



**OS POVOS TRADICIONAIS NA AMÉRICA LATINA:
A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS**

**PEOPLE IN TRADITIONAL LATIN AMERICA:
THE INTERPRETATION OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM**

Maressa da Silva Miranda¹

Marcela de Fátima Menezes Máximo²

RESUMO

O presente trabalho intenciona tratar as questões relativas aos povos originais à luz da hermenêutica trazida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal com jurisdição na Organização dos Estados Americanos. Com a redemocratização dos Estados num contexto da justiça de transição, a Corte Interamericana surge como uma tentativa de reprimir e prevenir os abusos cometidos nos regimes ditatoriais da América. Ela atua na vanguarda dos direitos humanos prelecionando conceitos contemporâneos de proteção das garantias fundamentais e impede a reconstrução de uma política pautada no totalitarismo e servilismo de povos originários. Nesse escopo, a proposta que se apresenta visibiliza o novo formato trazido pelo direito interamericano à cultura, à tradição, às terras e ao cenário de ressurgimento dos povos tradicionais na América, bem como sua valorização como parte integrante dos Estados nacionais e sua importância histórica para a construção desses países. O quadro fático pós-moderno de exploração e aniquilamento dos povos originários da América, que ressurge no pós II Guerra incorporado pelas lutas de proteção e resguardo aos

¹ Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- PUC/MG. Advogada.

² Mestranda em Direito Internacional Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PUC/MG. Advogada.



direitos humanos, faz com que o direito interamericano insurja contra as violações aos direitos de propriedade e nacionalidade dos povos mais vulneráveis, delimitando a ingerência do Estado sobre tais direitos. A partir desse novo contexto de abrigo supranacional, em que há restituição em face das violações perpetradas pelo Estado e proteção contra novas ingerências a esses direitos, os povos originários passam a ocupar lugar de destaque no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIPDH) e adquirem personalidade digna de proteção, reerguendo-se dentro de seus Estados como um povo, nação e gente.

PALAVRAS- CHAVE: DIREITOS HUMANOS, SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, POVOS TRADICIONAIS.

ABSTRACT

This paper intends to address issues unique to hermeneutic brought by the Inter-American Court of Human Rights, the court having jurisdiction in the Organization of American States people . With the democratization of states in the context of transitional justice American Court emerges as an attempt to suppress and prevent abuses in American dictatorships . It operates at the forefront of human rights prelecionando contemporary concepts of protection of fundamental rights and prevents the reconstruction of a policy guided totalitarianism and servility of native peoples . In this scope, the proposal that presents new format makes visible the inter-American law brought by the culture , the tradition , the land and the resurgence of traditional peoples in America scenery as well as its value as an integral part of national states and their historical importance to the construction of these countries . Postmodern factual framework of exploitation and destruction of the native peoples of America that emerges in the post World War II built by the struggles of protection and safeguarding human rights , makes the inter-American law insurja against violations of property rights and nationality of people most vulnerable , limiting the interference of the state over such rights . From this new



context of supranational shelter, where there is restitution in the face of violations perpetrated by the state and protection against further interference with these rights , indigenous peoples come to occupy a prominent place in the Inter-American Human Rights System , acquire personality worthy of protection, is rebuilding within their States as a people , nation and people.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS, THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS, THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, TRADITIONAL PEOPLES.

1 INTRODUÇÃO

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, na qual 11 milhões de pessoas foram exterminadas, a comunidade internacional percebeu a importância da garantia dos direitos da pessoa humana para além da afirmação retórica dos direitos fundamentais consignada nas cartas constitucionais dos Estados. O marco desta preocupação foi a Declaração de Direitos Humanos de 1948, que iniciou um novo paradigma para a proteção e promoção dos direitos humanos, caracterizados pela universalidade, indivisibilidade e interdependência de tais princípios, pela crescente normatização internacional dos direitos e garantias da pessoa humana e pela criação e aperfeiçoamento de sistemas internacionais de proteção, global e regionais, cujo objetivo é viabilizar a exigência dos Estados em cumprir os compromissos firmados internacionalmente para a promoção e proteção dos direitos humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, pois, como uma resposta da Sociedade Internacional à necessidade de se repensar o paradigma do Direito dos Estados, tornando os preceitos constitucionais presentes na maior parte dos ordenamentos internos de um mero desejo político de caráter programático a normas efetivas, materializadas e exigíveis judicialmente.



Para tal, foram elaborados vários instrumentos normativos internacionais que criaram tribunais com competência para interferir diretamente no plano interno dos Estados membros, que estão, agora, estruturados em uma rede de atores governamentais cooperativos e, ao mesmo tempo, fiscalizadores do cumprimento dos tratados de direitos humanos, vez que traz a visibilidade internacional necessária do modo como os Estados têm se comportado e tratado os direitos humanos dentro de seu território.

A despeito da universalidade dos direitos humanos, as especificidades da cada povo e cultura e a afinidade regional entre os Estados fizeram surgir, para uma melhor efetivação desses direitos, a necessidade da criação dos sistemas regionais de proteção³: europeu, africano e interamericano, sendo o Brasil Estado-membro deste último, e que por isso será objeto de pesquisa no presente artigo.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Diante dessa nova ordem sistematizada, foi criada, em 1948, a Organização dos Estados Americanos – OEA, com o objetivo de transversalizar a comunicação política e o apoio mútuo entre os Estados do continente americano. A OEA se fundamenta em quatro pilares essenciais: democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento. Um de seus instrumentos mais significativos é a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, que precedeu em meses a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela já grifava o compromisso interamericano com a proteção dos direitos humanos e traçou as bases e diretrizes para o que se conhece hoje como a Convenção Americana de

³ Os sistemas regionais de proteção complementam o sistema global de proteção dos direitos humanos, centrado na ONU, em suas instituições, agências e nos diversos tratados internacionais globais, notadamente os Pactos Internacionais sobre os Direitos Cívicos e Políticos e Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.



