíngüe e, a manutenção de seus valores e cosmovisão:

Artículo 121 Los **pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad** y sus **lugares sagrados y de culto**. El Estado **fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas**, los cuales **tienen derecho a una educación propia** y a un **régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe**, atendiendo a sus **particularidades socioculturales, valores y tradiciones** (grifo meu)

O disposto no artigo anterior é complementado pelo artigo 122 que garante o direito dos povos indígenas à saúde e à utilização de sua medicina tradicional, ainda que submetida e limitada aos princípios bioéticos ocidentais:

Artículo 122 Los **pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas**. El Estado **reconocerá su medicina tradicional** y las **terapias complementarias**, con sujeción a **principios bioéticos**. (grifo meu)

O artigo seguinte faz referência às práticas econômicas e laborais específicas dos povos indígenas:

Artículo 123 Los **pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas** basadas en la **reciprocidad, la solidaridad** y el **intercambio**; sus **actividades productivas tradicionales**, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen **derecho a servicios de formación profesional** y a **participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas** en el marco del **desarrollo local sustentable**. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras

pertencientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral. (grifo meu)

Já o artigo 124 trata da proteção da propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas:

Artículo 124 Se garantiza y protege la **propiedad intelectual colectiva** de los **conocimientos, tecnologías e innovaciones** de los **pueblos indígenas**. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se **prohíbe el registro de patentes** sobre estos **recursos y conocimientos ancestrales** en el derecho internacional. (grifo meu)

O artigo 125 trata da representação indígena na Assembleia Nacional Venezuela, bem como em outros corpos deliberantes referentes aos locais com presença da população originária, garantindo expressamente o direito dos povos indígenas à participação política:

Artículo 125 Los **pueblos indígenas tienen derecho a la participación política**. El Estado garantizará la **representación indígena** en la **Asamblea Nacional** y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y **locales con población indígena**, conforme a la ley. (grifo meu)

Como exemplo da participação política invocada pelo artigo supracitado, temos o disposto no artigo 166 que prevê a participação indígena nos Conselhos de Planejamento e Coordenação de Políticas Públicas à nível estatal:

Capítulo III Del Poder Público Estatal
Artículo 166 En cada Estado se creará un **Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas**, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios y representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y de las **comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere**. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley (grifo meu)

O artigo 126 é peculiar, pois outorga aos povos indígenas o dever de salvaguardar a integridade nacional da Venezuela, mesmo que estes não se considerem venezuelanos:

Artículo 126 Los **pueblos indígenas**, como **culturas de raíces ancestrales**, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el **deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional**. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional. (grifo meu)

O artigo é, no mínimo, contraditório, pois reconhece os povos indígenas como pertencentes às “culturas de raízes ancestrais”, portanto anteriores até mesmo à formação da identidade venezuelana e do próprio Estado, porém estes são obrigados a proteger e defender a integridade de algo do qual eles, possivelmente, sequer se considerem parte.

O artigo 156 traz o rol de competências do Poder Público Nacional venezuelano, dentre os quais, o inciso 32 – ou XXXII – versa sobre a competência deste legislar sobre os povos indígenas e os territórios por eles ocupados:

TÍTULO IV DEL PODER PÚBLICO Capítulo II De la Competencia del Poder Público Nacional

Artículo 156 Es de la **competencia del Poder Público Nacional**:

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de **pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos**; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional. (grifo meu)

À época da promulgação da Constituição Colombiana de 1991, a criação da Lei Orgânica dos Povos Indígenas foi tida como prioritária – junto com as Leis Orgânicas de Educação e de Fronteiras -, sendo incluída na sexta disposição transitória da Constituição, estabelecendo como prazo o lapso de dois anos da promulgação:

Sexta La **Asamblea Nacional** en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará **prioridad** a la **Ley Orgánica de Pueblos Indígenas**, Ley Orgánica de Educación y Ley Orgánica de Fronteras. (grifo meu)

O artigo 169 prevê legislação específica para os municípios com população indígena, respeitando a natureza própria do governo local:

Capítulo IV Del Poder Público Municipal

Artículo 169 La **organización de los Municipios** y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respeta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica,

elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los **Municipios con población indígena**. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la **naturaleza propia del gobierno local**. (grifo meu)

O artigo 260 trata da jurisdição indígena e da aplicação de suas instâncias:

Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia Sección Primera: De las Disposiciones Generales

Artículo 260 Las **autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales** y que **sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público**. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (grifo meu)

O artigo 281 que versa sobre as atribuições do Defensor do Povo traz em seu inciso 8 – ou VIII – o dever de velar pelos direitos humanos e pelos direitos dos Povos Indígenas:

Capítulo IV Del Poder Ciudadano Sección Segunda: De la Defensoría del Pueblo

Artículo 281 Son **atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo**: 1. Velar por el efectivo respeto y **garantía de los derechos humanos** consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. (...) 8. Velar por los **derechos de los pueblos indígenas** y **ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección**. (grifo meu)

2.3. Terceiro Ciclo: o constitucionalismo plurinacional

O Terceiro Ciclo traz à tona o constitucionalismo plurinacional, aperfeiçoando uma série de mecanismos trazidos no ciclo anterior, principalmente se considerarmos que a Bolívia e o Equador, países que tiveram Constituições promulgadas no Segundo Ciclo, logo tiveram novas constituintes na segunda metade da década de 2000, culminando nos dois mais recentes textos constitucionais da América Latina.

Ambas as constituintes foram extremamente emblemáticas pela grande presença indígena que pressionava o Estado a reconhecer os povos indígenas como “nações originárias” ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que então se configurava como plurinacional. (YRIGOYEN FAJARDO, 2009)

Além disso, Yrigoyen Fajardo⁹⁵ destaca que as lideranças indígenas nos dois países reivindicavam que os Estados retomassem as suas responsabilidades sociais, fazendo-se necessário garantir direitos sociais frente ao fracasso das políticas neoliberais decorrentes da década anterior.

2.3.1. Constituição do Equador (2008)

O Censo Populacional de 2001 realizado pelo INEC⁹⁶ apontou que 830.418 pessoas se identificaram como indígenas, representando 6,8% da população total do Equador, que à época correspondia a 12.156.608 de habitantes.

A Constituição Equatoriana de 1998 foi responsável pelo reconhecimento de direitos coletivos para os pueblos indígenas, através de um rol presente em seu artigo 84:

Artículo 84 El **Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas**, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes **derechos colectivos**:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la **propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias**, que serán **inalienables, inembargables e indivisibles**, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la **posesión ancestral de las tierras comunitarias** y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el **uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras**.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

⁹⁵ Ver: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina, 2009.

⁹⁶ GUERRERO, Fernando et al. Población indígena y afroecuatoriana en Ecuador: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo de 2001. In: CEPAL Documentos de proyectos. ONU/CEPAL, 2005.

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.
14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.
15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen. (grifo meu)

Destaco que o artigo 84 garantia o direito à identidade e administração do patrimônio cultural, à preservação das formas tradicionais de organização social e dos conhecimentos ancestrais, à educação bilíngue, à medicina tradicional e a participação em organismos oficiais.

No que tange à questão territorial, o artigo 84 dizia que as terras comunitárias são inalienáveis, garantia o usufruto dos recursos renováveis e a participação em sua exploração aos povos indígenas.

Após apenas dez anos de vigência da Constituição de 1998, foi promulgada uma nova Constituição Equatoriana em 2008, responsável por inaugurar o Terceiro Ciclo, trazendo com ele uma série de novos direitos que não haviam sido tratados até então nos ciclos anteriores.

Do mesmo modo que a sua antecessora, a Constituição de 2008 também trouxe um rol com os direitos inerentes aos povos indígenas que se encontram no território equatoriano, em seu artigo 57:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su **identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.**
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la **propiedad imprescriptible** de sus **tierras comunitarias**, que serán **inalienables, inembargables e indivisibles**. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. **Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales** y obtener su adjudicación gratuita.
6. **Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.**
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no

renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y **ejercicio de la autoridad**, en sus territorios legalmente reconocidos y **tierras comunitarias de posesión ancestral**.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos

derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres. (grifo meu)

O artigo 242 determina que as circunscrições territoriais indígenas serão regidas por regime especial:

Art. 242.- El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. **Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.** Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las **circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.** (grifo meu)

O artigo 257 continua a tratar das circunscrições territoriais indígenas, que devem ser regidas pelos princípios da interculturalidade e plurinacionalidade, respeitando os direitos coletivos, dentre os quais os elencados no artigo 57 da Constituição:

Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse **circunscripciones territoriales indígenas** o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por **principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.**

Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o **nacionalidades indígenas**, afroecuatorianos, montubios o ancestrales **podrán adoptar este régimen de administración especial**, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones. (grifo meu)

2.3.2. Constituição da Bolívia (2009)

Segundo o Censo Populacional realizado pelo Instituto Nacional de Estatística da Bolívia, a população indígena representa 41% do total de habitantes do país, o que quer dizer que à época da pesquisa 2.806.592 pessoas se declararam pertencentes a uma das 36 nações ou povos indígenas que vivem no território do Estado boliviano⁹⁷.

A Constituição Boliviana de 1994 - pertencente ao Segundo Ciclo – foi responsável por reconhecer os direitos sociais, econômicos e culturais dos Povos Indígenas, introduzindo o conceito de TCO, ou Terras Comunitárias de Origem como modalidade de propriedade agrária, em seu artigo 171.

⁹⁷ Ver: BOLIVIA, I. N. E. Instituto Nacional de Estadística. Censo de Población y Vivienda 2012, 2012.

Tal artigo também é responsável pelo reconhecimento da personalidade jurídica, pela delegação de funções administrativas e jurisdicionais e pela garantia ao uso e aproveitamento sustentável dos recursos naturais pelos povos indígenas:

Artículo 171 Se **reconocen, respetan y protegen** en el marco de la Ley los **derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional** y especialmente los relativos a sus **tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales**, su **identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones**. El Estado reconoce la **personalidad jurídica de las comunidades andinas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos**. Las **autoridades naturales** de las **comunidades indígenas** y campesinas **podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos**, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado. (grifo meu)

O artigo 166 da Constituição também garantia o direito à dotação de terras aos “*campesinos*”, conceito este que, hermeneuticamente, incluía também os povos indígenas.

Artículo 166 El trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria, y se **establece el derecho del campesino a la dotación de tierras**. (grifo meu)

Com a promulgação da Constituição Boliviana de 2009, foram reconhecidos vários direitos territoriais dos povos indígenas, aperfeiçoando conceitos trazidos pelo texto constitucional anterior, que teve apenas quinze anos de vigência.

O artigo 1º da Constituição de 2009 consolidou o Estado Plurinacional Comunitário da Bolívia, intercultural e fundado na pluralidade e no pluralismo cultural e linguístico:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, **intercultural**, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la **pluralidad** y el **pluralismo político**, económico, jurídico, **cultural y lingüístico**, dentro del proceso integrador del país (grifo meu)

O artigo 30 traz a o conceito de “nação” e de “povo indígena originário campesino”, elencando a seguir um rol de direitos inerentes a esses:

Artículo 30. I. Es **nación y pueblo indígena originario campesino** toda la **colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión**, cuya **existencia es anterior** a la **invasión colonial española**.
II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:
1. A existir libremente.
2. A su **identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión**.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la **libre determinación y territorialidad**.

