

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA CLARA RASUL DE LIMA

Proteção dos Direitos Territoriais Indígenas no Brasil: análise do direito brasileiro e do direito internacional e sua aplicabilidade na realidade brasileira.

Rio de Janeiro, Dezembro de 2019.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA CLARA RASUL DE LIMA

Proteção dos Direitos Territoriais Indígenas no Brasil: análise do direito brasileiro e do direito internacional e sua aplicabilidade na realidade brasileira.

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do professor Michael Mohallem apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, Dezembro de 2019.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Proteção dos Direitos Territoriais Indígenas no Brasil: análise do direito brasileiro e do direito internacional e sua aplicabilidade na realidade brasileira.

Elaborado por MARIA CLARA RASUL DE LIMA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Michael Freitas Mohallem

Nome do Examinador 1: Bianca Borges Medeiros Pavão

Nome do Examinador 2: Luiz Fernando Villares

Assinaturas:

Michael Freitas Mohallem

Bianca Borges Medeiros Pavão

Luiz Fernando Villares

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2019.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, gostaria de agradecer à Deus por ter me dado a chance de estar viva e realizando todos os sonhos que tive até agora. Sem Ele, com certeza não teria chegado nem perto de onde estou hoje. É Dele que vem toda a força que me permitiu chegar a este momento.

Gostaria de agradecer aos meus pais, Martha e Gerardo. Vocês são minha base, minhas maiores inspirações e os melhores apoiadores que eu poderia ter. Sou grata todos os dias por vocês sempre me encorajarem a buscar meus sonhos, mesmo que isso significasse ter que viver a quilômetros de distância e se vendo por meio de ligação de vídeo. Vocês me ensinam todo dia que o amor é capaz de coisas grandiosas, além de serem inspirações de profissionais.

Gostaria de agradecer também à minha irmã, Laura. Obrigada por estar ao meu lado sempre quando precisei e se fazendo presente do jeito que desse. Sua força, coragem e determinação me ensinam todo dia e me fazem querer ser cada vez melhor. Você é a minha pessoa no mundo.

Não poderia deixar de agradecer ao Gabriel, por estar presente e me apoiando nos momentos de dúvidas e dificuldades. Agradeço por ter alguém tão positivo ao meu lado, sempre me mostrando que é possível chegar aonde eu quiser, independentemente das adversidades, e topando qualquer parada comigo.

Agradeço também a Beatriz, Julia, Nathalia, Sofia e Vanessa. Vocês foram os presentes que a FGV me deu e a caminhada por estes cinco anos não teria metade das risadas, desesperos e comemorações se não tivesse vocês juntos comigo. O que vocês me ensinaram nestes anos não dá para expressar em um parágrafo, mas deixo registrada minha gratidão.

Gostaria de agradecer, também, à Andrezza, por toda ajuda para que este trabalho pudesse ser realizado. Obrigada pelas dicas, leituras, conselhos e por me ajudar nos momentos difíceis e comemorar as vitórias comigo.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu orientador, Michael, por ter aceitado orientar um tema difícil, desafiador e diferente do que se costuma apresentar na FGV. Obrigada por todo apoio ao longo desses meses. Se cheguei até aqui, com certeza teve ajuda sua.

“... que a vocês, cujos antepassados foram os primeiros habitantes desta terra, tendo sobre ela um particular *jus* ao longo de gerações, seja reconhecido o direito de habitá-la na paz e na serenidade, sem o temor – verdadeiro pesadelo – de serem desalojados em benefício de outrem, mas seguros de um espaço vital que será base não somente para a sua sobrevivência, mas para a preservação de sua identidade como grupo humano, como verdadeiro povo e nação.”

(Palavras do Papa João Paulo II durante o Encontro com os índios da Amazônica. Manaus, 10 de Julho de 1980).

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a eficácia da proteção aos direitos territoriais indígenas previstos nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, sendo eles a Constituição Federal de 1988 e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que versam sobre os direitos indígenas, considerando a visão indigenista dos territórios e a relação destes povos com a terra, destacando a importância que ela possui para o modo de vida das tribos indígenas. Para alcançar este objetivo, utilizou-se de uma metodologia exploratória por meio de pesquisa documental, de modo a analisar referenciais bibliográficos, legislações, relatórios, jurisprudência e matérias jornalísticas. Inicialmente, apresentam-se os tratados e convenções que tratam sobre os direitos indígenas, de modo a analisar qual sua importância no contexto da luta indígena e quais foram as proteções territoriais dispostas nestes instrumentos. Após isso, analisou-se a Constituição Federal de 1988 e as inovações que ela trouxe para os direitos territoriais indígenas, sendo também observado como o direito brasileiro internaliza os tratados internacionais. No segundo capítulo foram apresentados os conceitos de territórios, destacando sua aplicação no contexto dos povos indígenas. Juntamente com isso, serão analisados alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratam sobre direitos territoriais, de modo a analisar a interpretação dada ao território indígena, além da proteção jurídica. Também será apresentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tomando como base o caso Raposa Serra do Sol e alguns casos julgados posteriormente a esse. Posteriormente, trouxe a tona o panorama atual da situação indígena no Brasil, observando-se aumento nas invasões e violências contra os povos indígenas, além da falta de proteção aos direitos territoriais destes povos. Por fim, constata-se que a efetividade da proteção ao direito territorial indígena no Brasil é falha, visto que a Corte Constitucional nem sempre aplica o que está previsto na Convenção nº 169 da OIT e na Constituição Federal de 1988, além de haver descaso e demora excessiva para a demarcação de terras indígenas. Ademais, considera-se que esta situação tende a piorar, caso venha a se manter a política atualmente proposta e seja efetivada denúncia contra a Convenção nº 169.

PALAVRAS CHAVES: Povos Indígenas. Território. Instrumentos Jurídicos. Direitos Territoriais Indígenas. Convenção nº 169.

ABSTRACT

The object of this monograph is to analyze the effectiveness of the protection of indigenous territorial rights provided for in national and international legal instruments, such as the Federal Constitution of 1988 and international human rights treaties and conventions dealing with indigenous rights, considering the indigenous view of territories and their relationship with the land, highlighting its importance for the way of life of indigenous tribes. To achieve this goal, was used an exploratory methodology through documentary research, in order to analyze bibliographic references, legislations, reports, jurisprudence and journalistic materials. Initially, the treaties and conventions that deal with indigenous rights are presented, in order to analyze their importance in the context of indigenous struggle and what were the territorial protections provided in these instruments. After that, we present the Federal Constitution of 1988 and the innovations it brought to indigenous territorial rights, and also observed how Brazilian law internalizes international treaties. In the second chapter the concepts of territories will be better presented, highlighting their application in the context of indigenous peoples. Along with this, some cases judged by the Inter-American Court of Human Rights that deal with territorial rights will be analyzed, in order to analyze the interpretation given to indigenous territory, as well as legal protection. It will also be presented the case law of the Supreme Federal Court, based on the case Raposa Serra do Sol and some cases tried later. Subsequently, the current panorama of the indigenous situation in Brazil is brought to light, with an increase in invasions and violence against indigenous peoples, in addition to the lack of protection of their territorial rights. Finally, it appears that the effectiveness of the protection of indigenous territorial law in Brazil is flawed, since the Constitutional Court does not always apply what is provided for in ILO Convention No. 169 and the Federal Constitution of 1988, in addition to the fact that neglect and excessive delay for the demarcation of indigenous lands. Moreover, it is considered that this situation will tend to worsen if the policy currently proposed is maintained and a complaint against Convention 169 is effective.

KEYWORDS: Indigenous People. Territory. Legal Instruments. Land Rights. Convention n° 169.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADCT - Atos das disposições constitucionais transitórias

Art. - Artigo

C169 - Convenção nº 169 da OIT.

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIMI - Conselho Indigenista Missionário

CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito

CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira

DDPI- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

GRULAC - Grupo de países Latino Americanos e do Caribe

ILC - Coalizão Internacional de Acesso a Terra

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

PEC - Proposta de emenda constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

§ - Parágrafo

nº - Número

SUMÁRIO

Introdução.....	nº 10
Capítulo 1: Direitos Territoriais Indígenas.....	nº 12
1.1 Instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos povos indígenas.....	nº 12
1.2 Direitos indígenas e a CRFB/88.....	nº 16
1.3 Adoção dos tratados internacionais pelo sistema jurídico brasileiro.....	nº 20
Capítulo 2: Terra Indígena.....	nº 26
2.1 Territorialização e territorialidade das terras indígenas.....	nº 26
2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos e a defesa territorial indígena...	nº 30
2.3 Supremo Tribunal Federal frente à questão territorial indígena.....	nº 37
Capítulo 3: Futuro da Proteção Territorial Indígena no Brasil.....	nº 43
3.1 Panorama atual.....	nº 43
3.2 Possibilidade de denúncia à Convenção nº 169 da OIT e consequências à questão territorial indígena.....	nº 45
Conclusão.....	nº 55
Referência Bibliográfica.....	nº 58

INTRODUÇÃO

A colonização foi marcada pelo genocídio, massacre, escravidão e expulsão dos povos indígenas das terras a que antes pertenciam. Nota-se que o modelo colonial de ocupação de terras se caracteriza pela marginalização dos povos originários e de sua cultura, principalmente no que diz respeito à interação entre esses povos e a terra que habitam, uma vez que ela é o elemento central do seu modo de vida.

Este processo de colonização está enraizado na cultura brasileira e no desenvolvimento da sociedade, influenciando tanto o reconhecimento e demarcação das terras indígenas quanto às legislações sobre este tema. Observa-se que, por muitos anos, adotou-se no Brasil a visão integracionista¹, marcada pela aculturação dos povos indígenas. Essa visão era explicitada, principalmente, através de decisões governamentais que desconsideravam a individualidade e identidade dos povos indígenas, incluindo a relação que estes povos tinham com as terras em que viviam.

A Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) chega para romper com a visão integracionista, assegurando os direitos territoriais indígenas a partir de uma visão voltada ao indigenato, de modo a proteger a terra conforme as necessidades dos povos indígenas, gerando maior proteção aos seus costumes e manutenção do seu modo de vida.

Juntamente com este dispositivo jurídico, encontram-se os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A agenda internacional, a partir da década de 70 e 80, passou a voltar seu olhar aos grupos indígenas, trazendo luz a essa questão e colocando-a em destaque. Assim, foram surgindo diversos estudos e tratados voltados à proteção dos direitos indígenas, principalmente aqueles referentes ao território, autodeterminação e consulta. O direito internacional é importante para esse debate, pois é ele quem regula os Estados no plano geral, influenciando, muitas vezes, o direito interno do país.

Entretanto, mesmo havendo avanços na instituição de medidas jurídicas de proteção aos direitos indígenas e no reconhecimento da luta pelos territórios devidos aos

¹ ALMEIDA, Antonio Calvacante. Aspectos das políticas indigenistas no Brasil. INTERAÇÕES, Campo Grande, MS, v. 19, n. 3, Pg. 611-626, jul./set. 2018. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/inter/v19n3/1518-7012-inter-19-03-0611.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

povos originários, observa-se uma continuidade nas invasões dos territórios indígenas e longa demora no processo de demarcação dessas terras.

Diante disso, o presente trabalho tem como objeto principal uma análise acerca da efetividade do direito territorial indígena no Brasil. Pretende-se observar se os direitos previstos nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, tais como a CFRB/88 e a Convenção nº 169 da OIT, estão sendo aplicados na realidade prática e se são suficientes para a proteção do território indígena.

O método utilizado ao longo do trabalho foi o descritivo, pois foi realizada análise e descrição de documentos jurídicos que versam sobre o direito territorial indígena, e documental, visto que foram utilizados não somente referenciais bibliográficos, mas também legislação, dados sobre a população indígena brasileira, notícias jornalísticas, relatórios/declarações da ONU e decisões jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo trata sobre a Constituição Brasileira de 88 e os tratados internacionais de direitos humanos que versem sobre a temática indígena.

O segundo capítulo apresenta, em primeiro plano, análise referente à importância que o território ocupa na vida da comunidade indígena. Observa-se que, sem uma efetiva proteção ao território, os outros direitos indígenas, como direito à saúde, proteção cultural, respeito ao seu modo de vida, restam comprometidos, pois derivam do território para melhor se desenvolverem. Como será explicitada, a terra é o elemento central na cultura indígena. Ainda neste capítulo também será analisado a jurisprudência nacional e internacional, tendo como objetivo compreender melhor a positivação dos instrumentos jurídicos e entendimentos sobre o direito territorial indígena.

Com relação ao terceiro capítulo, será apresentado um panorama geral das questões indígenas no Brasil, principalmente no que tange à proteção e demarcação de territórios. Este panorama tem como finalidade auxiliar na análise da efetividade, visto que isto somente pode ser avaliado quando observada a situação indígena no plano das ações, sejam elas positivas ou negativas.

Por fim, será analisada a questão referente à possibilidade de denúncia da Convenção nº 169, sendo feita análise sobre quais circunstâncias isso poderia ocorrer, além

de realizar-se prospecção futura das consequências que isso traria ao direito territorial indígena e sua aplicabilidade na realidade dos povos indígenas brasileiros.

CAPÍTULO 1 - DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Este primeiro capítulo irá tratar sobre os instrumentos jurídicos internacionais que abarcam a proteção aos direitos dos povos indígenas, fazendo uma análise acerca dos mais relevantes para o tema do trabalho, dentre elas a Convenção nº 169 (C169) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI).