Direitos Humanos - CADH, chamada também de “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante Convenção.

A Convenção Americana de Direito Humanos tem como propósito essencial “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais” (CADH, 1969, Preâmbulo). Ela garante uma proteção internacional ao indivíduo que tem seu direito humano violado por ação ou omissão do próprio Estado e não consegue encontrar recurso interno aprazível para se defender dos abusos sofridos.

A CADH, em seu artigo primeiro, já ressalta o compromisso avocado pelos Estados signatários de respeitar e garantir, internamente, os direitos nela reconhecidos, bem como o de zelar pelo seu cumprimento em todo o país, e prevê, de forma expressa, a obrigatoriedade dos países em adotar leis internas que atendam aos princípios e direitos nela descritos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CADH, art. 1º, 1969).

A CADH previu também a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CortelDH, órgão jurisdicional competente para interpretar os termos da Convenção e de outros tratados sobre direitos humanos e para conhecer e julgar casos de violação de direitos humanos pelos Estados membros.

A CortelDH tem exercido um papel de vanguarda na proteção dos Direitos Humanos, tanto através da interpretação dos artigos da Convenção, sempre no sentido mais favorável ao indivíduo, quanto na responsabilização dos Estados



violadores desses direitos diante da comunidade internacional. Para tal, a CorteIDH é clara ao afirmar que:

As normas de direito interno não podem impedir o cumprimento das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. As obrigações que se referem à proteção das garantias mínimas e aos requisitos do devido processo em matéria de direitos humanos são de cumprimento obrigatório, e todas as entidades de um Estado federal estão obrigadas, pelos tratados subscritos por este último, em âmbito internacional. (CorteIDH, OC 16/99, 199, P.15).

Ao se proceder a uma análise da aplicação concreta da Convenção Interamericana nos Estados membros, resta claro que ainda há um extenso percurso a ser traçado para o efetivo aproveitamento do instrumento em sua integralidade em alguns países da América Latina. Após a quase totalidade dos Estados latino-americanos vivenciarem um largo período ditatorial na segunda metade do século XX, sendo que alguns ainda encontram-se num processo lento de redemocratização, é uma tarefa árdua o convencimento dos governos e dos órgãos de justiça (notadamente o judiciário) de que as leis internas devem ser permeadas pelo resguardo aos direitos humanos e que as normas internacionais aprovadas pelos Estados devem ter aplicabilidade imediata e plena.

Assim, o SIPDH exerce um papel importante. Apesar de atualmente não se encontrar uma forma coercitiva de obrigar os Estados a cumprirem as normas contidas em seu bojo, ela atua como um instrumento político de normatização social, econômico e democrático ao conduzir e orientar o tratamento a ser dado aos direitos humanos dentro dos Estados.

No Brasil, a despeito do fato de o processo de redemocratização já ser de longa data, tendo a Constituição de 1988 celebrado neste ano 24 anos de promulgação e, apesar dos sucessivos governos desde então terem se esforçado para ratificar e publicar os diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, ainda percebem-se grandes hiatos e contradições entre



decisões judiciais de órgãos internos e a interpretação que a Corte Interamericana constrói sobre boa parte dos temas relacionados aos direitos humanos.

Um destes, que será objeto de estudo no presente artigo, diz respeito à promoção e proteção dos direitos dos povos tradicionais (indígenas e quilombolas).

Será feita, a seguir, uma abordagem conceitual e normativa dos direitos humanos dos povos tradicionais, notadamente da sua relação com o território, como a Corte Interamericana interpreta esse direito e decide em face de conflitos.

Posteriormente, será feita uma análise de como o Brasil tem lidado com essa questão, de forma a proporcionar elementos para se (re) pensar a política de promoção e proteção dos povos tradicionais brasileiros, se esta se esgota com o resgate folclórico de uma cultura perdida no passado, com alguns nichos de povos que devem ser preservados simbolicamente, ou se há, efetivamente, o respeito e realização dos direitos humanos destes povos, com suas especificidades, mas sem perder de vista autonomia e liberdade destes para sua autodefinição e evolução social.

3 OS POVOS TRADICIONAIS: delimitando conceitos

Falar sobre direitos dos povos tradicionais significa, primeiramente, reconceituar o clássico princípio do direito internacional da autodeterminação dos povos, consagrado no art. 1, item 2, da Carta das Nações Unidas:

ARTIGO 1 - Os propósitos das Nações unidas são:
(...)

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;



A importância dispensada a este princípio decorreu principalmente dos movimentos políticos de descolonização que ganharam forças no cenário internacional na metade do século XX. Hodiernamente, o direito à autodeterminação dos povos é um princípio fundamental de Direito Internacional Público, que tem caráter inalienável e gera obrigações *erga omnes* para os Estados⁴.

Sobre o seu conteúdo, a doutrina sugere que o direito à autodeterminação deve ser analisado sob a dimensão interna e a dimensão externa⁵.

No âmbito externo, “autodeterminar-se” significa o repúdio à dominação estrangeira. Essa acepção é intimamente relacionada com as demandas de independência, secessão de Estados federados e com o movimento de descolonização. Além disso, fundamenta também a luta contra a dominação político – econômica.