5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
 6. A la **titulación colectiva de tierras y territorios**.
 7. A la **protección de sus lugares sagrados**.
 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
 17. A la **gestión territorial indígena autónoma**, y al uso y **aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio** sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.
- III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley. (grifo meu)

Direitos Territoriais	Guatemala (1985)	Nicarágua (1987)	Brasil (1988)	Colômbia (1991)	Peru (1993)
Definição	Art. 67	Não prevê	Art. 231, § 1º	Arts. 63; 329	Não prevê
Provisão de terras	Art. 68	Não prevê	Arts. 184; 231.	Art. 329	Não prevê
Usufruto da terra	Não prevê	Arts. 5; 89; 180; 181	Arts. 176; 231, § 2º, 3º	Arts. 330; 340; 360	Art. 89
Patrimônio cultural	Art. 62	Não prevê	Não prevê	Art. 72	Não prevê
Propriedade original	Art. 67	Não prevê	Art. 20	Não prevê	Não prevê
Propriedade inalienável	Não prevê	Não prevê	Art. 231, § 1º, 2º, 5º, 6º	Arts. 63; 72; 102; 329	Não prevê
Proteção especial	Art. 67	Art. 180	Arts. 20, XI; 21, XXV; 231, § 1º, 4º, 5º, 6º, 7º; 174, 231, § 3º	Arts. 58; 63; 72; 79; 80; 95, 8º; 102; 267	Arts. 60; 88; 89
Proteção dos recursos naturais	Pertencem ao Estado Art. 142	Pertencem ao Estado Art. 102	Pertence à União Art. 176	Pertencem ao Estado Art. 332	Pertencem ao Estado Art. 66

Direitos Territoriais	Bolívia (1994)	Equador (1998)	Venezuela (1999)	Equador (2008)	Bolívia (2009)
Definição	Art. 171	Art. 84, 2º e 3º	Art. 119	Art. 57	Art. 30; 403
Provisão de terras	Não prevê	Art. 84, 3º e 267	Não prevê	Art. 60	Art. 30
Usufruto da terra	Art. 171	Arts. 84, 4º, 5º; 88; 248; 251	Arts. 120, 121 e 123	Art. 57	Art. 30
Patrimônio cultural	Arts. 191; 137	Art. 84, 10º	Art. 121	Art. 57	Art. 30
Propriedade original	Art. 171	Art. 84, 2º e 3º	Art. 119	Art. 57, V	Art. 2º Art. 30
Propriedade inalienável	Não prevê	Art. 84, 2º	Art. 119	Art. 57, IV	Art. 394
Proteção especial	Arts. 7; 168; 169; 171	Arts. 84, 2º, 3º, 8º; 267 e 269	Art. 119	Art. 242 Art. 257	Art. 385
Proteção dos recursos naturais	Art. 171 Pertencem ao Estado Art. 136	Pertencem ao Estado Arts. 64 e 247	Consulta aos P. I. Art. 120	Art. 57, VI, VIII, XII	Art. 30 Art. 353 Art. 403 Art. 388

3. ANÁLISE DOS CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos promulgou uma série de decisões sobre os direitos coletivos dos povos indígenas. A partir de sua análise se extraíram importantes regras a respeito do conteúdo do direito de propriedade dos povos indígenas, bem como acerca dos deveres dos Estados para garantirem tais direitos.

A Corte Interamericana reconhece o direito consuetudinário dos povos tribais e indígenas como fontes do direito, outorgando ao direito à posse e à propriedade comunitária o caráter de direito coletivo. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou o direito à propriedade comunitária ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio do artigo 21 da Convenção Americana, de modo que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho serve como fonte complementar à referida Convenção em matéria de propriedade comunitária.⁹⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já em suas primeiras sentenças em relação aos conflitos territoriais que envolvem povos indígenas traz algumas definições sobre o que se deve entender por propriedade comunitária. A partir destes conteúdos definidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos podem-se caracterizar os territórios indígenas e entender porque estes adquirem tal grau de centralidade.

Os casos mais relevantes nos quais interveio a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são aqueles onde se dirimiram conflitos territoriais, pois a Corte não apenas definiu em sua jurisprudência o que se deve entender por direito à terra, como também avançou de modo a ordenar aos Estados as tarefas de demarcação, visando a garantia de tais direitos.

O objetivo foi analisar os casos relacionados às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, a partir da análise de decisões judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São comparados os dispositivos aplicados em cinco casos envolvendo quatro países: Nicarágua, Paraguai, Suriname e Brasil. Uma vez identificados os casos realizei a leitura da íntegra de todos elaborando uma resenha de cada um considerando:

(a) resumo dos fatos (*facts*);

⁹⁸ RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

- (b) objeto do litígio (*issue*);
- (c) decisão (*holding*);
- (d) justificativa da decisão (*reasoning*);

3.1. Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001)

No caso *Awas Tingni vs. Nicarágua (2001)* a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, à luz do artigo 21 da Convenção Americana, a propriedade coletiva dos povos indígenas sobre a terra.⁹⁹ Assim, reconheceu a validade da posse da terra baseada nos costumes e tradições indígenas, ainda que na falta do título sobre essa, como fundamento de sua propriedade sobre e a terra, ressaltando também a necessidade de que a relação próxima que os indígenas tem com suas terras seja reconhecida e compreendida como base fundamental da cultura, da vida espiritual, da integridade e da sobrevivência econômica¹⁰⁰ destas comunidades indígenas.

Resumo dos fatos

A comunidade Mayagna de Awas Tingni tem cerca de 2400 membros no município de Waspan na região autônoma da costa do Atlântica da Nicarágua, país centro-americano. Esta área tem sido um território tradicional de povos indígenas cuja língua majoritária é o Miskito, mesmo que a língua oficial do país seja o espanhol. A comunidade Awas Tingni fala Sumo ou Mayagna como principal língua além do Miskito.

O caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua foi apresentado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 4 de junho de 1998, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com uma demanda contra a Nicarágua que se originou na denúncia nº 11.577, recebida na Secretaria da Comissão em 2 de outubro de 1995. A denúncia foi realizada por representantes da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni.

A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção porque, a Nicarágua é Estado Parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1979 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 12 de fevereiro de 1991.

⁹⁹ Corte IDH, Sentencia caso Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, para. 148-149.

¹⁰⁰ Corte IDH, Sentencia caso Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, para. 151.

Em 2 de outubro de 1995, a Comissão Interamericana recebeu em sua Secretaria uma denúncia apresentada pelo senhor Jaime Castillo Felipe, Síndico da Comunidade, em seu nome e em representação desta. Nesta denúncia, também foi solicitada a adoção de medidas cautelares, em virtude de que o Estado supostamente dispor-se-ia a outorgar uma concessão à empresa *Sol del Caribe*, S.A. (SOLCARSA) para começar a exploração de madeira nas terras comunitárias.

Em 5 de fevereiro de 1996, a Comissão iniciou a tramitação do caso e enviou ao Estado as partes pertinentes da petição, solicitando a este que enviasse a informação correspondente em um prazo de 90 dias.

Entre 3 de maio de 1996 e 3 de outubro do mesmo ano foram realizadas três reuniões entre os peticionários, o Estado e a Comissão, e, com o fim de alcançar uma solução amistosa sobre este caso, a Comissão apresentou recomendações no Relatório de Mérito nº 27/98. Na última reunião, os peticionários solicitaram ao Estado que não outorgasse mais concessões na zona, que iniciasse o processo de demarcação das terras da Comunidade e as diferenciase das terras estatais. Por sua vez, o Estado apresentou alguns documentos, anunciou a criação da Comissão Nacional de demarcação e convidou os peticionários a participar nela.

Sucederam-se muitos encontros sem resultado, e pelas ações e omissões acontecidas a Comissão conclui que o Estado da Nicarágua não cumpriu suas obrigações sob a Convenção Americana de Direitos Humanos e no dia 28 de maio de 1998 optou por apresentar o caso perante a Corte.

Objeto do litigio

O objeto do litigio foi o fato da Nicarágua não ter estabelecido um procedimento jurídico que permitisse a rápida demarcação e o reconhecimento oficial dos direitos de propriedade da Comunidade Mayagna, bem como ter outorgado ou considerado a outorga de concessão para o aproveitamento de recursos naturais nas terras usadas e ocupadas por Awas Tingni, sem resolver a questão da posse da terra que afeta a Comunidade.

Em sua demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 32 e seguintes do Regulamento e apresentou este caso com o fim de que a Corte decidisse se o Estado violou os artigos 1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, em razão de que a Nicarágua não demarcou

as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem tomou medidas efetivas que assegurassem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras ancestrais e recursos naturais, bem como por haver outorgado uma concessão nas terras da Comunidade sem seu consentimento e por não haver garantido um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade sobre seus direitos de propriedade.

Decisão

A Corte,

Por sete votos contra um,

1. declara que o Estado violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

Por sete votos contra um,

2. declara que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

Por unanimidade,

3. decide que o Estado deve adotar em seu direito interno, conforme o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

Por unanimidade,

4. decide que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e se abster de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni

Por unanimidade,

5. declara que a presente Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação para os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Por sete votos contra um,

6. decide, por equidade, que o Estado deve investir, a título de reparação do dano imaterial, no prazo de 12 meses, a quantia total de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por sete votos contra um,

7. decide, por equidade, que o Estado deve pagar aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a quantia total de US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e custas em que incorreram os membros desta Comunidade e seus representantes, ambos causados nos processos internos e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção.

Por unanimidade,

8. decide que o Estado deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, um relatório sobre as medidas tomadas para dar-lhe cumprimento.

Por unanimidade,

9. decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao disposto na presente decisão.

Os Juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli informaram à Corte seu Voto Fundamentado Conjunto, os Juízes Salgado Pesantes e García Ramírez deram a conhecer à Corte seus Votos Fundamentados, e o Juiz Montiel Argüello deu a conhecer à Corte seu Voto Dissidente, os quais acompanham esta Sentença.

Justificativa da decisão

VOTO FUNDAMENTADO CONJUNTO DOS JUÍZES A. A. CANÇADO TRINDADE, M. PACHECO GÓMEZ E A. ABREU BURELLI

1. Nós, os Juízes subscritos, votamos a favor da adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o mérito no caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*.

Dada a importância da matéria arguida no presente caso, nos vemos obrigados a agregar as breves reflexões que seguem, acerca de um dos aspectos centrais da mesma, a saber, a *dimensão intertemporal* da forma comunal de propriedade prevalecente entre os membros das comunidades indígenas.

2. Na audiência pública realizada na sede da Corte Interamericana nos dias 16, 17 e 18 de novembro de 2000, dois membros e representantes da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni afirmaram a importância vital que reveste a relação dos membros da Comunidade com as terras que ocupam, não só para sua própria subsistência, mas também para seu desenvolvimento familiar, cultural e religioso. Daí sua caracterização do território como *sagrado*, por abrigar não só os membros vivos da Comunidade, mas também os restos mortais de seus antepassados, assim como suas divindades. Daí, por exemplo, a grande significação religiosa das colinas habitadas por estas divindades.