Com relação ao sistema jurídico brasileiro, será analisada a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88) e sua evolução, em comparação às constituições anteriores, na proteção aos direitos territoriais indígenas. Juntamente com isso, será analisado o processo de incorporação, pelo sistema jurídico brasileiro, dos Tratados e Convenções internacionais.

1.1 Instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos povos indígenas

Ao longo do século XX, o direito internacional produziu vários instrumentos de direitos humanos que incluíam a proteção dos direitos territoriais indígenas². Contudo, estes instrumentos não eram suficientes para a efetiva proteção dos povos indígenas, visto que focavam em proteger os direitos humanos através de uma perspectiva individual, inclusive os direitos indígenas.

Com o avançar dos debates ocorridos nos últimos 20 anos, o direito internacional passou a adotar, ainda que de maneira gradual, a ideia de que os povos indígenas necessitavam do reconhecimento de direitos coletivos para melhor proteção do seu modo de vida e, conseqüentemente, dos outros direitos decorrentes deste.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), órgão especializado da Organização das Nações Unidas (ONU), foi o primeiro órgão internacional a se manifestar mais efetivamente em favor das causas indígenas. Em 1957, editou e aprovou a Convenção nº 107³ referente a populações indígenas e tribais em países independentes.

²Exemplos disso: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

³ Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADg>

É válido destacar que a Convenção nº 107 foi o primeiro instrumento jurídico internacional, com força vinculante, a abordar especificamente os direitos das populações indígenas. Mas, apesar de ser considerado um marco no cenário internacional, foi alvo de diversas críticas.

Muitos autores, e a própria comunidade indígena, consideram que a Convenção possui forte caráter integracionista, colocando os indígenas em posição de inferioridade ao restante da sociedade, além de incumbir aos governos à missão de desenvolver programas visando facilitar a integração progressiva das comunidades indígenas no país.⁴

Imputar ao estado a responsabilidade de desenvolver programas visando facilitar a integração progressiva das comunidades indígenas no país é não considerar as chances altas de que esses programas não valorizem a cultura própria do povo indígena, principalmente porque cada povo indígena possui uma tradição e modo de vida específico, sendo muito dificultoso, e até improvável, a criação de programas que abarquem todas as singularidades de cada tribo.

Após esta Convenção foram surgindo novos debates e estudos acerca das populações indígenas, fazendo com que a visão internacional evoluísse do integracionismo para maior concessão de poder aos próprios indígenas, através do reconhecimento da necessidade de autodeterminação e de consulta prévia nos assuntos inerentes aos seus interesses.⁵

É nesse contexto que a OIT decidiu, em 1989, aprovar a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes⁶. Como a visão sobre as populações indígenas não era mais condizente com aquela expressada 30 anos atrás, por meio da Convenção nº 107, optou-se por aprovar nova Convenção no lugar da antiga.

A Convenção nº 169 foi ratificada por 22 países, dentre eles a Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Fiji, Guatemala, Honduras,

[enas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf>](#)

Acessado em 15/11/2019.

⁴ URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. *Brazilian Journal of Latin American Studies*, v. 7, n. 12, 1 jun. 2008, Pg. 202.

⁵ JAKUBOSKI, Adriéli Pelizzar; SANTOS, Izaura José Padilha dos; GUARANY, Vilmar Martins de Moura. Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos dos Povos Indígenas. Pgs. 4 e 5. Disponível em <<http://www.site.ajes.edu.br/congre/arquivos/20160823224000.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

⁶ Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf> Acessado em 15/11/2019.

México, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paraguai, Peru e Venezuela. No âmbito brasileiro, a norma foi internalizada por meio do Decreto nº. 5.051/2004.

As normas dispostas na Convenção são de cumprimento obrigatório por aqueles países que a ratificaram, devendo os Estados adaptarem sua legislação nacional e políticas públicas, quando necessário, para o desenvolvimento e efetividade da Convenção em seus países.

A Convenção, além de exercer expressiva influência nos países que ratificaram, também possui grande importância no cenário global, sendo base para políticas públicas, legislações e decisões judiciais nacionais e internacionais. No aspecto nacional, observa-se que o judiciário e as cortes de diversos países estão incorporando a Convenção em suas decisões. Já no aspecto internacional, as cortes de direitos humanos estão invocando a Convenção em sua jurisprudência, como parte do conjunto de normas de proteção internacional dos direitos dos povos indígenas.⁷

A Convenção possui quarenta e três artigos, os quais são divididos em dez sessões, sendo elas política geral; terra; contratação e condições de emprego; formação profissional, artesanato e indústrias rurais; seguridade social e saúde; educação e meios de comunicação; contatos e cooperação além-fronteiras; administração; disposições gerais; e disposições finais. Tendo em vista que o presente trabalho é voltado para os direitos territoriais indígenas, será dado maior enfoque aos arts. 13 a 19, que compõem a seção II - terra.

No que tange a importância da Convenção nº 169 no contexto brasileiro, Luiz Villares considera que:

Não há hoje no Brasil liderança indígena ou documento dos povos indígenas reivindicando seus direitos que não faça menção à Convenção 169. Poderes e órgãos públicos além das organizações da sociedade civil que atuam em defesa dos direitos e interesses dessas comunidades completaram a luta pela sua aplicação. Ou seja, seu teor é plenamente conhecido pelos povos indígenas e seu texto é uma importante arma na luta por direitos indígenas no Brasil.⁸

⁷ GALVIS, María Clara; RAMÍREZ, Angela. Manual para defender os direitos dos povos indígenas. Washington, D.C. Due Process of Law Foundation. Pg. 4. Disponível em <http://www.dplf.org/sites/default/files/manual_direitos_indigenas_web_07_02_2016fin.pdf> Acessado em 15/11/2019.

⁸ SILVA, Luiz Fernando Villares. Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Pg. 83. doi:10.11606/T.2.2013.tde-10012014-163451. Acesso em: 15/11/2019.

Outro órgão central na defesa dos direitos indígenas é a Organização das Nações Unidas. Um dos seus primeiros atos relevantes para a causa indígena foi a proclamação da Primeira Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo para o período entre 1995 e 2004, emitida pela Assembléia Geral da ONU em 1993.

O objetivo por trás dessa proclamação era fazer com que o projeto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas ganhasse maior apoio e fosse aprovada. Diante disso, a ONU optou por renovar essa proclamação, estendendo-a até 2014.

Após diversas negociações entre os países e os representantes indígenas, em 2006 foi formado o consenso relativo ao teor dos 46 artigos que compõem a Declaração⁹. Com isso, em 2007 foi proclamada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁰, tendo sido aprovada por 144 países, havendo 11 abstenções e rejeitada pelos Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. A Declaração é considerada um passo histórico, a nível internacional, para o reconhecimento dos direitos indígenas.

Tendo em vista que a Declaração não se caracteriza como Tratado ou Convenção, não possui força vinculante para obrigar juridicamente os Estados. Contudo, ela foi aprovada por meio de amplo consenso, possuindo significativa força política, sendo considerada como principal instrumento internacional para proteção dos direitos dos povos indígenas.

Como bem está disposto no estudo realizado pela Coalizão Internacional para Acesso a Terra (ILC), aliança mundial formada por mais de 260 organizações intergovernamentais e civis presentes em 78 países, os direitos dos povos indígenas não se caracterizam como direitos especiais. A Convenção nº 169 e a Declaração de 2007 são apenas articulações para aplicação dos direitos humanos universais contextualizados para a

⁹ SILVA, Luiz Fernando Villares. Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Pg. 81. doi:10.11606/T.2.2013.tde-10012014-163451. Acesso em: 15/11/2019.

¹⁰ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2007. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SO_BRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf> Acessado em 15/11/2019.

situação dos povos indígenas, levando em consideração os aspectos coletivos desses direitos.¹¹

Os princípios fundamentais referentes ao alcance dos direitos territoriais indígenas, adotados pela Convenção e pela Declaração, possuem semelhante redação, assim como seus objetivos. Eles consideram que os direitos dos povos indígenas sobre a terra devem ser protegidos a partir de um contexto mais amplos, fazendo com que a propriedade ganhe roupagem específica. Não há como se falar em direito territorial indígena sem que haja distanciamento da visão de propriedade adotada pela sociedade ocidental.

Os documentos¹² consideram que o direito indígena ao território tem como fundamento o uso e a ocupação tradicional do solo. Isso significa que tal direito não está baseado em reconhecimento futuro ou na existência de registro da propriedade, mas sim no fato de uso ou ocupação de determinados territórios pelos povos indígenas.¹³

No que diz respeito aos recursos naturais advindos da terra, a DDPI e a C169 consideram que os povos indígenas possuem o direito de possuir, usar, controlar e se desfazer destes recursos¹⁴. Os documentos também estipulam que deve ser aplicado o direito de consulta nos casos em que o Estado é detentor dos recursos minerais e subsolo ou no caso de adoção de medidas legislativas ou administrativas que os afetem.

1.2 Direitos indígenas e a CRFB/88

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88) rompe com a adoção, pelas Constituições anteriores, do integracionismo e passa a adotar uma visão voltada para o Estado Democrático Multicultural, adotando e formalizando diferentes modalidades territoriais. A CRFB/88 também inova ao reconhecer e garantir o direito de pertencer a povos indígenas e permanecer na condição de índio. Marcela Iossi Nogueira expõe que:

¹¹ FEIRING, Birgitte. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. Roma. Pg. 16. Disponível em <https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/r_sp_web_ip_study_rights_to_lands_territories_2_and_resources_op8.pdf> Acessado em 15/11/2019.

¹² Arts. 14.1 e 11, Convenção nº 169; Arts. 25. 26.1 e 26.2, DDPI.

¹³ FEIRING, Birgitte. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. Roma. Pg. 17. Disponível em <https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/r_sp_web_ip_study_rights_to_lands_territories_2_and_resources_op8.pdf> Acessado em 15/11/2019.

¹⁴ Arts. 15.1 e 15.2, Convenção 169; Art. 26, DDPI.

A Constituição Federal de 1988 representa uma ruptura paradigmática no tocante à temática da territorialidade indígena no Brasil. Não obstante ser o primeiro texto constitucional a tratar do tema em um capítulo, trouxe uma amplitude ao grau de proteção dos povos indígenas, reconhecendo "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (artigo 231, caput). É o rompimento com o perfil integracionista que o Estado brasileiro, até então, constitucionalmente designava aos povos indígenas e o momento a partir do qual lhes são (re)assegurados seus direitos territoriais, produto de demandas históricas de redemocratização e luta pelo reconhecimento político ocorridas ao longo da história no Brasil.¹⁵

Além de dedicar capítulo exclusivo aos direitos assegurados aos índios, a CRFB/88 também trata das questões indígenas em outros tópicos espalhados pela constituição. Para melhor compreensão do regime jurídico de terra indígena estabelecido por esta Constituição, faz-se necessário analisar os artigos 231 e 20, inciso XI da CRFB/88.

O artigo 231 reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, além de determinar a competência da União para demarcar essas terras, protegê-las e fazer respeitar seus bens. Já o artigo 20 considera que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem bens da União.

Nota-se que, ao reconhecer e estabelecer os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a CRFB/88 consagra uma relação jurídica baseada no instituto do indigenato.¹⁶

Este instituto é visto como a fonte primária da posse territorial indígena, não se confundindo com nenhuma outra forma de ocupação e nem estando sujeito à legitimação, visto que decorre de um direito originário. Importante destacar que este instituto não possui nenhuma similaridade com o instituto do usucapião estabelecido pelo Direito Civil, não podendo haver confusão entre eles.¹⁷

A diferença entre o usucapião e o indigenato se baseia, principalmente, no fato de que, sendo o indigenato um direito originário, ele não necessita do lapso temporal de ocupação da terra para que seja existente o direito. Conforme assegura José Afonso da Silva "sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de

¹⁵ NOGUEIRA, Marcela Iossi. A Titularidade das Terras Indígenas no Brasil: análise do paradoxo entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Goiânia. 2015.

¹⁶ SILVEIRA, Flávia Lanat. Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas. Rio de Janeiro. 2015.1. Pg. 29.

¹⁷ SILVEIRA, Flávia Lanat. Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas. Rio de Janeiro. 2015.1. Pg. 29.

interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana.”¹⁸

Visto que o art. 231 da CRFB/88 regula a discussão sobre posse e propriedade indígena, torna-se necessário melhor compreender o que seriam os direitos originários reconhecidos pela Constituição aos índios e o que se classifica como terras tradicionalmente ocupadas.

Direitos originários podem ser entendidos como um direito pertencente aos indígenas sobre as terras que ocupam, sendo ele não dependente de reconhecimento estatal ou formal, visto que os índios possuem direito sobre as terras que ocupam ainda que o Governo Federal não cumpra com sua obrigação de demarcá-las. Estes direitos originários preexistem ante qualquer relação com ato estatal que reconheça estas terras como pertencentes aos indígenas.