Já a dimensão interna enfoca a oportunidade de escolha do próprio destino dos agrupamentos sociais na afirmação da vontade, que deve prosperar ainda que contra seu próprio Estado. Trata-se, pois, de verdadeiro resguardo ao direito das minorias, que se diferenciam por padrões culturais, sociais, econômicos e políticos de integração e normatização social, a partir de um discurso emancipatório, que garanta a subsistência do grupo dentro do Estado, por meio do respeito à diferença e pela implementação integrada dos direitos humanos, seja na dimensão civil e política, seja no aspecto social, econômico e cultural.

⁴ Apesar de reconhecido o seu status jurídico vinculante e fundamental para a ordem internacional, várias são as ocasiões em que a história da paz e das guerras tem trazido questionamentos profundos sobre os contornos da autodeterminação dos povos. Assim, mencionamos o processo de independência de Kosovo e os processos de desintegração da Ex-Iugoslávia, o caso do Timor Leste, os conflitos atuais e pretéritos nas Ex-Repúblicas Soviéticas (particularmente as do Cáucaso), os movimentos africanos de independência e os seus sucessivos conflitos étnicos, os questionamentos religiosos dos países islâmicos, a situação do Quebec no Canadá, dentre tantos outros.

⁵ A respeito: “(...) *the principle of self determination may, however, have an internal as well as an external aspect: it may require that government generally have a democratic base and that political minorities may be allowed political autonomy*” (In CASSESE, Antonio. *Self Determination of Peoples : a legal reappraisal*. New York: CUP, 1995. *Apud* Harris, David J. *Cases and materials on International Law*, 5th edition. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 113).



Nesse contexto, pode-se dizer que os movimentos internacionais de povos indígenas e tribais, a partir dos anos 60, pela libertação do colonialismo interno que viviam em seus respectivos Estados, impulsionaram consideravelmente os organismos internacionais a incrementarem o sistema de promoção e proteção dos direitos dos povos tradicionais⁶, assim considerados os grupos de pessoas com identidades étnicas específicas, diferenciadas da cultura dominante, que procuram se autoafirmar como povos autônomos em termos de organização social, produção econômica, ritos e práticas culturais, que se definiram dessa forma a partir de uma autorreflexão perante um padrão ético dominante.

Promover os direitos dos povos tradicionais exige, pois, não só a garantia dos direitos humanos universais consagrados nos documentos internacionais e constitucionais, como o direito à vida, liberdade, igualdade, direitos sociais, etc, mas a reinterpretação destes direitos a partir da perspectiva da autocompreensão dos membros destes povos.

Mas essa (re) construção de direitos, mais do que um simples rearranjo teórico, exige toda uma mudança paradigmática da compreensão dos direitos fundamentais, imbuídos que são nas ideologias liberais eurocêntricas. Um dos

⁶ “Em 1971, influenciada pelas manifestações indígenas, mas ainda sob a perspectiva de que a integração era a melhor forma de eliminar a discriminação perpetrada contra estes povos, a Comissão de Direitos Humanos da ONU encomendou a Sub-comissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias estudar o problema da discriminação contra populações indígenas. O relatório final da Sub-comissão, conhecido como o “Estudo Martinez Cobo”, foi publicado entre 1981 e 1983 e deu suporte às reivindicações dos povos indígenas, tornando-se um catalisador das discussões sobre povos indígenas dentro da ONU.

Em 1977, como resultado de mais de uma década de esforços internacionais investidos por líderes indígenas e organizações de apoio, as instalações da ONU em Genebra sediaram a Conferência de Organizações Não-governamentais sobre a discriminação contra as Populações Indígenas. A Conferência concluiu com a adoção de um Projeto de Declaração de Princípios para a Defesa das Nações Indígenas e os Povos do Hemisfério Ocidental. Mais tarde, em 1981, a ONU decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas no âmbito da Sub-comissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias. O grupo de trabalho tinha reuniões anuais em forma de conferências abertas onde foi permitida a participação de representantes indígenas, e foi encarregado de desenvolver novos parâmetros do direito internacional para a proteção dos povos indígenas (que deram origem a “Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, adotada pela ONU em 2007).” (FIGUEROA, 2009, p. 19).



exemplos mais claros dessa complexidade é dificuldade de se repensar o direito à propriedade perante o direito ao território dos povos tradicionais.

A sociedade contemporânea, em geral, despreendeu-se da terra para as suas práticas culturais. Esta tem perdido o seu valor de ambiente indissociável da cultura de seus ocupantes e, cada vez mais, o caráter de empreendimento e propriedade particular se sobressai na significação de terra para o homem contemporâneo. O direito à propriedade exaltado no Estado Liberal sobrepõe-se em face da terra como âmbito de manifestações culturais, ligação simbólica com antepassados e demais relações em que o cultural e sócioafetivo é determinante.

Entretanto, essa não é uma concepção compartilhada por todos os grupos étnico-culturais. Os povos tradicionais, em especial, mantêm uma relação com a terra distinta daquela de estrita propriedade. O território representa um espaço mais amplo, no qual a comunidade convive e executa suas manifestações culturais, políticas e sociais. Engloba não só o espaço da moradia em si, mas também as áreas coletivas como rios, áreas de vegetação natural, locais em que se realizam práticas culturais e religiosas e cemitérios, sendo que a conformação espacial do seu povo é de fundamental importância para as práticas culturais que lhes são características: esses povos pertencem muito mais à terra do que a terra pertence a eles⁷. A ligação dos povos tradicionais a terra é tão importante que se entende que a manutenção do território está diretamente relacionada à manutenção da vida dos membros dessas comunidades⁸.