3. Como afirmou em seu testemunho na audiência pública perante a Corte um dos membros da referida Comunidade,

“(...) O Cerro Urus Asang é uma colina sagrada desde nossos ancestrais porque ali temos enterrados nossos avós e, por isso, o chamamos sagrado. Logo, Kiamak também é uma colina sagrada porque ali temos (...) as fl echas de nossos avós. Logo vem Caño Kuru Was, é um povoado velho. Todo nome que mencionamos neste quadro é sagrado. (...)”

4. E acrescentou, em seguida, que

“(...) Nossos avós viviam nessa colina, então tinham como seus animaizinhos (...) os macacos. (...)”

Os utensílios da guerra de nossos ancestrais, nossos avós, eram as flechas. Aí as têm armazenad[as].

(...) nós mantemos a nossa história, desde nossos avós. Por isso nós o temos como Colina Sagrada.

(...) Asangpas Muigeni é espírito do monte, é de igual forma que um humano, mas é um espírito [que] sempre vive debaixo das colinas. (...)”.

5. Como observou em seu testemunho um antropólogo na audiência pública perante a Corte, há dois tipos de lugares sagrados dos membros da Comunidade Mayagna: a) as colinas, onde estão os “espíritos do monte”, com os quais “há de se ter uma relação especial”; e b) nas zonas fronteiriças, os cemitérios, onde enterram seus mortos “dentro da Comunidade”, ao longo do rio Wawa, “visitados até hoje (...) em dia com frequência por (...) membros da

Comunidade”, sobretudo quando “vão de caça”, até certo ponto como um “ato espiritual”.³ Como agregou, na mesma audiência, em uma perícia, outro antropólogo e sociólogo, as terras dos povos indígenas constituem um espaço ao mesmo tempo geográfico e social, simbólico e religioso, de crucial importância para sua autoidentificação cultural, sua saúde mental, sua autopercepção social.

6. Como se observa dos testemunhos e perícias prestados na citada audiência pública, a Comunidade tem uma tradição contrária à privatização e à comercialização e venda (ou aluguel) dos recursos naturais (e sua exploração).

O conceito comunal da terra – inclusive como lugar espiritual – e seus recursos naturais fazem parte de seu direito consuetudinário; sua vinculação com o território, ainda que não esteja escrita, integra sua vida cotidiana, e o próprio direito à propriedade comunal possui uma dimensão cultural. Em suma, o *habitat* é parte integrante de sua cultura, transmitida de geração em geração.

7. A Corte Interamericana reuniu devidamente estes elementos no parágrafo 149 da presente Sentença, no qual afirma que

“(…) Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. (...) Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações”.

8. Consideramos necessário ampliar este elemento conceitual com uma ênfase na *dimensão intertemporal* do que nos parece caracterizar a relação dos indígenas da Comunidade com suas terras. Sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. O sentimento que se observa é no sentido de que, assim como a terra que ocupam lhes pertence, por sua vez eles pertencem à sua terra. Têm, pois, o direito de preservar suas manifestações culturais passadas e presentes, e de poder desenvolvê-las no futuro.

9. Daí a importância do fortalecimento da relação espiritual e material dos membros da Comunidade com as terras que têm ocupado, não só para preservar o legado das gerações passadas, mas também para assumir e desempenhar as responsabilidades que eles assumem a respeito das gerações por vir. Daí, ademais, a necessária prevalência que atribuem ao

elemento da *conservação* sobre a simples exploração dos recursos naturais. Sua forma comunal de propriedade, muito mais ampla que a concepção civilista (jusprivatista), deve, a nosso juízo, ser apreciada a partir deste prisma, inclusive sob o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, à luz dos fatos do *cas d'espèce*.

10. A preocupação pelo elemento da conservação reflete uma manifestação cultural da integração do ser humano com a natureza e o mundo em que vive. Esta integração, acreditamos, projeta-se tanto no espaço como no tempo, porquanto nos relacionamos, no espaço, com o sistema natural de que somos parte e que devemos tratar com cuidado, e, no tempo, com outras gerações (as passadas e as futuras), em relação com as quais temos obrigações.

11. Manifestações culturais do gênero formam, por sua vez, o *substratum* das normas jurídicas que devem reger as relações dos membros da comunidade *inter se* e com seus bens. Como oportunamente recorda a presente Sentença, a própria Constituição Política vigente da Nicarágua dispõe sobre a preservação e o desenvolvimento da identidade cultural (na unidade nacional), e as formas próprias de organização social dos povos indígenas, assim como a manutenção das formas comunais de propriedade de suas terras e o gozo, uso e desfrute das mesmas (artigo 5).

12. Estas formas de manifestação cultural e auto-organização social têm, de certo modo, se concretizado ao longo do tempo em normas jurídicas e em jurisprudência, nos planos tanto internacional como nacional. Não é esta a primeira vez que a Corte Interamericana teve presentes as práticas culturais de coletividades.

No caso *Aloebotoe e outros versus Suriname* (Reparações, Sentença de 10 de setembro de 1993), a Corte levou em consideração, na determinação do montante das reparações aos familiares das vítimas, o próprio direito consuetudinário da comunidade saramaca (os *maroons*,—à qual pertenciam as vítimas), onde prevalecia a poligamia, de modo a estender o montante das reparações de danos às diversas viúvas e seus filhos.

13. No caso *Bámaca Velasquez versus Guatemala* (Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000), a Corte levou em devida consideração o direito dos familiares da pessoa forçadamente desaparecida a uma sepultura digna aos restos mortais desta e a repercussão da questão na cultura maia. Mas, nesta Sentença sobre o mérito no caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, a Corte, pela primeira vez, aprofunda na análise da matéria, em uma aproximação a uma interpretação integral da cosmovisão indígena, como ponto central da presente Sentença.

14. De fato, muitas são, em nossos dias, as sociedades multiculturais, e a atenção devida à diversidade cultural nos parece que constitui um requisito essencial para assegurar a eficácia das normas de proteção dos direitos humanos, nos planos nacional e internacional. Do mesmo modo, consideramos que a invocação das manifestações culturais não pode atentar contra os padrões universalmente reconhecidos de observância

e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, ao mesmo tempo que afirmamos a importância da atenção devida à *diversidade* cultural, inclusive para o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, recusamos com firmeza as distorções do chamado “relativismo” cultural.

15. A interpretação e aplicação dadas pela Corte Interamericana ao conteúdo normativo do artigo 21 da Convenção Americana e no presente caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni* representam, em nosso modo de ver, uma contribuição positiva à proteção da forma comunal de propriedade prevalente entre os membros de dita Comunidade. Esta concepção comunal, além dos valores nela subjacentes, tem uma cosmovisão própria e uma importante dimensão intertemporal, ao manifestar os laços de solidariedade humana que vinculam os vivos com seus mortos e com os que estão por vir.

VOTO FUNDAMENTADO CONCORDANTE DO JUIZ HERNÁN SALGADO PESANTES

No presente caso, permito-me agregar algumas considerações.

1. A posse da terra por parte dos povos e comunidades indígenas, seja a título de propriedade comunal ou de posse ancestral, foi reconhecida em nosso continente como um direito e muitos países latinoamericanos o consagraram em nível constitucional.

2. Este direito à terra, reivindicado pelos indígenas, inscreve-se no direito à propriedade; no entanto ultrapassa este conceito tradicional no qual prima a relação individual. Por outro lado, a propriedade comunal ou coletiva cumpre da melhor maneira a exigência ineludível da função social porque esta é parte de sua natureza.

3. A contribuição antropológica do século XX deixou claro que as culturas indígenas têm um vínculo muito particular com a terra secular de seus antepassados, na qual cumprem seu ciclo vital e onde buscam alcançar sua plenitude humana espiritual e material.

4. Neste caso, no qual existem diversos assentamentos de comunidades indígenas (sobrepostos), quando o Estado proceda a delimitar e demarcar a propriedade comunal deve primar um critério de proporcionalidade que consiste em que o Estado, com a participação dos

interessados, entregue as terras que são necessárias para desenvolver e garantir as formas de vida de todos os habitantes-membros das comunidades indígenas.

5. Por último, quando se invoca o direito de propriedade, deve-se ter presente que o gozo e exercício do direito de propriedade traz consigo um acúmulo de deveres, desde os morais e políticos até os de índole social. Junto a eles está o dever jurídico refletido nas limitações impostas pela lei em um Estado democrático. Segundo a Convenção Americana: “A Lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.” (Artigo 21.1).

VOTO FUNDAMENTADO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCIA RAMÍREZ À SENTENÇA DE MÉRITO E REPARAÇÕES DO CASO DA “COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI” – PRINCIPAIS FUNDAMENTOS

Coincindo com o voto majoritário dos Juízes que integram a Corte na Sentença de mérito e reparações do presente caso, que declara a existência de violações aos artigos 21 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em detrimento da Comunidade Mayagna Awas Tingni. Para chegar a esta decisão, a Corte examinou cuidadosamente as pretensões dos petionários, apresentadas perante esta jurisdição pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como a posição do Estado – que explicitamente reconheceu direitos da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e seus integrantes (par. 152 da Sentença) –, as provas exibidas na respectiva audiência e outros elementos de conhecimento que figuram nos autos. Com esta sustentação, a Corte fez uma interpretação pertinente, a meu modo de ver, do artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O artigo 29 da Convenção Americana, relativo à interpretação deste instrumento, manifesta que nenhuma de suas disposições poderá ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes (...)”. Em outros termos, aqueles que se encontram protegidos pelo regime da Convenção não perdem por isto – ainda se esta contivesse restrições ou limitações de direitos precedentes, o que não é o caso – as liberdades, prerrogativas ou faculdades que já tenha conforme a legislação do Estado sob cuja jurisdição se encontram. Estas não se vêm excluídas pelos direitos que reconhece a Convenção, mas se conciliam com eles para precisar seu alcance, ou são acrescentadas a estes para integrar o crescente catálogo dos direitos humanos.

Em diversos países da América, os grupos étnicos indígenas, cujos antepassados – povoadores originais do Continente – construíram antes da conquista e colonização instituições jurídicas que se mantêm vigentes, em certa medida, estabeleceram especiais relações de fato e de direito a propósito da terra que possuíam e da qual obtinham seus meios de subsistência. Estas figuras jurídicas, que traduzem o pensamento e o sentimento de seus criadores e se encontram revestidas de plena legitimidade, enfrentaram a erosão de múltiplas medidas adotadas a partir da conquista. Porém, sobreviveram até nossos dias. Diversas legislações nacionais as reassumiram e contam com o respaldo de respectivos instrumentos internacionais, que reivindicam os interesses legítimos e os direitos históricos dos primitivos habitantes da América e de seus sucessores.

A Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribui ao reconhecimento de algumas relações jurídicas específicas, que contribuem para integrar o estatuto característico de uma boa parte dos habitantes da América, cada vez melhor compreendido e reconhecido pelas legislações nacionais e os instrumentos internacionais. O tema desta Sentença, e por fim ela mesma, situa-se em um ponto de convergência entre direitos civis e direitos econômicos, sociais e culturais; dito de outra maneira: encontra-se no ponto a que concorrem o direito civil e o direito social. A Convenção Americana, aplicada nos termos da interpretação que ela mesma autoriza, e que ademais figura nas regras da matéria conforme o Direito dos Tratados, deve significar e de fato significa um sistema normativo de proteção seguro para os indígenas de nosso Continente, não menos que para outros povoadores dos países americanos aos que chega o sistema tutelar da Convenção Americana.

VOTO DISSIDENTE DO JUIZ MONTIEL ARGÜELLO

1. Discordo dos pontos resolutivos 1, 2, 6 e 7 da sentença proferida pela Corte no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

2. Reconheço que se trata de um caso sumamente complexo e que a Corte e cada um dos Juízes que a integram atuaram nele com a maior equanimidade.

3. O Governo da Nicarágua é respeitoso em alto grau dos direitos dos povos indígenas amplamente reconhecidos na Constituição Política e nas leis secundárias.

4. Em minha opinião não existiu no presente caso violação do Artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que garante a existência de um recurso judicial efetivo contra atos violatórios dos direitos fundamentais. A Corte chegou a conclusão contrária, mas

partindo da premissa que se distancia da realidade de que na Nicarágua não existe um procedimento claramente regulado que permita a titulação de terras indígenas comunitárias. A verdade é que o Instituto Nicaraguense de Reforma Agrária (INRA), depois MIDINRA e agora Escritório de Titulação Rural tiveram faculdades para fazer titulações e contra suas resoluções era procedente o recurso de amparo perante a Corte Suprema de Justiça. Que seja possível melhorar a legislação existente não significa que essa legislação não exista. Como o reconhece a mesma sentença da Corte, o Governo da Nicarágua contratou uma consultoria para fazer um diagnóstico integral de todas as comunidades indígenas e apresentou à Assembleia Legislativa um projeto denominado “Lei Orgânica que Regula o Regime de Propriedade Comunal das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica e Bosawas”.

5. Em relação ao mesmo Artigo 25 da Convenção, a Corte leva em consideração vários recursos de amparo. O primeiro desses recursos foi apresentado pela Comunidade em setembro de 1995, mas nele não se pede a titulação de suas terras, mas se dirige contra a entrega de uma concessão madeireira que ela supõe afetar essas terras. O recurso foi declarado improcedente por ser extemporâneo. É certo que a resolução da Corte Suprema foi produzida mais de um ano depois da interposição, mas isso não causou nenhum prejuízo à Comunidade, pois sendo extemporâneo em nenhum momento pôde haver sido declarado procedente.

6. O outro recurso considerado pela Corte foi de amparo por inconstitucionalidade interposto por dois membros do Conselho Regional da Região Autônoma Atlântico Norte (RAAN) no mês de março de 1996 e teve êxito, depois de várias incidências, em obter a declaração de nulidade e cancelamento da referida concessão madeireira. No entanto, a nulidade foi baseada somente na falta de aprovação da concessão pelo pleno do Conselho Regional, ou seja, que não tinha relação com a delimitação de terras da Comunidade e ademais o recurso não havia sido interposto por esta.

7. Quanto à declaração de violação do Artigo 21 da Convenção que garante a propriedade, a Corte a fundamenta no fato de que não existe na Nicarágua um procedimento para materializar o reconhecimento da propriedade comunal dos

povos indígenas, mas esse fundamento não é certo, como foi visto nos parágrafos anteriores. O fato de que desde 1990 não tenham sido concedidos títulos dessa natureza não implica a ausência de tal procedimento, mas que se deriva da falta de interesse das comunidades indígenas em solicitar a titulação de suas terras; em particular, no caso concreto da Comunidade Awas Tingni, em nenhum momento foi feito pedido de titulação perante a

autoridade competente, mas que todas suas gestões se limitaram a atacar a concessão madeireira antes referida. Somente no caso de que houvesse havido pedidos de titulação e estas houvessem sido recusadas, teria fundamento a alegação.

8. Os fatos enumerados nos parágrafos anteriores comprovam que não existiu violação dos artigos 25 e 21 da Convenção que se indicam como violados na sentença da Corte.

9. Com respeito às reparações acordadas pela Corte, devo indicar que ao não haver violação de um direito protegido pela Convenção, não cabe a aplicação do Artigo 63 da mesma. Ademais, não é procedente acordar indenização na ausência de dano e no presente caso ele não existiu, nem material por não ter havido cortes de madeira na área de concessão, nem moral porque a falta de delimitação das terras não afetou o sistema de vida tradicional dos indígenas da Comunidade Awas Tingni. Sobre a reintegração dos gastos gerados pelas gestões e a condenação em custas, em minha opinião só devem ser acordados nos casos em que o Estado não tenha tido motivos racionais para se opor à demanda.

10. Apesar do afirmado no parágrafo anterior, creio ser justo reconhecer que na indicação dos montantes das quantidades acordadas a Corte procedeu com equidade, levando em consideração a difícil situação econômica pela qual atravessa a Nicarágua.

3.2. Yakye Axa vs. Paraguai (2005)

Nos anos seguintes a Corte Interamericana de Direitos Humanos ratificou sua interpretação sobre a matéria, ao reconhecer os direitos de carácter coletivo sobre as terras ancestrais das comunidades de Yakye Axa e Sawhoyamaka no Paraguai¹⁰¹, que, assim como no caso da comunidade Awas Tingni, as terras reivindicadas pelos indígenas estavam ocupadas por proprietários privados.

Deste modo, levando em consideração as implicações que estas terras tem para a cultura e para a sobrevivência destes povos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu a necessidade de restringir a propriedade privada dos particulares de modo a alcançar o objetivo coletivo de preservar às identidades culturais dos referidos povos, assim o artigo 21.2 da Convenção fala do pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, no que tange à restrição da propriedade privada.¹⁰²

¹⁰¹ Corte IDH, Sentencia Yakye Axa vs. Paraguay, 2005

¹⁰² Corte IDH, Sentencia caso Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, para. 149.

CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAI

Apenas indígenas ocupavam o Chaco após a guerra do Paraguai e devido a ocupação de suas terras, comunidades indígenas como os Yakye Axa passaram a viver perigosamente em um acampamento às margens da rodovia, nos limites do que antes eram as suas terras.

O caso da Comunidade indígena Yakye Axa May vs. Paraguai foi apresentado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 17 de março de 2003, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com uma demanda contra o Paraguai que se originou na denúncia nº 12.313, recebida na Secretaria da Comissão em 10 de janeiro de 2000.

A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção porque, o Paraguai Estado Parte na Convenção Americana desde 24 de agosto de 1989 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 26 de março de 1993.

Em 10 de janeiro de 2000, as organizações não governamentais *Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco paraguayo* (“Tierraviva”) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram à Comissão Interamericana uma denúncia pela suposta violação por parte do Paraguai do direito consagrado no artigo 25 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da comunidade indígena Yakye Axa.

Em 27 de fevereiro de 2002, a Comissão declarou admissível o caso e se colocou à disposição das partes com o objetivo de alcançar uma solução amistosa.

Em 24 de outubro de 2002, considerando concluída a etapa de solução amistosa elaborou um relatório do caso enviado ao Estado com um prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas para cumprir as recomendações do Relatório de Mérito nº 67/02. A Comissão notificou o envio do relatório a Tierraviva e o CEJIL com prazo de um mês para apresentar sua posição a respeito do envio do caso à Corte.

Em 19 de fevereiro de 2003, após uma prorrogação de prazo concedida, o Estado enviou sua resposta às recomendações realizadas pela Comissão. Depois de analisar a resposta do Estado às citadas recomendações, a Comissão decidiu submeter o presente caso à Corte Interamericana em 17 de março de 2003.

Objeto do litigio

O objeto do litígio foi que o Paraguai não estabeleceu as medidas necessárias para ordenar, delimitar, demarcar e titular as terras da Comunidade Indígena Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua e de seus membros, sendo que, desde 1993 estava em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade.

A Comissão apresentou a demanda com base nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, com o fim de que a Corte decidisse se o Paraguai violou os artigos 4 (Direito à Vida); 8 (Garantias Judiciais); 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma, em detrimento da Comunidade indígena Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua e seus membros.

O argumento foi que o Estado não garantiu o direito de propriedade ancestral da Comunidade indígena Yakye Axa e de seus membros, já que desde 1993 se encontraria em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade, sem que tenha sido resolvido satisfatoriamente. De acordo com o manifestado pela Comissão em sua demanda, isso significou a impossibilidade da Comunidade e de seus membros de ter acesso à propriedade e à posse de seu território e implicou mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, o que ameaça de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma.

Decisão

A Corte,

Declara que:

Por sete votos a um,

1. O Estado violou os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1. e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 55 a 119 da presente Sentença.

Por sete votos a um,

2. O Estado violou o Direito à Propriedade, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 123 a 156 da presente Sentença.

Por unanimidade,

3. O Estado violou o Direito à Vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa nos termos dos parágrafos 160 a 176 da presente Sentença.

Por cinco votos a três,

4. Não conta com elementos probatórios suficientes para demonstrar a violação do Direito à Vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de 16 membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 177 a 178 da presente Sentença.

Por unanimidade,

5. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 200 da presente Sentença.

e, por unanimidade, dispões que:

6. O Estado deverá identificar o território tradicional dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa e entregá-lo de maneira gratuita, em um prazo máximo de três anos contados a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 211 a 217 da presente Sentença.

7. Enquanto os membros da Comunidade indígena Yakye Axa se encontrarem sem suas terras, o Estado deverá fornecer os bens e serviços básicos necessários para sua subsistência, nos termos do parágrafo 221 da presente Sentença.

8. O Estado deverá criar um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, em um prazo máximo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 218 da mesma.

9. O Estado deverá implementar um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário, nos termos dos parágrafos 205 e 206 da presente Sentença.

10. O Estado deverá adotar em seu direito interno, em um prazo razoável, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para garantir o efetivo gozo do direito à propriedade dos membros dos povos indígenas, nos termos do parágrafo 225 da presente Sentença.

11. O Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 226 da mesma.

12. O Estado deverá publicar, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, ao menos por uma vez, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, tanto o capítulo denominado Fatos Provados como os pontos resolutivos Primeiro a Décimo Quarto desta.

Ademais, o Estado deverá financiar a transmissão radial desta Sentença, nos termos do parágrafo da mesma.

13. O Estado deverá realizar os pagamentos a título de dano material e custas e gastos dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos dos parágrafos 195 e 232 desta Sentença.

14. A Corte supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas tomadas para dar-lhe cumprimento, nos termos do parágrafo 241 da mesma.

O Juiz Alirio Abreu Burelli deu a conhecer à Corte seu Voto Parcialmente Dissidente, os Juízes Antônio A. Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles deram a conhecer à Corte seu Voto Dissidente Conjunto e o Juiz *ad hoc* Ramón Fogel Pedroso deu a conhecer à Corte seu Voto Parcialmente Concordante e Parcialmente Dissidente.