Uma vez definido o que são direitos originários, passa-se a analisar o que são terras tradicionalmente ocupadas a partir do ponto de vista da CRFB/88. De acordo com o referido código:

“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.” (grifo nosso)

Por conseguinte, José Afonso da Silva considera que o texto legal não estabelece relação de tempo entre a ocupação da terra e a caracterização de terras tradicionalmente ocupadas, visto que o termo “tradicionalmente” está ligado ao modo tradicional de ocupação pelos índios, qual seja sua interação com a terra e a importância central que ele ocupa no modo de vida e na cultura de cada povo indígena. A não aplicação do caráter

¹⁸ LIMA, Iara Menezes; RESENDE, Livia Mara de. Terras Indígenas: uma análise dos critérios constitucionais estabelecidos para sua caracterização. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1981e4bd8a0d6d8>> Acesso em: 15/11/2019.

temporal é requisito básico para que haja a distinção entre o regime jurídico da terra indígena e aquele previsto no Direito Civil.

Nota-se que o poder constituinte originário se utilizou da ocupação indígena com a finalidade do exercício de suas tradições, não prevendo o requisito de ocupação imemorial. Assim, estabelecer caráter temporal como condicionante para a caracterização de terra tradicionalmente ocupada seria ir em direção contrária ao reconhecimento estabelecido pela própria Constituição dos direitos originários dos indígenas sobre a terra.

Para que haja a caracterização do território indígena, sendo este, nas palavras de Luiz Fernando Villares, o suporte material para as relações sociais, a cultura, as tradições e as crenças de cada comunidade indígena¹⁹, é preciso que ele seja habitado pelos indígenas em caráter permanente, que seja utilizado conforme seus usos, costumes e tradições, de modo a garantir a sobrevivência física e cultural de cada povo indígena.

Passado as análises desses dois importantes conceitos, faz-se necessário observar o disposto no art. 231, §2º, CRFB/88. Esse parágrafo considera que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são destinadas a sua posse permanente, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

José Afonso da Silva destaca que a declaração emitida pela Constituição não significa simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas está voltado especialmente para o futuro, no sentido de garantir que essas terras inalienáveis são destinadas para sempre ao habitat indígena.

A Constituição também estabelece, em seu art. 231, §3º, duas exceções ao usufruto exclusivo que as comunidades indígenas têm sobre os recursos naturais existentes em suas terras, sendo elas o aproveitamento de recursos hídrico, incluindo potenciais energéticos, e a mineração, os quais somente podem ser efetivados através da autorização do Congresso Nacional, devendo ser ouvidas as comunidades indígenas afetadas e ficando assegurado seu direito de participação nos resultados da lavra.

Destaca-se que esse parágrafo adota e protege o direito de consulta, previsto nos instrumentos internacionais da Convenção nº 169 da OIT e na Declaração de Direito Humanos dos Povos Indígenas.

¹⁹ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009. Pg. 97.

Ainda no sentido de fazer valer a proteção do uso da terra, destinando-o apenas aos indígenas, o §6º do art. 231 dispõe sobre a nulidade dos atos referente a ocupação, domínio e posse de terras indígenas, *vide*:

“Art. 231 (...)

§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, dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser a 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.”

A CRFB/88 também estabelece, em seu §4º do art. 231, que as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis e que os direitos sobre elas são imprescritíveis. Dessa forma, ainda que a União seja a proprietária das terras indígenas, ela não possui direito de aliená-las.

Ademais, o art. 67 do ADCT institui prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas existentes no país, devendo este prazo começar a contar da promulgação da CRFB/88.

Diante do exposto, restam inegáveis os avanços que a CRFB/88 logrou ao recepcionar um regime jurídico especial para as terras indígenas, partindo da visão do indigenato, ou seja, voltando o olhar para os indígenas como merecedores de direitos condizentes com a realidade que vivem, para que, assim, possam usufruir de direitos que eram seus desde antes de serem promulgados. Observa-se, também, que a referida Constituição caminha lado-a-lado com os Tratados e Declarações internacionais sobre direito indígena, estabelecendo objetivos e obrigações semelhantes àquelas adotadas pelos instrumentos estrangeiros.

1.3 Adoção dos tratados internacionais pelo sistema jurídico brasileiro

A CRFB/88 trata, em seus arts. 84, VIII e 49, I, sobre a forma de ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo que:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)

Desprende-se desses dispositivos que a vontade do Poder Executivo, manifestada através do Presidente da República, está vinculada à aprovação do Congresso Nacional, devendo existir uma atuação combinada entre Poder Executivo e Poder Legislativo quando da celebração de tratados internacionais.²⁰

De acordo com o art. 84, VII e VIII, CRFB/88, cabe ao Poder Executivo a missão de representar o Estado Brasileiro no cenário internacional, enquanto que, o art. 49, X, CRFB/88, considera que é dado ao Poder Legislativo o controle e fiscalização dos atos do Executivo.

Após a fase de negociação de um tratado internacional e estando de acordo com a celebração do ato, o Presidente da República submete-o à apreciação do Congresso Nacional, o qual pode ou não aprová-lo. Após essa análise feita pelo Congresso, o ato volta ao chefe do Poder Executivo, que poderá arquivar ou ratificar o tratado internacional.

Nos casos em que o Poder Legislativo aprova o tratado internacional firmado, deve haver manifestação expressa por meio de decreto legislativo. No caso de o tratado ser aprovado com ressalvas, à aprovação também se dará através de decreto legislativo.

Desse modo, para que haja o ingresso, no sistema jurídico interno, dos tratados, acordos e convenções internacionais, estes devem passar pelo controle prévio exercido pelo Congresso Nacional, que, atuando na função de controle e fiscalização dos atos do Executivo, irá aprovar ou não os acordos.

Por conseguinte, ainda que seja emitido o decreto legislativo, ele não possui a prerrogativa de fazer valer o acordo previamente assinado pelo Presidente da República em âmbito internacional. Essa prerrogativa é obrigação do Presidente, que poderá exercê-la através de dois atos: a ratificação, no plano internacional, manifestando o desejo de o Brasil se vincular ao tratado previamente aprovado no âmbito do Congresso nacional, e a elaboração do decreto de promulgação no plano interno, fazendo com que o tratado passe a ter executoriedade.

²⁰ SANTOS, Bárbara Moutinho Cordeiro. Denúncia de Tratados de Direitos Humanos no Brasil e a Possibilidade de Intervenção do Congresso Nacional. Brasília. 2011. Pg. 12.

Com isso, caso não haja a aprovação do tratado pelo Poder Legislativo, não poderá o Presidente da República prosseguir com a ratificação e com o decreto de promulgação referentes ao tratado internacional.

Destaca-se que não se podem embaralhar as competências destinadas ao o Poder Executivo e Legislativo. Conforme dito anteriormente, somente o Presidente da República pode ratificar tratados internacionais. É de sua competência a decisão definitiva, cabendo ao Congresso Nacional apenas a aprovação ou rejeição do acordo assinado pelo Presidente na fase de negociações.

O Congresso somente decide “definitivamente” quando opta por recusar o acordo/tratado assinado, visto que, nesse caso, não há a possibilidade de haver a ratificação do tratado pelo Poder Executivo.

Rousseau dispõe que o tratado se torna obrigatório pela ratificação; se torna executório pela promulgação; e se torna aplicável pela publicação.²¹

Com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, é preciso haver uma melhor análise com relação a dois pontos: (i) Possibilidade de aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico; e (ii) hierarquia normativa desses tratados no regime jurídico brasileiro. Será feita análise específica dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que o presente trabalho aborda apenas tratados internacionais dessa natureza, não sendo de grande importância a melhor compreensão desses pontos no que tange outros tipos de tratados internacionais.

Com relação à aplicabilidade imediata desses tratados, alguns autores têm defendido que a redação do art. 5º, §1º e §2º da CRFB/88 teria previsto tratamento diferenciado quanto ao seu processo no regime jurídico pátrio.

O §2º do referido artigo considera que o rol de direitos presentes no art. 5º é exemplificativo, tendo em vista o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Por conseguinte, o §1º, em uma leitura conjunta com o §2º, estende a aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais. Desse modo, os autores consideram que os tratados internacionais sobre direitos humanos teriam aplicação imediata, o que significa que eles poderiam ser aplicados logo após sua ratificação.

²¹ SANTOS, Cintia. A vigência dos tratados no Brasil. Publicado em 08/2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51581/a-vigencia-dos-tratados-no-brasil>> Acessado em 15/11/2019.

Contudo, não merece prosperar essa diferenciação, visto que, após sua ratificação, estes tratados internacionais ainda precisam ser publicados no âmbito interno mediante decreto legislativo, o qual cumpre a função de publicização.

Ademais, nota-se que o STF não diferencia os tratados de direitos humanos dos tratados comuns, no que tange à sua incorporação no direito pátrio, exigindo para incorporação de ambos tanto a ratificação do Presidente quanto a emissão de Decreto Presidencial.

A respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que sempre houve muitas discussões na doutrina brasileira, as quais se tornaram ainda mais acaloradas após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, dentre outras coisas, incluiu o §3º ao art. 5º, *vide*:

"Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

(...)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Analisando este tema, observa-se que existem quatro posicionamentos referentes ao status normativo desses tratados quando incorporados ao sistema jurídico brasileiro: (i) O primeiro e mais antigo reconhece o status de lei ordinária a qualquer tratado internacional; (ii) O segundo reconhece o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, os quais seriam inferiores à Constituição, mas superiores às leis ordinárias; (iii) O terceiro posicionamento, defendido por alguns autores, consideram que esses tratados possuem status de norma constitucional; (iv) O último posicionamento, defendido por Celso de Mello, reconhece o status supraconstitucional dos tratados de direitos humanos.

Apesar de a primeira tese ter sido majoritária no Supremo Tribunal Federal (STF) por muito tempo, a discussão atual gira em torno, principalmente, do reconhecimento do status constitucional ou supralegal de tais tratados. Essa discussão não ocorre somente no campo da Doutrina, mas também na principal corte judiciária do país, visto que há decisões acolhendo tanto uma quanto a outra.

A segunda tese, qual seja a do status constitucional, ganhou bastante força com o advento do §3º ao art. 5º da CRFB/88, pois, como mencionado anteriormente, este parágrafo abre brecha para que os tratados de direitos humanos sejam considerados equivalentes às emendas constitucionais, caso sigam o rito específico para a aprovação das EC. Juntamente com isso, estaria o §2º do referido artigo.

Entretanto, a jurisprudência majoritária e boa parte dos constitucionalistas consideram que não deve prosperar a tese do status constitucional, tendo em vista a soberania estatal absoluta e o princípio da supremacia da Constituição.

Um dos casos fundamentais para compreensão do tema foi o julgamento do RE 466.343 de 2008, em que o Ministro Gilmar Mendes abordou as quatro vertentes do status normativo dos tratados de direitos humanos.²²

Em seu voto, o referido Ministro menciona a impossibilidade de manter a antiga corrente, que equiparava os tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Gilmar defende o status supralegal dos tratados de direitos humanos, alegando que o §3º do art. 5º e o princípio da supremacia da Constituição impedem que os tratados internacionais afrontem a Constituição.

Após esse julgamento, restou definido, com base no entendimento majoritário do STF, que os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas, quais sejam: (i) Os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma da Emenda Constitucional, conforme disposto no art. 5º, §3º, são equivalentes às emendas constitucionais; (ii) Os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário possuem status supralegal, estando em grau hierárquico inferior à Constituição e superior à legislação ordinária; (iii) Os tratados internacionais que não tratem de direitos humanos têm status de lei ordinária.

Por fim, destaca-se que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45/2004 somente poderão ser equiparadas à norma constitucional caso sejam submetidos a uma nova votação no Congresso Nacional e aprovados nos termos do art. 5º, §3º, CRFB/88, devendo a iniciativa da nova votação ter

²² MARTINS, Claudio de Almeida. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável ao Ser Humano*. Fortaleza. 2014. Disponível em <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/PDF51.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

partido de algum dos legitimados para propor emenda constitucional, os quais estão dispostos no art. 60, incisos I a III, CRFB/88²³.

²³ I - um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - Presidente da República; III - mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

CAPÍTULO 2 - TERRA INDÍGENA

Tendo em vista uma melhor abordagem dos direitos territoriais indígenas, considera-se necessário apresentar os conceitos que estão interligados a estes direitos. Não há aqui intenção de trazer estudo avançado da geologia e antropologia, mas sim um panorama geral das diferenças conceituais entre território, territorialidade e territorialização das terras indígenas.

Juntamente com isso, será analisada, através de jurisprudência, a interpretação dada pelas Cortes Internacionais e pelo STF aos direitos territoriais indígenas. Pretende-se analisar também se há, ou não, a aplicação das normas estabelecidas pelas Convenções Internacionais, com foco na Convenção nº 169 da OIT.

2.1 Território, territorialidade e territorialização das terras indígenas

Os conceitos de território e territorialidade vêm sendo amplamente utilizados por diversas áreas do conhecimento, fazendo com que obtivessem concepções e realidades diversas. Contudo, pode-se dizer que a maior parte dos estudos entende que a relação geradora do território envolve poder, tanto no sentido de dominação quanto de apropriação.²⁴

De acordo com Raffestin, espaço e território não possuem o mesmo significado. Ao invés disso, a noção de espaço e território é complementar. O autor considera que o espaço é anterior ao território, o qual se efetiva através da prática e das relações sociais. Assim, o espaço seria a realidade inicial e o território seria o produto dos atores sociais.²⁵

Raffestin, ao caracterizar o que seria território, leva em conta diversos aspectos que o compõem como os conflitos, divisões e as relações sociais. Em seu estudo, crítica a unidimensionalidade atribuída ao território pela Geografia, visto que ela se limita a considerar território como uma expressão de poder do Estado.