Por essa razão, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, principal documento internacional sobre os direitos dos povos

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius . Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F.. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 445-471.

⁸ Tal situação pode ser ilustrada a partir do exemplo dos povos indígenas Maxacalis, povo tradicionalmente caçador e coletor que teve os recursos naturais das terras onde vivem destruídos (80% delas ocupadas por pastagens, águas contaminadas e rios assoreados). Tal fato, juntamente com o confinamento dos Maxacalis em um território demarcado, em oposição ao seu costume nômade, leva homens, mulheres e até crianças de 8 anos da tribo a se tornarem alcoólatras



tradicionais, estabelece como obrigação dos governos dos Estados signatários, ao aplicar as disposições da Convenção, atentarem-se para as especificidades do conceito de território, nos seguintes termos:

Art. 13

1. Ao aplicar as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão se atentar para a especial importância que, para as culturas e valores espirituais desses povos, tem, em alguns casos, sua relação com a terra ou território, ou com ambos, que ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terra" nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, que abrange a totalidade do habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de alguma forma.

Não obstante, os países latinoamericanos, dentre eles o Brasil, marcados pela dominação do território dos povos originários por colonizadores europeus, e cuja economia ainda é fortemente agrária, ainda não foram capazes de criar políticas públicas eficientes para a realização do direito ao território dos povos tradicionais, notadamente os indígenas e de descendentes de escravos africanos, no Brasil chamados quilombolas, sendo, por isso, constantemente acionados na Corte IDH.

Vejamos, a seguir, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpreta o direito à propriedade dos povos tradicionais, de forma a investigar se o Estado brasileiro tem cumprido as determinações internacionais para a promoção e proteção dos direitos destes povos, ou se ainda estamos diante de um Estado que privilegia a propriedade privada enquanto um direito absoluto.

4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA VANGUARDA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS



A atuação da CortelDH tem sido de proeminente importância na consolidação dos direitos dos povos tradicionais. A cada nova demanda levada ao Tribunal, tem-se novos termos conceituais e projeções internas de amparo a estes povos. Assim, a CortelDH tem contribuído jurídica e sociologicamente para a ampliação da visibilidade das comunidades, antes destituídas de reconhecimento em seus próprios Estados.

A CortelDH tem direcionado não só a interpretação mais adequada aos clássicos direitos insculpidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também tem garantido ampla aplicabilidade da Convenção 169 da OIT, e seus principais postulados para a garantia dos direitos dos povos tradicionais, como o direito ao território (arts. 13 e 14), à autodefinição (art. 2º) e o direito à consulta livre, prévia e informada aos povos tradicionais antes da implementação de qualquer medida legislativa ou administrativa que lhes afeta direta ou indiretamente (art. 6º).

Veremos, a seguir, a interpretação da CortelDH sobre cada um dessas garantias.

4.1 O Direito ao Território

Ao interpretar o Direito à Propriedade, insculpido no artigo 21 da CADH⁹, em causas ligadas à proteção territorial dos povos tradicionais, a CortelDH preceitua que há, impreterivelmente, uma vinculação estreita entre estes e suas terras, assim como com todos os recursos naturais que a acompanham. A terra que se encontra na posse de um determinado grupo pertence à coletividade e não

⁹ “Artigo 21 - Direito à propriedade privada

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



a um individuo apenas, e desta constitui propriedade. (CorteIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, par. 148).

Esta noção de domínio e posse atribuída pela CorteIDH não pertencem à concepção clássica de propriedade, mas deve ser amparada pela proteção dada pelo artigo 21 da Convenção. Desconsiderar essas formas específicas de utilização do território, imbuído de crenças, cultura e costumes de determinado povo, seria sustentar que só é legítima uma forma de ocupação do espaço, aquela liberal/capitalista, o que por sua vez significaria tornar ilusória a proteção multicultural pretendida pelos direitos humanos.

Para a CorteIDH, devido à conexão intrínseca que existe entre os povos tradicionais e seus territórios, a proteção da propriedade, uso e gozo dos bens que dela dispõem, é imprescindível para a sua sobrevivência. Sustenta ainda que, a importância de determinado povo se manter em seu território garante a segurança e a utilização sustentável de seus recursos naturais, (CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, par.39). Essa interpretação coaduna-se com o quanto estabelecido na Convenção 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, no seu art. 15:

ARTIGO 15

1. O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos.

2. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas



atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades.

Para determinar a relação dos povos e comunidades com suas terras tradicionais a CortelDH estabeleceu alguns requisitos para a sua identificação: a) que esta relação poderá se evidenciar de distintas formas de acordo com o povo que nela habita e de acordo com cada situação concreta de cada comunidade e b) que a relação com a terra deve ser possível e viável. E “relação” tem-se por toda forma de expressão, por exemplo, laços espirituais, cerimônias religiosas, cultivos, toda forma de sobrevivência característica daquele povo, como caça, pesca, etc, o uso de recursos naturais ligados à sua cultura, dentre outros elementos que expressem a característica de determinado povo. (CortelDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, par 40).

A maior contribuição da CortelDH revela-se ao estabelecer que o povo de determinada comunidade não pode ser impedido por razões alheias à sua vontade de exercer atos necessários à manutenção dessa relação entre a terra e seu povo. (CortelDH, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, par. 132). Nesse sentido, é pacífico na CortelDH que as terras das comunidades indígenas e de todos os povos tradicionais que dela dependem devem ser preservadas:

Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. (CortelDH.Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas,



par. 124, 135 y 137, e Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, par 118 y 121).