Justificativa da decisão

VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ A. ABREU BURELLI

Ao ser submetida à votação a sentença de mérito no caso “Comunidade indígena Yakye Axa”, manifestei minha divergência em relação ao ponto resolutivo 4 no qual a Corte declara que “*não conta com elementos probatórios sufi cientes para demonstrar a violação do Direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de 16 membros da Comunidade indígena Yakye Axa [...]*”.

Em nosso entendimento, o “nexo causal” que tanto buscava a maioria da Corte encontra-se claramente confi gurado na falta de devida diligência por parte do Estado quanto às condições de vida de *todos* os membros da Comunidade Yakye Axa (responsabilidade

internacional objetiva do Estado). Com efeito, assim o reconheceu expressamente a própria Corte no presente caso, ao ter indicado que Este Tribunal observa que a falta de concretude do direito à propriedade comunal dos membros da Comunidade Yakye Axa, bem como as graves condições de vida às quais foram submetidos como consequência da demora estatal na efetivação de seus direitos territoriais devem ser apreciadas pela Corte no momento de fixar o dano imaterial.

VOTO DISSIDENTE CONJUNTO DOS JUÍZES A.A. CANÇADO TRINDADE E M.E. VENTURA ROBLES

1. Concordamos em nossos votos com a adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade indígena Yakye Axa versus Paraguai, com grande parte da qual estivemos basicamente de acordo, com exceção do ponto resolutivo nº 4 e dos parágrafos considerativos correspondentes, dos quais discordamos firmemente, com base nos fundamentos que exporemos a seguir, no presente Voto Dissidente Conjunto. Entendemos, ademais, que o decidido pela Corte em relação ao ponto resolutivo n. 4, a privou de outras considerações que nos parecem essenciais, sobretudo em relação ao direito fundamental à vida, e comprometeu o equilíbrio e a harmonia da presente Sentença da Corte como um todo. 2. A Corte Interamericana tem argumentado uma concepção do direito fundamental à vida que inclui as condições de uma vida digna (artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). A este respeito, em um célebre obiter dictum no caso Villagrán Morales e Outros versus Guatemala (Caso das “Crianças de Rua”, Sentença sobre o mérito, de 19 de novembro de 1999, par. 144), a Corte ponderou que O direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Caso não seja respeitado, todos os direitos carecem de sentido. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo.

Em essência, o direito fundamental à vida compreende, não apenas o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não se impeça ele de ter acesso às condições que lhe garantam uma existência digna. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a esse direito básico e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele.

3. No presente caso, a Corte aceitou esta hermenêutica ao estabelecer, no ponto resolutivo 3 desta Sentença, uma violação do artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Yakye Axa, por não adotar medidas em face das condições que afetaram suas

possibilidades de terem uma vida digna. A este respeito, estivemos inteiramente de acordo com a advertência da Corte no sentido de que o Estado deve adotar medidas destinadas a garantir o direito a uma alimentação adequada, acesso a água

VOTO PARCIALMENTE CONCORDANTE E PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ RAMON FOGEL

Discordo da sentença quando declara que o Estado violou, em detrimento da comunidade Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua, o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana. As gestões para garantir o direito de propriedade da Comunidade Yakye Axa não foram efetivas devido a vazios normativos no direito interno e por desacertos nos procedimentos utilizados, particularmente, na insistência na reivindicação de um único espaço do território tradicional; neste ponto, deve-se ter presente que do conjunto de testemunhos resulta que em algumas oportunidades o Estado não consultou a Comunidade ao gerir a compra de terras para a Comunidade, mas em outras efetuou a consulta, sem contudo alcançar o acordo com a Comunidade que insistiu na aquisição de Loma Verde, o que propõe a necessidade de diferenciar, no âmbito normativo, a consulta do consenso.

3.3. Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre a manutenção dos direitos de propriedade sobre as terras ancestrais dos povos indígenas quando estes tenham perdido a posse sobre as mesmas, na sentença do caso Sawhoyamaxa vs. Paraguai, determinando que o direito à reivindicação das terras de propriedade ancestral reclamadas pelos povos indígenas não se extinguirá enquanto estes mantiverem sua relação com tais terras, seja esta material ou espiritual,¹⁰³ assim, “enquanto esta relação existir, o direito à reivindicação permanecerá”.

Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay

A Comunidade Sawhoyamaxa vem lutando há anos para voltar à região do Chaco. Enquanto espera, a Comunidade tem sofrido sem condições de vida digna num campo ao lado de uma estrada movimentada.

¹⁰³ Corte IDH, Sentencia caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, para.131.

O caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai foi apresentado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 3 de fevereiro de 2005, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com uma demanda contra o Estado do Paraguai que se originou na denúncia nº 0322/2001, recebida na Secretaria da Comissão em 15 de maio de 2001. A denúncia foi realizada pela organização governamental “TierraViva a los Pueblos Indígenas”.

A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção porque, o Paraguai é Estado Parte na Convenção Americana desde 24 de agosto de 1989 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 26 de março de 1993.

Em 19 de outubro de 2004, a Comissão aprovou o informativo No. 73/04 com recomendações para o Estado sobre o caso.

Em 31 de janeiro de 2005, após analisar a resposta do Estado às citadas recomendações, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana.

Objeto do litigio

O objeto do litigio foi que o Paraguai não estabeleceu as medidas necessárias para ordenar, delimitar, demarcar e titular as terras da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa e de seus membros, sendo que, desde 1991 estava em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade.

A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 61 da Convenção Americana, com o fim de que a Corte decidisse se o Paraguai violou os artigos 4 (Direito à Vida); 5 (Direito de integridade pessoal); 8 (Garantias Judiciais); 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma, em detrimento da Comunidade indígena Sawhoyamaxa e seus membros.

O Estado não tem garantido o direito de propriedade ancestral da Comunidade indígena Sawhoyamaxa e de seus membros, já que desde 1991 se encontraria em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade, sem que tenha sido resolvido satisfatoriamente. De acordo com o manifestado pela Comissão em sua demanda, isso significou a impossibilidade da Comunidade e de seus membros de ter acesso à propriedade e à posse de seu território e implicou mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, o que ameaça de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma.

Decisão

A Corte,

Declara:

Por unanimidade,

.1. O Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8 e 25, respectivamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Sawhoyamaxa nos termos dos parágrafos 87, 89, 93 e 112 desta Sentença.

.2. O Estado violou, em detrimento dos membros do povo Sawhoyamaxa, o direito à propriedade, reconhecido no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da mesma, nos termos dos parágrafos 117 a 144 da presente Sentença.

.3. O Estado violou o direito à vida, reconhecido no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de acordo com os artigos 1.1 e 19 da mesma, nos termos dos parágrafos 150 a 178 da presente Sentença.

.4. Não há necessidade de se pronunciar sobre o direito à integridade pessoal, nos termos do parágrafo 185 da presente Sentença.

.5. O Estado violou o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de NN Galarza, Rosana López, Eduardo Cáceres, Eulalio Cáceres, Esteban González Aponte, NN González Aponte, Niño Yegros, Jenny Toledo, Guido Ruiz Díaz, NN González, Luis Torres Chávez, Diego Andrés Ayala, Francisca Britez, Silvia Adela Chávez, Derlis Armando Torres, Juan Ramón González, Arnaldo Galarza y Fátima Galarza nos termos dos parágrafos 186 a 194 da presente Sentença.

.6. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 220 da presente Sentença:

220. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye, per se, una forma de reparación²³⁷. No obstante, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, las alteraciones de las condiciones de existencia de las víctimas y sus consecuencias de orden no material o no pecuniario, la Corte estima pertinente que los daños inmateriales deben ser reparados.

E dispõe que:

- .7. O Estado deve adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra índole necessárias, para, no prazo máximo de três anos, entregar física e formalmente aos membros da Comunidade Sawhoyamaxa suas terras tradicionais, nos termos dos parágrafos 210 e 2015 da presente Sentença.
- .8. O Estado deverá implementar um fundo de desenvolvimento comunitário, nos termos dos parágrafos 224 a 225 da presente Sentença.
- .9. O Estado deverá efetuar o pagamento por conceito de dano imaterial e custos e gastos dentro do prazo de um ano, contando a partir da notificação da presente decisão, nos termos dos parágrafos 218, 226 e 227 da presente Sentença.
- .10. Enquanto os membros da Comunidade Sawhoyamaxa estiverem sem terras, o Estado deverá subministrar os bens e serviços básicos necessários para sua subsistência, nos termos do parágrafo 230 da presente Sentença.
- .11. No prazo de seis meses contando a partir da notificação da presente Sentença, o Estado deverá estabelecer no assentamento Santa Elisa e Quilometro 16 da Comunidade Sawhoyamaxa um sistema de comunicação que permita às vítimas contato com as autoridades de saúde competentes, para a atenção de casos de emergência nos termos do parágrafo 232 da presente Sentença.
- .12. O Estado deverá realizar, no prazo máximo de um ano contando a partir da notificação da presente Sentença, um programa de registro e documentação, nos termos do parágrafo 231 da presente Sentença.
- .13. O Estado deverá adotar no seu direito interno, num prazo razoável, as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para criar um mecanismo eficaz de reclamação de terras ancestrais dos membros dos povos indígenas, que faça reais seus direitos sobre suas terras tradicionais, nos termos do parágrafo 235 da presente Sentença.
- .14. O Estado deverá realizar as publicações apontadas no parágrafo 236 da presente Sentença, dentro do prazo de um ano contando a partir da notificação da mesma. De igual forma, o Estado deverá financiar a transmissão radial desta Sentença, nos termos do parágrafo 236 da mesma.
- .15. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso quando o Estado tenha dado pleno cumprimento ao disposto na mesma. O Estado deverá, dentro do prazo de seis meses contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

Na opinião do juiz Manuel E. Ventura Robles ao ditar por unanimidade a Sentença no caso da Comunidade Sawhoyamaxa, a Corte Interamericana retificou uma sentença – Caso Comunidade Yakye Axa – na qual havia prevalecido uma interpretação restritiva do direito à vida. Agora retoma o caminho apontado em sentenças anteriores, no qual a interpretação

ampla da violação dos direitos humanos, especialmente à vida, apontava o rumo das sentenças.

3.4. Saramaka vs. Suriname (2008)

Dentre os estados submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podemos afirmar que o Suriname é um dos que oferece menos garantias constitucionais aos seus povos originários, que representam quase 6% da população total do país de composição demográfica extremamente complexa. (KLOT, 2006)

O Suriname obteve sua independência da Holanda em 1975, e sua atual Constituição encontra-se em vigor desde 1987 - ainda que com algumas reformas constitucionais -, sendo, portanto, contemporânea às Constituições do Primeiro Ciclo.

Porém, a Constituição surinamense não pode ser enquadrada em nenhum dos ciclos supracitados, uma vez que omite qualquer reconhecimento de direitos culturais ou territoriais dos povos indígenas, furtando-se também de prever qualquer forma de autonomia indígena, seja jurisdicional ou política. (KLOT, 2006)

Em 2007, no caso do povo Saramaka vs. Suriname, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que os povos indígenas, com base no artigo 21 da Convenção Americana, sempre tem o direito a usar e gozar dos recursos naturais, que se encontrem nas terras ancestrais que tradicionalmente ocupam e, que são necessários para a preservação de sua própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade de seu estilo de vida.¹⁰⁴

Ainda no mesmo caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou, de maneira expressa em relação aos planos de desenvolvimento econômico que provocavam um grande impacto nos territórios deste povo, decidindo que os Estados tem a obrigação de obter o consentimento livre, prévio e informado, em consonância com os costumes e tradições¹⁰⁵ dos povos indígenas e não apenas consultar os povos indígenas de maneira apropriada¹⁰⁶ no que tange a estas questões.