²⁴ PRINTES, Rafaela Biehl. Gestão territorial e ambiental: contribuições de um emergente debate para a afirmação dos territórios sociais indígenas. Porto Alegre. 2012. Pg. 34. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87325/000866415.pdf?sequence=1>> Acessado em 15/11/2019.

²⁵ PRINTES, Rafaela Biehl. Gestão territorial e ambiental: contribuições de um emergente debate para a afirmação dos territórios sociais indígenas. Porto Alegre. 2012. Pg. 34. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87325/000866415.pdf?sequence=1>> Acessado em 15/11/2019.

Haesbart também aborda a questão territorial e sintetiza as noções de território em quatro vertentes: a política, a cultural-simbólica, a econômica e a naturalista. Em síntese, a vertente política considera território como um espaço controlado e relacionado ao poder político do Estado e suas fronteiras; a cultural-simbólica possui uma visão mais subjetiva, em que o território é considerado consequência de uma apropriação simbólica dada por determinado grupo a um determinado espaço; a econômica, por sua vez, foca nas relações econômicas e suas aplicações ao território; por fim, a visão naturalista considera a relação entre a sociedade e natureza como a base do que seria o território.²⁶

Destaca-se que, ao abordar as populações indígenas, em que as práticas socioculturais estão intimamente ligadas a ecologia de um território encontra-se presentes todas as vertentes de Haesbart, as quais devem ser compreendidas de maneira interligada. O autor ainda considera que a noção de território indígena está vinculada a ideia de pertencimento e identificação simbólica/religiosa, estando o território ligado a cultura de cada tribo.

Com relação ao conceito de territorialidade, Paul Little o define como “uma força latente em qualquer grupo, cuja manifestação explícita depende de contingências históricas”.²⁷ Para ele, a territorialidade se expressa por meio de um esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela do seu ambiente biofísico.

O autor ainda considera que, partindo do fato de que um território surge propriamente das condutas de territorialidade de um grupo social, qualquer território é um produto de processos sociais e políticos.

Santos e Silveira complementam essa ideia, ao considerar que:

Por território entende-se geralmente a extensão apropriada e usada. Já a territorialidade é entendida como sinônimo de pertencer àquilo que nos pertence, cujo sentimento de exclusividade ultrapassa a raça humana e prescinde da existência de Estado. (...) Assim, a territorialidade humana pressupõe também a preocupação com o

²⁶ ENES, Eliene Nery Santana; BICALHO, Maria Gabriela Parenti. Desterritorialização/reterritorialização: processos vivenciados por professoras de uma escola de Educação Especial no contexto da educação inclusiva. **Educ. rev.**, Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 189-214, Mar. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010246982014000100008&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 15/11/2019.

²⁷ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Colonialismo, Território e Territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul. São Paulo. UNESP. 2013. Pg. 34.

destino, construção do futuro, o que entre os seres vivos, é privilégio do homem.²⁸

Assim, considera-se que tais perspectivas encaminham para uma visão ampliada de território, deixando para trás aquela visão simplista de espaço como sinônimo de enraizamento e delimitação de fronteira, passando a enxergar o território como um movimento fluído.

Nota-se que a territorialidade é implementada de maneiras diversas e em diferentes contextos. Contudo, o aspecto fundamental da territorialidade humana segue o mesmo, qual seja, segundo Little, a multiplicidade de expressões, conduzindo a uma vasta amplitude de territórios, cada qual com suas particularidades socioculturais.

No que concerne aos territórios indígenas, destacam-se as palavras de Paulo Celso de Oliveira, o qual considera que:

Para entender a concepção territorial dos povos indígenas, é necessário se desprender dos conceitos da sociedade ocidental sobre a terra, especialmente da propriedade privada e buscar essa compreensão a partir da cultura dos povos indígenas, ou seja, a partir da visão dos índios. Uma concepção que tenha a propriedade privada como parâmetro distorce o significado de territórios indígenas, que são por excelência direitos coletivos.²⁹

Na mesma toada, Gallois aponta que as concepções de territorialidade indígena são descritas com base em noções abertas de territórios, visto que o entendimento do que seria considerado limite é extremamente variável.

A autora ainda cita, em seus estudos, o entendimento de Pacheco Oliveira Filho. Oliveira reforça a ideia de que não é da natureza dos povos indígenas o estabelecimento de limites territoriais completamente delineados em seu modo de vida. A necessidade de demarcar/limitar seus territórios adveio da situação colonial a qual esses povos foram submetidos.³⁰

²⁸ NASCIMENTO, Paula Fonseca do; MELAZZO, Everaldo Santos. Território: conceito estratégico na assistência social. DOI: 10.5433/1679-4842.2013v16n1p66.

²⁹ SOUZA, Raimundo Mendes de. Nas cercanias do território Eware: três ensaios sobre os Tikunas de Umariçu. 2016. Manaus. Universidade Federal do Amazonas. Pg. 60. Disponível em <https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5621/8/Disserta%C3%A7%C3%A3o_RaimundoSouza> Acessado em 15/11/2019.

³⁰ PRINTES, Rafaela Biehl. Gestão territorial e ambiental: contribuições de um emergente debate para a afirmação dos territórios sociais indígenas. Porto Alegre. 2012. Pg. 38. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87325/000866415.pdf?sequence=1>> Acessado em 15/11/2019.

Observa-se, através de estudos antropológicos e geográficos, que as sociedades indígenas se relacionam com seus territórios por meio de uma cosmovisão, que fundamentam a organização social e a relação com o físico/material. Contudo, a ocupação colonial e neocolonial desses territórios deu início a expulsão dos indígenas de seus locais tradicionais, obrigando-os a se reorganizar territorial e socialmente.

Pacheco Oliveira Filho identifica esse processo como territorialização. Para ele, a territorialização é um processo social iniciado numa instância política, enquanto que a territorialidade é uma qualidade inerente a cada cultura. Assim, a territorialidade é uma noção utilizada por geógrafos, tal como Raffestin, que coloca em termos atemporais a relação entre cultura e meio ambiente.³¹

Além disso, o autor considera que a territorialização é como um processo de reorganização social que implica em quatro pontos: na criação de uma nova unidade sociocultural através da fixação de uma identidade étnica diferenciadora; a constituição de mecanismos políticos especializados; redefinição do controle social sobre recursos ambientais; e a reelaboração da cultura e da ligação com o passado.

Oliveira ainda apresenta uma diferença entre territorialização e processo de territorialização. Para ele, o processo de territorialização estaria associado ao fenômeno ético, podendo ser considerado como uma resposta que os grupos dão à imposição da base territorial física. O processo de territorialização não é compreendido como linha de mão única, pois os indígenas se apropriam dele e constroem identidades e individualidades diferenciadoras.³²

Ademais, ainda que os povos indígenas sejam tratados de maneira homogênea, eles possuem diferenças culturais fundamentais para a distinção entre um grupo e outro. Isso significa que cada povo tem sua história, cultura e, conseqüentemente, concepção territorial.³³

³¹ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, Território e Territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. São Paulo. UNESP. 2013. Pg. 41.

³² CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, Território e Territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. São Paulo. UNESP. 2013. Pg. 42.

³³ OLIVEIRA, Paulo Celso de. *Gestão Territorial Indígena*. 2006. Curitiba. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pg. 13. Disponível em <<https://dlc.library.columbia.edu/catalog/ldpd:504861/bytestreams/content/content?filename=PAULO+CELSO+DE+OLIVEIRA.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

Todavia, o presente trabalho não tem objetivo de apresentar nenhuma concepção territorial indígena específica. A ideia central é apresentar conceitos fundamentais para melhor compreensão do elemento central desse direito, qual seja o território indígena.

Através desses conceitos, é possível observar que todos possuem um elemento em comum: o fato de que o território vai além de um pedaço de terra. Ele engloba, por meio da territorialidade, aspectos culturais e sociais daqueles que ali habitam, ocupando um lugar central no estabelecimento daquele grupo social.

É desse lugar central que se extrai a importância da proteção aos direitos territoriais indígenas, uma vez que sem a efetivação desse direito se torna ainda mais difícil alcançar os outros direitos indígenas, como proteção cultura, bem-estar, educação, dentre outros. Também se observa que estes conceitos auxiliam para adoção de direitos e entendimentos mais efetivos na aplicação e defesa dos territórios indígenas. Se partir de um pressuposto ocidental colonialista, sempre a defesa destes direito restará defasada.

2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos e o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas

Analisando o cenário internacional, vislumbra-se com facilidade o papel de destaque que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui na questão indígena, atuando não apenas na elaboração e aprovação da carta americana de direitos, mas principalmente pela atuação de seus dois principais órgãos, qual sejam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou Comissão Interamericana) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão foi criada com fim de promover a observância e defesa dos direitos humanos, atuando nas questões indígenas através da preparação de instrumentos normativos, conscientizando e fiscalizando os Estados americanos no que diz respeito à aplicação dos direitos dos povos indígenas. Nessa função, a comissão vem produzindo detalhados e importantes relatórios sobre as condições de vida das populações indígenas, destacando os avanços a serem realizados na legislação e políticas públicas por seus Estados membros.

Contudo, nota-se que sua atuação mais relevante está no processamento e denúncia das petições sobre violações a direitos de indivíduos ou grupos, emitindo parecer ao Estado

infrator e/ou apresentando a demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso o Estado submeta-se a sua jurisdição.³⁴

Já com relação a Corte, observa-se que ela possui competência tanto consultiva quanto contenciosa. Sua principal atuação para com a defesa dos direitos indígenas encontra-se ligada à sua competência contenciosa. Diversas decisões, acerca dos direitos coletivos dos povos indígenas, foram promulgadas pela Corte e analisando tais decisões, extrai-se uma série de regras importantes referentes ao direito de propriedade dos povos indígenas, bem como sobre os deveres dos Estados para garantir os direitos territoriais indígenas.

Nota-se que a CIDH reconhece o direito de consulta dos povos tribais e indígenas como fonte de direito, dando o devido caráter coletivo ao direito de posse e à propriedade comunitária, adotando uma visão voltada para o indigenato. Com isso, constata-se que a Corte incorpora, ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o direito à propriedade comunitária através do art. 21 da Convenção Americana. Nesse contexto, a Convenção nº 169 da OIT é implementada como fonte complementar à Convenção Americana.

É possível observar, em suas primeiras sentenças relativas aos conflitos territoriais que envolvem povos indígenas, algumas definições sobre o que se deve entender por propriedade comunitária. Desse modo, utilizando como pilar os conteúdos definidos pelo Sistema Interamericanos de Direitos Humanos, pode-se caracterizar os territórios indígenas e entender porque estes adquirem tal grau de centralidade.

Os casos mais relevantes para o presente trabalho são aqueles em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interveio para dirimir conflitos territoriais, visto que, a Corte não se limitou em definir, em sua jurisprudência, o que deve ser entendido por direito à terra, como também avançou no sentido de ordenar aos Estados a obrigação de demarcar as terras indígenas, objetivando garantir os direitos territoriais desse povo.

O caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua merece certo destaque, pois foi o primeiro julgado da CIDH em que se reconheceu a propriedade coletiva dos indígenas sobre um território, sendo, para isso, consideradas suas condições étnico-culturais.

³⁴ MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, nº 98. Out 2010/Jan 2011. Pg. 529.

Este caso foi apresentado pela Comissão Interamericana perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 04 de junho de 1998, tendo a sua demanda sido originada na denúncia nº 11.577 de 1995.

Tendo em vista que a Nicarágua é Estado Parte na Convenção Americana desde 1979, tendo reconhecido a competência contenciosa da Corte em 1991, a CIDH possui competência para conhecer do presente caso, conforme disposto no art. 62.3 da Convenção.

A Comissão apresentou esta demanda com o intuito de que a CIDH decidisse se o Estado teria violado os arts. 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 Americana, tendo em vista que a Nicarágua deixou de demarcar as terras comunais e tomar medidas efetivas para assegurar os direitos de propriedade da Comunidade Awas Tingni, bem como outorgou uma concessão nestas terras sem ter obtido consentimento da Comunidade, além de não ter garantido recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade sobre seus direitos territoriais.³⁵

Diante disso, a Comissão requereu à CIDH que declarasse como dever do Estado estabelecer procedimento jurídico para acelerar a demarcação e o reconhecimento oficial dos direitos de propriedade da Comunidade Mayagna. Também foi solicitado que o Estado abdica-se de outorgar ou considerar a outorga de concessão para aproveitamento de recursos naturais presentes neste território até ter resolvido a questão da efetividade do direito de propriedade da Comunidade Mayagna e, por fim, que fosse o Estado condenado a pagar indenização compensatória pelos danos materiais e morais que a Comunidade tinha sofrido.³⁶

Ao decidir sobre o caso, foi declarado, em síntese, que o Estado havia violado o direito à proteção judicial e o direito à propriedade. A Corte também considerou que o Estado deveria adotar medidas legislativas, administrativas ou quaisquer outras necessárias para a criação de um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, devendo-o delimitar, demarcar e titular as terras

³⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg.7.

³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg.7.

que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, além de pagar a indenização devida aos danos morais e materiais cometidos contra a Comunidade.

Ao apresentar suas considerações acerca da violação ao art. 21 da Convenção Americana, a Corte dispõe, no parágrafo 149, que:

Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. 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. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. 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.³⁷

A corte ainda menciona o direito originário que os indígenas detêm sobre sua propriedade, no sentido de que a posse da terra deveria ser suficiente para que essas comunidades obtivessem o reconhecimento oficial da propriedade e o conseqüente registro, ainda que houvesse a carência de um título real sobre a propriedade da terra.

Destaca-se também parte do voto fundamentado conjunto dos juízes A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli acerca dos elementos envolvidos no conceito comunal da terra:

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.

(...) 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

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg.59.

(jusprivatista), deve, a nosso juízo, ser apreciada a partir deste prisma (...).³⁸

Em 2003, a Comissão apresentou novo caso à CIDH, o qual envolvia a Comunidade indígena Yakye Axa May e o Estado do Paraguai. Essa demanda teve origem na denúncia nº 12.313, recebida na Secretaria da Comissão em 200.

Assim como no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, a Corte também era competente para julgar o caso da Comunidade indígena Yakye Axa May vs. Paraguai, visto que este Estado é parte na Convenção Americana desde 1989, tendo reconhecido sua competência contenciosa em 1993.

A comissão apresentou a demanda com fundamento nos arts. 51 e 61 da Convenção Americana, objetivando que a Corte decidisse se o Paraguai teria violado os arts. 4 (direito à vida), 8 (garantias judiciais), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana em detrimento da Comunidade Yakye Axa.

A Comissão ainda alegou que o Paraguai não garantiu o direito de propriedade ancestral, visto que desde 1993 estava tramitando o pedido de reivindicação territorial apresentado pela Comunidade Yakye. Assim, o Estado teria impossibilitado que a comunidade e todos os seus membros tivessem acesso à posse de seu território, mantendo-a em estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária.

Dentre outras coisas, a Corte declarou que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, o direito à propriedade e o direito à vida. Além disso, foi imputado ao Estado o dever de identificar o território tradicional dos membros da Comunidade indígena e entregá-lo de maneira gratuita dentro do prazo máximo de três anos contados a partir da notificação da Sentença. Também restou estabelecida a obrigação, para o Estado, de adotar medidas legislativas, administrativas ou quaisquer outras necessárias para garantir a efetividade do direito à propriedade dos povos indígenas.

Em seu voto acerca da obrigação assumida pelo Estado, por meio da ratificação da Convenção Americana e da Convenção nº 169 da OIT, de assegurar um recurso efetivo para solução de reclamações territoriais, a Corte considerou que:

³⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg. 67.

No que diz respeito aos povos indígenas, é indispensável que os Estados concedam uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.³⁹

A Corte também reafirma, no parágrafo 127 do voto, que para melhor compreensão do direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana faz-se útil e apropriado utilizar outros tratados internacionais, como a Convenção nº 169 da OIT, para que haja uma interpretação equivalente à evolução do sistema interamericano de direitos humanos.

Por conseguinte, a Corte ainda alega que:

135. A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural.

136. O exposto anteriormente tem relação com o expresso no artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão respeitar “a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.”⁴⁰

No que tange a existência entre propriedade comunal indígena e propriedade privada particular em um mesmo território, a CIDH dispõe que a Convenção Americana e a própria jurisprudência do Tribunal apontam as diretrizes que devem ser utilizadas para definir as restrições admissíveis ao exercício destes direitos, sendo elas: “a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.”

Outros casos sobre a questão territorial indígena também foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos últimos anos. Dentre os mais recentes, destaca-se o do Povo indígena Xucuru vs. Brasil, o qual foi submetido à corte em 2016.

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg.115.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça. 2014. Pg.127.

A Comissão, ao apresentar este caso à Corte, alegou que houve violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo indígena Xucuru, tendo em vista a demora de mais de 16 anos no processo de reconhecimento, titulação e demarcação de seu território e na lentidão em obter a desintração total desse território, para que a referida comunidade pudesse efetivamente exercer seu direito de propriedade.

Assim como alegado nos outros casos, observa-se que a Corte é competente para apreciar este caso, visto que o Brasil é parte na Convenção Americana desde 1992, havendo reconhecido a competência contenciosa da Corte em 1998.

Dentre outras condenações, a CIDH condenou o Brasil por violação dos direitos coletivos do Povo indígena Xucuru, visto que não houve a garantia de uma proteção eficaz a estes direitos, restando configurada a violação ao art. 21 da Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte alega em seu relatório de Mérito 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 desintração 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 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.⁴¹

Ao tratar sobre o direito de propriedade coletiva, a Corte reitera seu posicionamento em reconhecer o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e o dever de proteção, considerando que deve ser feita uma análise à luz da Convenção Americana, da C169 e dos direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais.

Ao fazer uma síntese de sua jurisprudência acerca do tema, a Corte menciona que:

(...) 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos

⁴¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil. 2018. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/sentenca_xucuru.pdf> Acessado em 15/11/2019.

povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade; 6) o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais. Com relação ao exposto, a Corte afirmou que não se trata de um privilégio de usar a terra, o qual pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, a fim de garantir o uso e gozo permanente dessa terra.

Com base nos casos apresentados, é possível observar que a CIDH vem estabelecendo forte jurisprudência em favor da defesa do direito à propriedade e à posse pelas comunidades indígenas de suas terras e territórios. Nesse sentido, a Corte adota e aplica, em seus votos, a visão de que estes direitos constituem não apenas um direito sobre uma propriedade, mas representam uma necessidade para a manutenção das gerações indígenas presentes e futuras, assim como da sua cultura e modo de vida.

Além de estabelecerem a importância da terra para a efetivação de outros direitos indígenas, como o direito à vida e a dignidade da pessoa, a Corte também é enfática ao considerar que os povos indígenas possuem direito originário sobre suas terras, independentemente da existência de um reconhecimento oficial.

Juntamente com isso, reforça a necessidade de haver a demarcação dos territórios indígenas, de modo que ela não fique somente em leis e medidas administrativas, mas que seja protegida e executada de maneira eficaz pelos Estados. A demarcação, na visão da Corte, se faz tão importante, pois sem isso cria-se “um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos, porquanto não sabem com certeza até onde se estende

geograficamente seu direito de propriedade coletiva e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar os respectivos bens, e deles usufruir livremente.”⁴²

2.3 Supremo Tribunal Federal frente a questão territorial indígena

No âmbito interno brasileiro, o órgão que ocupa a posição de corte constitucional, considerado a instância máxima do poder judiciário, é o Supremo Tribunal Federal - STF. Formado por 11 ministros, necessariamente brasileiros natos, este órgão vem se tornando cada vez mais uma peça central na questão territorial indígena, estabelecendo, através do seu processo de interpretação, limites e significados a este direito, os quais servem como orientação a casos semelhantes.

É fato que as questões em torno da demarcação territorial indígena vêm sendo judicializada há bastante tempo. Contudo, percebe-se, no cenário recente, um aumento da recorrência dessas situações, fazendo com que o Poder Judiciário se torne, ainda que de maneira informal, mais uma das peças do processo administrativo da demarcação, determinando quais decisões devem ser tomadas pelo Poder Executivo e como elas devem ser aplicadas, além de “validar” ou “invalidar” demarcações previamente realizadas.

Assim, analisar a jurisprudência desta Corte ganha importância considerável, uma vez que suas decisões impactam tanto nas decisões futuras, em casos semelhantes, quanto estabelecem espécie de parâmetros, os quais podem, e normalmente são, ser adotados por outros órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.

Não pretende-se, com isso, exaurir todos os casos decididos pelo STF, mas sim fazer um apanhado de casos, destacando aqueles mais relacionados ao objeto do presente trabalho, qual seja a efetividade da proteção territorial indígena. Assim, optou-se por iniciar abordando o caso Raposa Serra do Sol, tendo em vista sua repercussão nacional, complexidade e influência nos processos seguintes apreciados por esta Corte.

Para fins de contextualização, observa-se que a área indígena Raposa Serra do Sol está localizada no Estado de Roraima, o qual possui área total de 224.298,98 km² sendo 104.018,00 km² correspondentes a terras indígenas. Tendo em vista a necessidade de demarcação de terras indígenas, o Instituto Socioambiental (ISA), associação sem fins

⁴² CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil. 2018. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/sentenca_xucuru.pdf> Acessado em 15/11/2019.

lucrativos, produziu um dossiê sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

43

Em síntese, a terra indígena Raposa Serra do Sol foi declarada posse permanente dos povos indígenas, em área contínua, através da Portaria 820/98, assinada pelo então ministro da Justiça Renan Calheiros. Diante dessa decisão, o Governo de Roraima impetrou Mandado de Segurança (MS) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), objetivando a anulação da portaria 820/98. Em sede de liminar foi concedido parcialmente o pedido, havendo sobrestamento dos efeitos decorrentes da referida Portaria. Contudo, ao julgar o mérito do caso, anos mais tarde, o STJ negou o MS.

Após esse caso, diversas pressões políticas foram surgindo. Em uma ponta estavam as organizações indígenas, as quais lançaram campanha em favor da homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Em outra ponta, encontravam-se as organizações indígenas e a Comissão dos Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, as quais eram contra a homologação da terra indígena em terra contínua, alegando que a área contínua não atendia as necessidades de boa parte dos indígenas. Diante desse impasse, foram apresentadas diversas ações judiciais.

Tendo em vista a existência de várias ações que versavam sobre o mesmo tema, foi preciso ela eleger uma para seguir julgamento. Assim, elegeu-se a Ação Popular, registrada no STF como PET 3388/RR, tendo início em 27 de agosto de 2008 e sendo o julgamento finalizado em 19 de março de 2009. O processo transitou em julgado em 10 de agosto de 2018.

Ao julgar o caso acima mencionado, o STF estabeleceu 19 condicionantes para concluir o processo demarcatório, criando também condicionantes para que um território seja reconhecido como indígena. Dentre essas condicionantes estão o marco temporal de ocupação; a necessidade de configuração do esbulho renitente e a vedação à ampliação de terra indígena previamente demarcada.

A decisão estabelece, acerca do marco temporal da ocupação, que:

A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para

⁴³ REINACH, Carolina Homem de Mello. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos envolvendo demarcação de terras indígenas. São Paulo. Novembro de 2008. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/120_carolina.pdf> Acessado em 15/11/2019.

o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

José Afonso da Silva, ao tratar sobre este marco temporal, alega que esta interpretação acaba por restringir o direito indígena à demarcação de suas terras, reconhecido no art. 231 da CRFB/88, visto que vincula este direito a uma condicionante de presença física dos indígenas na data de 05 de outubro de 1988.

O jurista considera que essa interpretação não encontra respaldo na Constituição, pois ela não determina de modo algum de data certo. Em verdade, o texto constitucional é relativo “reconhecimento imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos que de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade.”⁴⁴

Com relação ao esbulho renitente, observa-se que este constitui situação fática caracterizada pelo efetivo conflito possessório, tendo iniciado no passado e mantido até o marco temporal anteriormente mencionado, devendo esta situação ser comprovada por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicial.⁴⁵

Assim, para que seja considerado o marco da tradicionalidade, ou seja, que aquela terra pertencia aos indígenas por terem habitado-a e constituído seu modo de vida naquela localidade, é preciso que se comprove que na data considerada marco temporal estivessem os índios em disputa de terra ou que tivessem sido retirados de seu território a pouco tempo.

No que tange a proibição de ampliação de área já demarcada, o STF considerou que as demarcações não poderiam ser ampliadas pelas vontades próprias daquele que possui competência para tal. A ampliação de área já demarcada somente seria permitida em casos de comprovada ilicitude no processo administrativo que demarcou determinada localidade.

Para alguns autores, como Sarmiento e Souza Neto, essas condicionantes acabam por caracterizar certo ativismo judicial por parte do STF, mas, ao invés de favorecer esse povo, estaria desfavorecendo-os.

⁴⁴ GUEDES, Íris Pereira; SCHÄFER, Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. Territórios Indígenas: Repercussões do SIDH no Direito Brasileiro. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/34177>> Acesso em 15/11/2019. DOI:/10.1590/2179-8966/2019/34177.

⁴⁵ VALLE, João Paulo Lawall. Renitente esbulho na jurisprudência do STF. Blog EBEJI. Publicado em 08/09/2015. Disponível em <<https://blog.ebeji.com.br/renitente-esbulho-na-jurisprudencia-do-stf/>> Acessado em 15/11/2019.

Por conseguinte, foi mencionado, ao longo do voto, que as 19 condicionantes e demais especificidades criadas neste caso não seriam vinculantes aos processos que viessem a serem julgados após o Caso Raposa Serra do Sol. Contudo, ao analisar estas decisões posteriores, nota-se que tais condicionantes e especificações vêm sendo aplicadas em processo que tratem sobre demarcação e revisão dos territórios tradicionais indígenas.

Exemplo disso é o caso da Terra Indígena de Limão Verde. Esta terra indígena, localizada em Mato Grosso do Sul, foi objeto da Ação Declaratória, em que se alegava que parte do território demarcado não compreendia as condições estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol, pois não haveria indícios de que ali teria ocorrido ocupação imemorial.

A ação foi julgada improcedente na origem. Com isso, foi interposto Recurso de Apelação para o Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, o qual considerou que restava comprovado o renitente esbulho praticado pelo povo Terena, comunidade indígena ocupante dessa Terra Indígena.

Posteriormente, foi proposto Recurso Extraordinário (ARE 803462) confirmado pelo STF. Este Recurso foi alvo de Agravo Regimental, em que a Segunda Turma passou a considerar como inexistente a ocupação territorial por parte da comunidade Terena, não restando comprovado o esbulho renitente. Os Embargos Declaratórios e Infringentes, opostos a esta decisão, foram indeferidos, assim como a solicitação, por parte dos Terenas, para ingressar no processo. O processo ainda não transitou em julgado, restando conclusivo ao Relator, Ministro Teori Zavascki.

Observa-se que em outros casos, como o da Terra indígena Guyraroká, do povo Guarani Kaiowá, localizada no Mato Grosso do Sul; Terra indígena Porquinhos, do povo Canela Apanyekrá, residente no Maranhão, também houve decisões pela Segunda Turma do STF anulando os procedimentos demarcatórios destas terras.⁴⁶

Entretanto, também é possível encontrar decisões voltadas a maior defesa dos territórios indígenas, aplicando de forma adequada a Convenção nº 169 da OIT, preservando, também, os direitos originários das comunidades indígenas à terra.

⁴⁶ JÚNIOR, George Sarmento Lins; LACERDA, Danilo Moura. O Direito de Propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a Superação da Condição do Marco Temporal da Posse Indígena criada pelo STF, no caso Raposa Serra do Sol. REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ. ISSN 2359-5035. São Paulo, 2017. Pgs. 253-572. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC83532E9118700E050A8C0DD016D4C> Acessado em 15/11/2019.

Destaca-se, ainda, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, em que foi reconhecida, por unanimidade, a existência de Repercussão Geral. Este processo é referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena com base nas regras estabelecidas no artigo 231 da Constituição Federal.

O relator do processo, Ministro Edson Fachin, considerou que há, neste processo, alto risco de criação de precedentes “que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional”. Ainda com relação a este caso:

Fachin frisou que não estão pacificadas pela sociedade, nem mesmo pelo Poder Judiciário, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, “apesar do esforço hercúleo da Corte na PET 3.388 [Raposa Serra do Sol]⁴⁷.

⁴⁷ Reconhecida repercussão geral em recurso que discute posse de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas. Brasília. 25/02/2019. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404272&caixaBusca=N>> Acessado em 15/11/2019.

CAPÍTULO 3 - FUTURO DA PROTEÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA NO BRASIL

Para que seja observada a efetividade da proteção territorial indígena, faz-se necessário, juntamente com a análise dos instrumentos jurídicos internos e externos e da aplicação dos direitos indígenas pela jurisprudência internacional e nacional, voltar o olhar para a realidade do país, pois é neste local que se torna possível analisar as consequências e reais aplicações, ou falta de aplicabilidade, dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

3.1 Panorama atual

Em 2016, a relatora especial das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas Victoria Tauli-Corpuz, esteve no Brasil realizando visita com o intuito de identificar e avaliar as principais questões indígenas que vêm sendo enfrentadas atualmente, tanto pelo governo quanto pelo povo indígena. Além disso, essa visita também e caracterizava como uma continuidade às recomendações apresentadas por James Anaya, ex relator especial, em 2008.

Victoria dispõe, em seu comunicado final após a visita:

Em termos gerais, minha primeira impressão após esta visita é de que o Brasil possui uma série de disposições constitucionais exemplares em relação aos direitos dos povos indígenas, e que no passado o país deixou patente sua liderança mundial no que se refere à demarcação dos territórios indígenas. Entretanto, nos oito anos que se seguiram à visita de meu predecessor, há uma inquietante ausência de avanços na solução de antigas questões de vital importância para os povos indígenas e para a implementação das recomendações do Relator Especial. Ao contrário, houve retrocessos extremamente preocupantes na proteção dos direitos dos povos indígenas, uma tendência que continuará a se agravar caso não sejam tomadas medidas decisivas por parte do governo para revertê-la.⁴⁸

A relatora também abordou a questão dos ataques contra os povos indígenas. Segundo ela, “os ataques e assassinatos constituem represálias em contextos nos quais os povos indígenas reocuparam terras ancestrais depois de longos períodos de espera da conclusão dos processos de demarcação.”

⁴⁸ Relatora especial da ONU sobre povos indígenas divulga comunicado final após visita ao Brasil. Publicado em 17/03/2019. Atualizado em 23/03/2019. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>> Acessado em 15/11/2019.

Isso demonstra que, ainda que esteja sendo garantido às comunidades indígenas o acesso às terras tradicionalmente ocupadas, a questão territorial vai além da garantia do acesso a terra. É preciso que haja maior segurança referente a vigilância destes territórios, uma vez que de nada adianta ter o direito às terras se não puder habitá-las.

Outro ponto destacado por Victoria foram os consideráveis atrasos na demarcação das terras indígenas. Segundo ela:

Os atrasos consideráveis na demarcação e a rápida destruição da capacidade de sustento de suas terras vêm, efetivamente, forçando os povos indígenas a uma situação na qual a única opção considerada disponível, por tais povos, para garantir sua sobrevivência física e cultural em longo prazo é a retomada de suas terras antes da conclusão dos processos de demarcação.⁴⁹

O Relatório do CIMI⁵⁰ também destaca a questão da violência contra o patrimônio indígena, observando que houve considerável aumento no ano de 2017. As terras indígenas passaram a ser, de forma mais excessiva, os principais alvos dos setores de madeireiras, mineradoras, garimpeiros, fazendeiros e especuladores imobiliários.

Em 2018, foram registradas “11 ocorrências de conflitos relativos a direitos territoriais nos estados do Ceará (2), Maranhão (3), Pará (1), Paraná (1), Pernambuco (1), Rio Grande do Sul (1) e São Paulo (2).”⁵¹

O jornal o globo noticiou, em julho de 2019, sobre o aumento de número de casos de conflitos e invasões em terras indígenas. Um dos destaques é a invasão a terra da tribo Uru-Eu-Wau-Wau, localizada no Estado de Rondônia, em que vivem cerca de 600 indígenas, os quais são constantemente pressionados por diversos invasores. Estes invasores “abrem garimpos, desmatam e retiram árvores, como castanheira e a itaúba, que são protegidas por lei, depois de cortarem suas terras com mais de cem quilômetros de estradas vicinais, estabelecendo acampamentos na vizinhança de aldeias”⁵².

⁴⁹ Relatora especial da ONU sobre povos indígenas divulga comunicado final após visita ao Brasil. Publicado em 17/03/2019. Atualizado em 23/03/2019. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>> Acessado em 15/11/2019.

⁵⁰ Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2017. Pg. 40 Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas-2017-Cimi.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

⁵¹ Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2018. Pg. 53 Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

⁵² CARVALHO, Cleide. Aumenta número de casos de invasão e conflitos em terras indígenas, diz Cimi: Relatório mostra pressão de garimpos, madeireiros e até casos de racismo. Publicado em 27/09/2018.

O cenário envolvendo os direitos indígenas vem, ao longo desta década, se agravando cada vez mais. Constatou-se que o número de invasões e casos de violência dobrou de alguns anos para cá, sem que as políticas públicas tenham tomado o mesmo caminho.

As terras indígenas figuram no centro da discussão, uma vez que elas constituem parte considerável do território. Contudo, a demarcação destas terras caminha a passos lentos, às vezes até retrocedendo, por meio de decisões judiciais, ou sendo banalizadas em prol dos avanços sociais e econômicos.

3.2 Possibilidade de denúncia à Convenção nº 169 da OIT e consequências à questão territorial indígena

Como já exposto no Capítulo 1 sobre os instrumentos jurídicos internacionais, mais especificamente no subcapítulo 1.1, a Convenção nº 169 da OIT entrou em vigor em 05 de agosto de 1991. Foi ratificada pelo Brasil em 2002, adentrando o ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo nº 143 e do Decreto Presidencial nº 5.051, de 19 de maio 2004.

A demora entre a entrada em vigor e a recepção da Convenção pelo ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, em grande parte, por resistência no Senado Federal, o qual levou 11 anos debatendo sobre esse assunto. Em se tratando do processo de ratificação da referida Convenção, pelo Brasil, observa-se que houve aprovação unânime pela Câmara nas duas comissões em que tramitou, sendo também aprovada no plenário dessa casa.

Já no Senado Federal, este processo foi marcado pela disputa entre dois pólos divergentes. De um lado, um grupo de senadores defendia a aprovação integral do texto da Convenção e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro sem restrições. De outro, diferente grupo de senadores questionava diversos dispositivos da Convenção, alegando que estes previam uma proteção jurídica aos indígenas incompatível com o disposto na CRFB/88.

Observa-se que os arts. 14, 15, 16,17 e 32 da Convenção nº 169 figuravam como os pontos centrais da polêmica. Segundos relatos, a argumentação trazida ao Senado pelo grupo contrário à aprovação desses artigos tinha por motivação interesses contrários e

conflitantes ao dos povos indígenas, principalmente no tocante à ordem econômica e exploração de recursos nas terras ocupadas por estes povos.

Chegou-se a tal ponto que o relator das sessões, Senador Bernardo Cabral, emitiu parecer recomendando que a Convenção não fosse ratificada, alegando que a CRFB/88 previa normas de proteção mais amplas do que as presentes nos arts. 16 e 17 da Convenção. O Senador também argumentou que e as regulamentações dos artigos 14 e 32 da Convenção seriam inconstitucionais.⁵³

Com relação ao art. 15, foi argumentando que o entendimento previsto neste art. de que “o direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. (...)” seria contrário à CRFB/88, visto que ela estabeleceria que os recursos naturais do subsolo fossem de propriedade dos indígenas.

Contudo, melhor análise desses dispositivos deixa clara que os argumentos trazidos por esta parcela de Senadores não possui sustentação jurídica. Suas alegações estavam mais voltadas aos interesses políticos e econômicos, contrários a proteção requerida pelos povos indígenas, do que a uma real preocupação com a segurança jurídica da CRFB/88.

Nota-se que, como a Constituição já reconhecia direitos inovadores aos povos indígenas brasileiro, a recepção da Convenção 169 da OIT não representava grande ruptura na ordem jurídica interna. O destaque do recepção da Convenção é referente ao compromisso firmado pelo Brasil, no plano internacional, em relação a seus povos indígenas.

Visto que, sendo cumprido o ritual necessário⁵⁴, a Convenção passou a ser aplicada no Brasil, começaram a vir às cobranças internacionais referentes à efetiva proteção aos direitos indígenas, além da obrigação do Estado Brasileiro de apresentar relatórios sobre as situações indígenas. Juntamente com isso, as discussões acerca dos direitos indígenas, principalmente com relação à autodeterminação, ao direito de participação e aos direitos territoriais, seguiram no centro do campo político, legislativo e judiciário

⁵³ WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis. 2014. Pg. 247 -263. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>> Acessado em 15/11/2019.

⁵⁴ O Capítulo 1, em seu subtópico 1.3, trata especificamente da recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, abordando, dentre outras coisas, quais são as etapas desse processo.

Contudo, em 2014, ou seja, 10 anos após Decreto Presidencial nº 5.051, novas discussões relacionadas à entrada do Brasil na Convenção nº 169 voltaram a tomar lugar no país. Em 03 de junho de 2014, a Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural debateu, na Câmara dos Deputados, acerca da revogação da subscrição do Brasil à referida Convenção.⁵⁵

Paulo César Quartiero foi o proponente do debate, alegando que a Convenção feria as normas constitucionais referentes ao direito econômico, tributário, além de atingir diretamente a soberania nacional. O deputado era a favor de que houvesse uma revisão do Decreto nº 5.051.

Muitos órgãos, como o Ministério Público Federal, Ministério da Defesa e Ministério das Relações Exteriores, saíram em defesa da manutenção do Brasil na Convenção, tendo em vista, para além da importância desse documento na defesa dos direitos indígenas, que a permanência do Brasil na OIT demonstrava que o país seguia elevando seu patamar civilizatório.

Ainda nesse sentido, o subprocurador geral da República, Luciano Mariz Maia à época, alegou que o princípio jurídico do não retrocesso social impedia que o país reduzisse as garantias já reconhecidas em relação a direitos humanos e que a Convenção era compatível com diversos direitos previstos em nossa Constituição.⁵⁶ Ao final, prevaleceram os argumentos a favor da permanência do Brasil na OIT e a ratificação da Convenção nº 169.

Entretanto, o cenário atual não é promissor. Em maio de 2019, membros do Conselho da Administração da OIT apresentaram um plano de engajamento objetivando garantir melhor compreensão do escopo e da aplicação da Convenção nº 169. Essa iniciativa teve como motor o recebimento, pela OIT, de diversas informações e denúncias relatando frequentes violações aos direitos consagrados na Convenção.⁵⁷ O plano busca conhecer mais a fundo os acontecimentos para que haja mais fundamentação para eventuais

⁵⁵ BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. Goiânia. Abr/Jun 2015. Fragmento de Cultura,, v. 25, n. 2. Pg. 243.

⁵⁶ BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. Goiânia. Abr/Jun 2015. Fragmento de Cultura,, v. 25, n. 2. Pg. 243.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Índios: direitos fundamentais e a Convenção 169 da OIT. JOTA. Publicado em 05/04/2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/indios-direitos-fundamentais-e-a-convencao-169-da-oit-05042019>> Acessado em 15/11/2019.

ações contra os Estados signatários que estão agindo de forma contrária ou omissa aos princípios e obrigações expostas na Convenção.

Durante a votação, o Brasil, alegando estar falando em nome da maioria do Grupo Latino-Americano (Grulac), se manifestou contrário ao plano de engajamento, sendo o único dos 48 Estados a votar contra. Até mesmo o Chile e o México, membros do Grulac, votaram de modo favorável ao plano.⁵⁸

O governo brasileiro considerou que este plano poderia criar incertezas e consequências indesejáveis. Para Maria Nazareth Farani Azevêdo, embaixadora brasileira junto às agências da ONU em Genebra, uma "representação inadequada, imprecisa e tendenciosa da situação de um país não serviria ao propósito de compartilhar boas práticas e promover o diálogo e a cooperação".⁵⁹ A embaixadora ainda sinalizou, aquela época, que o Brasil poderia abandonar a Convenção nº 169.

Tendo em vista este acontecimento, passa a ser necessário, e de extrema relevância, tratar sobre a possibilidade de denúncia de tratados internacionais, principalmente daqueles que versam sobre Direitos Humanos. Juntamente com isso, traz-se à tona os debates acerca da competência para denunciar os tratados e a quem ela pertence.⁶⁰

Diante disso, pretende-se analisar os aspectos gerais da denúncia de tratados internacionais e a competência para exercê-la. Também será exposto possíveis consequências para o Brasil, tanto no cenário internacional quanto nacional, advindas da denúncia da Convenção nº 169.

Valerio de Oliveira Mazzuoli define a denúncia como “nada mais do que um meio de extinção do tratado para o Estado que o denuncia; e não para as demais potências que dele participam.”⁶¹ Neste mesmo sentido, Rezek dispõe que a denúncia é o meio pelo qual o

⁵⁸ MOREIRA, Assis. Brasil é voto isolado na OIT e ameaça deixar convenção sobre povos indígenas. Revista Valor Econômico. Publicado em 27/03/2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/coluna/brasil-e-voto-isolado-na-oit-e-ameaca-deixar-convencao-sobre-povos-indigenas.ghtml>> Acessado em 15/11/2019.

⁵⁹ MOREIRA, Assis. Brasil é voto isolado na OIT e ameaça deixar convenção sobre povos indígenas. Revista Valor Econômico. Publicado em 27/03/2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/coluna/brasil-e-voto-isolado-na-oit-e-ameaca-deixar-convencao-sobre-povos-indigenas.ghtml>> Acessado em 15/11/2019.

⁶⁰ Estes debates assumem posição de importância, pois o fato de haver manifestação expressa do governo brasileiro considerando a possibilidade de retirar-se desta Convenção, ainda que não tenha ocorrido nenhuma denúncia formal até o momento, já caracteriza um primeiro passo em direção a possível concretização dessa vontade.

⁶¹ FERREIRA, Thalita Livia Israel; XAVIER, Fernando. O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVI – Nº 23, Pg.77-90. Novembro 2014.

Estado manifesta sua vontade de deixar de ser parte em determinado tratado ou acordo internacional.

Normalmente, a manifestação da denúncia é feita através de nota encaminhada pelo representante diplomático do Estado que está denunciando o tratado ao governo do Estado que possui a obrigação de receber notificações de denúncia e comunicá-las aos outros contratantes do instrumento jurídico. Com relação ao Brasil, nota-se que tanto as notificações de denúncias por outras partes, em tratados nos quais o Brasil é parte, quanto as de denúncias por este país se tornam públicas a partir de decreto.⁶²

Em regra geral, para que possa ser feita a denúncia, deve haver previsão expressa no corpo do tratado acerca deste instrumento jurídico, devendo estar disposto o prazo mínimo para a consecução da saída oficial do Estado. A Convenção de Viena, referente ao direito dos tratados, também dispõe sobre a possibilidade da denúncia em seus arts. 54 a 56, abarcando, com isso, os casos em que o tratado não contenha cláusula explícita sobre denúncia.

Com relação à questão da competência para denunciar tratados internacionais, incluindo aqueles que versam sobre direitos humanos, nota-se que o costume brasileiro adota o entendimento de que apenas o Presidente da República possui a faculdade de desobrigar o país de um tratado anteriormente ratificado. Contudo, este entendimento não é pacífico no campo da doutrina e da jurisprudência.

Esta questão apareceu pela primeira vez no direito brasileiro em 1929, quando, ao final do mandato do presidente Artur Bernardes, o país optou por se desvincular da Sociedade das Nações.

O consultor jurídico do Itamaraty, à época Clóvis Beviláqua, emitiu parecer favorável, considerando que a denúncia teria natureza administrativa, devendo ser apresentada pelo poder Executivo. Francisco Rezek, ao citar este parecer, dispõe:

Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia (...). Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas

⁶² SANTOS, Bárbara Moutinho Cordeiro. Denúncia de Tratados de Direitos Humanos no Brasil e a Possibilidade de Intervenção do Congresso Nacional. Brasília. 2011. Pg. 7.

exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato de denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas de acha consignado o direito de dar por extinto. (...)

Rezek também defende que o Presidente possui autoridade para denunciar tratados internacionais sem precisar que haja aprovação do Congresso Nacional. Entretanto, ao contrário do entendimento adotado por Beviláqua, também considera que o Congresso Nacional poderia denunciar tratado internacional sem necessitar da aprovação pelo Presidente.

Varella, por sua vez, considera que a denúncia poderia ser feita de maneira exclusiva pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. Para ele, haveria quatro formas de denunciar um tratado: (i) por uma lei posterior que faça remissão expressa ao tratado, com a participação de ambos os poderes, um para aprovar e outro para sancionar; (ii) por lei posterior, que faça remissão expressa ao tratado, aprovado pelo Legislativo, vetado pelo Executivo, mas tendo o veto derrubado no Congresso Nacional; (iii) através de decreto legislativo, revogando o ato que autorizou a ratificação do tratado; (iv) por decreto do poder executivo, revogando o tratado.⁶³

Por conseguinte, Pontes de Miranda adota entendimento contrário, considerando que permitir ao Executivo a denúncia de tratado sem que haja necessidade de consulta ou aprovação do Legislativo seria uma subversão aos princípios constitucionais, pois, do mesmo jeito que é necessário a aprovação em ambos os poderes para que haja a ratificação do tratado, deveria ser necessárias ambas as aprovações no momento da denúncia.

Esta controvérsia também está presente no âmbito do STF por meio da ADI nº 1.625/DF, que tem como objeto de litígio a discussão da constitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158 da OIT.

Esta convenção trata sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e amplia os direitos trabalhistas, impedindo, dentre outras coisas, que o empregador demita o empregado sem justa causa e sem haver prévia defesa deste. A Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68 de 1992 e promulgada por meio do

⁶³ FERREIRA, Thalita Livia Israel; XAVIER, Fernando. O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVI – Nº 23, Pg.77-90. Novembro 2014.

Decreto nº 1855 de 1996. Fernando Henrique Cardoso, Presidente da República naquele momento, denunciou a Convenção através do Decreto nº 2100, de 20 de dezembro de 1996.

Em 1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizaram a ADI questionando a validade do Decreto nº 2100. Foi alegada, na petição inicial, a inconstitucionalidade do referido decreto, tendo em vista que os arts. 49, I e 84, VIII, ambos da CRFB/88 deveriam ser interpretados conjuntamente nos casos de denúncia de tratados, sendo necessária atuação conjunta do poder legislativo e executivo para que fosse legal a denúncia.

O então relator do caso, Ministro Maurício Corrêa, considerou que a denúncia apresentada pelo Presidente da República está condicionada à aprovação pelo Congresso Nacional, nos moldes do processo para ratificação de tratado internacional, julgando o pedido parcialmente procedente. O Ministro Carlos Britto acompanhou este voto.

O Ministro Joaquim Barbosa julgou o pedido procedente, alegando que o Decreto nº 2100 seria inconstitucional:

Com base nesse entendimento, frisou que a intervenção do Parlamento no processo de aprovação dos tratados não decorreria apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo, isto é, a aprovação, ou reprovação, seria ato de vontade concordante ao conteúdo disposto no tratado. Disso se retirariam pelo menos 3 conseqüências: 1) a intervenção parlamentar seria essencial para que o tratado existisse internamente e, sendo da própria natureza do tratado que o Parlamento atuasse na sua constituição, seria óbvio que também o fizesse na sua desconstituição; 2) se o tratado seria expressão da vontade do Parlamento, o exercício de tal vontade não ocorreria no vácuo, ou seja, quando o Congresso aprovasse um tratado para futura ratificação e incorporação ao direito interno, ele aprovaria o próprio conteúdo de algo que se poderia chamar de “política convencional”. Reconhecer que o Parlamento seria árbitro de uma “política convencional” durante o processo de aprovação implicaria necessariamente que ele deveria ser árbitro dessa mesma “política convencional” durante o processo de denúncia; 3) seria preciso reconhecer que o tratado internacional a que um Estado se vincula seria expressão da vontade atual e efetiva dos órgãos envolvidos. Sendo autônomas as vontades do Executivo e do Legislativo, na formação, elas assim deveriam permanecer até que os dois Poderes, de maneira conjunta e ordenada, decidissem alterar tal vontade, cada um dentro de suas próprias atribuições.

(...)

Considerou o Min. Joaquim Barbosa que a intervenção do Parlamento não significaria, entretanto, o esvaziamento por completo da atuação do Poder Executivo nesse campo, o qual continuaria com a prerrogativa de decidir quais tratados deveriam ser denunciados e o momento de fazê-lo. Ao

Congresso Nacional, por sua vez, caberia autorizar a denúncia do tratado que seria, ou não, feita pelo Chefe do Poder Executivo. Essa divisão de competências teria o condão de democratizar a processualística dos tratados internacionais.⁶⁴

O Ministro Nelson Jobim, por sua vez, considerou constitucional o Decreto. Em seu voto alegou, em síntese:

O Min. Nelson Jobim, presidente, em voto-vista, divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional no direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, afirmou que o princípio da harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.

A Ministra Rosa Weber, ao contrário do Ministro Nelson Jobim, alegou que a denúncia de tratado por vontade exclusiva do Presidente da República é incompatível com o equilíbrio da preservação da independência e harmonia entre os poderes. Assim, votou no sentido da inconstitucionalidade do decreto.⁶⁵ Nessa mesma toada se deu o voto do Ministro Teori Zavascki.⁶⁶

Destaca-se que, mesmo tendo se passado mais de 20 anos, a ADI ainda não transitou em julgado, estando atualmente no gabinete do Min. Dias Toffoli.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 549, STF. Brasília. Junho de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>> Acessado em 15/11/2019.

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Em voto-vista, ministra considera inconstitucional decreto que revogou convenção da OIT. Publicado em 11/11/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837&caixaBusca=N>> Acessado em 15/11/2019.

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Publicado em 14/09/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>> Acessado em 15/11/2019.

Mas, em que pese haver divergência no âmbito deste julgamento, defende-se aqui em favor da necessidade de manifestação prévia do Poder Legislativo, conforme disposto nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Teori Zavascki, assim como é entendimento de parte da doutrina, conforme explicitado anteriormente.

Ressalta-se também que, ainda que se considere possível a denúncia de tratado internacional por ato exclusivo do Presidente da República, é preciso considerar o disposto na Convenção nº 169 acerca da possibilidade de denúncia.

O art. 39, 1 da Convenção nº 169 dispõe que “Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.” Juntamente com isso, o 2 do referido artigo considera que todo membro que tenha ratificado a convenção e não fez uso da denúncia dentro do prazo de um ano após a expiração do prazo de dez anos ficará obrigado por um novo período de dez anos, podendo denunciar a convenção ao expirar cada período de dez anos.

Segundo o diretor adjunto da OIT no Brasil, "Stanley Gacek", o prazo de dez anos deve ser contado a partir da data da criação do texto, sendo esta 5 de setembro de 1991. Desse modo, o período permitido para denúncia da Convenção nº 169 será entre o dia 5 de setembro de 2021 e 5 de setembro de 2022.⁶⁷

Diante disso, mesmo que Brasil esteja se manifestando favoravelmente à denúncia da Convenção, esta não será considerada legal caso seja realizada anteriormente à data de 5 de setembro de 2021.

Contudo, observa-se que denunciar a Convenção nº 169 seria não observar o princípio da proibição do retrocesso, que se caracteriza como impeditivo de extinção dos direitos previamente garantidos pela Constituição. Por fim à vigência desta Convenção no

⁶⁷ FÉLIX, Rosana. Para OIT, discussão sobre direitos indígenas só em 2021. Gazeta do Povo. Publicado em 07/07/2014. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/para-oit-discussao-sobre-direitos-indigenas-so-em-2021-ealt9wdmssl4w50unaam9s6z2/>> Acessado em 15/11/2019.

direito interno brasileiro é retroceder diante das conquistas alcançadas na luta indígena pelo seu território.⁶⁸

Além disso, ao denunciar a Convenção, estaria o Brasil se desobrigando a aplicar, tanto por meio de legislação quanto na jurisprudência do STF, os direitos territoriais reconhecidos neste instrumento jurídico. Ainda que a Constituição de 1988 tenha diretrizes parecidas com as previstas na Convenção, esta possui um alcance mais amplo, abarcando direitos para além dos existentes na Constituição interna.

Ademais, observa-se que esta atitude não seria vista com bons olhos no cenário internacional, uma vez que o Brasil estaria se retirando de obrigações previamente impostas, se posicionando de maneira contrária a maioria dos países de primeiro mundo.

⁶⁸ BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. Goiânia. Abr/Jun 2015. Fragmento de Cultura, v. 25, n. 2. Pg. 248.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 constituiu grande avanço na luta pelo reconhecimento dos direitos indígenas, principalmente ao direito territorial. Ainda que as constituições pretéritas a de 1988 tenham, em alguma medida, tratado sobre direito territorial, havia também certa intenção de adequar os indígenas à sociedade, de modo a imputar ao direito territorial uma visão colonial de posse e propriedade, sendo esta divergente da visão adotada pelos povos indígenas.

Somente com a CRFB/88, através do art. 231, é que foi possível haver a real proteção das terras indígenas. Destaca-se que este artigo inaugura a adoção, pela legislação brasileira, da visão do indigenato, de modo a garantir aos indígenas direitos territoriais nos moldes adequados a este povo. Não se trata aqui de “criar” novo direito exclusivo aos indígenas, mas sim de adequar um direito já existente à necessidade deste povo.

No campo externo, verifica-se que o direito internacional foi e continua sendo um forte pilar dos direitos indígenas, influenciando políticas externas a adotarem o caminho da preservação desse povo. Nesse contexto, a Convenção nº 169 e a Declaração de Direitos Humanos dos Povos Indígenas atuam como os principais documentos frente aos povos indígenas.

Juntamente com isso, foi possível observar que o território possui diferente significado para os povos indígenas ao invés da ideia individual de propriedade adotada pelo restante da sociedade. Ainda que cada tribo possua uma ligação específica com a terra, adota-se no presente trabalho uma noção geral da importância da terra para os povos indígenas, visto que as práticas socioculturais deste povo possuem ligação íntima com o território, estando vinculado a uma noção de pertencimento e identificação simbólica/religiosa.

Também foi possível constatar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um forte instrumento jurídico na proteção aos direitos territoriais indígenas. Nota-se que há jurisprudência defendendo a aplicação e efetivação dos direitos, devidos aos povos indígenas, referentes à manutenção, demarcação e preservação dos territórios por eles ocupados ou que deveriam estar sendo ocupados. Além de reconhecer e aplicar os direitos

previstos, a Corte também impõe diversas obrigações aos Estados condenados, de modo a buscar concreta aplicação dos direitos territoriais indígenas.

No tocante ao Brasil, resta evidente que a previsão constitucional acerca dos direitos territoriais indígenas é completa, conforme citado anteriormente. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dá indícios de que a concreta aplicação destes direitos ainda não é totalmente eficiente. Conforme extrai-se do caso Raposa Serra do Sol, a Corte reconhece a importância da terra para os povos indígenas e a necessidade de demarcá-las, votando favorável a demarcação e reconhecimento do direito indígena sobre esta terra.

Contudo, ao mesmo tempo em que a Corte emite decisão favorável, também impõe condicionantes que caminham no sentido contrário à consolidação dos direitos territoriais indígenas. Conforme explicitado no subtópico 2.3, o marco temporal e o esbulho intermitente são condicionantes que limitam os direitos territoriais, impondo condições não previstas na Constituição e nem nos ordenamentos jurídicos do direito internacional. Além disso, observa-se que ainda não há jurisprudência formada por esta Corte, uma vez que as decisões relativas à demarcação de terras variam de caso a caso.

O panorama atual, por sua vez, demonstra que a proteção ao território indígena no Brasil vem sendo alvo de constantes preocupações tanto no ambiente externo quanto interno. Relatórios da ONU demonstram que a efetivação do direito territorial ainda está longe de se tornar completa realidade para os povos indígenas brasileiros.

Além de haver longa demora nos processos de demarcação, também está ocorrendo, dentre outras coisas, diversos embates entre a bancada ruralista e os órgãos de proteção aos indígenas. Juntamente com isso, observa-se um aumento significativo, nos últimos anos, de invasão, pelos não indígenas, a territórios indígenas, gerando maior número de conflitos e violências contra estes povos.

Ademais, destaca-se o atual risco de uma possível denúncia à Convenção nº 169 da OIT. Nota-se que este risco não é tão atual, pois já em 2014 foi apresentado um projeto visando à retirada do Brasil da citada Convenção. Contudo, resta claro que o risco atual é mais grave, pois a intenção não é demonstrada por parte da bancada do Congresso Nacional, mas sim de representantes do alto escalão do governo brasileiro.

Desse modo, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro prevê de maneira satisfatória a proteção dos direitos territoriais indígenas, pois além de estarem abarcados na

Constituição Federal de 1988, também são reforçados através da adoção dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Contudo, a efetividade destes direitos na prática ainda se encontra distante da esperada. Muitos avanços foram conquistados ao longo dessas décadas, mas nota-se que a última década está sendo marcada por uma onda crescente de desconsideração e inaplicabilidade eficiente dos direitos territoriais indígenas, conforme demonstrado nos relatórios apresentados ao longo do trabalho.

Seguir nesse caminho pode significar retroceder de maneira à gerar consequências irreversíveis para os povos indígenas brasileiros, pois ao não efetivar os direitos territoriais indígenas, o governo brasileiro também está deixando de proteger os outros direitos indígenas decorrentes deste. De acordo com o explicitado no trabalho, o direito territorial é a base para que haja a concretização da proteção cultural, do bem viver, da saúde, moradia, dentre outros direitos devidos aos povos indígenas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antonio Calvacante. Aspectos das políticas indigenistas no Brasil. INTERAÇÕES, Campo Grande, MS, v. 19, n. 3, Pg. 611-626, jul./set. 2018. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/inter/v19n3/1518-7012-inter-19-03-0611.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957. Disponível em <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)> Acessado em 15/11/2019.

URQUIDI, Vivian.; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. Brazilian Journal of Latin American Studies, v. 7, n. 12, 1 jun. 2008, Pg. 202.

JAKUBOSKI, Adriéli Pelizzar; SANTOS, Izaura José Padilha dos; GUARANY, Vilmar Martins de Moura. Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos dos Povos Indígenas. Pgs. 4 e 5. Disponível em <<http://www.site.ajes.edu.br/congre/arquivos/20160823224000.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf> Acessado em 15/11/2019.

GALVIS, María Clara; RAMÍREZ, Angela. Manual para defender os direitos dos povos indígenas. Washington, D.C. Due Process of Law Foundation. pg. 4. Disponível em <http://www.dplf.org/sites/default/files/manual_direitos_indigenas_web_07_02_2016fin.pdf> Acessado em 15/11/2019.

SILVA, Luiz Fernando Villares. Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013 doi:10.11606/T.2.2013.tde-10012014-163451. Acesso em: 15/11/2019.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009. 350 páginas.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2007. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNI_DAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDiGENAS.pdf> Acessado em 15/11/2019.

FEIRING, Birgitte. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. Roma. Disponível em <https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/r_sp_web_ip_study_rights_to_lands_territories_and_resources_op8.pdf> Acessado em 15/11/2019.

NOGUEIRA, Marcela Iossi. A Titularidade das Terras Indígenas no Brasil: análise do paradoxo entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2015. Goiânia. Universidade Federal de Goiás.

SILVEIRA, Flávia Lanat. Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas. 2015/1. Rio de Janeiro. Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, Pg. 29.

LIMA, Iara Menezes; RESENDE, Livia Mara de. Terras Indígenas: uma análise dos critérios constitucionais estabelecidos para sua caracterização. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1981e4bd8a0d6d8>> Acesso em: 15/11/2019.

SANTOS, Bárbara Moutinho Cordeiro. Denúncia de Tratados de Direitos Humanos no Brasil e a Possibilidade de Intervenção do Congresso Nacional. 2011. Brasília.

MARTINS, Claudio de Almeida. Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável ao Ser Humano. 2014. Fortaleza. Disponível em <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/PDF51.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

PRINTES, Rafaela Biehl. Gestão territorial e ambiental: contribuições de um emergente debate para a afirmação dos territórios sociais indígenas. 2012. Porto Alegre. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87325/000866415.pdf?sequence=1>> Acessado em 15/11/2019.

MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, nº 98. Out 2010/Jan 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil. 2018. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/sentenca_xucuru.pdf> Acessado em 15/11/2019.

REINACH, Carolina Homem de Mello. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos envolvendo demarcação de terras indígenas. São Paulo. Novembro de 2008. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/120_carolina.pdf> Acessado em 15/11/2019.

GUEDES, Íris Pereira; SCHÄFER, Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. Territórios Indígenas: Repercussões do SIDH no Direito Brasileiro. Revista Direito e Práxis. Ahead of print. Rio de Janeiro. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/34177>> Acesso em 15/11/2019. DOI:10.1590/2179-8966/2019/34177.

VALLE, João Paulo Lawall. Renitente esbulho na jurisprudência do STF. Blog EBEJI. Publicado em 08/09/2015. Disponível em <<https://blog.ebeji.com.br/renitente-esbulho-na-jurisprudencia-do-stf/>> Acessado em 15/11/2019.

JÚNIOR, George Sarmiento Lins; LACERDA, Danilo Moura. O Direito de Propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a Superação da Condição do Marco Temporal da Posse Indígena criada pelo STF, no caso Raposa Serra do Sol. REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ. ISSN 2359-5035. São Paulo. 2017. p. 253-572. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC83532E9118700E050A8C0DD016D4C> Acessado em 15/11/2019.

Reconhecida repercussão geral em recurso que discute posse de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas. Brasília. 25/02/2019. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404272&caixaBusca=N>> Acessado em 15/11/2019.

Relatora especial da ONU sobre povos indígenas divulga comunicado final após visita ao Brasil. Publicado em 17/03/2019. Atualizado em 23/03/2019. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>> Acessado em 15/11/2019.

Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2017. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contr-povos-indigenas-2017-Cimi.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2018. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contr-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>> Acessado em 15/11/2019.

CARVALHO, Cleide. Aumenta número de casos de invasão e conflitos em terras indígenas, diz Cimi: Relatório mostra pressão de garimpos, madeireiros e até casos de racismo. Publicado em 27/09/2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/aumenta-numero-de-casos-de-invasao-conflitos-em-terras-indigenas-diz-cimi-23107785>> Acessado em 15/11/2019.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. Direito Internacional dos Direitos Humanos: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis. 2014. p. 247 -263. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>> Acessado em 15/11/2019.

BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. Goiânia. Abr/Jun 2015. Fragmento de Cultura, v. 25, n. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Índios: direitos fundamentais e a Convenção 169 da OIT. JOTA. Publicado em 05/04/2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/indios-direitos-fundamentais-e-a-convencao-169-da-oit-05042019>> Acessado em 15/11/2019.

MOREIRA, Assis. Brasil é voto isolado na OIT e ameaça deixar convenção sobre povos indígenas. Revista Valor Econômico. Publicado em 27/03/2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/coluna/brasil-e-voto-isolado-na-oit-e-ameaca-deixar-convencao-sobre-povos-indigenas.ghtml>> Acessado em 15/11/2019.

FERREIRA, Thalita Livia Israel; XAVIER, Fernando. O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVI – Nº 23, p.77-90–Novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 549, STF. Brasília. Junho de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>> Acessado em 15/11/2019.

Supremo Tribunal Federal. Em voto-vista, ministra considera inconstitucional decreto que revogou convenção da OIT. Publicado em 11/11/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837&caixaBusca=N>> Acessado em 15/11/2019.

Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Publicado em 14/09/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>> Acessado em 15/11/2019.

FÉLIX, Rosana. Para OIT, discussão sobre direitos indígenas só em 2021. *Gazeta do Povo*. Publicado em 07/07/2014. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/para-oit-discussao-sobre-direitos-indigenas-so-em-2021-ealt9wdmssl4w50unaam9s6z2/>> Acessado em 15/11/2019.

SANTOS, Cintia. *A vigência dos tratados no Brasil*. Publicado em 08/2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51581/a-vigencia-dos-tratados-no-brasil>> Acessado em 15/11/2019.

ENES, Eliene Nery Santana; BICALHO, Maria Gabriela Parenti. Desterritorialização/reterritorialização: processos vivenciados por professoras de uma escola de Educação Especial no contexto da educação inclusiva. *Educ. rev.*, Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 189-214, Mar. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010246982014000100008&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 15/11/2019.

NASCIMENTO, Paula Fonseca do; MELAZZO, Everaldo Santos. Território: conceito estratégico na assistência social. DOI: 10.5433/1679-4842.2013v16n1p66.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, Território e Territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. São Paulo. UNESP. 2013.

SOUZA, Raimundo Mendes de. *Nas cercanias do território Eware: três ensaios sobre os Tikunas de Umariacu*. 2016. Manaus. Universidade Federal do Amazonas. Disponível em <https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5621/8/Disserta%C3%A7%C3%A3o_RaimundoSouza> Acessado em 15/11/2019.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. *Gestão Territorial Indígena*. 2006. Curitiba. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em <<https://dlc.library.columbia.edu/catalog/ldpd:504861/bytestreams/content/content?filename=PAULO+CELSO+DE+OLIVEIRA.pdf>> Acessado em 15/11/2019.