Além da garantia de permanência dos povos em suas terras, a CortelDH impõe aos Estados a obrigação de resguardarem a acessibilidade dentro do território preservado, para que seus habitantes possam desfrutar dos recursos naturais necessários à sua sobrevivência através de suas atividades originais, tanto produtivas quanto de cuidados à saúde, já que o sistema tradicional poderia sujeita-los a uma condição de vida desumana e precária, além de expô-los a toda sorte de enfermidades e epidemias (CortelDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p 41).

Sem perder de vista a dificuldade de manutenção das terras originais dos povos tradicionais, que geralmente já foram, há muito, ocupadas por fazendeiros, mineradoras, petrolíferas, hidrelétricas e outras diversas atividades produtivas, a CortelDH admite restrições ou limitações ao direito de propriedade destes povos, desde que tais restrições respeitem as circunstâncias que as legitimam. As restrições devem ser a) necessárias, b) proporcionais e c) estabelecidas por lei, de forma a preservar os princípios democráticos de direito, tendo um fim legítimo e específico, sem implicar um prejuízo à subsistência daquele povo (CortelDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.42).

Para a CortelDH, os Estados devem adotar medidas especiais para garantir aos povos tradicionais o exercício pleno e igualitário de seus direitos de propriedade, considerando seu território como um espaço de reprodução cultural e garantia de vida digna dessa população. Tais medidas vão desde a formulação de políticas públicas compensatórias das discriminações historicamente sofridas até a mudança na legislação interna, de forma a integrar referidos direitos da forma mais favorável para os seus titulares.

4.2A participação política



A CorteIDH tem assinalado em constantes decisões que os integrantes das comunidades tradicionais são atores sociais e políticos distintos em sociedades multiculturais e, portanto, devem ser reconhecidos e respeitados em uma sociedade democrática. Tal reconhecimento constitui-se como importante fundamento para a identificação cultural de um povo e para a preservação da estrita relação que a comunidade possui com seu território. (CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.43).¹⁰ Este reconhecimento está intimamente ligado à cultura própria e à identidade cultural das comunidades, o qual deve ser garantido em uma sociedade pluralista, multicultural e democrática.

A participação política integral e o acesso a informações que versem sobre os direitos das comunidades tradicionais em todas as camadas do poder público, especialmente em decisões que afetem seus direitos, constitui-se como pilar fundamental para a construção de uma sociedade pluralista e participativa, onde o envolvimento de todos é indispensável ao seu desenvolvimento sócio-político, conforme estipulado no artigo 6º da Convenção 169 da OIT:

¹⁰ Sobre esta matéria, a **Colômbia** tem se destacado no avanço do reconhecimento dos povos tradicionais, especialmente os índios, atribuindo-lhes participação efetiva nos processos políticos conforme as decisões baixo: Sentencia C-169/01 “la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “Ya ha dicho la Corte que “el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior” (sentencia C-089/94, ibídem). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”. Disponível em <http://www.CorteIDH.or.cr/casos.cfm> acesso em 14 de setembro de 2012.



Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

A Convenção 169 da OIT, que se aplica aos “povos indígenas em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional e que estão regidos total ou parcialmente por suas próprias tradições e costumes, ou por uma legislação especial” (OIT, Convenção 169 artigo 1º), impõe aos Estados a obrigação de proporcionar, com a participação de todos os povos interessados, uma ação sistemática e coordenada com o fim de proteger os seus direitos, garantindo o respeito à sua integridade. A obrigação de fornecer informações às comunidades tradicionais e de fomentar a sua participação na esfera pública, antes de ser um direito convencional apresenta-se como um princípio geral de direito internacional dos direitos humanos. A CorteIDH bem ressalta que



La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos . Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia . De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.(CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.49).

A compreensão correta que se deve ter deste dispositivo é no sentido de que os povos tradicionais devem participar ativamente na construção da lei ou política pública que lhes afeta. Frisa-se, *na participação da construção, da feitura, do desenvolvimento da normativa legal, e não referenciando ou convalidando, posteriormente, uma lei ou política feita previamente ao seu conhecimento e participação.*

O direito das comunidades tradicionais em serem consultadas previamente à execução de qualquer política pública que lhes afete converte-se em verdadeiro dever dos órgãos públicos em consultá-las, sob pena de que



qualquer lei, política ou programa que afetar referidas comunidades, sem a anuência das mesmas, ser eivado de ilegalidade. Ademais, faz-se mister ressaltar que, caso seja concretizado, tal direito se converterá em uma poderosa ferramenta política na defesa dos direitos desses povos, pois lhes permitirá influenciar efetivamente o processo de tomada de decisões administrativas e legislativas concernentes a questões de seus interesses¹¹, conforme expôs a própria Organização Internacional do Trabalho:

As disposições sobre consulta e, em particular, o artigo 6, são as disposições modulares da Convenção sobre as quais repousa a aplicação das demais disposições. A consulta é o instrumento previsto pela Convenção para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos. A consulta, nos termos previstos pela Convenção, pretende harmonizar interesses, às vezes contrapostos, mediante procedimentos adequados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *apud* FIGUEROA, 2009, p. 33).

O instituto da consulta prévia é, pois, um marco no tratamento político dado aos povos tradicionais: não mais objetos de intervenção estatal e decisões heterônomas, de dominação ideológica, mas sujeitos de direito, autônomos, capazes de dizer o que querem e como querem para a implementação de seus direitos e interesses enquanto cidadãos de um determinado Estado e, ao mesmo tempo, enquanto pertencentes a uma cultura diferente da dominante.

Nesse sentido, o Estado deve assegurar que os direitos dos povos, sobretudo indígenas, não sejam excluídos de processos que envolvam quaisquer atores sociais. Para tanto, o ente estatal deve ainda, segundo a CorteIDH,

¹¹ Rainforest Foudation Norway. **O Direito de Consulta Livre, Prévia e Informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/ - acesso em 26/01/2009.



fiscalizar e aplicar toda forma de tutela disponível para a efetivação desses direitos.

A CorteIDH ao garantir a participação efetivas dos integrantes de um povo ou comunidade indígena nos projetos de desenvolvimento dentro de seus territórios, tem estabelecido que é dever do Estado proceder a uma consulta prévia e direta em conformidade com seus costumes e tradições. As consultas devem ser permeadas pela boa fé e realizadas através de procedimentos culturalmente adequados à forma de vida dos povos, desde as primeiras etapas do desenvolvimento do projeto e não unicamente quando houver necessidade de uma aprovação específica da comunidade. (CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.55)

Esta imposição internacional corresponde a determinar a forma e o sentido em que o Estado tem a obrigação de garantir o direito à consulta a um povo satisfazendo os critérios mínimos e os requisitos essenciais de um processo de consulta válido em relação à sua propriedade coletiva e à sua identidade cultural.

Durante esse processo, é preciso observar alguns elementos essenciais do direito à consulta, tendo em vista a normativa e a jurisprudência interamericana, a prática dos Estados e a evolução do direito internacional: a) se a consulta foi realizada previamente às deliberações; b) se houve empenho em se chegar a um acordo; c) se a consulta foi adequada e acessível; d) se houve estudo do impacto ambiental e, por fim, e) se a consulta foi informada. (CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.55).

Ressalta-se, por fim, que é dever do Estado, e não dos povos indígenas, demonstrar efetivamente nos casos concretos que todas as dimensões da consulta prévia foram observadas.

4.3 Os direitos à consulta prévia e à propriedade coletiva em relação ao direito à identidade cultural



A Corte IDH tem reiterado que “desconsiderar o direito ancestral das comunidades indígenas, por exemplo, sobre seus territórios, afetaria diretamente os demais direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à sobrevivência de seus membros” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, p. 146).

Conforme reiterado anteriormente, posto que o gozo e o uso do direito à propriedade coletiva sobre a terra garante que os membros das comunidades conservem seu patrimônio, os Estados devem respeitar esta relação especial para garantirem a sobrevivência social, cultural e econômica dos integrantes. O SIPDH reconhece a estreita vinculação do território com as tradições, costumes, línguas, artes, rituais, entre outros aspectos, das identidades dos povos tradicionais, especialmente indígenas e quilombolas.

A CorteIHD assinala que “a função da integração dos povos com seu território, com a natureza e sua história permite aos membros da dita comunidade transmitir seus costumes de geração em geração, aquilo que se considera patrimônio imaterial” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 2005, p.87).

Considerando o princípio da não discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, o reconhecimento do direito à identidade cultural é considerado um ingrediente e uma via de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais protegidos pela convenção (CADH, 1969, artigo 29-b).

A Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente coadunando com os preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos traz em seu bojo regulamentação para resguardar os direitos das comunidades locais:

As populações indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na organização do meio ambiente e em sua manutenção devido a seus conhecimento e práticas



tradicionais. Nesse sentido, os Estados devem reconhecer e apoiar devidamente sua identidade, cultura e interesses, para tornar possível sua participação efetiva no desenvolvimento sustentável (Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente, 1992, artigo 22).

A CortelDH considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isso implica a obrigação dos Estados em garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que influem ou podem influenciar em sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos e formas de organização (CortelDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p. 66).

4.4A proteção dada pela Corte Interamericana através de Medidas de restituição, satisfação dos direitos e garantias de não repetição

O Tribunal procura determinar, através de suas sentenças, medidas que buscam reparar especialmente o dano imaterial de alcance ou repercussão pública. A jurisprudência internacional, e em particular a CortelDH, tem estabelecido de forma reiterada que a sua sentença “per se” constitui uma forma de reparação. (CortelDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.85).

Não obstante, a CortelDH considera cada caso em particular e sentencia com fundamentos característicos de quadros fáticos distintos. E isso tem atribuído às suas sentenças a forma de grandes julgados internacionais que as precederam.

Nesse diapasão a CortelDH tem estabelecido critérios para a imposição das medidas que considera de obrigação indelegável dos Estados Americanos:

- a) Adotar as medidas necessárias para garantir e proteger o direito de propriedade de origem ancestral dos povos com culturas originárias que



- compõem seus territórios, garantindo sobretudo a relação ancestral dos povos com aqueles;
- b) Garantir aos membros de cada povo tradicional o exercício livre de suas atividades tradicionais para sua subsistência;
 - c) Garantir a participação significativa e efetiva dos representantes indígenas nos processos de tomada de decisões acerca de questões que os afetam diretamente, bem como sua sobrevivência cultural;
 - d) A implementação pelo Estado em um prazo razoável de programas que contemplem módulos sobre os estandartes nacionais e internacionais de direitos humanos dos povos tradicionais dirigidos aos funcionários e agentes que lidam direta ou indiretamente com a questão;
 - e) Adotar, com a participação dos povos indígenas, as medidas legislativas, necessárias para efetivar o direito à consulta prévia, livre e informada e de boa fé, conforme os pilares do direito internacional dos direitos humanos (CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, p.85);
 - f) Adotar as medidas necessárias para evitar que no futuro se produzam episódios similares, conforme o dever de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Americana.

Ao declarar as violações de direito à propriedade coletiva e o direito à consulta, a CorteIDH leva em consideração a ampla rede de afetações sofridas por um determinado povo ou comunidade em sua profunda relação social e espiritual com seu território. Considera, assim, a valoração dada pelo grupo e o alto valor simbólico atribuído por ela à sua terra.

Diante desse quadro, a CorteIDH tem considerado amplamente em suas decisões, a despeito da matéria, os sofrimentos causados aos povos, coletiva ou individualmente, à identidade cultural e as afetações ao seu território para determinar a extensão da violação sofrida e, assim, definir a forma de indenizar moralmente essas comunidades.



5 O BRASIL E OS DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS INDIGENAS E QUILOMBOLAS

A Constituição brasileira de 1988 incluiu no texto constitucional normas relativas aos povos indígenas (arts. 231 e 232)¹² e quilombolas (art. 68 do ADCT)¹³, assim como estabeleceu a obrigação do Estado em proteger as diversas culturas que formam a identidade nacional (art. 215)¹⁴, constituindo como patrimônio

¹² **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.

§ 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 fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹³ **Art. 68.** Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

¹⁴ **Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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



cultural brasileiro os bens materiais e imateriais relativos aos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216)¹⁵.

Todos estes dispositivos representam uma verdadeira virada histórica no reconhecimento da diversidade cultural no país e no entendimento que essa legitimidade é indispensável para a implementação da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da ordem constitucional. Consolida-se, assim, a ideia de que a busca por princípios universais como liberdade, igualdade e dignidade não

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

3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

¹⁵ **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.



pode solapar especificidades de indivíduos e grupos sem as quais essa mesma dignidade não é alcançada.

Ademais, o Brasil ratificou a Convenção 169 da OIT em 2002, sendo esta publicada por meio do Decreto nº 5.051/2004, além de contar com amplo rol de legislação infraconstitucional sobre o tema, como a Lei 6001/1973, conhecida como Estatuto do Índio; o Decreto 1775/96, que indica os passos para a demarcação de terras indígenas; o Decreto 4887/2003, que disciplina o procedimento para titulação de terras quilombolas; o Decreto 6040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; e mais recentemente a Lei 12288/2010, conhecida como Estatuto da Igualdade Racial.

Não obstante toda a legislação nacional e internacional de reconhecimento dos direitos humanos dos povos tradicionais enquanto tal, e os direitos dela decorrentes, como o direito ao território e às práticas culturais, a efetividade dos textos legais está ainda muito longe de ser uma realidade.

5.1 Os povos indígenas

Conforme Relatório da ONU de 2009¹⁶ sobre a situação dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil, os índios ainda não têm suas terras garantidas, estão excluídos das decisões que os afetam e são o grupo mais pobre dentro da sociedade brasileira. A ONU alerta que as condições dos indígenas são precárias e que a pobreza e a falta de saúde são frutos do fato de que muitos não têm controle sobre suas terras e recursos.

Um exemplo da precariedade de condições destes povos pode ser visualizado a partir da análise da situação dos povos Maxakalis, grupo indígena que ocupa alguns territórios do norte de Minas Gerais e ainda mantém alto nível da

¹⁶ O Relatório integral pode ser consultado no site http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Anaya_Brasil_anexo.pdf



culturalidade ancestral e, por isso, apresenta grande dificuldade de integração social com o “homem branco”.

Em virtude da condição alarmante dos povos Maxakali, em 02 de março de 2005, o Ministério Público Federal em Minas Gerais encaminhou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, acusando o Brasil de omissão em relação a este povo.

Ainda que diversas entidades estejam envolvidas e trabalhando direta ou indiretamente com os Maxakalis, sua situação é extremamente preocupante. Com uma população estimada em torno de 1500 indivíduos, essa etnia encontra-se fixada em uma reserva composta por 5 aldeias – Água Boa e Cachoeira, no município de Santa Helena de Minas; Pradinho (ou Vila Nova), no município de Bertópolis; Aldeia Verde, no município de Ladainha; e Cachoeirinha, no município de Teófilo Otoni. A reserva tem uma área total de 5.305,67 hectares e é formada por terras onde os recursos naturais foram destruídos e as matas devastadas – 80% delas ocupadas por pastagens, águas contaminadas e rios assoreados.

Os índios dessa comunidade passam por diversas dificuldades, como problemas de infraestrutura, saneamento, marginalização econômica, terras degradadas, inexistência quase total de caça e coleta, precárias condições de saúde, além de uma alta taxa de mortalidade infantil.

É importante ressaltar que essa não é a única comunidade indígena a ter seus direitos violados, mas sim a que se encontra em situação de maior urgência. As demais etnias também convivem com problemas da mesma natureza.

5.2 As comunidades quilombolas

O Brasil possui uma grande dívida histórica e social com os descendentes dos africanos que aqui foram escravizados. Com o final do sistema escravista, foram necessários 100 anos para que alguma legislação visando a sua regularização territorial viesse a beneficiar essa parcela da população. Somente com a Constituição da República de 1988, através do art. 68 do Ato das



Disposições Constitucionais Transitórias, as comunidades quilombolas tiveram o efetivo reconhecimento de seu direito a terra.

Não obstante à norma constitucional, conforme dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2009), a primeira ação tomada pelo governo brasileiro para efetivar os direitos quilombolas ocorreu apenas em 1995, quando foi concedido o primeiro título de propriedade quilombola à comunidade de Oriximiná, Pará. De 1995 a 2002, foram concedidos apenas 44 títulos a terras quilombolas, a maioria por órgãos estaduais.

Com a ratificação da Convenção 169 da OIT, o Brasil obrigou-se internacionalmente a promover e proteger os direitos dos povos tradicionais. No ano seguinte, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva promulgou aquela que seria, nos próximos anos, a principal arma de implementação dos direitos quilombolas, qual seja o Decreto nº 4887/2003, que estabelece os procedimentos necessários para demarcação, desintrusão e titulação das terras quilombolas, atividades estas de competência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

A partir de então, o movimento quilombola, mais organizado e com mais subsídios legais, reforçou a pressão para a implementação de suas garantias fundamentais e a efetivação dos direitos positivados interna e internacionalmente, por meio da criação de leis estaduais, pela reformulação da Fundação Cultural Palmares e pela criação do Programa Brasil Quilombola. Entre 2002 e agosto de 2008, foram concedidos 97 títulos a terras quilombolas, beneficiando mais de 150 comunidades e 9.749 famílias. A Fundação Cultural Palmares já cadastrou 1252 comunidades negras que se reconheceram como quilombolas e mais de 460 comunidades quilombolas foram mapeadas apenas no estado de Minas Gerais.

Contudo, o Decreto 4.887/2003, cuja constitucionalidade foi contestada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 3239, corre um sério risco de



tornar-se sem efeito, já que o único voto já proferido, do Ministro Relator César Peluso, foi no sentido de sua inconstitucionalidade¹⁷.

Caso seja confirmado o posicionamento do relator e declarada a inconstitucionalidade do Decreto contestado, a política quilombola sofrerá, sem sombra de dúvida, um grande abalo, já que as poucas políticas de titulação de terras perderão seu principal instrumento normativo, forçando os órgãos públicos a repensarem as estratégias de atuação e os procedimentos necessários para a titulação das terras quilombolas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caminha-se finalmente para uma concepção do Direito voltada ao Pós-positivismo jurídico, preocupado com um arcabouço normativo pautado no pluralismo e na construção democrática pelos próprios atores da comunidade política. A construção e políticas públicas nesse sentido é um mecanismo primordial para a consagração de uma sociedade mais justa e solidária, onde o Estado deixa de ser um ente soberano e incontestável para se tornar um protagonista com responsabilidades e deveres a serem cumpridos e exigidos pela sociedade.

A materialização dos princípios que norteiam e direcionam a leitura e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados internacionais pode exigir não só uma leitura adequada por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos demais órgãos de proteção internacional dos direitos humanos, mas exige, principalmente, sua materialização por parte dos Estados signatários.

¹⁷ O tão aguardado julgamento da ADI 3239 iniciou-se em 18 de abril de 2012, a partir do voto do ministro Cezar Peluso, presidente do STF, que se manifestou pela procedência da ação e, portanto, pela inconstitucionalidade do decreto questionado. Após o voto do Relator, a Ministra Rosa Weber, então recém chegada no STF, pediu vista dos autos, estando o julgamento suspenso até sua recolocação em pauta.



No caso do Brasil, nota-se que ainda há muito que se fazer para a efetivação dos direitos dos povos tradicionais. Mais do que a criação de leis e outras normas que absorvam o quanto posto na legislação internacional é preciso que a sociedade brasileira, tanto os movimentos sociais quanto os representantes políticos e do poder judiciário, apliquem os princípios que fundamentam a proteção de direitos destes povos, de forma a considerar que estes direitos são fundamentais para a garantia da dignidade dos povos indígenas e quilombolas, dentro de suas especificidades culturais, e não que estes sejam lembrados apenas como figuras folclóricas de uma história de glória da porção europeia do povo brasileiro, que em pequenas demonstrações de tolerância celebram, uma vez por ano, o dia do índio, do negro, da abolição da escravidão, etc.

O reconhecimento das diferenças das diversas culturas que formam a identidade nacional é de grande importância para a implementação dos direitos fundamentais. Mas, mais importante, é o reconhecimento de que os povos antes considerados tribais e atrasados culturalmente hoje são conhecidos como cidadãos autônomos, capazes de se autodeterminar e participar ativamente na construção dos seus direitos, assim devem ser respeitados e ter sua dignidade efetivamente protegida.

Espera-se que o Brasil seja capaz de reverter este quadro de defasagem em termos de proteção dos direitos dos povos tradicionais, pois, caso contrário, ainda será repetidamente acionado perante a CortelDH.

REFERÊNCIAS

ARRUTI, José Maurício Andion. **A emergência dos "remanescentes": notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas.** *Mana* [online]. 1997, vol.3, n.2, pp. 7-38

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal:** atualizada até a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.



BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do País aos 60 anos da Declaração Universal.** Brasília: SEDH, 2008.

Corte IDH. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.** Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponível em <http://www.CortelDH.or.cr/casos.cfm> acesso em 25 de julho de 2012.

Corte IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Disponível em <http://www.CortelDH.or.cr/casos.cfm> acesso em 25 de julho de 2012.

FIGUEROA, Isabela A. Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas. **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Pacto de São José da Costa Rica. San Jose, Costa Rica 7 a 22 de novembro de 1969. Departamento de Direito Internacional. Washington DC. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm Acesso em 10 de maio de 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos Indígenas e Tribais.** Adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>. Acesso em 15/11/2012.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional e suas consequências no Direito Internacional.** São Paulo: LTR, 2000.

PIOVENSAN, Flávia. Tese de doutorado. **A Constituição Brasileira de 1988 e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos.** 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F.. (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 445-471



TAYLOR, Charles at al. **Multiculturalismo.** Examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.