¹⁰⁴ Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 134.

¹⁰⁵ Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 135

¹⁰⁶ Corte IDH, Sentencia caso Saramaka vs. Surinam, 2008, párr. 134

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO DO POVO SARAMAKA VS. SURINAME

O povo Saramaka,, descendente de africanos e composto por cerca de 90.000 pessoas está distribuído em sessenta e três comunidades. Juntos, os seis povos marrons do Suriname (aluku/boni, kwinti, matawai, ndjuka, paramaka e saramaka) compõem 21% da população desse país.

Em 23 de junho de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra o Estado do Suriname, que teve origem na denúncia número 12.338 remetida à Secretaria da Comissão em 27 de outubro de 2000 pela Associação de Autoridades Saramaka e doze capitães Saramaka em seu nome, bem como em nome do povo Saramaka que vive na região superior do Rio Suriname.

A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção porque, Suriname é Estado Parte na Convenção Americana desde 11 de dezembro de 1987 e reconheceu a competência contenciosa da Corte.

Em 2 de março de 2006, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e de Mérito nº 9/06, nos termos do artigo 50 da Convenção,1 o qual continha recomendações para o Estado. Em 19 de junho de 2006, a Comissão concluiu que “o assunto não havia sido resolvido” e, conseqüentemente, submeteu o presente caso à jurisdição da Corte na mesma data.

Objeto do litigio

O objeto do litigio foi a existência de supostas violações cometidas pelo Estado contra os membros do povo Saramaka, comunidade tribal que vive na região superior do Rio Suriname. A Comissão arguiu que o Estado não adotou medidas efetivas para reconhecer seu direito ao uso e gozo do território que tradicionalmente usaram e ocuparam; que o Estado supostamente violou o direito à proteção judicial em detrimento do povo Saramaka ao não oferecer-lhes acesso efetivo à justiça para a proteção de seus direitos fundamentais, particularmente o direito a ter propriedade de acordo com suas tradições comunais, e que o Estado supostamente não cumpriu seu dever de adotar disposições de direito interno para assegurar e respeitar estes direitos dos Saramakas.

Ainda quando o Estado é o proprietário dos territórios e recursos ocupados e utilizados pelo povo de Saramaka, por aprovação tácita do Estado, o povo de Saramaka tinha certo grau

de autonomia para governar as suas terras e recursos. Mas o Estado iniciou a outorga de concessões a terceiros para atividades de madeira e de mineração na zona do Rio Suriname Superior e no território do povo de Saramaka. Estas concessões para madeiras contaminaram o meio ambiente.

Além disso, o povo de Saramaka carecia de estatuto jurídico em Suriname e portanto não podia receber títulos comunais ou de outra entidade coletiva tradicional possuidora de terra. E, mesmo tendo solicitado que se estabeleça e reconheça um título de propriedade sobre seus territórios, o Estado não realizou ações para tanto.

Em sua demanda, a Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 21 (Direito à Propriedade) e 25 (Direito à Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de várias medidas de reparação pecuniárias e não pecuniárias.

Decisão

A Corte,

Declara:

por unanimidade, que:

1. O Estado violou, em detrimento dos membros do povo Saramaka, o direito à propriedade, reconhecido no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar, garantir e efetivar este direito no âmbito interno, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da mesma, nos termos dos parágrafos 78 a 158 desta Sentença.

2. O Estado violou, em detrimento dos integrantes do povo Saramaka, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao direito à propriedade estabelecido no artigo 21 deste instrumento e ao direito à proteção judicial estabelecido no artigo 25 da mesma, assim como em conexão com as obrigações de respeitar, garantir e efetivar estes direitos no âmbito interno, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da mesma, nos termos dos parágrafos 159 a 175 desta Sentença.

3. O Estado violou o direito à proteção judicial, reconhecido no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar e garantir o direito à propriedade, reconhecidas nos artigos 21 e 1.1 deste instrumento, em

detrimento dos membros do povo Saramaka, nos termos dos parágrafos 176 a 185 desta Sentença.

E Decide:

por unanimidade, que:

4. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 195 da mesma.

5. O Estado deve delimitar, demarcar e outorgar o título coletivo do território dos membros do povo Saramaka, de acordo com seu direito consuetudinário e por meio de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais. Até que não se realize esta delimitação, demarcação e outorga do título coletivo sobre o território Saramaka, o Suriname deve abster-se de realizar atos que possam estimular agentes do próprio Estado ou terceiros, atuando com consentimento ou tolerância do Estado, a potencialmente afetar a existência, valor, uso ou gozo do território ao qual têm direito os integrantes do povo Saramaka, a menos que o Estado obtenha o consentimento prévio, livre e informado deste povo. A respeito das concessões já outorgadas dentro do território tradicional Saramaka, o Estado deve revisá-las à luz da presente Sentença e da jurisprudência deste Tribunal com o fim de avaliar se é necessária uma modificação dos direitos dos concessionários para preservar a sobrevivência do povo Saramaka, nos termos dos parágrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 e 194(a) desta Sentença.

6. O Estado deve outorgar aos membros do povo Saramaka o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva correspondente à comunidade que eles integram, com o propósito de garantir o exercício e pleno gozo de seu direito à propriedade de caráter comunal, assim como o acesso à justiça enquanto comunidade, de acordo com seu direito consuetudinário e tradições, nos termos dos parágrafos 174 e 194(b) desta Sentença.

7. O Estado deve eliminar ou modificar as disposições legais que impeçam a proteção do direito à propriedade dos membros do povo Saramaka e adotar, em sua legislação interna e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, medidas legislativas ou de outra natureza necessárias a fim de reconhecer, proteger, garantir e efetivar o direito de titularidade de direitos de forma coletiva sobre o território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram ao povo Saramaka, o que inclui as terras e os recursos naturais necessários para sua subsistência social, cultural e econômica, bem como administrar, distribuir e controlar efetivamente este território, de acordo com seu direito consuetudinário e

sistema de propriedade comunal e sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais, nos termos dos parágrafos 97 a 116 e 194(c) desta Sentença.

8. O Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza que sejam necessárias para reconhecer e garantir o direito do povo Saramaka a ser efetivamente consultado, segundo suas tradições e costumes, ou se for o caso, o direito de conceder ou abster-se de conceder seu consentimento prévio, livre e informado a respeito dos projetos de desenvolvimento ou de investimento que possam afetar seu território e a compartilhar, razoavelmente, os benefícios derivados destes projetos com o povo Saramaka, no caso destes serem realizados, nos termos dos parágrafos 129 a 140, 143, 155, 158 e 194(d) desta Sentença.

9. O Estado deve assegurar que sejam realizados estudos de impacto ambiental e social por entidades tecnicamente capacitadas e independentes, e previamente à outorga de concessões relacionadas com projetos de desenvolvimento ou de investimento dentro do território tradicional Saramaka, bem como implementar medidas e mecanismos adequados a fim de minimizar o prejuízo que estes projetos possam gerar na capacidade de sobrevivência social, econômica e cultural do povo Saramaka, nos termos dos parágrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 e 194(e) desta Sentença.

10. O Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para proporcionar aos integrantes do povo Saramaka os recursos efetivos e adequados contra atos que violem seu direito ao uso e gozo da propriedade de acordo com seu sistema de propriedade comunal, nos termos dos parágrafos 177 a 185 e 194(f) desta Sentença.

11. O Estado deve traduzir ao holandês e publicar o Capítulo VII da presente Sentença, sem as correspondentes notas de rodapé, bem como os pontos resolutivos números um a quinze, no Boletim Oficial do Estado e em outro jornal de ampla circulação nacional, nos termos dos parágrafos 196(a) e 197 desta Sentença.

12. O Estado deve financiar duas transmissões radiais em língua Saramaka dos conteúdos dos parágrafos 2, 4, 5, 17, 77, 80-86, 88, 90, 91, 115, 116, 121, 122, 127-129, 146, 150, 154, 156, 172 e 178, sem as correspondentes notas de rodapé, e dos pontos resolutivos números um a quinze da presente Sentença, em uma estação de rádio que seja acessível ao povo Saramaka, nos termos dos parágrafos 196(b) e 197 desta Decisão.

13. O Estado deve designar as quantias fixadas nesta Sentença como indenização pelos danos material e imaterial a um fundo de desenvolvimento comunitário criado e

estabelecido em benefício dos membros do povo Saramaka em seu próprio território tradicional, nos termos dos parágrafos 199, 201, 202, 208 e 210 a 212 desta Decisão.

14. O Estado deve realizar o pagamento a título de reembolso de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 206, 207 e 209 a 211 desta Sentença.

15. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso quando o Estado tenha dado pleno cumprimento ao disposto na mesma. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

3.5. Xucuru vs. Brasil (2016)

Em 16 de outubro de 2002, a Comissão Interamericana recebeu uma denúncia apresentada pelos petionários Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP e o Conselho Indigenista Missionário – CIMI contra a República Federativa do Brasil, pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com as obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco.

No Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros contra o Brasil, o ponto central é que o Estado brasileiro se estendeu injustificadamente no processo de reconhecimento dos territórios ancestrais do povo Xucuru, desrespeitando o acesso à propriedade territorial coletiva resultando em uma série de problemas e prejuízos decorrentes desta demora e, que, por sua vez, perduram até hoje.

Dezesseis anos se passaram para que o Povo Indígena Xucuru obtivesse o reconhecimento de seu território, em 2005, através de um processo iniciado em 1989, demonstrando um prazo totalmente irrazoável e não compatível com os mecanismos vigentes de proteção aos direitos coletivos dos povos indígenas.

Não obstante a alarmante demora no longo processo de demarcação, que se dá da maneira demonstrada no primeiro capítulo do presente trabalho, o Povo Indígena Xucuru sofre até hoje por não poder gozar de suas terras de forma pacífica, uma vez que a desintrusão do território demarcado ainda não foi concluída, contando ainda com a presença de ocupantes não indígenas. A respeito disso se pronunciou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório de Mérito do caso:

“A Comissão Interamericana considera estar provado que o povo indígena Xucuru não vem podendo usar e gozar suas terras de forma pacífica. O Estado reconheceu a contínua presença de ocupantes não indígenas no território indígena Xucuru. Ressaltou, ainda, os esforços da FUNAI para realizar o pagamento das indenizações a esses ocupantes previamente à realização da desintrusão do território, a partir do ano de 2001. É fato, porém, que durante anos o Estado absteve-se de realizar efetivamente a desintrusão do território indígena Xucuru. Além disso, em sua última comunicação perante a Comissão, o Estado reconheceu que a desintrusão ainda não havia concluído. Estes elementos permitem que a Comissão conclua que o Estado brasileiro não cumpriu de maneira diligente e oportuna com sua obrigação de realizar a desintrusão do território do povo indígena Xucuru.”¹⁰⁷

O caso do Povo Indígena Xucuru pode servir como exemplo para demonstrar o retrato da situação da demarcação das terras indígenas no Brasil e todos os problemas decorrentes desta, uma vez que vários destes elementos se fazem presente neste caso como a demora não razoável e injustificada por parte do Estado brasileiro no processo de demarcação de terras, a existência de várias ações na justiça de terceiros interessados na terra que retardam a efetivação da demarcação, a violência contra as lideranças indígenas, a falta de desintrusão dos territórios indígenas com a presença de não indígenas e intrusos nas terras demarcadas, a violação da posse da propriedade coletiva e a violação da posse pacífica das terras indígenas, dentre outros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela violação dos direitos coletivos do Povo Indígena Xucuru, não tendo garantido uma proteção eficaz do direito destes à propriedade coletiva, configurando assim uma violação ao artigo 21 da Convenção Americana. Deste modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou no Relatório de Mérito do caso que:

“Com base no anteriormente exposto, a CIDH considera que o reconhecimento tardio e as falhas do Estado em assegurar a propriedade e posse pacíficas do território indígena Xucuru através da desintrusão efetiva, implicaram que o sistema em geral e a maneira como implementado no caso concreto, não permitiram uma proteção eficaz do direito à propriedade e, portanto, constituíram uma violação do

¹⁰⁷ CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

artigo 21 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento internacional, a partir da ratificação deste instrumento pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992. Anteriormente a essa data, a CIDH considera que é aplicável o artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.”¹⁰⁸

3.6. Análise Comparativa dos Casos - Conclusões

O caso *Awas Tingni* é um marco, por parte da justiça internacional no tema do direito à propriedade de terras ocupadas por comunidades indígenas pois a Corte Interamericana reconheceu de forma unânime o direito não individual mas da comunidade à propriedade e aceitou que, a relação entre o indígena e a terra é além de simples propriedade. Os juízes Cançado Trindade, M. Pacheco e A. Abreu Burelli mencionam que um dos pontos centrais do caso a saber é a “dimensão intertemporal da forma comunal de propriedade prevalecente entre os membros das comunidades indígenas”, evidenciando-se, nesta decisão uma questão normativa definida por Fischer (2007) como valores e objetivos que a lei deveria promover.

O juiz ad hoc designado pelo estado da Nicarágua, Alejandro Montiel Argüello foi o voto dissonante em relação a violação dos artigos 1,2,21 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do pagamento de um determinado valor em dólares destinado a obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade e a título de gastos causados no processo.

Apresenta-se neste caso, uma questão econômica pois entre outras coisas, este mesmo juiz Argüello reconhece que, na indicação dos montantes das quantidades acordadas a Corte procedeu com equidade, levando em consideração a difícil situação econômica pela qual atravessa a Nicarágua.

Para os casos *Yakye Axa* (2005) e *Sawhoyamaya* (2006) contra Paraguai, onde os territórios ancestrais se encontram sob a propriedade privada de terceiros com a Comunidade deslocada para um lugar na beira de uma estrada e morando em condições precárias de subsistência, a Corte entendeu por unanimidade que o Estado deveria demarcar imediatamente as terras e enquanto não acontecia a remarcação, o mesmo deveria providenciar condições de saúde, comunicação e dignidade de vida para a comunidade indígena.

¹⁰⁸ CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

No caso *Yakye Axa* um ponto resolutivo da Sentença não foi por unanimidade. Conforme expressado pelo juiz Cançado Trindade: “Concordamos em nossos votos com a adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade indígena *Yakye Axa versus Paraguai*, com exceção do ponto resolutivo nº 4. Neste ponto, a Corte diz não contar com elementos probatórios suficientes para demonstrar a violação do Direito à Vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de 16 membros da Comunidade indígena *Yakye Axa* que segundo testemunhas morreram devido às condições precárias de moradia.

No entender dos juízes que não concordaram com este ponto resolutivo nº 4 a Corte deixou de considerar fatos essenciais, sobretudo em relação ao direito fundamental à vida. Observa-se aqui então uma questão normativa.

Um ano depois frente a um caso similar, *Sawhoyamaxa vs Paraguai* a mesma Corte sim considerou o artigo citado, prevalecendo uma interpretação mais ampla do direito à vida e retomando o caminho apontado em sentenças anteriores.

No caso *Saramaka vs Suriname*, o Estado iniciou a outorga de concessões a terceiros para atividades de madeira e de mineração na zona do Rio Suriname Superior e no território do povo de Saramaka. A decisão foi que o Estado deve delimitar, demarcar e outorgar o título coletivo do território dos membros do povo Saramaka e até que não se realize esta delimitação, demarcação e outorga do título coletivo sobre o território Saramaka, o Suriname deve abster-se de realizar atos que possam estimular agentes do próprio Estado ou terceiros.

Neste caso, o Estado deve garantir o direito do povo Saramaka a ser efetivamente consultado, segundo suas tradições e costumes, ou se for o caso, o direito de conceder ou abster-se de conceder seu consentimento prévio sobre projetos que possam afetar seu território.

Data da sentença	Caso	Objeto do litigio	Direitos violados
31/08/2001	<p align="center">COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA</p>	<p>Ausência de um procedimento jurídico que permitisse a rápida demarcação e o reconhecimento oficial dos direitos de propriedade da Comunidade Mayagna, bem como a outorga de concessão para o aproveitamento de recursos naturais nas terras usadas e ocupadas por Awas Tingni, sem a resolução prévia da questão da posse da terra que afeta a Comunidade.</p>	<p>Convenção Interamericana: Art. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos) Art. 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) Art. 21 (Direito à Propriedade Privada) Art. 25 (Proteção Judicial)</p>
17/06/2005	<p align="center">COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAI</p>	<p>A ausência de medidas necessárias para ordenar, delimitar, demarcar e titular as terras da Comunidade</p>	<p>Convenção Interamericana: Art. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos) Art. 2º (Dever de</p>

		<p>Indígena Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua e de seus membros, sendo que, desde 1993 estava em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade, resultando em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, e à ameaça contínua à sobrevivência dos membros da Comunidade, bem como a integridade da mesma.</p>	<p>Adotar Disposições de Direito Interno)</p> <p>Art. 4º (Direito à Vida);</p> <p>Art. 8º (Garantias Judiciais);</p> <p>Art. 21 (Direito à Propriedade Privada)</p> <p>Art. 25 (Proteção Judicial)</p>
29/03/2006	<p>COMUNIDADE INDÍGENA SAWAHOYAMAKA VS. PARAGUAI</p>	<p>Falta de medidas necessárias para ordenar, delimitar, demarcar e titular as terras da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa e de seus membros, demorando a atender o pedido de</p>	<p>Convenção Interamericana:</p> <p>Art. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos)</p> <p>Art. 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)</p> <p>Art. 4º (Direito à Vida)</p> <p>Art. 5º (Direito de integridade pessoal)</p>

		reivindicação territorial, que estava em tramitação desde 1991.	Art. 8º (Garantias Judiciais) Art. 21 (Direito à Propriedade Privada) Art. 25 (Proteção Judicial)
28/11/2007	CASO DO POVO SARAMAKA VS. SURINAME	Violações cometidas pelo Estado do Suriname que não adotou medidas efetivas para reconhecer aos membros do povo Saramaka o direito ao uso e gozo do território que tradicionalmente usaram e ocuparam; o Estado violou o direito à proteção judicial em detrimento do povo Saramaka ao não oferecer-lhes acesso efetivo à justiça para a proteção de seus direitos fundamentais, particularmente o direito a ter propriedade de	Convenção Interamericana: Art. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos) Art. 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) Art. 21 (Direito à Propriedade) Art. 25 (Direito à Proteção Judicial)

		<p>acordo com suas tradições comunais.</p> <p>O Estado também não cumpriu seu dever de adotar disposições de direito interno para assegurar e respeitar tais direitos dos Saramakas.</p>	
<p>Ainda sem sentença</p>	<p>POVO INDÍGENA XUCURU VS. BRASIL</p>	<p>Demora irrazoável e injustificada no processo de demarcação de terras;</p> <p>Falta de efetivação da demarcação;</p> <p>Violência contra as lideranças indígenas;</p> <p>Intrusão dos territórios indígenas com a presença de estranhos nas terras demarcadas;</p> <p>Violação da posse pacífica das terras indígenas.</p>	<p>Convenção Interamericana:</p> <p>Art. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos)</p> <p>Art. 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)</p> <p>Art. 8º (Garantias Judiciais)</p> <p>Art. 25 (Direito à Proteção Judicial)</p>

CONCLUSÃO

Concluo que os direitos territoriais dos povos indígenas estão bem longe de estarem plenamente garantidos e protegidos pelos Estados, embora existam avanços significativos, ao menos na perspectiva de reconhecer aos povos indígenas o direito à posse e propriedade que tem sobre suas terras e territórios de caráter ancestral, assim como o uso, a participação e o controle sobre os recursos naturais existentes nestes.

Analisando a nível nacional, os ordenamentos jurídicos da América Latina tem reconhecido de maneira crescente o caráter originário dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, o que constitui um passo importantíssimo para os Estados da região assegurarem efetivamente os direitos territoriais dos povos indígenas.

Tal reconhecimento jurídico deve ser um impulso para as experiências concretas que permitam o controle político e financeiro dos povos indígenas sobre suas terras e territórios como forma de exercício da sua livre autodeterminação.

Entretanto, ainda faltam meios verdadeiramente efetivos de garantir a proteção de tais direitos, principalmente se tomarmos como exemplo casos concretos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o mais recente que envolveu o Povo Indígena Xucuru e o Brasil. Tal caso pode ser apontado como o retrato típico da situação da demarcação das terras indígenas no Brasil e de todos os seus vícios.

Conclui-se ainda que a demarcação de terras indígenas deve ser encarada como um direito dos povos originários, sendo a sua garantia extremamente importante para estes e para a sociedade como um todo, uma vez que a demarcação representa a busca pela plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas, contribuindo para a consolidação do estado democrático e pluriétnico.

Assim, proteger os direitos à terra e ao território constitui um dos primeiros passos para construir um estado pluricultural, uma vez que um Estado que se afirma plurinacional e/ou multicultural deve possuir mecanismos efetivos de participação dos povos indígenas originários que respeitem as suas cosmovisões.

Os Estados devem impor políticas públicas visando garantir os direitos coletivos das populações indígenas com a finalidade de construir uma sociedade mais justa, equitativa e democrática, evitando assim a exclusão de importantes setores da população destes países, bem como de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Os povos indígenas devem ser tratados como povos autônomos, tendo garantido o direito ao exercício do autogoverno no âmbito de seus territórios, bem como uma participação popular direta e representativa na política nacional de seus respectivos Estados e, sendo reconhecida, protegida e garantida a propriedade coletiva de suas terras.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ACOSTA, María Luisa: “Los derechos de las comunidades y pueblos indígenas de la Costa Atlántica en la Constitución Política de Nicaragua y la implementación del Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua.” Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional, Managua 1996.

ALLAIS, María Luisa. La población indígena de Venezuela según los censos nacionales. Encuentro nacional de demógrafos y estudiosos de la población, 2004.

AMPIÉ, Mauro. Manual de Derecho Constitucional. Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana. Managua. Impresiones Helios, 2006.

ANAYA, S: James, Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid, Trotta y Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

ANAYA, James: Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil. United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 August 2009.

APARICIO, M., “Pueblos indígenas y constitucionalismo: de la igualdad multicultural al diálogo entre iguales”. En APARICIO, M., ed, Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina, Icaria, Barcelona, 2011.

AYLWIN OYARZÚN, José (Ed.). Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. Iwgia, 2004.

AYLWIN OYARZÚN, José, "Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina", CEME (Centro de Estudios Miguel Enríquez), Chile. 2009.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Derechos de los Pueblos Indígenas. Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama. Editorial Abya Yala, 2003.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto; BARABAS, Alicia. Autonomías Étnicas Y Estados Nacionales. México, D.F.: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes : Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998.

BASTOS, Santiago; CAMUS, Manuela. Entre el mecapan y el cielo. Desarrollo del movimiento maya en Guatemala. Guatemala: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – Cholsamaj, 2006.

BELLO, Álvaro. Etnicidad y Ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Naciones Unidas. CEPAL, 2004.

BELLO, Enzo. A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano. 1 ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012

BLANCO, Juan. Entre colonialidad y decolonialidad. El Pueblo Maya del siglo XXI. In: AEBCAMagazin, v. 7, 2012.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOLÍVIA. Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia (2009). Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Nueva_CPE.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BOLIVIA, Constitución. Constitución Política del Estado: promulgada en 7 de febrero de 2009. In: La Paz: Congreso de Bolivia. 2009.

BOLIVIA, I. N. E. Instituto Nacional de Estadística. Censo de Población y Vivienda 2012, 2012.

BRANDÃO, Pedro. O novo constitucionalismo Pluralista Latino – Americano. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 abr.2017.

BRUNN, Reinhild Margarete von. Metamorfosis y desaparición del vencido: desde la subalternidad a la complementariedad en la imagen de Santiago ecuestre en Perú y Bolivia. Tesis de Magíster en Artes con mención en Teoría e Historia del Arte. Universidad de Chile. Facultad de Artes. Escuela de Postgrado. 2009. Disponível em: <http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2009/brunn_r/sources/brunn_r.pdf>. Acesso em: 27 Nov. 2016.

CAMARGO, Alfredo José Cavalcanti Jordão. Bolívia – A criação de um Novo País a Ascensão do Poder Político Autóctone das Civilizações pré-Colombianas a Evo Morales. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2006.

CENSO, I.B.G.E. Disponível em:< <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em, v. 23, 2010.

CHIRIF, Alberto. El indígena y su território son um solo. Lima: OXFAM América, 1991.

CHUECAS CABRERA, Adda. El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. Disponível em: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf) Consulta: 12/12/2017.

Corte I.D.H., Caso de Pueblo Saramaka vs Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C N. 172.

CIDH, Sentença do Caso Yakye Axa vs. Paraguai, 2005.

CIDH. Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais. 2009. Para. 55. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>;

CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo VI “Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil”.

CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

CLAVERO, Bartolomé. Derecho indígena y cultura constitucional en América. Siglo XXI, 1994

COLOMBIA, Constitución Política de. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá DC, Colombia, 1991.

COLOMBIA, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno, 1991. (Publicada em UN.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4).

CORREAS, Oscar; CAMPOS, Arturo Berumen; ORTIZ, Jacqueline. Derecho Indígena Mexicano. Derecho Y Sociedad. México, D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Ediciones Coyoacán, 2007.

DANTAS, Fernando. Os povos indígenas brasileiros e a cidadania ativa. In: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46> Acesso em: 24 abr. 2017.

DARÍO, Rubén. A Roosevelt. TORRE, G., org. Antologia poética, 1966.

ECUADOR, Constitución. Asamblea Nacional del. Quito. Ecuador, 2008.

ESCOBAR FORNOS, Iván. El constitucionalismo nicaraguense. Hispamer, 2004.

ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua. 1994.

FERRAJOLI, Luigi: “Derechos y Garantías – La Ley del mas débil”, Madrid, 2004.

FIALHO, Vânia. Estratégias e Tentativas de Regularização da Terra Indígena Xucuru, citado em Comunicação dos petionários de 10 de outubro de 2002.

FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. Os recortes na terra dos “filhos do guaraná”: implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena Andirá-

Maraú. Seminário formação jurídica e povos indígenas: Desafios para uma educação superior. Belém-Pará, LACED, 2007.

FRÜHLING, Pierre, GONZALEZ, Miguel, BUVOLLEN, Hans Petter: Etnicidad y Nación – El desarrollo de la autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua (1987-2007), Ciudad de Guatemala, 2007

GALEANO, E. As veias abertas da América Latina. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2011.

GARCÍA HIERRO, Pedro. El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: limites y posibilidades, 2004.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario et al. Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985/Constitución. Guatemala, 1993.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISCHMANN, Roseli (org.). Povos Indígenas e Tolerância: Construindo Práticas de Respeito e Solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

GUALA, Lourdes Tibán. Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador: aplicabilidad, alcances y limitaciones. INDESIC, Instituto para el Desarrollo Social y de las Investigaciones Científicas, 2001.

GUATEMALA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de la República de Guatemala. Centro Nacional de Libros de Texto y Material Didáctico, Ministerio de Educación, 1985.

GUERRERO, Fernando et al. Población indígena y afroecuatoriana en Ecuador: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo de 2001. In: CEPAL Documentos de proyectos. ONU/CEPAL, 2005.

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

INE. Estimaciones y Proyecciones de Población, con base en los Censos Nacionales XI de Población y VI de Habitación 2002.

INEI - Perú Sistema de consulta de resultados censales. Cuadros estadísticos. Disponível em: <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/> Acessado em 27/12/2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (VENEZUELA). Censo de población y vivienda 2001: Cuadros estadísticos. Instituto Nacional de Estadística, 2005.

JORRÍN SAN MARTÍN, Rocío et al. Algunas problemáticas relativas a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de Brasil. 2016.

JUMPA, Antonio Peña; MALLOL, Vicente Cabedo; BÁRCENAS, Francisco López. *Constituciones, Derecho y Justiça em los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KLOT, Sofía. *El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas*. *Revista de Derecho*, v. 5, n. 10, p. 203-221, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 45, n. 177. Jan/mar 2008, Brasília: Senado Federal, 2008. p. 19-29.

LÓPEZ, Francisco Sánchez; FREIDENBERG, Flavia. *El proceso de incorporación política de los sectores indígenas en el Ecuador. Pachakutik, un caso de estudio*. *América Latina Hoy*, v. 19, p. 65, 1998.

MALDONADO, Daniel Bonilla et al. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javerina, 2007.

MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena em América Latina*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2004.

MÁRQUEZ, Gabriel García; ZAGURY, Eliane. *Cem anos de solidão*. Record, 1967.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NICARAGUA: "Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas." Managua, 2000.

NICARAGUA: "Estatuto de Autonomía de las dos Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua", Ley 28. Managua 1987.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA MORAES, Germana de e FREITAS, Raquel Coelho. *O novo constitucionalismo latino-americano o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o Bem Viver (Sumak Kawsay)*. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (Org) 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 103 – 124.

PÉREZ, Miguel González. *Gobiernos pluriétnicos: la constitución de regiones autónomas en Nicaragua: estudio sobre el Estado nacional y el proceso de autonomía regional en la Costa Atlántica-Caribe*. Plaza y Valdés, 1997.

PERÚ, *Constitución Política del*. Lima. Perú: Jurista Editores, 1993.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova constituição boliviana – contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (Org) 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 141-152.

RAMÍREZ, Sergio. Adiós, Muchachos – A história da Revolução Sandinista e seus protagonistas. Rio de Janeiro. Record, 2011.

RAMÍREZ, Silvina. Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico–La justicia indígena en un nuevo modelo estatal. CONVENIO 169 DE LA OIT, p. 150.

RAMIREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latinoamericanas são capazes de garantir os direitos dos povos indígenas. AA. VV. Povos Indígenas. Constituicoes e Refomas Políticas na América Latina. Brasília, Instituto de Estudios Socioeconómicos-INESC, p. 215-235, 2009.

RAMÍREZ, Silvina. Matriz constitucional, Estado intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

RAMÍREZ, Silvina; MAISLEY, Nahuel. The protection of the rights of indigenous peoples. The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights, p. 189, 2016.

RIBEIRO, Darcy. Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1970.

RICARDO, Carlos Alberto. Passados 500 anos, sequer sabemos seus nomes. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISCHMANN, Roseli (org.). Povos Indígenas e Tolerância: Construindo Práticas de Respeito e Solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 63-70.

RIVERA, Virgilio, Williamson Dennis, Rizo Mario: “Autonomía y Sociedad en la RAAN.” CIDCA-UCA, Managua 1997.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. Antropologia Jurídica: para uma filosofia antropológica do Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROMANO, Santi. O ordenamento jurídico. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SARMENTO, Daniel. Pareceres Jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais. Manaus. UEA, 2007.

SABALLOS, Eduardo. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua. 1ª edição. Managua. HISPAMER, 1999.

SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, v. 2, p. 761-778, 2006.

SOARES, Amanda Santos. Direito à terra e a "viagem da volta": processos de construção da terra indígena potiguara de Monte-Mor. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-

Graduação em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

SOLÍS, Gustavo. In: Atlas sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, UNICEF, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Universalidade Parcial dos Direitos Humanos. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISCHMANN, Roseli (org.). Povos Indígenas e Tolerância: Construindo Práticas de Respeito e Solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 253-261.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Pueblos Originarios: El Debate Necesario. Buenos Aires: CLACSO: Instituto de Estudios y Formación de la CTA: CTA ediciones, 2010.

SURALLES, Alexandre; GARCÍA HIERRO, Pedro. Tierra Adentro. Territorio Indígena y Percepción del Entorno. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. IWGIA. Lima 2004.

SVAMPA, Maristella. Debates latinoamericanos: indianismo, desarrollo, dependencia y populismo. Edhasa, 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. El derecho en América Latina, v. 109, 2011.

VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

VAN COTT, Donna Lee. Movimientos indígenas y transformación constitucional en Los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, v. 8, n. 3, p. 41-60, 2002.

VENEZUELA, Asamblea Constituyente de. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial, v. 5, 1999.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 91-112.

VERGOTTINI, Giuseppe, Derecho Constitucional Comparado, México, UNAM, Secretariado Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. (Org) 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 20-42.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> Acesso em: 09/11/2016.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GRAVITO, César Roberto (Comp.) El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. El derecho en América Latina, p. 139, 2011.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina, 2009.

VERDUM, Ricardo. (Org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 9-62.

ZELAYA, Roger Antonio Salgado: Legislación y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas em Nicaragua, Managua: BITECSA, 2014.

Sítios eletrônicos:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm

<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo517.htm>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=R E&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=>

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf)

<https://www.erzbistum-muenchen.de/cms-media/media-23818220.PDF>

<https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/26/5eTCcFIHERnaNVeUmm3iabXHaKgXtw0C.pdf>

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf>