

MARINA PEREIRA CARVALHO DO LAGO

**Direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas:
Mobilidade humana e proteção internacional**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. André de Carvalho Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

MARINA PEREIRA CARVALHO DO LAGO

**Direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas:
Mobilidade humana e proteção internacional**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. André de Carvalho Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lago, Marina Pereira Carvalho do

Direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas : Mobilidade humana e proteção internacional / Marina Pereira Carvalho do Lago ; orientador André de Carvalho Ramos -- São Paulo, 2017.
225 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Mobilidade indígena. 2. Território Ancestral. 3. Direito à livre circulação. 4. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 5. Direito Internacional da Mobilidade Humana I. Carvalho Ramos, André de , orient. II. Título.

Nome: LAGO, Marina Pereira Carvalho do

Título: Direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas: mobilidade humana e proteção internacional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À memória dos meus avós, Áurea, Artur, Gilberto e Maria do Carmo,
pelo amor incondicional, também em forma de livros.

AGRADECIMENTOS

“E se você acordasse amanhã só com o que você agradeceu hoje?”. Esse singelo pensamento, de autor anônimo, mostra a força da gratidão, a importância de agradecer a todos aqueles que nos acompanham e nos ajudam em nossa caminhada, como parte da própria construção da vida. Sem eles, o resultado de hoje seria completamente diverso, se porventura existisse. Como fruto de um trabalho de três anos, essa dissertação não seria a mesma sem todas as pessoas especiais que cruzaram minha vida e dela fazem parte.

Assim, começo os meus agradecimentos lembrando o dia em que conheci pessoalmente meu professor orientador, Dr. André de Carvalho Ramos, no momento da entrevista para seleção do mestrado. Agradeço imensamente a oportunidade que me foi conferida, as aulas brilhantemente ministradas, a alegria de poder aprender tanto. Registro meu profundo agradecimento e admiração.

Agradeço ao Professor Orlando Villas Bôas Filho, pela preciosa contribuição, atenção e indicações bibliográficas, bem como aos Professores Guilherme Assis de Almeida e Geraldo Miniucci, pelas valorosas sugestões no exame de qualificação. Ainda, agradeço à Professora Francilene dos Santos Rodrigues, da Universidade Federal de Roraima, pesquisadora da temática Fronteiras e Processos Socioculturais, por todos os esclarecimentos e livros pessoais gentilmente cedidos.

Não poderia deixar de agradecer aos meus queridos amigos e colegas das Arcadas, Patrícia Gomes, Helisane Malke, Isabel Machado, Júlia Cruz e Bruno Pegorari. Afinal, como disse Paulo Freire, “Escola” é o lugar onde se faz amigos.

Às amigas que fiz na Faculdade de Direito do Recife, Cynara Barros, hoje professora da Universidade Estadual da Paraíba, pela inestimável ajuda acadêmica; Elisângela Santos de Moura, por me ajudar a ver novos horizontes, e Nara Lopes de Melo, pelo cuidado ao fornecer interessante material de pesquisa.

Registro também meu agradecimento a todos os meus estimados amigos, que iluminam minha história, apesar de a oportunidade não me permitir citar todos.

À Defensoria Pública da União, instituição de valor ímpar, solo de onde brotou a inspiração para meu tema de pesquisa e que tem me garantido o apoio essencial para o êxito desse trabalho.

Agradeço aos meus pais e irmãos, minha base de sustentação. Especialmente, à minha irmã Maria, que desde criança brincava de me ensinar.

À Tiago, que iniciou essa trajetória comigo, pela compreensão, amor e apoio.

Por fim, minha gratidão à Deus, que tem bondosamente iluminado meus caminhos e inculcado no meu coração a admiração pelos povos indígenas e, conseqüentemente, a preocupação por sua sobrevivência étnica, o que me faz sonhar, assim como o Messias Pauite Wovoka¹, com a “próxima primavera”, quando todos os índios terão uma vida boa.

¹ BROWN, Dee Alexander. *Enterrem meu coração na curva do rio*. Trad. Geraldo Galvão Ferraz e Lola Xavier. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 408.

Soube que pretendem colocar-nos numa reserva perto das montanhas. Não quero ficar nela. Gosto de vagar pelas pradarias. Nelas me sinto livre e feliz; quando nos estabelecemos, ficamos pálidos e morremos. Deixei de lado minha lança, o arco e o escudo, mas me sinto seguro na sua presença. Disse-lhes a verdade. Não tenho pequenas mentiras ocultas em mim, mas não sei como são os comissários. São tão francos quanto eu?

Satanta, Chefe dos Kiowas

(Enterrem meu coração na curva do rio. Dee Alexander Brown; trad. Geraldo Galvão Ferraz e Lola Xavier. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 252).

RESUMO

LAGO. Marina Pereira Carvalho do. **Direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas: mobilidade humana e proteção internacional**. 225 p. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A mobilidade indígena no território ancestral, desmembrado pela divisão das fronteiras nacionais, é ainda uma questão pouco debatida, não por sua falta de importância, mas pela invisibilidade dos povos indígenas e o contexto de discriminação histórica. Considerando o costume dos povos indígenas de deslocamento transfronteiriço como parte de seu modo de ser e de viver, a necessidade de preservação da identidade étnica em sociedades multiculturais e a hipótese de existência de um direito de livre circulação, buscou-se, no presente trabalho, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional da Mobilidade Humana, pesquisar quais instrumentos normativos internacionais e nacionais amparam esse direito e como os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos abordam o tema. Objetivou-se, ainda, analisar as implicações da mobilidade indígena nas clássicas concepções do Estado Nacional, como soberania, território, povo, nacionalidade e cidadania, além de estudar a experiência de outros países latino-americanos na temática, como a Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, em comparação com a experiência brasileira. Utilizou-se o método dedutivo para examinar, a partir da doutrina, das normas escritas, dos costumes e da jurisprudência, o direito de livre de circulação dos povos indígenas. Além disso, também foram empregados o método histórico e comparativo, por meio da investigação das relações históricas de poder, da trajetória do constitucionalismo latino-americano e da comparação de medidas adotadas. Verificou-se que as clássicas concepções do Estado-nacional demandam atualização e que a livre circulação indígena no território ancestral encontra guarida na experiência de países latino-americanos, nos mecanismos internacionais de proteção e nas normas internacionais de proteção de direitos humanos, que garantem o direito de contato e cooperação entre os povos indígenas fronteiriços e o direito de autodeterminação. Todavia, constatou-se que a mobilidade indígena apresenta diversas modalidades, todas carentes de estudos e medidas de proteção. Além disso, a ausência de tratado internacional específico prejudica a efetivação do direito de circulação no território ancestral, como se verá ao longo deste trabalho, que visa a fortalecer as discussões sobre o tema e ressaltar a urgência de medidas legislativas e políticas mais adequadas e a promoção de uma proteção internacional mais efetiva.

Palavras-chave: 1. Mobilidade indígena. 2. Território ancestral. 3. Direito à livre circulação. 4. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 5. Direito Internacional da Mobilidade Humana.

ABSTRACT

LAGO. Marina Pereira Carvalho do. **Right to free movement at the borders of indigenous peoples: human mobility and international protection.** 225 p. Dissertation (Master in Human Rights) - Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The indigenous mobility in the ancestral domain, dismembered by the division of national borders, is still an issue not much debated, not because of its lack of importance, but because of the invisibility of indigenous peoples and the context of historical discrimination. Considering the custom of the indigenous peoples of displacement as part of their way of being and living, the need of preservation of ethnic identity in multicultural societies and the hypothesis of a right to free movement, it was sought, in this work, in light of International Human Rights Law and International Human Mobility Law, to investigate which international and national normative instruments support this right and how international systems of human rights protection deal with this subject. The objective of this study was to analyze the implications of indigenous mobility in the classic conceptions of the national state, such as sovereignty, territory, people, nationality and citizenship, as well as to study the experience of other Latin American countries in the theme, such as Colombia, Venezuela, Ecuador and Bolivia, compared to the Brazilian experience. The deductive method was used to examine, from the doctrine, written norms, customs and jurisprudence, the right of free movement of the indigenous peoples. In addition, the historical and comparative method was also used, through the investigation of the historical relations of power, the trajectory of Latin American constitutionalism and the comparison of measures adopted. It was verified that the classic conceptions of the national state demand updating and that the free indigenous movement in the ancestral domain finds shelter in the experience of Latin American countries, in the international mechanisms of protection and in the international norms of protection of human rights, that guarantee the right of contact and cooperation between indigenous border peoples and the right to self-determination. However, it was found that indigenous mobility presents several modalities, all of which in lack of studies and measures of protection. In addition, the absence of a specific international treaty impairs the implementation of the right of movement in the ancestral domain, as will be seen throughout this work, which aims to strengthen discussions on the subject and highlight the urgency of legislative and political measures as well as the promotion of more effective international protection.

Keywords: 1. Indigenous mobility. 2. Ancestral domain. 3. Right to freedom of movement. 4. International Human Rights Law. 5. International Human Mobility Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos

APS - *Aborigines Protection Society*

CCPR – *Committee on Civil and Political Rights/ Human Rights Committee/ Comitê de Direitos Humanos*

CEDAW – *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women/ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*

CELADE – Centro Latino-Americano de Demografia

CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CNV – Comissão Nacional da Verdade

Comissão Africana – Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Comissão IDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

COMIGRAR - Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio

CONAIE – Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador

CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional da Presidência da República

Corte ADHP – Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte EDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

DADH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DIMH – Direito Internacional da Mobilidade Humana

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IIRSA - Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana

IWGIA – *International Work Group for Indigenous Affairs/ Grupo de Trabalho Internacional sobre Assuntos Indígenas*

LOPCI – Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas da Venezuela

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU/UN – Organização das Nações Unidas/*United Nations*

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

RPU – Revisão Periódica Universal

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

SPILTN – Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais

STF – Supremo Tribunal Federal

TCP – Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia

TI - Terra Indígena

UNPFII - *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues*/ Fórum Permanente de Questões Indígenas das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 - MIGRAÇÃO INDÍGENA E DIREITO À LIVRE CIRCULAÇÃO EM FRONTEIRAS	17
1.1 O indígena migrante e sua invisibilidade histórica.....	17
1.2 A invisibilidade retratada nos dados demográficos e o processo “reindigenização”	25
1.3 Multiculturalismo e direitos dos povos indígenas	29
1.4 Convenção n. 169 da OIT e o direito de contato e cooperação.....	37
1.5 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e o direito à autodeterminação	43
1.6 Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016	49
1.7 Mobilidade indígena transfronteiriça e a legislação nacional	56
1.8 Direito à livre circulação transfronteiriça e seu caráter vinculante	74
CAPÍTULO 2 – MOBILIDADE INDÍGENA TRANSFRONTEIRIÇA E SUA PROTEÇÃO PELOS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	81
2.1 Sistema Global de Direitos Humanos.....	83
2.2 Sistema Europeu de Direitos Humanos	96
2.3 Sistema Interamericano de Direitos Humanos	102
2.4 Sistema Africano de Direitos Humanos	111
CAPÍTULO 3 - MOBILIDADE HUMANA, DIREITOS INDÍGENAS E ESTADO- NACIONAL	120
3.1 Território, soberania, povo e fronteiras étnicas	120
3.2 Nacionalidade numa sociedade pluriétnica	133
3.2.1 O fenômeno do transnacionalismo	135
3.2.2 Plurinacionalidade e povos indígenas	137
3.2.2.1 A experiência da Colômbia (1991).....	142
3.2.2.2 A experiência da Venezuela (1999).....	147
3.2.2.3 A experiência do Equador (1998 e 2008).....	151
3.2.2.4 A experiência da Bolívia (2009).....	157
3.2.2.5 A experiência do Brasil (1988).....	163
3.3 Cidadania	172
4. NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A MIGRAÇÃO INDÍGENA.....	178
4.1 Migração indígena e sua precária teorização.....	181
4.2. A dupla vulnerabilidade dos indígenas migrantes: o caso da migração dos Warao para o Brasil.....	189
CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA TEORIA DA MIGRAÇÃO INDÍGENA LEVADA A SÉRIO.....	197
REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de extensa fronteira terrestre, marcada por um fluxo migratório vibrante e heterogêneo. No universo dos indivíduos que atravessam diuturnamente as fronteiras nacionais em direção aos Estados vizinhos, estão – quase “invisíveis” – os povos indígenas transfronteiriços. Diante da internacionalização dos direitos humanos e do processo de resistência indígena, essa mobilidade começa a adquirir contornos mais nítidos.

Durante um curto período na história brasileira², viveu-se a esperança de que seria dado um importante passo rumo à superação de secular omissão quanto à mobilidade indígena, por meio da garantia do direito de livre circulação no território ancestral no §2º do art. 1º do Projeto de Lei de Migração³, dispositivo que ao final sucumbiu, ante a disputa de interesses no campo indigenista, por veto presidencial.

Dessa forma, reforçou-se a necessidade de análise do direito à livre circulação transfronteiriça dos povos indígenas no território ancestral e sua proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e pelo Direito Internacional da Mobilidade Humana (DIMH).

Como será visto, a humanização do direito internacional e a influência dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, nos tempos atuais, tem conferido nova leitura aos direitos da pessoa humana e, por consequência, tem trazido à tona a preocupação com o exercício de direitos pelos migrantes. No contexto das novas discussões migratórias, é preciso investigar a proteção conferida à mobilidade indígena, tendo em vista a ausência de tratado internacional específico e as peculiaridades de seu fenômeno migratório, sobretudo pelo sentimento de pertencimento ao território, que integra a identidade coletiva e exige abordagem e tratamento jurídico diversos.

² Período entre a aprovação, em 2015, do Projeto de Lei do Senado n. 288/2013 com as alterações propostas pelo Anteprojeto da Comissão de Especialistas e a sanção, com vetos, da Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que instituiu a Lei de Migração. BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. Brasília: Fundação Friedrich Ebert, 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilen/10947.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017. A Comissão de Especialistas foi constituída pelo Ministério da Justiça por meio da Portaria n. 2.162, de 29 de maio de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=72&data=31/05/2013>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

³ PLS 288/2013, art. 1º, “§2º São plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, em especial o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas.” Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4000745&disposition=inline>>. Último acesso em: 21 nov. 2013.

A migração indígena é um processo multifacetado, que pode ocorrer de diversas formas, tanto localmente, entre as zonas urbana e rural, quanto internacionalmente, além das fronteiras estatais. No tocante à migração internacional indígena, tem-se apontado, por sua vez, diversas categorias de migração, dentre as quais se inclui a mobilidade indígena no território ancestral, objeto da presente pesquisa. Nesse recorte, busca-se analisar quais fundamentos amparam a proteção internacional do direito à livre circulação no âmbito das fronteiras étnicas, apesar das restrições localistas impostas pelos Estados.

Acerca da metodologia empregada no presente trabalho, utiliza-se o método dedutivo para examinar, a partir da doutrina, dos elementos normativos, dos costumes e da jurisprudência, o direito de livre de circulação dos povos indígenas. De forma associada, como método específico das ciências sociais⁴, também foram empregados o método histórico e comparativo, por meio da investigação das relações históricas de poder, da trajetória do constitucionalismo latino-americano e da comparação de medidas adotadas. Além disso, o estudo das ciências humanas em sua moderna perspectiva se orienta por uma abordagem multidisciplinar, que possibilita uma maior compreensão do problema em seus múltiplos aspectos e a partir das diversas disciplinas das ciências humanas que se figurarem úteis. Por essa razão, também foram conferidos aportes de estudos antropológicos à presente pesquisa.

No Capítulo I, busca-se compreender o estado da arte da migração indígena, por meio da exposição do processo histórico de violência, marginalização e exclusão contra os indígenas no Brasil, a fim de evidenciar a situação de invisibilidade da qual ainda são vítimas e, ao mesmo tempo, apontar os embates pela afirmação de sua identidade. Ainda, objetiva-se inserir a questão do reconhecimento de direitos específicos aos indígenas no contexto do multiculturalismo. No intuito de compreender a normativa que ampara o direito de livre circulação, são analisados, na seara internacional, os ditames da Convenção n. 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016; em seguida, analisa-se a legislação nacional e, ainda, a possibilidade de ser reconhecido o caráter vinculante das normas internacionais que amparam esse direito.

No Capítulo II, busca-se apresentar de que modo os sistemas onusiano, europeu, interamericano e africano de proteção de direitos humanos amparam a mobilidade indígena no território ancestral. Considerando a ausência de tratado internacional específico sobre

⁴ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 106-108.

mobilidade indígena, é preciso verificar por quais meios se dá a garantia de circulação transfronteiriça pelos mecanismos internacionais de proteção. A análise da postura dos organismos internacionais apresenta também a relevante função de explicitar o alcance e sentido das normas que amparam o direito em tela, a fim de que haja a necessária coordenação do entendimento local em relação a essas diretrizes, evitando-se, assim, responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

No Capítulo III, considerando que a doutrina clássica do Estado nacional é irreal para Estados marcados por diversidade étnica, como o Brasil, busca-se examinar se as concepções até então estabelecidas, como território, povo, soberania, nacionalidade e cidadania, são adequadas à realidade ou se há necessidade de sua atualização. No cenário atual de intensificação dos processos migratórios, em decorrência do processo de globalização, teriam as fronteiras a mesma importância que apresentavam no século XVIII? A soberania do Estado para definir o direito de ingresso é absoluta? O termo “povos” ou “nações” indígenas traduz o estabelecimento de novos Estados nacionais e soberanos? Os povos transfronteiriços, cujo território ancestral foi cindido pelas fronteiras estatais, têm direito a múltiplas nacionalidades? A cidadania para os povos indígenas no Brasil significa o exercício dos mesmos direitos conferidos a todos os brasileiros? Ou o exercício desses direitos dependeria do “nível de integração”? Ou, ainda, haveria no âmbito da cidadania a tutela de direitos específicos?

Alinhado a todos esses questionamentos, também são estudadas as experiências de outros países, como a Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, no contexto do neoconstitucionalismo latino-americano, a fim de situar a temática da plurinacionalidade e verificar o tratamento conferido aos povos indígenas, especialmente aos transfronteiriços, em comparação com a experiência brasileira.

No Capítulo IV, objetiva-se abordar a complexidade do fenômeno migratório e analisar as especificidades da mobilidade indígena e suas diversas categorias, conforme entendimento da doutrina especializada e a visão de organismos internacionais de proteção de direitos humanos. É necessário investigar, também, em que medida a mobilidade indígena é protegida por meio das teorias migratórias atualmente existentes. Nesse contexto, é apresentada a recente questão da migração dos indígenas Warao para o Brasil, no intuito de observar as dificuldades teóricas, jurídicas e políticas enfrentadas no campo da migração indígena, o que torna essas comunidades ainda mais vulneráveis, notadamente pela deficiência das políticas de apoio.

Assim, espera-se com essa investigação chamar atenção para a situação dos povos indígenas transfronteiriços e para a necessidade de fortalecer e aprofundar os debates a respeito de seu direito de livre circulação, essencial para efetividade dos direitos internacionalmente reconhecidos, por meio de tratamento jurídico e políticas públicas mais adequadas, sem esquecer, como afirma Boaventura de Souza Santos, que “a ignorância não é necessariamente o estado original ou o ponto de partida; pode ser o ponto de chegada”.⁵

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 44. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CAPÍTULO 1 - MIGRAÇÃO INDÍGENA E DIREITO À LIVRE CIRCULAÇÃO EM FRONTEIRAS

1.1 O indígena migrante e sua invisibilidade histórica

Historicamente, o processo de formação do povo brasileiro é marcado por um caráter de conflito devido ao entrecchoque de seus contingentes índios, negros e brancos, conforme análise realizada por Darcy Ribeiro⁶, que destaca o conflito interétnico nos moldes de uma guerra de extermínio, por meio da qual há uma sucessão ecológica do território, com vistas à implantação de uma nova sociedade pelo invasor.

Em meio a essa “guerra de extermínio”, em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), originariamente denominado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), como parte do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Segundo o historiador Antônio Carlos de Souza Lima, a criação do SPI – inicialmente dirigido por Cândido Mariano da Silva Rondon – representou os debates sobre a necessidade de aparelhamento do poder para “catequese dos índios” e reabilitação do “trabalhador nacional”. Em 1918, as tarefas de “localização de trabalhadores nacionais” foram transferidas ao Serviço de Povoamento; todavia, ainda assim, o intento de transformação dos índios em pequenos produtores rurais se manteve ao longo da existência do SPI.⁷

Na década de 1940, passa-se a enfatizar o aspecto do indígena como trabalhador rural, no âmbito da “Marcha para Oeste” do governo Vargas, que buscava o controle sobre o espaço geográfico definido para a nação, com destaque à missão Roncador-Xingu a partir de 1943. A respeito dessa expedição, registra-se a constatação de Orlando e Cláudio Villas Bôas:

É nesse mundo do Grande Sertão que nações indígenas, originárias e legítimas donas da terra por tempos imemoriais, vivem ‘absolutas’ e felizes. A presença de invasores estranhos aos seus domínios constitui uma ameaça às suas características

⁶ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 153.

⁷ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 156, 158 e 159. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

culturais e o início de um processo que as levará, sem dúvida, à tragédia de uma assimilação.⁸

Nessa época, o padrão fundiário imposto aos indígenas era o de pequenas porções de terra, praticamente resumidos a núcleos familiares, das quais seria extraída a subsistência básica. No final da década de 1940 e início da década de 1950, é que surgem propostas de alteração desse modelo, a exemplo do Parque Indígena, com o objetivo de reunir preservação ambiental e proteção aos índios em porções de terra consideravelmente maiores, com base em direito imemorial ao espaço, com destaque ao Parque Indígena do Xingu, anteriormente nominado Parque Nacional Indígena do Xingu, que tinha Orlando Villas Bôas como principal gestor.⁹

Shelton Davis, em obra clássica sobre o etnocídio perpetrado contra os povos indígenas no período de ditadura militar, narra que, na década de 1970, os Yanomami compunham a maior tribo não-aculturada da América do Sul, localizada na fronteira brasileira/venezuelana, entre o rio Orenoco na Venezuela e o rio Marauia no Brasil. Diante dos ataques sofridos tanto dos seringueiros e colonos brasileiros como da expansão pecuária da Venezuela, uma equipe da *Aborigines Protection Society* (APS)¹⁰ de Londres, após visita à terra indígena, sugeriu negociações com a Venezuela para criação de uma reserva indígena internacional, tendo em vista a necessidade de coordenação da política indigenista ao longo da fronteira.¹¹

Todavia, o governo militar brasileiro não se dispôs à criação da reserva indígena internacional e optou pela construção de estradas no território do Estado de Roraima, com invasão da terra indígena Yanomami, colocando em risco a integridade da tribo. O governo também destinou verbas para exploração mineral e nuclear na região, submetendo os Yanomami ainda ao risco das epidemias transmitidas por povoados ribeirinhos, assentados em função das atividades de desflorestamento para construção de estradas na Amazônia.¹²

Assim, Shelton Davis apresenta a expansão e o fortalecimento das ameaças contra os povos indígenas durante o período do “Milagre Econômico”, que levou à expulsão e até

⁸ VILLAS BÔAS, Orlando; VILLAS BÔAS, Cláudio. *A marcha para o oeste – A epopeia da expedição Roncador-Xingu*. São Paulo: Globo, 1994, p. 44.

⁹ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 167-168. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁰ Organização internacional de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas fundada no século XIX.

¹¹ DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre – O desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 130.

¹² *Ibidem*, p.131-133.

mesmo à destruição de diversas tribos.¹³ Essa narrativa é corroborada pelo Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), publicado em 2014. Na temática indígena, o Relatório é marcado por afirmações contundentes de reconhecimento de genocídio e etnocídio¹⁴ contra os povos indígenas. Apesar do recorte efetuado pela CNV para exame da realidade, são muitos os relatos de atos desumanos contra os grupos étnicos, vítimas das mais variadas espécies de violência, com requintes de crueldade, tanto pelo poder público quanto por particulares. A CNV reconheceu expressamente que, no período de 1946 a 1988, foram praticadas no Brasil graves e sistemáticas violações de direitos humanos contra os indígenas, como resultado de política estrutural de Estado, agravada pelo fato de os órgãos de proteção – inicialmente o SPI, em seguida a FUNAI – serem vinculados a Ministérios voltados à política desenvolvimentista. Afirmou-se que “a apropriação de terras indígenas e seus recursos foi favorecida, a corrupção de funcionários não foi controlada e a violência extrema de grupos privados contra os índios não foi punida. Com exceção de alguns casos esparsos, justiça não foi feita”. O Relatório ainda foi categórico ao registrar que “não há dúvida de que a política de assimilação cultural preconizada pelo desenvolvimentismo do Estado se caracteriza como um programa de etnocídio”.¹⁵

Sobre os Yanomami, segundo o Relatório da CNV, se encontra comprovada a omissão de vacinação preventiva pelo órgão indigenista, uma das causas da depopulação desses indígenas. Quando da construção da rodovia Perimetral, “diversas epidemias de alta letalidade, como sarampo, gripe e, (sic) malária, caxumba, tuberculose, além da contaminação por DSTs, eclodiram entre os Yanomami, vitimando, já no primeiro ano da construção da estrada, cerca de 22% da população de quatro aldeias”. No extremo leste do território, há estimativa da morte de 80% da população na década de 1970. Além disso, essa etnia foi vítima do garimpo em seu território, o que causou comoção internacional para retirada dos garimpeiros e demarcação da TI. Contudo, o então presidente da Funai “optou, em 1987, por expulsar todas as equipes de Organizações Não Governamentais (ONGs) e missões religiosas estrangeiras que atuavam no atendimento à saúde dos Yanomami”, além

¹³ Dentre as tribos exterminadas se encontram os Parakanân e os Kréen-Akaróre, na década de 1970, conforme relato de Shelton Davis, p. 104.

¹⁴ Etnocídio ou genocídio cultural se refere ao extermínio da cultura de um grupo étnico. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 155.

¹⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 204-213. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

de determinar “a retirada das equipes de saúde em meio a uma série de epidemias, sobretudo de gripe e malária, agravando ainda mais a situação”.¹⁶

A CNV apontou, também, o esbulho das terras indígenas como resultado da política fundiária do Estado. Uma das formas encontradas de “liberar” espaço para colonização foi realocação forçada dos indígenas em pequenas extensões de terras. Assim, “jogados com violência em caminhões e vendo suas casas sendo queimadas, índios Guarani e Kaiowá foram relocados à força nessas áreas, em uma concentração que provocou muitos conflitos internos”. Depoimentos de funcionários do SPI à CNV reforçaram que o esquema de espoliação das terras indígenas era capitaneado pelo próprio Ministério da Agricultura, por meio de seu Departamento de Terras e Colonização. Diagnóstico semelhante também foi encontrado na análise de Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a FUNAI em 1977, sob a justificativa de desenvolvimento nacional.¹⁷

Ainda segundo Shelton Davis, na década de 1960, a atenção internacional centrada na política indigenista do Brasil, sobretudo nas acusações de corrupção contra os funcionários do então Serviço de Proteção ao Índio (SPI), provocou a necessidade de sua investigação, que foi deixada a cargo do Procurador-Geral Jader Figueiredo. A partir das investigações realizadas, o Procurador-Geral descobriu uma ampla rede de corrupção e de sadismo, com o massacre de tribos e submissão de indígenas a condição de escravos e perversões sexuais, denunciada no “Relatório Figueiredo” de 1967 – que possui mais de 7.000 páginas e, depois de décadas desaparecido, foi redescoberto em 2012, no âmbito dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade¹⁸ –. O relatório atraiu a atenção de diversos observadores estrangeiros, como Patrick Braun, que apresentou provas de que agentes do SPI e latifundiários usaram armas biológicas para exterminar tribos, com a introdução de varíola, gripe, tuberculose e sarampo.¹⁹

Em razão do Relatório Figueiredo, o gal. Albuquerque Lima encerrou o SPI, criou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), afirmou que os criminosos seriam punidos e as terras devolvidas. Desse modo, foram arrefecidos os protestos internacionais e não houve

¹⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 207, 231 e 233. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

¹⁷ *Ibidem*, p. 207-208.

¹⁸ *Ibidem*, p. 207 e nota final n. 13.

¹⁹ DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre* – O desenvolvimento e os índios do Brasil. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 35.

investigação pela ONU.²⁰ Para Souza Lima, por meio da extinção do SPI e da criação da Fundação Nacional do Índio buscou-se responder a acusações internacionais de genocídio e, também, conferir visibilidade positiva ao aparelho estatal para garantir o financiamento externo necessário às mudanças pretendidas, considerando-se o contexto de reformulação da burocracia do Estado, preparatória de um fluxo de expansão econômica e da fronteira agrícola do país.²¹ Assim, quando pouco tempo depois assumiu Médici²², com o plano de construir a rodovia transcontinental da Bacia Amazônica, a política indigenista não era o centro das atenções da mídia internacional, que passou, na década de 1970, a focar a construção da rodovia.²³

Nessa linha, segundo o Relatório da CNV, o endurecimento da ditadura militar com o AI-5 de 1968 provocou uma política indigenista mais agressiva, com o Plano de Integração Nacional voltado à Amazônia – então anunciada um vazio populacional. A construção de estradas, como a Transamazônica e as BR 174, 210 e 374, provocou a remoção compulsória de várias etnias, algumas transferidas diversas vezes em função de outros projetos desenvolvimentistas, como os Parakanã, transferidos em razão da Transamazônica e posteriormente por causa da Hidrelétrica de Tucuruí e depois por outras obras, totalizando cinco remoções em um período de seis anos (1971 a 1977). Conforme relato de Shelton Davis, essa foi uma das etnias exterminadas no período do milagre econômico.²⁴ Ademais, segundo a CNV, a transferência forçada não se destinava apenas à construção de obras de infraestrutura, mas também à liberação de áreas para projetos agroindustriais. Para produção desses “vazios demográficos”, foram realizadas várias transferências compulsórias, além de medidas como “casamentos forçados com povos inimigos; o sequestro de crianças; a contaminação proposital por doenças infectocontagiosas; as perseguições, humilhações e prisões; entre outras”.²⁵

²⁰ DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre – O desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 36.

²¹ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 170. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²² Presidente do Brasil entre 30 de outubro de 1969 e 15 de março de 1974.

²³ DAVIS, Shelton H. Op. Cit., p. 36.

²⁴ Ibidem, p. 104.

²⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 209-210 e 223. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Portanto, o interesse econômico na região amazônica, por meio do milagre econômico da ditadura militar, estava visceralmente relacionado com o extermínio dos povos indígenas, conforme apontou Shelton Davis, ao lembrar que Darcy Ribeiro já anunciava essa constatação em 1962, quando disse que é muito mais a falta de interesse econômico do que o reconhecimento de direitos que garante ao índio a posse do nicho em que vive.²⁶

Na época da ditadura militar, ainda de acordo com a CNV, a questão indígena passou a ser questão de segurança nacional e os indígenas passaram a ser seus “virtuais inimigos internos”, pelo simples fato de seu território estar situado nas fronteiras, ter riquezas minerais e se apresentar como obstáculo a um dos projetos desenvolvimentistas. Cadeias oficiais foram criadas em território indígena, nas quais há relatos de “morte por tortura no tronco, trabalho forçado e desaparecimento de prisioneiros”.²⁷

Sobre a etnia transfronteiriça Guarani-Kaiowá, o Relatório da CNV apontou que, na década de 1970, para construção da usina hidrelétrica de Itaipu, foram praticadas várias fraudes por órgãos públicos para retirá-los das porções de terra que restaram no Paraná, considerando o esbulho sofrido nas décadas anteriores. Em 1982, foram removidos e confinados em exíguas faixas à beira do lago Itaipu e, ainda, acometidos por surto de malária e por outras doenças decorrentes do uso de agrotóxico pelos colonos. Apesar das evidentes ilegalidades e fraudes perpetradas contra essa etnia, prevaleceu a inverídica versão oficial de que não existiam indígenas na região de construção da hidrelétrica e, quanto aos poucos remanescentes – supostamente apenas cinco famílias – a faixa de terra concedida teria sido generosa.²⁸

Ao final, considerando os atos e omissões do Estado brasileiro que importaram em graves violações de direitos humanos dos povos indígenas, a CNV concluiu como essencial a reparação pelas terras indígenas esbulhadas para que se possa considerar completa a transição de um regime integracionista e persecutório para um regime plenamente democrático e pluriétnico.²⁹

²⁶ DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre* – O desenvolvimento e os índios do Brasil. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 41.

²⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 211 e 238-239. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

²⁸ *Ibidem*, p. 219-220.

²⁹ *Ibidem*, p. 253.

Essa contextualização histórica não pode ser omitida numa investigação jurídica, uma vez que é justamente a tentativa de extermínio dos povos autóctones que promove sua aparente invisibilidade. O indígena “deixa de ser humanizado e seus direitos ‘humanos’ passam, portanto, a ser questionáveis. De ancestral da ‘civilização’ latino-americana o indígena vai sendo transformado numa espécie de antítese da nação, do desenvolvimento e da civilização moderna”, como afirma a antropóloga Senilde Guanaes.³⁰

Assim, lança-se para segundo plano as discussões a respeito dos direitos indígenas, principalmente dos “indígenas migrantes”, que ocupam tradicionalmente território de mais de um Estado, a exemplo dos Yanomami e dos Guarani. A invisibilidade desses povos indígenas não se deve, porém, ao reduzido interesse do tema. Vejamos.

No *Workshop* realizado pelo Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas³¹, em 2006, para debate entre especialistas dos desafios e oportunidades da migração indígena, destacou-se que a migração transfronteiriça é considerável para muitos povos indígenas. Na Colômbia, por exemplo, 50% de todos os indígenas vivem em área de fronteira, em constante movimento de ida e volta através dos limites territoriais do Estado. Essa migração é também muito significativa em Mekong, na Ásia, e na África, onde os povos indígenas de mesma origem se encontram separados por demarcações de fronteiras coloniais. Um grande problema destacado pelos *experts* é que, nesse movimento para contato dentro da fronteira étnica, os indígenas estão frequentemente sujeitos a prisão, abusos e deportação, o que impõe uma prioritária discussão do tema.³²

No Brasil, no Estado do Acre, na região de fronteira com o Peru, diferentes grupos isolados ocupam atualmente, de modo permanente ou sazonal, um conjunto contínuo de treze terras reservadas pelos governos federal e estadual, situadas em seis municípios fronteiriços, com extensão agregada de aproximadamente dois milhões de hectares, a exemplo dos “Mashco-Piro”, do lado peruano da fronteira, que transitam pela Terra Indígena (TI) Mamoadate nos meses de verão amazônico. Terri Valle Aquino, antropólogo da FUNAI, em contato com os representantes Kaxinawá, aponta que entre os principais pleitos

³⁰ GUANAES, Senilde Alcântara. *O estado nacional e as políticas desenvolvimentistas: o “cerco articulado” contra os Guarani na Tríplice Fronteira Sul*. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/5553/4155>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

³¹ Órgão consultivo do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, estabelecido pela Resolução 2000/22, de 28 de julho de 2000.

³² NAÇÕES UNIDAS. *Report of an Expert Workshop on Indigenous Peoples and Migration: Challenges and Opportunities* E/C.19/2006/CRP.5, de 05 de maio de 2006. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-and_migration.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

da comunidade está a inclusão da questão dos isolados como prioridade nas discussões e decisões sobre a fronteira e a integração regional Acre/Brasil-Ucayali/Peru.³³

A mesorregião do Alto Solimões, na tríplice fronteira Brasil, Colômbia e Peru, abrange terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, ribeirinhos e comunidades extrativistas, com intensa mobilidade espacial. Na localidade, há notícias de grave violação a direitos humanos das comunidades, devido ao conflito de interesses com empresas mineradoras, madeireiros, grileiros e garimpeiros.³⁴

Acerca da migração peruana na tríplice fronteira, Márcia Maria Oliveira destaca que a maioria dos que vivem em Manaus são originários da selva peruana, pertencem a etnias indígenas andinas e submetem-se a qualquer condição que lhes proporcione sustento, sendo explorados pelos nacionais, cientes de que os migrantes peruanos não denunciarão a exploração pela situação de clandestinidade. A migração é motivada por fatores históricos, considerando que os povos andinos são predominantemente nômades; geográficos, diante da proximidade da fronteira; e econômicos, em razão da recessão econômica do país de origem.³⁵

Relativamente aos colombianos, há a particularidade dos *desplazados*, ou seja, os migrantes provisórios em fuga de ameaças dos guerrilheiros das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), das quais os indígenas também são vítimas³⁶.

Na fronteira Brasil-Guiana, localizam-se territórios tradicionais de vários povos indígenas, entre eles os Wapichana e os Macuxi, que tiveram suas terras divididas entre os dois países a partir da definição da fronteira internacional em 1904. A área é afetada por iniciativas de integração econômica, sobretudo a Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA), com início no ano 2000, que visa a promover a integração sul-americana por meio da modernização da infraestrutura de transporte, energia e telecomunicações. Em razão do projeto desenvolvimentista, foi construída no ano 2009 uma ponte entre as cidades fronteiriças de Bonfim e Lenthem. Stephen Baines registra que os

³³ AQUINO, Terri Valle de. A fronteira dos isolados. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 1, jan./mar. 2013, p. 33.

³⁴ SILVA, Reginaldo Conceição da. Conflitos por terra e água no alto Solimões envolvendo povos e comunidades tradicionais. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013, p. 34.

³⁵ OLIVEIRA, Márcia Maria de. A mobilidade humana na tríplice fronteira: Peru, Brasil e Colômbia. In: *Estudos avançados*, v. 20, n. 57, maio/ago. 2006, p. 187-188.

³⁶ *Ibidem*, p. 192.

povos indígenas da região revelam perspectivas diversas sobre a construção da ponte, alguns com temor de prejuízo à liberdade trânsito na fronteira.³⁷

Também em estudo de campo acerca do processo migratório na fronteira Brasil-Guiana, Mariana Cunha Pereira traça o perfil do migrante indocumentado e registra a presença dos indígenas, de diversas nacionalidades, na composição étnica do mercado informal, ao lado dos barraqueiros e dos atravessadores. Constatou também a subavaliação do quantitativo da população indígena no município fronteiriço de Bonfim/RR nos dados estatísticos.³⁸

Ainda, de modo expressivo, os Guarani, que são hoje aproximadamente 225 mil pessoas, com ocupação de terras na Bolívia, no Brasil, no Paraguai e na Argentina, outrora partes de um mesmo território ancestral. O elevado conflito de interesses identificado nas regiões ocupadas tradicionalmente pelos Guarani os caracteriza como grupo extremamente vulnerável, “invisíveis” para grande parte da comunidade internacional.³⁹

Segundo Paulo Thadeu Gomes da Silva, até a Constituição de 1988, o extermínio, a escravidão e aculturação eram as políticas oficiais do Estado, numa “história de violação aos direitos desses grupos, uma história de discriminação, que se caracteriza por uma marcante invisibilidade dessas pessoas para o direito da sociedade”.⁴⁰ Em que pese a mudança do paradigma constitucional, como será visto, a invisibilidade dos povos indígenas ainda se faz presente, o que se constata a partir da análise dos dados demográficos exposta a seguir.

1.2 A invisibilidade retratada nos dados demográficos e o processo “reindigenização”

Pilar Cruz Zuñiga, ao estudar migração transnacional dos povos indígenas do Equador, chama atenção para o subdimensionamento da população indígena nos índices oficiais, que se daria pela dificuldade de medição estatística de uma realidade complexa e

³⁷ BAINES, Stephen G. Povos indígenas na fronteira Brasil-Guiana e os megaprojetos de integração econômica. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013, p. 40.

³⁸ PEREIRA, Mariana Cunha. Processos migratórios na fronteira Brasil-Guiana. In: *Estudos avançados*, v. 20, n. 57, maio/ago. 2006, p. 213.

³⁹ BRAND, Antônio J.; COLMAN, Rosa S.; MACHADO, Neimar. *Os Guarani nas fronteiras do MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2005/antonio%20brand.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

⁴⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 14-15.

também pela insuficiência das pesquisas realizadas.⁴¹ No Brasil, é igualmente identificado subdimensionamento da população indígena, tendo em vista o fato de que a categoria “indígena” somente foi incluída nos levantamentos demográficos a partir do Censo de 1991 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).⁴²

Portanto, de 1872, data do primeiro levantamento censitário realizado no Brasil, até 1991, a investigação não apontava a condição de indígena, que se situava dentro de categorias residuais. Por exemplo, no Censo Demográfico de 1940, que classificava a população em três grandes grupos (pretos, brancos e amarelos), registravam-se sob a rubrica de “pardos” todos aqueles que apresentavam declarações diversas, como índio, caboclo, mulato, moreno etc. Na mesma linha, a população brasileira, segundo o Censo Demográfico 1950 e o de 1980, foi distribuída em quatro grupos: branco, preto, amarelo e pardo.⁴³

Somente no Censo Demográfico 1991 é que, apesar de não se tratar propriamente de cor, se incorporou a categoria “indígena” ao lado das categorias branco, preto, amarelo e pardo, o que foi mantido no Censo Demográfico 2000. Não obstante a incorporação da categoria “indígena”, é certo que esse recorte estatístico é insuficiente para o reconhecimento da sociodiversidade indígena no país, por omitir o pertencimento étnico, dentre outros dados relevantes.⁴⁴

Por tal razão, no Censo Demográfico 2010, a etnia e a língua falada pelos indígenas foram também consideradas como objeto de investigação, considerando-se como indígenas não apenas as pessoas que se autodeclararam na investigação da “cor” ou “raça”, mas também aquelas que não se declararam indígenas, porém residiam em terras indígenas e se consideravam indígenas, de acordo com as tradições, costumes, cultura, antepassados, entre outros. Nessa linha, apurou-se que os povos indígenas, em zona urbana e rural, correspondem a aproximadamente 0,47% da população total do país.⁴⁵ Deve-se considerar, todavia, segundo Guanaes, que esse percentual é certamente subdimensionado, pois os indígenas que habitam regiões de fronteira nem sempre são contabilizados como

⁴¹ ZUÑIGA, Pilar Cruz. Pueblos indígenas, migración transnacional e identidades. La migración de pueblos indígenas de Ecuador hacia España. In: RUBIO, David Sánchez, ZUÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 42-44.

⁴² IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Características gerais dos indígenas. Resultado do universo. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

“brasileiros” ou sequer possuem documentos de registro, como registro de identidade e certidão de nascimento.⁴⁶

O Censo 2010 ainda apresenta outros dados relevantes para análise. No tocante à participação relativa na população do Estado, o Estado de Roraima apresentou o maior percentual, com 11% no total e, na sequência, citando os primeiros da lista, Amazonas (4,8%), Mato Grosso do Sul (3%), Acre (2,2%), Mato Grosso (1,4%) e Amapá (1,1%). Esses dados apontam para uma centralidade da questão indígena na dinâmica territorial de áreas de menor densidade populacional, sobretudo em Estados na região fronteira com os demais países sul-americanos.⁴⁷

Para compreensão das condições sob as quais se configuram os processos de construção da identidade cultural dos indígenas e o contexto em que se insere a reivindicação por políticas públicas e direitos específicos desses povos, vale trazer à tona também os dados do Censo 2010 sobre as condições de vida da população.

De acordo com o levantamento efetuado, os povos indígenas se apresentam como um dos segmentos mais desfavorecidos na sociedade brasileira. Considerando-se como alfabetizada “a pessoa capaz de ler e escrever um bilhete simples no idioma que conhecesse”, o Censo 2010 indicou uma taxa de 76,7% de alfabetização entre indígenas acima de 15 anos, ao passo que entre não indígenas, na mesma faixa etária, o índice é de 90,4%, o que confirma que o indígena no Brasil detém nível educacional mais baixo do que as pessoas não indígenas.⁴⁸

Outros fatores indicam a situação de precariedade dos povos indígenas, como os baixos índices no fornecimento de rede de esgoto, abastecimento de água e coleta de lixo. O Censo Demográfico 2010 registrou que, em 84,1% das terras indígenas, o tipo de esgotamento sanitário era fossa rudimentar, vala, rio, lago ou mar, ou outro tipo. Além disso, em 57,1% das terras indígenas, nenhum domicílio estava ligado à rede geral de abastecimento de água e poucos domicílios das terras indígenas são atendidos por serviço de coleta de lixo, apenas 16,4%.⁴⁹

⁴⁶ GUANAES, Senilde Alcântara. *O estado nacional e as políticas desenvolvimentistas: o “cerco articulado” contra os Guarani na Tríplice Fronteira Sul*. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/5553/4155>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁴⁷ IBGE. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça*. Trabalho elaborado em comemoração ao Dia do Índio. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁴⁸ IBGE. *Censo Demográfico 2010. Características gerais dos indígenas. Resultado do universo*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁴⁹ Idem.

Como se vê, a pobreza e a invisibilidade desses povos, decorrentes de um processo histórico de subtração da posse do território ancestral, desembocam na falta de reconhecimento de direitos específicos. Registrou o Censo 2010: a “ausência ou pouca disponibilidade de terras tem, reconhecidamente, enormes impactos sobre o cotidiano das sociedades indígenas, afetando não somente os padrões de subsistência como também dimensões de caráter simbólico no plano da etnicidade”.⁵⁰

Não obstante essa vulnerabilidade econômica, social e política dos povos indígenas, também a partir dos dados dos dados IBGE, é possível identificar no Brasil um processo de reconstrução indígena, fenômeno conhecido por “etnogênese”, “reterritorialização” ou “reindigenização”, no sentido de que os povos indígenas, anteriormente forçados a esconder ou negar suas identidades como estratégia de sobrevivência, em razão de pressões políticas, econômicas, religiosas e da estigmatização de seus costumes tradicionais, estão reassumindo suas tradições indígenas.⁵¹

No Censo Demográfico 1991, registrou-se que em 34,5% dos municípios brasileiros residia pelo menos um indígena autodeclarado. No Censo Demográfico 2000, esse percentual foi de 63,5% dos municípios e, de acordo com o Censo Demográfico 2010, em 80,5% dos municípios brasileiros. Observa-se, assim, um espalhamento da população indígena no país, principalmente nas regiões nordeste e norte. Essa distribuição espacial da população indígena não é resultado apenas do processo histórico de ocupação socioeconômica do Brasil, mas, sobretudo, da tendência à afirmação da identidade cultural e territorial desses povos.⁵²

Com efeito, processos seculares de esbulho renitente provocaram a fuga dos indígenas para área urbana. Porém, de acordo com Gomes da Silva, ainda que o indígena não seja mais reconhecido por terceiros ou por sua própria comunidade, sua história não se apaga e se reflete na consciência identitária indígena, promovendo a “viagem de retorno” às terras esbulhadas para assegurar o reconhecimento da identidade.⁵³

⁵⁰ IBGE. *Censo Demográfico 2010. Características gerais dos indígenas. Resultado do universo*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁵¹ LUCIANO-BANIWA, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁵² IBGE. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Trabalho elaborado em comemoração ao Dia do Índio*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁵³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 169-170.

Para Mércio Pereira Gomes, essa “reversão da curva demográfica” se dá por três motivos: 1) a lenta, mas progressiva aquisição pelos índios de antígenos contra as doenças trazidas pelo Velho Mundo, como varíola, sarampo e catapora; 2) a diminuição dessas doenças pelas vacinações em massa que ocorreram a partir da década de 1940 e 3) uma maior abertura da sociedade ocidental a outras culturas, após a Segunda Grande Guerra, que inspirou movimento nacional em favor dos indígenas até mesmo no período da ditadura militar.⁵⁴

No Equador, Pilar Cruz Zuñiga também destaca que, apesar da invisibilidade histórica dos povos indígenas, os novos movimentos de reivindicação pelos indígenas de sua diferença étnica dentro da democracia e do Estado nacional estão se fortalecendo, o que também caracteriza um processo de reconstrução indígena, no qual se incluem agentes externos, como as igrejas, organizações não-governamentais e também instituições estatais.⁵⁵

A “reindigenização”, enquanto processo de resistência dos povos indígenas, se reflete nas novas discussões sobre a existência de direitos específicos desses grupos, perante suas peculiaridades identitárias e culturais, a exemplo do direito à livre circulação pelo território ancestral, que borra o traçado das fronteiras territoriais do Estado Nacional.

1.3 Multiculturalismo e direitos dos povos indígenas

Após as atrocidades praticadas no período da II Guerra Mundial, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 consagrou um núcleo básico de direitos inderrogáveis, com reconhecimento universal, como o direito à liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à defesa legal, característico da filosofia política liberal. Segundo Cançado Trindade, a Declaração Universal teve o mérito de situar no mesmo plano todas as “categorias” de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – e abriu caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana.⁵⁶

⁵⁴ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 487-490.

⁵⁵ ZUÑIGA, Pilar Cruz. Pueblos indígenas, migración transnacional e identidades. La migración de pueblos indígenas de ecuador hacia espana. In: RUBIO, David Sánchez, ZUÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 42-44.

⁵⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília: FUNAG, 2009, p. 13-46.

Associado à internacionalização dos direitos humanos, o processo de globalização tem promovido uma maior integração social, econômica e política e, assim, reforçado nas sociedades cosmopolitas seu elemento multicultural. Porém, diante da preocupação com a representação igualitária de todos, as sociedades democráticas liberais têm sofrido a crítica de não reconhecerem as identidades culturais dos cidadãos, como se vê na “política do reconhecimento” de Charles Taylor, voltada à reconstrução pessoal e ao resgate identitário dos grupos e das minorias étnicas.

Comunitaristas como Charles Taylor trazem para o centro do debate a questão do “reconhecimento” e sua emergência nos diferentes espaços públicos. A igualdade humana deve estar associada à identidade, constituída por diálogos coletivos, de modo que as instituições públicas não possam ignorar a necessidade de reconhecimento dos cidadãos. O discurso sobre o multiculturalismo parte da premissa de que a autodepreciação é utilizada como instrumento de opressão, assim como verificado no Brasil com as mulheres, com os negros e também com os povos indígenas. Por essa razão, o respeito às especificidades não é uma gentileza, mas uma “necessidade humana vital”.⁵⁷

Para Will Kymlicka, o problema não é que a doutrina tradicional de direitos humanos esteja errada, mas sim que ela não apresente resposta às indagações sobre os direitos de minoria, de forma que precisa ser suplementada. Por exemplo, o direito de mobilidade nada diz sobre qual seria a política de imigração adequada e o direito de liberdade de expressão nada esclarece a respeito de qual deve ser a política linguística do Estado, isto é, quais línguas devem ser reconhecidas pelos órgãos oficiais.⁵⁸

Desse modo, é possível a reflexão: seria, de fato, o elemento cultural um obstáculo ao reconhecimento da identidade dos indivíduos e à garantia de seus direitos humanos? Os direitos humanos internacionais devem ser suplementados por direitos coletivos atribuídos a determinados grupos, como as comunidades indígenas?

No âmbito da justificação dos direitos humanos internacionais, Costa Douzinas tece crítica ao suposto “triunfo” dos direitos em sua proteção universal, por acreditar que o universalismo conduz ao imperialismo, que legitimaria opressão e dominação. Acredita que

⁵⁷ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, p. 45-46. Taylor descreve assim: “A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos”.

⁵⁸ KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 4-5.

os tratados e as declarações de direitos humanos possuem apenas valor simbólico, de apoio aos ativistas de base local, que efetivamente lidam com as violações de direitos humanos dentro do próprio Estado.⁵⁹

Em sentido semelhante, para Raimundo Panikkar, os direitos humanos não são universais, com base nas seguintes justificativas: 1) nenhum conceito é universal, pois é válido basicamente onde foi concebido; 2) no próprio campo ocidental os pressupostos não são universais, diante das divergências decorrentes da teologia, do marxismo e da história e c) sob uma perspectiva intercultural, tais pressupostos são exclusivamente ocidentais. Assim, defende a necessidade de uma hermenêutica diatópica como método de investigação dos direitos humanos, que permita o diálogo multicultural, de forma a compreender e criticar um problema humano a partir das ferramentas das várias culturas envolvidas.⁶⁰

Sob essa perspectiva, o conflito reside na necessidade de preservação cultural dos diferentes povos e no dever de observância dos direitos humanos indistintamente, o que culmina com a busca da relativização desses direitos, diante da constatação da pluralidade de tradições culturais.

Por outro lado, teóricos adeptos do liberalismo igualitário chamam atenção para o perigo de tratar o bem de grupos acima dos aspectos moralmente relevantes do bem-estar individual, o que autoriza violações aos direitos de membros individuais e afeta, principalmente, os membros mais vulneráveis do grupo. Em tais situações, a defesa da identidade de grupo, ao invés de promover um tratamento igualitário das diferenças culturais, ocasiona opressão de membros desse grupo.⁶¹

Álvaro de Vita, em análise crítica das “objeções céticas” aos direitos humanos universais, expõe que duas perspectivas são apresentadas. Da primeira, extrai-se o argumento de que os valores morais de modo geral não pertencem à “estrutura do universo” e, portanto, não podem aspirar objetividade universal. De outra perspectiva, os valores morais e políticos podem ser objetivos, mas apenas no contexto de determinadas culturas.⁶²

A primeira perspectiva reflete o “ceticismo externo”, que não nega a validade de afirmações morais substantivas (“o genocídio é monstruoso”, “é injusto que as oportunidades sociais das mulheres sejam inferiores às dos homens”), mas nega a

⁵⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 153.

⁶⁰ PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216-221.

⁶¹ VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 182.

⁶² *Ibidem*, p. 194-195.

objetividade dessas afirmações morais substantivas, no sentido de que são opiniões projetadas no mundo e não verdades descobertas. Todavia, a crítica à objetividade dessas afirmações morais substantivas exige a apresentação de argumentos morais substantivos capazes de convencer a rejeitá-las, o que geralmente não se verifica nas críticas relativistas.⁶³

A segunda, por sua vez, revela o “ceticismo interno”, que pressupõe a verdade de uma ou mais afirmações morais substantivas, mas que devem ser consideradas em relação a determinada forma compartilhada de vida. Assim, são frequentes os argumentos de que os valores morais universalistas têm vocação “imperialista” e ignoram as culturas que não os reconhecem. Porém, não se trataria de comparar culturas “por atacado” e indicar qual modo de vida é “certo” ou não, mas analisar se algum aspecto deve ser analisado ou mesmo abandonado, como prática de escravidão infantil, mutilação genital feminina e limpeza étnica. Além disso, há o sério risco de que a identificação de justiça com a “cultura” de grupos dominantes impeça a utilização do Direito para criticar práticas sociais como as mencionadas. Com efeito, se a convenção social provoca a subjugação de grupos, como crer que as vítimas dessa desigualdade tenham efetivamente consentido ou dispusessem de horizonte para pensar na existência de outros modos de vida? Esse ponto de vista rejeita as concepções relativistas de bem-estar social que se concentram nas variações interculturais de padrões morais da sociedade, principalmente se os valores adotados promovem a manutenção da situação de inferiorização e de opressão de membros no interior da comunidade, bem como se as circunstâncias dificilmente permitem outra opção que não a de aderir e valorizar a própria situação de opressão.⁶⁴

Nesse sentido, uma concepção de justiça social que considera hermeticamente a cultura local termina por enfraquecer a posição das minorias vulneráveis. A respeito da concepção de minorias vulneráveis, adota-se a visão de Liliana Jubilut, para quem a conceituação é formada a partir de três elementos: identidade, grupo social e vulnerabilidade. A identidade, que também é um “construído”, estabelece questões de identidade, diferença e reconhecimento; o grupo social, trata da lógica de subjugação de grupos por parte da sociedade majoritária e a vulnerabilidade traduz a “situação em que pessoas estão em uma posição na qual podem ser atacadas, ofendidas, feridas, ou ainda, que se comparada às

⁶³ VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 198 e 218-228.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 167 e 199-217.

demais, estejam em posição mais fraca”, o que pode se dar por circunstâncias naturais ou arranjos sociais.⁶⁵

Will Kymlicka, ao formular sua concepção de “justiça etnocultural”, sustenta que, apesar de muitos estudiosos tenderem a localizar o conflito entre práticas locais e normas de direitos humanos transnacionais na “cultura” ou nas “tradições” do grupo, exacerbada pela retórica de uma “política da diferença” ou uma “política de identidade”, a cultura não é a real fonte do problema. Entende que os reais problemas são: 1) o reconhecimento dos direitos das minorias pela sociedade majoritária e a criação de condições de implementação e 2) a garantia de imparcialidade dos mecanismos judiciais existentes para que não ajam contra os grupos minoritários, que devem ser representados de forma justa nos órgãos jurídicos.⁶⁶

Ainda, Kymlicka se refere a “multiculturalismo” como termo relativo a diferenças nacionais e étnicas, no sentido de “nação” ou “povo” que ocupa determinado território e compartilha história e línguas distintas. Um Estado é multicultural se seus membros pertencem a diferentes nações (“Estado multinacional”) ou tem emigrado de diferentes nações (“Estado poliétnico”) e se esse fato é um importante aspecto da identidade pessoal e vida política. Assim, faz uma distinção entre grupos “étnico-culturais” e “minorias nacionais”.⁶⁷

Os grupos étnico-culturais são aqueles constituídos de forma voluntária por meio da imigração, como os grupos hispânicos nos Estados Unidos e os *sikhs* na Grã-Bretanha, que podem demandar “direitos poliétnicos”, sem prejuízo de sua integração à sociedade.⁶⁸

Já as minorias nacionais se referem às minorias não-imigrantes cujos territórios foram involuntariamente incorporados às fronteiras de um Estado, a exemplo dos povos indígenas no Brasil, os francófonos no Canadá, os maoris da Nova Zelândia e os aborígenes da Austrália, aos quais deveriam ser assegurados direitos de autogoverno.⁶⁹ Portanto, minorias nacionais são os grupos com instituições, cultura e linguagem próprias,

⁶⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17-20.

⁶⁶ KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. IN: *Meritum*, Vol. 6, Nº 02 – jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1075/768>>. Acesso em 05 jan. 2016.

⁶⁷ KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 18.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 06.

⁶⁹ VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 171.

concentradas em um território específico, muitas vezes involuntariamente incorporadas como resultado da violência na formação do atual sistema de Estado-Nação.⁷⁰

Nesse sentido, Will Kymlicka entende que há três formas de direitos de grupos diferenciados: 1) direitos de autogoverno, que confere poderes a minorias nacionais, a exemplo do federalismo, nas hipóteses em que é possível delimitar minorias nacionais em subunidades, como ocorre no Quebec/Canadá; 2) direitos poliétnicos, por meio do suporte legal e financeiro a certas práticas de grupos étnico-culturais e 3) direitos de representação especial, que garantem às minorias nacionais e aos grupos étnicos espaço nas instituições centrais do Estado, o que também se exige para grupos sociais não-étnicos, como as mulheres, pobres e deficientes.⁷¹

A existência de direitos específicos às minorias nacionais e aos grupos étnico-culturais é justificada, segundo Will Kymlicka, por meio de três argumentos: igualdade, acordos históricos e diversidade. Pelo princípio liberal de igualdade, desvantagens imerecidas ou moralmente arbitrárias devem ser removidas ou compensadas, o que justifica os direitos diferenciados. Quanto aos acordos históricos, Kymlicka se refere a acordos entabulados com minorias nacionais em momentos passados e que devem ser cumpridos, a exemplo de acordos com povos indígenas no século XIX. Por fim, a diversidade cultural interessa à maioria, na medida em que enriquece e beneficia a sociedade envolvente, ao expandir a experiências e os recursos culturais.⁷²

Enfim, seja por argumentos de justiça (igualdade e acordos históricos) ou de interesse (valor da diversidade cultural), verifica-se que determinados grupos são titulares de direitos diferenciados porque tratam de minorias nacionais ou grupos étnico-culturais.

Nesse ponto, em referência ao pensamento de Kymlicka, duas ponderações são necessárias. Na linha do que expõe Gomes da Silva, os povos indígenas, apesar de minorias, devem ser considerados titulares de direitos coletivos na própria qualidade de indígenas e não, genericamente, na condição de minorias, “o que fica claro no âmbito internacional, com normativas próprias dos índios *qua* índios, daí reclamando um estatuto próprio que não as confundam com as outras minorias em geral”. Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 27, garante às minorias étnicas o direito de ter sua própria vida cultural e de professar sua religião e usar sua língua. Todavia, como não há

⁷⁰ KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. IN: *Meritum*, Vol. 6, Nº 02 – jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1075/768>>. Acesso em 05 jan. 2016.

⁷¹ KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 6-7 e 26-33.

⁷² *Ibidem*, p. 107-130.

uma referência expressa aos indígenas, eles são considerados no interior desses grupos minoritários e, assim, é prejudicada a percepção desses grupos como populações diferentes da que formava a sociedade ocidental, em detrimento de direitos e formulação de políticas públicas específicas.⁷³

Além disso, ainda segundo Gomes da Silva, um paralelo entre as histórias de povos indígenas do mundo deve ser traçado com cautela, tendo em vista as diferenças existentes entre as políticas de reconhecimento. Em alguns países, a política de reconhecimento exige a elaboração de constituições escritas ou de registros escritos e, em outros, como alguns países latino-americanos, a exemplo de Bolívia e Equador, as constituições são promulgadas ontologicamente indígenas.⁷⁴ Desse modo, não se pode olvidar que os acordos históricos mencionados por Kymlicka se referem a uma realidade específica.

Esclarecidos tais pontos, no tocante à justiça etnocultural de Kymlicka, a lista de direitos individuais garantidos nas declarações universais não seria suficiente para uma proteção adequada, principalmente nos Estados com minorias nacionais, como os povos indígenas, em que, geralmente, a incorporação é involuntária e resultante de colonização ou conquistas de territórios. Logo, sugere-se o desenvolvimento de uma teoria de “justiça etnocultural” que combine direitos humanos e direitos de minorias, por meio da qual são observados os valores humanos universais e também os direitos e práticas culturais de minorias étnicas e grupos vulneráveis. Considerados os direitos humanos insuficientes para a promoção da justiça cultural, far-se-ia necessária uma complementação por diversos direitos de minorias, a exemplo de direitos de língua e direitos de autogoverno.⁷⁵

Os direitos dos povos indígenas, enquanto minorias, têm encontrado guarida em declarações universais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, e diversos instrumentos internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT de 1989 e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016. Todavia, segundo Kymlicka, para que declarações como essas não se convertam em mero reconhecimento de trivialidades, como “o direito a manter a cultura de um indivíduo”, e generalidades do tipo “o direito à autodeterminação”, é necessário que órgãos imparciais definam o conteúdo de direitos específicos. Em razão dos distintos formatos de minorias –

⁷³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 123 e 132.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 164.

⁷⁵ KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. IN: *Meritum*, Vol. 6, Nº 02 – jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1075/768>>. Acesso em 05 jan. 2016.

povos indígenas, imigrantes, refugiados, grupos religiosos etc. – adicionar uma lista detalhada de direitos que considere todas as variações multiculturais não solucionaria a controvérsia.⁷⁶

Assim, exsurtem as questões da interpretação internacionalista dos direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais, bem como da sua força vinculante e da adoção de medidas para sua efetividade. André de Carvalho Ramos aponta a imprescindibilidade de uma interpretação internacionalista dos instrumentos de direitos humanos, realizada pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, a fim de evitar que a aplicação dos direitos humanos internacionais pelas cortes locais produzam os teratológicos “tratados internacionais nacionais” e as “declarações universais de direitos humanos locais”, que destroem o ideal universalista de igualdade entre todos os seres humanos e deixam exclusivamente aos Estados, conforme sua percepção local, a proteção dos direitos humanos, o que se apresenta temerário.⁷⁷

A interpretação desses direitos efetuada pelos tribunais e órgãos internacionais de direitos humanos tem a principal característica de ser contramajoritária, uma vez que as violações que chegaram ao crivo internacional não foram reparadas nem mesmo após o esgotamento dos recursos internos, que refletem a visão majoritária do país.⁷⁸ Kymlicka também acredita que os organismos internacionais podem assumir esse papel útil, ao desempenhar a função de órgãos imparciais que monitorem, em âmbito regional ou global, a observância dos direitos humanos e das minorias.⁷⁹

Portanto, é possível concluir que a dificuldade de reconhecimento de valores e normas internacionais de direitos humanos não reside nas diferenças culturais dos povos, mas na sua deficiente proteção. Nesse contexto, uma interpretação internacionalista dos direitos humanos e a fiscalização de sua implementação a partir de órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos parece indicar um norte para minimização do problema.

A análise do reconhecimento internacional do direito à livre circulação dos povos indígenas transfronteiriços, bem como de sua força vinculante, será abordada nos itens a seguir.

⁷⁶ KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. IN: *Meritum*, Vol. 6, Nº 02 – jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1075/768>>. Acesso em 05 jan. 2016.

⁷⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 180.

⁷⁹ KYMLICKA, Will. *Op. Cit.*

1.4 Convenção n. 169 da OIT e o direito de contato e cooperação

De acordo com Paulo Thadeu Gomes da Silva, no que diz com os direitos indígenas, é possível identificar três momentos marcantes na história do direito internacional, dos quais resultaram três importantes documentos: a Convenção n. 107/1959 - OIT, a Convenção n. 169/1989 – OIT e a Declaração sobre os direitos dos povos indígenas da ONU de 2007.⁸⁰ A esses três momentos, poder-se-ia acrescentar a recente Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016.

Ainda segundo Gomes da Silva, a Organização Internacional do Trabalho, desde sua criação, tem conferido tratamento à questão indígena. Todavia, estava imbuída do viés do trabalho nativo, da doutrina da tutela (*trusteeship*) e da dicotomia colonialista civilizado/não civilizado. Nesse contexto, no período de 1926 a 1956, tentou-se editar um Código Colonial e, em 1959, foi produzido o primeiro instrumento sobre a temática, a Convenção n. 107 da OIT, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”, preocupada com o melhoramento das condições de trabalho do indígena e de seu padrão de vida.⁸¹

Tanto o preâmbulo quanto os princípios gerais da Convenção 107/1959 declaram o objetivo de proteção e de integração dos indígenas à comunidade nacional, ao buscar “melhoria das condições de vida e trabalho dessas populações” que se “mantiveram até aqui à margem do progresso da comunidade nacional”, a fim de garantir a “interação progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho”.⁸²

Estatuiu-se ainda que a Convenção se aplica “aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade” (art. 1, 1, “a”). Por semitribal, a Convenção abrange “os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional” (art. 1, 2).

⁸⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 132.

⁸¹ Ibidem, p. 138-139.

⁸² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n° 107 da OIT, de 05 de junho de 1957*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view>. Acesso em: 07 jun. 2017.

Da linguagem utilizada, segundo Gomes da Silva, evidencia-se o paradigma então vigente da aculturação, que era também o paradigma aplicado no Brasil. Na mesma acepção de povo *semitribal*, a legislação brasileira tratava dos *índios em via de integração*, nos termos do Estatuto do Índio de 1973. Logo, a perspectiva integracionista no âmbito internacional guardava relação com a história nacional, posto que, como visto no item 1.1, o Serviço de Proteção ao Índio, originariamente denominado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), associava a questão indígena justamente ao problema da escassez de mão-de-obra. Buscava-se transformar os indígenas em pequenos produtores rurais e, quanto aos habitantes de regiões fronteiriças, torná-los guardas dessas áreas.⁸³

Assim, para Convenção 107 da OIT, a proteção ao indígena é considerada um meio para atingir um fim: a integração. Consequentemente, há um caráter temporário na proteção oferecida, mais voltada à efetividade das próprias políticas integracionistas.⁸⁴

Diante da mobilização do movimento indígena internacional e da crise desse modelo indigenista, em substituição à Convenção n. 107, foi editada a Convenção n. 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, de 27 de junho de 1989, marcada pela participação – ainda que tímida – dos índios em sua elaboração e que traz nova roupagem aos direitos indígenas, com o afastamento da linguagem de integração.⁸⁵

Apesar de desatualizada, a Convenção n. 107 ainda continua em vigor para os países que não ratificaram a Convenção n. 169⁸⁶ – atualmente ratificada por 22 países.⁸⁷ A Convenção n. 107 teve 27 ratificações e, hoje, se encontra vigente em 17 países, tendo em vista a denúncia automática de nove países pela ratificação da de n. 169 (Argentina, Bolívia,

⁸³SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 141-142.

⁸⁴Ibidem, p. 140. O art. 2, 1 da Convenção 107 estabelecia que “competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e **sua integração progressiva** na vida dos respectivos países” e o art. 3,1 que “deverão ser tomadas medidas especiais para proteger as instituições, as pessoas, os bens e o trabalho das populações interessadas **durante o tempo em que sua situação social, econômica e cultural as impeça de gozar dos benefícios da legislação social do país** a que pertencem?”. (destacamos)

⁸⁵Ibidem, p. 142-147.

⁸⁶SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015, p. 288. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁸⁷América do Sul: Argentina (2000), Bolívia (1991), Brasil (2002), Chile (2008), Colômbia (1991), Equador (1998), Paraguai (1993), Peru (1994), Venezuela (2002). América Central: Costa Rica (1993), Dominica (2002), Guatemala (1996), Honduras (1995), Nicarágua (2010). América do Norte: México (1990). Oceania: Fiji (1998). África: República Centro-Africana (2010). Ásia: Nepal (2007). Europa: Dinamarca (1996), Espanha (2007), Holanda (1998), Noruega (1990). Informação disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314>. Acesso em 11 ago. 2017.

Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Paraguai e Peru) e a denúncia de Portugal em 2009.⁸⁸

No Brasil, como se trata de tratado de direitos humanos que foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo rito comum – e não pelo especial previsto no art. 5º, §3º, da CF/88 – a Convenção n. 169 possui força normativa supralegal, segundo a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁸⁹

A Convenção n. 169 não mais apresenta a definição de povos semitribais e tem como mote a igualdade e a autonomia, diante da vulnerabilidade histórica desses povos, submetidos a práticas coloniais brutais⁹⁰. De acordo com Gomes da Silva, foi estabelecido um novo paradigma para tratamento da questão indígena, ao transferir a ótica do indígena como objeto de políticas públicas para a do indígena como sujeito de direito, apesar de manter resquício de paternalismo, diante da manutenção do dever dos Estados de promover o desenvolvimento e integração dos indígenas.⁹¹

Ainda segundo Gomes da Silva, o novo paradigma consiste no reconhecimento das sociedades indígenas como grupos socialmente diferenciados da sociedade ocidental, quer dizer, como “sociedades minoritárias inseridas em uma sociedade majoritária, sem relações de hierarquia entre elas, mas sim de heterarquia”.⁹²

Ademais, a Convenção n. 169 trata do direito de *participação* dos índios na construção de suas próprias vidas e não mais de mera cooperação. O direito de participação engloba os direitos de participação política, de consulta prévia e de participação geral, que

⁸⁸ A Convenção n. 107 continua em vigor para: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egito, El Salvador, Gana, Guiné-Bissau, Haiti, Índia, Iraque, Malawi, Paquistão, Panamá, Síria, Tunísia. Informação disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:8322543254118:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3>. Acesso em 11 ago. 2017.

⁸⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 711.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 712.

⁹¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 144. Convenção n. 169 – OIT. Artigo 2º. 1. Os governos **deverão assumir a responsabilidade** de desenvolver, com a **participação** dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos **direitos e oportunidades que a legislação nacional** outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena **efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos**, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a **eliminar as diferenças sócio - econômicas** que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. (nossos destaques)

⁹² SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015, p. 288-289. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

se refere à presença na formulação de políticas públicas atinentes à terra, seguridade, saúde, educação, além do contato e cooperação através de fronteiras.⁹³

Quanto aos contatos e cooperação através das fronteiras, a Convenção n. 169 dispõe em seu art. 32 (Parte VII):

Art. 32. Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.⁹⁴

Assim, o art. 32 da Convenção n. 169 da OIT contempla a situação dos povos indígenas que compartilham a mesma identidade cultural, mas foram separados por fronteiras nacionais e, agora, vivem em países diferentes. Para Sedfrey Candelaria, a Convenção exige que os governos garantam a livre comunicação e movimentação dessas pessoas, o que pode ser feito por meio da celebração de acordos internacionais.⁹⁵

De acordo com a OIT, em alguns casos, as fronteiras estatais dificultam o contato entre os membros do grupo étnico, como os *Sami*, cujo território se encontra dividido pelas fronteiras da Finlândia, Noruega, Rússia e Suécia. Em outros, as fronteiras estatais impedem totalmente a manutenção e o desenvolvimento do contato e cooperação, como acontece com os *Chin*, localizados entre a Índia e Mianmar. Assim, para remediar essas situações, a Convenção n. 169 trouxe artigo específico para garantir os contatos e a cooperação transfronteiriça.⁹⁶

A OIT ressalta que o art. 32 não é somente aplicável aos povos indígenas que foram internamente cindidos pelas fronteiras estatais, mas também àqueles que, apesar de não divididos pelas fronteiras, se beneficiam da cooperação com outros povos indígenas além dos limites do Estado.⁹⁷

⁹³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 147-150.

⁹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n° 169 da OIT*, de 27 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 9 ago. 2017.

⁹⁵ CANDELARIA, Sedfrey M. *Comparative analysis on the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), and Indigenous Peoples' Rights Act (IPRA) of the Philippines*. Manila: Organização Internacional do Trabalho, 2012. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-manila/documents/publication/wcms_171406.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Indigenous & Tribal Peoples' rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹⁷ Idem.

Como casos de aplicação prática do direito previsto no art. 32, a OIT destaca: i) as previsões específicas da legislação venezuelana e colombiana - tratadas no capítulo 3; ii) o Projeto de Convenção Nórdica *Sami* de 1995, que busca garantir a autonomia do grupo étnico transfronteiriço, a exemplo do dever de os Estados respeitarem o direito costumeiro de criação de renas em área de fronteira, iii) o Parque Binacional *El Condór*, criado em 1995, e a Federação Binacional *Zápara*, ambos na fronteira entre Equador e Peru e iv) o Conselho Ártico, organização inaugurada em 1996, composta pelos Estados do Ártico, que conta com a participação permanente de seis organizações/comunidades indígenas.⁹⁸

Para aplacar o receio dos Estados de que os povos indígenas pudessem reclamar o direito à autodeterminação com pretensões separatistas, que levaria a disputas territoriais, a Convenção vedou expressamente o uso do termo *povos* no sentido comumente atribuído ao termo no Direito Internacional, ao dispor “a utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional” (art. 1º, 3). Nesse tema, André de Carvalho Ramos esclarece que, para o direito internacional, o direito à autodeterminação representa “o direito à emancipação política e secessão dos povos submetidos à dominação estrangeira ou regime colonial”.⁹⁹ Desse modo, a Convenção n. 169, em seu art. 1º, deixou claro que o direito de secessão não foi reconhecido aos povos indígenas.

Apesar disso, no processo de ratificação da Convenção n. 169 pelo Brasil, Daize Fernanda Wagner aponta que diversos senadores se insurgiram contra o art. 32, sob o fundamento de risco à soberania nacional. Considerando que eventual pretensão separatista foi afastada pela própria Convenção, a postura dos senadores provocou temor infundado e, assim, mais parecia que “estava vinculada à tentativa de manipular a opinião pública contrariamente aos interesses e direitos dos povos indígenas, especialmente os que dizem respeito às terras que tradicionalmente ocupam”.¹⁰⁰

De acordo com o art. 8º da Convenção n. 169 da OIT, “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Indigenous & Tribal Peoples’ rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 714.

¹⁰⁰ WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; BEDIN, Gilmar Antonio; GAGLIETTI, Mauro José (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos II*. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014, p. 247-263.

ou seu direito consuetudinário”.¹⁰¹ Assim, ainda de acordo com André de Carvalho Ramos, o dispositivo consagra o *princípio do pluralismo jurídico e respeito aos costumes indígenas*, o que torna necessária a efetivação de um “diálogo das fontes” entre o saber jurídico da sociedade envolvente e o das normas indígenas, a fim de construir solução dos conflitos normativos, em respeito aos direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente.¹⁰²

Na mesma linha, segundo Gomes da Silva, há uma “interdependência dos direitos tradicional e oficial”, que impede a formulação de uma teoria geral para solução dos conflitos de interesses e demanda a construção de uma casuística aplicável a cada caso.¹⁰³

Desse modo, considerando o dever dos Estados de considerar os costumes e o direito consuetudinário indígena (art. 8º), o dever de garantir o contato e a cooperação entre os povos fronteiriços (art. 32) e, ainda, que o direito tradicional referente à mobilidade indígena se interrelaciona com o direito migratório da sociedade majoritária, deve-se analisar, por meio do diálogo das fontes, a necessidade de reconhecimento do direito à livre circulação dos povos indígenas transfronteiriços.

Além disso, não se pode olvidar, ainda segundo André de Carvalho Ramos, que os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados que regulamentam os interesses de Estados, regulam a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana e, assim, estabelecem obrigações de natureza objetiva, de forma que a interpretação deve privilegiar os indivíduos e não os Estados.¹⁰⁴

Portanto, a ação ou omissão do Estado que impeça ou dificulte a mobilidade indígena fere os costumes indígenas e o direito de contato e cooperação e, conseqüentemente, viola os arts. 8º e 32 da Convenção n. 169 da OIT, sujeitando-lhe à responsabilidade internacional.

¹⁰¹ Convenção n. 169 – OIT: **Artigo 8º 1.** Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. **2.** Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. **3.** A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

¹⁰² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 708.

¹⁰³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/direito_indigena.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁰⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36-37.

1.5 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e o direito à autodeterminação

Na década de 1980, a pedido da então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, foram realizados diversos estudos que evidenciaram a sistemática violação aos direitos dos povos indígenas no mundo e a insuficiência dos instrumentos de direitos humanos existentes à época para proteção desses povos. Em 1993, na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, proclamou-se o Ano Internacional dos Povos Indígenas no Mundo e recomendou-se à Assembleia Geral da ONU a declaração da Década Internacional dos Povos Indígenas (1994-2004), concretizada por meio da Resolução 48/163.¹⁰⁵ A partir desse marco, os Estados se comprometeram a conferir maior atenção aos direitos dos povos indígenas.¹⁰⁶

Iniciou-se, assim, um processo de inserção de direitos específicos no direito internacional dos direitos humanos, com a apresentação, pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU, de projeto de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Também nesse contexto, em 1989, foi adotada a histórica Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n. 169 sobre povos indígenas e tribais, internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto n. 5.051/2004.

Do início dos anos 1980 até a finalização dos trabalhos em 2006, representantes dos Povos Indígenas e dos Estados-membros da ONU discutiram, na sede das Nações Unidas, em Genebra/Suíça, o texto-base da Declaração, que foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU em setembro de 2007, com 143 votos a favor, entre esses o voto do Brasil, quatro votos contra e onze abstenções, o que, conforme Hans-Joachim Heintze, comprova uma larga aprovação das comunidades das nações.¹⁰⁷

¹⁰⁵ A/RES/48/163. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/163>. Acesso em: 24 jun. 2016. Registra-se que a Assembleia Geral da ONU declarou também, em 20 de dezembro de 2004, a Segunda Década dos Povos Indígenas (2005-2015), por meio da A/RES/59/174. Teor disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/174>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁰⁶ KAINGÁNG, Azelene. Histórico da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁰⁷ HEINTZE, Hans-Joachim. Capítulo 10: Direitos humanos coletivos. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 305. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

Ressalta-se que, na oportunidade das negociações, de acordo com Relatório aprovado pela Comissão de Direitos Humanos do Fundo Indígena de 2004, durante o processo de adoção do Projeto de Declaração sobre Direito dos Povos Indígenas da ONU, houve consenso quanto a temas como proteção contra o genocídio e etnocídio, direitos relativos ao exercício de suas religiões, bem como o direito de manter contato e cooperação entre as fronteiras estatais etc.¹⁰⁸

Por outro lado, a polêmica centrou-se em assuntos como o direito à autodeterminação, o direito à autonomia sobre as terras, territórios e recursos naturais, os direitos coletivos, o direito à restituição e o direito ao consentimento prévio, livre e informado. Os Estados expressaram seus temores de violação da integridade territorial nacional e de ameaça à soberania do Estado, o que levou países como Canadá, Estados Unidos, Austrália, Federação Russa e Nova Zelândia a não votarem favoravelmente à Declaração.¹⁰⁹

Todavia, em que pese o temor dos Estados nacionais, de acordo com o relato de Azelene Kaingáng, socióloga indígena que participou diretamente das sessões de discussão e negociação do projeto da Declaração na ONU em Genebra, os representantes indígenas deixaram claro que não há o objetivo de construção de Estados independentes.¹¹⁰

Essa afirmação ficou expressa na redação do artigo 46 da Declaração, *in verbis*:

Artigo 46

1. Nada do disposto na presente Declaração se interpretará no sentido de que concede a um Estado, povo, grupo ou pessoa, qualquer direito de participar em qualquer atividade ou realizar qualquer ato contrário à Carta das Nações Unidas, nem se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta qualquer ação direcionada a desmembrar ou afetar, no todo ou em parte, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.¹¹¹

A redação final da Declaração da ONU/2007, em seu artigo 3, incorporou o direito à autodeterminação dos povos indígenas, uma vitória dos representantes indígenas e organizações não-governamentais, pelo qual “em virtude desse direito [os indígenas] determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento

¹⁰⁸ FUNDO PARA O DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *El avance de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y OEA e el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7600.pdf?view=1>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ KAINGÁNG, Azelene. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹¹¹ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

econômico, social e cultural”. Esse direito é considerado a origem de onde todos os outros direitos indígenas fluem, como o direito à terra, aos recursos naturais, à língua e cultura etc.

Vale registrar que o direito à autodeterminação não é uma inovação no direito internacional, tendo em vista sua previsão em diversos outros instrumentos, como a Carta das Nações Unidas¹¹², o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹³, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹¹⁴ e a Declaração e Programa de Ação de Viena¹¹⁵. Assim, o que o artigo 3 da Declaração da ONU/2007 faz é reconhecer especificamente que os povos indígenas também têm direito de autodeterminação.

À época das negociações sobre o texto da Declaração, o direito de autodeterminação foi um dos mais controversos. O Caucus ou Conclave Indígena¹¹⁶ solicitou o uso da expressão “livre-determinação” ao invés de “autodeterminação”, para reforçar que o exercício do direito à livre-determinação não é limitado pelas fronteiras nacionais, ao passo que o termo autodeterminação poderia indicar uma restrição aos limites internos. Mais uma vez, nas palavras de Azelene Kaingáng:

O que se pretende, na verdade, é que os Estados reconheçam que os Povos Indígenas já exercem esse direito cotidianamente em suas áreas, especialmente na América Latina onde transitam de um país a outro sem ter que passar pelo controle de passaportes e pela alfândega, ou seja, sem ter que se submeter às leis fronteiriças.¹¹⁷

¹¹² Art. 1º Os objetivos das Nações Unidas são: [...] “2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”.

¹¹³ Art. 1º “1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

¹¹⁴ Art. 1º “1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

¹¹⁵ “2. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Por força desse direito, escolhem livremente o seu estatuto político e prosseguem livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Tendo em consideração a situação particular dos povos que se encontram sob o domínio colonial, ou sob outras formas de domínio ou ocupação estrangeira, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece o direito dos povos a empreenderem qualquer ação legítima, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, para realizarem o seu direito inalienável à autodeterminação. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos considera a recusa do direito à autodeterminação como uma violação dos Direitos Humanos e sublinha a importância da concretização efetiva deste direito. Em conformidade com a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amigáveis e à Cooperação entre Estados nos termos da Carta das Nações Unidas, tal não deverá ser entendido como autorizando ou encorajando qualquer ação que conduza ao desmembramento ou coloque em perigo, no todo ou em parte, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes que se rejam em conformidade com o princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos e que, conseqüentemente, possuam um Governo representativo de toda a população pertencente ao seu território, sem qualquer tipo de distinções”.

¹¹⁶ Caucus ou Conclave Indígena – “Reunião ou Assembleia dos Povos Indígenas para discutir as questões de interesse comum e chegar a um consenso sobre os pontos discordantes o tema em pauta. É uma instância de decisão”. *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹¹⁷ KAINGÁNG, Azelene. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em:

Por outro lado, Estados como a Grã-Bretanha, temerosos quanto a processos de secessão, defenderam a fixação de um novo e específico direito de autodeterminação dos povos indígenas, no sentido de que apenas poderia ser exercido dentro das fronteiras estatais.¹¹⁸

De acordo com André de Carvalho Ramos, a Declaração da ONU confere sentido singular ao conceito de autodeterminação dos povos indígenas, uma vez que se refere ao direito de, livremente, determinar sua condição política e buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural, vedada modificação na integridade territorial dos Estados (artigos 3º, 4º e 46). Não há, portanto, equivalência ao sentido conferido pelo Direito Internacional de emancipação política de comunidade humana submetida a jugo colonial, dominação estrangeira ou, ainda, a regime de grave e sistemática violação de direitos humanos. Portanto, o tripé da autodeterminação dos povos indígenas para Declaração é território, governo e jurisdição, mas não secessão.¹¹⁹

Nesse sentido, o direito à autodeterminação não importa alteração do *status* territorial. Como apontado acima, nos debates, os representantes indígenas deixaram claro que não há a pretensão de criação de Estados independentes e esse compromisso se encontra assentado no art. 46 da Declaração. Logo, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é preciso cautela quanto a uma interpretação restritiva do direito à autodeterminação que prejudique o reconhecimento das diferenças entre os povos indígenas, a exemplo dos povos indígenas residentes em região fronteira, que demandam seu direito de trânsito além das fronteiras territoriais para manutenção de sua identidade, cultura e modo de vida.

Além disso, a autodeterminação não está limitada a assuntos internos, tendo em vista os dispositivos da Declaração que conectam este direito a aspectos internacionais: o preâmbulo reconhece que “os direitos afirmados nos tratados, acordos e outros arranjos construtivos entre os Estados e os povos indígenas são, em algumas situações, assuntos de preocupação, interesse e responsabilidade internacional, e têm caráter internacional” e o art. 41 conclama os órgãos e organismos especializados do sistema das Nações Unidas e outras

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹¹⁸ HEINTZE, Hans-Joachim. Capítulo 10: Direitos humanos coletivos. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 320. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 715.

organizações intergovernamentais para contribuir com a plena realização das disposições da Declaração, com a participação dos povos indígenas nos fóruns internacionais. Ainda, o art. 6 prevê o direito a uma nacionalidade.

Nessa linha, o direito de transitar além das fronteiras nacionais está previsto no art. 36 da Declaração. Eis o teor:

Artigo 36

1. Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros assim como com outros povos através das fronteiras.

2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação deste direito.

A esse respeito, válido indicar que, dos registros da 11ª Sessão do Grupo de Trabalho responsável pela minuta do projeto, o dispositivo relativo à circulação em fronteiras (então artigo 35), era trabalhado como artigo relacionado ao direito de autodeterminação.¹²⁰ Vejamos:

10. O presidente-relator propôs dedicar as duas primeiras semanas à consideração de artigos relacionados a: (a) autodeterminação; (b) terras, territórios e recursos; e (c) outros artigos onde acordo pode ser alcançado. Consequentemente, anunciou que o trabalho seria organizado em torno de três capítulos: (a) os parágrafos preambulares e **artigos relacionados com o direito à autodeterminação**, que são: parágrafos preambulares 12, 14, 15, 15a, 18 e 18a, e artigos 3, 31, 32, 33, 34, **35**, 45 e 45a. (nossos destaques)

Portanto, o direito à autodeterminação dos povos indígenas reconhecido na Declaração da ONU/2007 engloba também os aspectos internacionais de seu exercício, como o direito de manter e desenvolver relações entre os membros da própria comunidade e de comunidades diversas, ainda que situadas fora do país, o que impõe por decorrência lógica o reconhecimento do direito à circulação em fronteiras.

A preocupação com o dever dos Estados de adotar medidas para facilitar a cooperação entre povos indígenas e tribais em região de fronteira já se encontrava, como visto, expressa no artigo 32 da Convenção n. 169 da OIT, de caráter vinculante. Porém, a Convenção n. 169 da OIT/1989, apesar de sua indiscutível importância na defesa dos direitos humanos dos povos indígenas, foi produzida sem a participação direta desses povos,

¹²⁰ NAÇÕES UNIDAS – Comissão de Direitos Humanos. *Draft report of the working group* (E/CN.4/2005/WG.15/CRP.6). Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/WGDraftDeclaration.aspx>>. Acesso em 31 ago. 2016.

diversamente dos debates da Declaração da ONU/2007, nos quais houve participação ativa dos indígenas, o que justifica sua redação mais avançada.¹²¹

Com efeito, a proposta original de redação do referido dispositivo da Declaração da ONU era a seguinte:

Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com outros povos através das fronteiras. Os Estados devem tomar medidas eficazes para garantir o exercício e implementação desse direito.¹²²

De acordo com os registros do Presidente-Relator do antigo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU, a partir dos debates em plenária, os Estados sugeriram a seguinte alteração:

Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros ou outros povos através das fronteiras.

Os Estados, em consulta e cooperação com os indígenas, devem tomar medidas eficazes para garantir o exercício e implementação desse direito ~~de acordo com as leis de controle de fronteira~~.¹²³ (destaque no original)

De acordo com o Fundo Indígena, as observações formuladas pelos Estados Unidos e Canadá, no sentido de subordinar o exercício desse direito de circulação às leis internas de controle fronteiriço sofreu a crítica de ser contrária à política de evolução dos Direitos Humanos e de ampliação de sua proteção, que tem sido adotada pela ONU com fundamento no art. 13.1 da Carta das Nações Unidas.¹²⁴

Enfim, na redação final do art. 36 (anterior artigo 35), a expressão “de acordo com as leis de controle de fronteira” foi propositalmente suprimida no texto aprovado pela

¹²¹ KAINGÁNG, Azelene. Histórico da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹²² NAÇÕES UNIDAS – Comissão de Direitos Humanos. *Report of the Working Group*. (E/CN.4/2006/79). Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/WGDraftDeclaration.aspx>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

¹²³ Idem.

¹²⁴ FUNDO PARA O DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *El avance de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y OEA e el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7600.pdf?view=1>>. Acesso em: 30 jun. 2016. Carta das Nações Unidas - Artigo 13. 1. “A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”.

Assembleia Geral das Nações Unidas. Portanto, do teor da Declaração da ONU/2007, depreende-se que o direito de circulação dos indígenas em fronteiras não se sujeita a leis de migração e está compreendido no direito de autodeterminação.

1.6 Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016

Em 1989, a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Assembleia Geral, solicitou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) a preparação de um instrumento jurídico relativo às populações indígenas, cujo texto, aprovado em 1997, foi apresentado ao Conselho Permanente sob o título “Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.¹²⁵

Quanto à circulação transfronteiriça, o Projeto de Declaração Americana apresentou, na Seção Quarta – Direitos de Organização e Políticos, no artigo XIV.2, previsão quanto ao direito de manter contato pleno com comunidades em territórios de Estados vizinhos. Eis o teor:

SEÇÃO QUARTA. DIREITOS DE ORGANIZAÇÃO E POLÍTICOS.

Artigo XIV. Direitos de associação, reunião, liberdade de expressão e pensamento

1. Os povos indígenas têm os direitos de associação, reunião e expressão de acordo com seus valores, usos, costumes, tradições ancestrais, crenças e religiões.

2. Os povos indígenas têm o direito de reunir-se e ao uso por eles de seus espaços sagrados e cerimoniais, **assim como o direito de manter contato pleno e atividades comuns com seus membros que habitem o território de Estados vizinhos.** (Nossos destaques)¹²⁶

Todavia, no artigo XXV das Disposições Gerais, em que pese a importância histórica do Projeto, revelou-se uma timidez na regulamentação da matéria, ao dispor que “Nada nesta Declaração implica outorgar qualquer direito a ignorar as fronteiras dos Estados”.¹²⁷

Em junho de 1999, a Assembleia Geral da OEA estabeleceu um Grupo de Trabalho do Conselho Permanente encarregado de elaborar o Projeto de Declaração, que passou a realizar Sessões Especiais com a participação de representantes indígenas e com a

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. AG/RES. 1022 (XIX-O/89). Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1022_XIX-O-89_spa.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹²⁷ Idem.

recomendação de que as observações e sugestões desses povos fossem consideradas na discussão do texto.¹²⁸

A Primeira Sessão Especial do Grupo de Trabalho ocorreu em abril de 2001 e considerou como texto-base o Documento Comparativo entre a Proposta da Declaração aprovada pela Comissão IDH em 1997 e as propostas dos Estados e dos representantes indígenas apresentadas em reuniões na OEA em 1999.¹²⁹ Na oportunidade, foram efetuadas revisões apenas nos artigos da Primeira e da Segunda Parte do Projeto. No tocante à Quarta Parte do Projeto (Direitos de Organização e Políticos) e ao direito de manter e estabelecer contato pleno com comunidades localizadas em países vizinhos, o Documento Comparativo apontou como propostas dos Estados, em síntese, o acréscimo de expressões relativas à observância de normas migratórias e aduaneiras, a exemplo de “observando as normas de controle de fronteiras”, “sujeitos a normas de imigração e aduaneiras razoáveis e não discriminatórias”. Por sua vez, os representantes indígenas reforçaram o direito à manutenção e ao estabelecimento de contato livre e pacífico entre povos e indivíduos que habitem os territórios dos Estados vizinhos ou através de suas fronteiras. Quanto ao então art. XXV das Disposições Gerais, segundo o qual nenhum direito poderia desconsiderar as fronteiras dos Estados, não houve registro no Documento Comparativo de sugestão de alteração por parte dos Estados ou dos representantes indígenas.¹³⁰

Na Segunda Sessão Especial, foi apresentado novo documento-base, com registro das notas do Presidente do Grupo de Trabalho, que sugeriu, quanto ao mencionado artigo XIV.2, a seguinte redação:

Os povos indígenas têm o direito de reunir-se e ao uso dos espaços sagrados e cerimoniais, tendo em conta os direitos de terceiros. Tem também direito a manter contato pleno e atividades comuns com seus membros que habitam o território de Estados vizinhos, observando as normas de imigração e aduaneiras razoáveis e não discriminatórias.¹³¹

¹²⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Documento Comparativo*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_9-01_spa.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Primeira Sessão. *Nuevas propuestas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_23-01_add2_spa.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Nesse ponto, o Estado do Canadá apresentou manifestação de concordância com a sugestão da Presidência do Grupo de Trabalho, por entender que nenhum direito é absoluto e, portanto, deve considerar o direito de terceiros. Além disso, pontuou que, apesar do desejo de facilitar o contato transfronteiriço entre os povos indígenas da mesma comunidade, os controles migratórios são necessários.¹³² Por sua vez, representantes indígenas sugeriram alterações no documento-base para acréscimo de expressões que reforçam a livre circulação, como o direito de estabelecer e manter “sem discriminação” contatos “livres e pacíficos” com outros povos indígenas que vivem no território de Estados vizinhos ou “através das fronteiras nacionais”.¹³³

Acerca dos debates na Sessão Especial, o Presidente emitiu Informe, no qual registrou manifestações importantes, das quais destaca-se: 1) houve acordo geral sobre o reconhecimento do direito dos indígenas que vivem em região de fronteira de participação nas atividades de seu povo em toda a área ancestral, com a manutenção de pleno contato com outros membros; 2) algumas delegações estatais destacaram a responsabilidade de aplicar as normas aduaneiras e de controle de fronteiras e propuseram o estabelecimento de “regimes especiais” aos povos indígenas transfronteiriços; 3) uma das delegações estatais avaliou os povos indígenas transfronteiriços como “mecanismo de paz e entendimento entre Estados vizinhos”.¹³⁴

Acerca dos consensos, a Relatoria do Grupo de Trabalho, em acordo com a Presidência, teceu os seguintes comentários a respeito dos povos transfronteiriços: 1) a

Documento comparativo. Segunda Sessão. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_53-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹³² ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão. *Comentarios de la delegación del Canadá sobre los artículos VII a XVIII y sobre la cuestión de la libre determinación de los pueblos en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_69-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹³³ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão. *Propuestas presentadas por los estados y los representantes de los pueblos indígenas sobre los artículos considerados durante la sesión especial*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_71-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016. Por todos: “*Jaqueline Johnson (National Congress of American Indians) 1. Los Pueblos Indígenas, como una forma específica de ejercer su derecho de autodeterminación, tienen el derecho a la autonomía y a un gobierno propio... 2. Los Pueblos Indígenas tienen el derecho a usar sus lugares sagrados y de ceremonia, así como el derecho a establecer y mantener sin discriminación, contactos libres y pacíficos con otros Pueblos Indígenas que viven en el territorio de Estados vecinos o a través de las fronteras del Estado*”. (nossos destaques)

¹³⁴ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão. *Informe del Relator*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_83-02_sp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

integridade de povos indígenas estabelecidos em Estados vizinhos deve ser promovida por meio de medidas não-discriminatórias, que facilitem a plena relação entre os membros; 2) a possibilidade de contato pleno deve ser concebida como uma “garantia de solidariedade e paz” entre os Estados respectivos.¹³⁵

A Terceira Sessão Especial ocorreu em fevereiro de 2003 e foi marcada por uma maior participação dos representantes dos povos indígenas diante da criação de Fundo Específico. A reunião culminou com revisão de diversos dispositivos do Projeto de Declaração, mas, quanto à livre circulação em fronteiras, não se identificou alterações relevantes.

A Quarta Sessão Especial, em fevereiro de 2005, tratou basicamente de algumas questões procedimentais, como a fixação de prazo final para conclusão dos trabalhos.

A Quinta Sessão Especial, em novembro de 2007, correspondeu a uma “sessão de reflexão” sobre as negociações anteriores e tratou de temas relevantes, a exemplo do impacto da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas no âmbito da OEA. Nesse tema, registrou-se que a maioria dos Estados e representantes indígenas concordaram com o uso da Declaração da ONU como base de negociação e também como padrão mínimo para Declaração da OEA, com exceção dos Estados Unidos e Canadá.¹³⁶

Como resultado da Sessão, foi elaborado Quadro Comparativo entre a Declaração da OEA (já consideradas as alterações textuais decorrentes das “Reuniões de Negociações para Busca de Consensos”, abordadas a seguir) e a Declaração da ONU. Registrou-se que as duas Declarações consideram o direito de manter contato entre os povos divididos por fronteiras nacionais. Quanto à migração indígena transfronteiriça, o texto da Declaração da OEA apresentava o seguinte teor:

Art. XIX. [Direitos de associação, reunião, liberdade de expressão e pensamento] (...)
3. Os povos indígenas, em particular aqueles que estão divididos por fronteiras, têm direito a [circular livremente e] manter contato pleno e atividades comuns com seus membros [e outros povos] [unidos por laços étnicos, religiosos ou linguísticos] que habitem o território de Estados vizinhos, sem discriminação. [Os Estados adotarão medidas, incluída a adoção de instrumentos internacionais, para facilitar o exercício destes direitos].¹³⁷

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão. *Informe del Relator*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_83-02_sp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Quinta Sessão Especial. *Sessão de Reflexão. Resultados e Recomendações*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_324-08_rev1_esp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Quinta

Como será observado adiante, na redação final do dispositivo da Convenção da OEA, várias frases sem consenso (entre colchetes)¹³⁸ não subsistiram, como a que restringe a circulação à existência de laços étnicos, religiosos ou linguísticos, o que, ao final, tornou a Convenção das Américas mais próxima do texto do art. 36 da Declaração da ONU, uma vez que ambas se voltam à manutenção e desenvolvimento de laços e relações de cooperação, com a enumeração de atividades, como as de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social. Interessa observar, ainda, que a proposta de inclusão da expressão “circular livremente” não foi mantida.

Na Sexta e última Sessão Especial do Grupo de Trabalho, em dezembro de 2008, foi avaliado o estado de negociação da Declaração e, na oportunidade, os “direitos de organização e políticos” (Quarta Seção) foram considerados pendentes de consenso. Além disso, a Presidência apresentou propostas de ações específicas para tratamento de temas essenciais, como a situação dos indígenas migrantes, que se encontram em condição de vulnerabilidade diante das dificuldades de integração e da dupla discriminação “estrangeiro e indígena”, o que dificulta não apenas a inserção no país de destino, mas a proteção de suas culturas e tradições ancestrais.¹³⁹

A partir de 2003, paralelamente às Sessões Especiais, foram realizadas diversas “Reuniões de Negociações para a Busca de Consensos” pelo Grupo de Trabalho. Na Quarta Reunião, em novembro de 2004, abordou-se o direito à circulação transfronteiriça, com a proposta de redação já mencionada na página acima – tratada na Quinta Sessão Especial.¹⁴⁰

Na Sétima Reunião, em março de 2006, sediada em Brasília, vários artigos foram submetidos à revisão, dentre os quais o art. XXXIX, anterior art. XXV, com a redação: “Os direitos reconhecidos nesta Declaração constituem o padrão mínimo para a sobrevivência,

Sessão Especial. *Quadro comparativo entre o Projeto de Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_317-07_rev1_esp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹³⁸ De acordo com a metodologia do Grupo de Trabalho, entre colchetes estão os enunciados sem consenso e que, portanto, foram objeto de debates nas sessões. Cf. Primeira Sessão Especial do Grupo de Trabalho encarregado de elaborar a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_14-01_spa.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Sexta Sessão Especial. *Documento da Presidência sobre Propostas de Trabalho para a Sessão Especial*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_357-08_rev1_esp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Quarta Reunião de Negociações para Busca de Consensos*. Resultados da Reunião Inicial e da Segunda, Terceira e Quarta “Reuniões de Negociações para Busca de Consensos”. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_194-04_rev1.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

dignidade e bem-estar dos povos indígenas das Américas”.¹⁴¹ Como se vê, o dispositivo que exigia o respeito às fronteiras estatais em qualquer hipótese foi desconsiderado, com a sinalização pela prevalência dos direitos humanos desses povos. A nova redação foi aprovada na 11ª Reunião de Negociações em 2008.

A redação do então art. XIX, atual art. XX – direitos de associação, reunião, liberdade de expressão e pensamento – foi alterada e aprovada na 13ª Reunião de Negociações em 2011.

Finalmente, após 27 anos de debates e negociações, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígena foi aprovada na Terceira Sessão Plenária da Assembleia Geral da OEA, em 15 de junho de 2016, por meio da AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), com a seguinte previsão sobre o direito à migração indígena transfronteiriça, *in verbis*:

SEÇÃO QUARTA: Direitos de Organização e Políticos

Artigo XX. Direitos de associação, reunião, liberdade de expressão e pensamento

1. Os povos indígenas têm os direitos de associação, reunião, organização e expressão e de exercê-los sem interferências e de acordo com sua cosmovisão, *inter alia*, seus valores, seus usos, seus costumes, suas tradições ancestrais, suas crenças, sua espiritualidade e outras práticas culturais.

2. Os povos indígenas têm o direito de se reunir em seus locais sagrados e espaços cerimoniais. Para tal fim, terão livre acesso e uso dos mesmos.

3. Os povos indígenas, em particular aqueles que estão divididos por fronteiras internacionais, tem direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus membros e com outros povos.

4. Os Estados adotarão, em consulta e cooperação com os povos indígenas, medidas efetivas para facilitar o exercício e assegurar a aplicação desses direitos.

¹⁴² (destaques no original)

A Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas é, sem dúvida, um marco histórico na promoção e defesa dos direitos desses povos. A análise da evolução do regramento sobre o direito à circulação em fronteiras evidencia o embate entre os povos indígenas e o Estado e revela também o caráter contramajoritário das normas de direitos humanos e sua proteção internacional.

A redação original do Projeto de Declaração aprovado pela Comissão Interamericana em 1996, não obstante sua notória relevância, deixava a desejar na promoção de direitos humanos dos povos indígenas, na medida em que estabelecia cláusula de proteção absoluta

¹⁴¹ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Sétima Reunião de Negociações para Busca de Consensos*. Registro do Estado Atual do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_260-06_rev1_spa.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹⁴² ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Assembleia Geral. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

da soberania nacional (então art. XXV das Disposições Gerais), ao dispor que “nada” na Declaração implicaria outorgar qualquer direito a ignorar as fronteiras dos Estados, não obstante a situação peculiar dos indígenas transfronteiriços. Ao final, o dispositivo foi suprimido, conferindo-se primazia à defesa desses grupos minoritários vulneráveis, ao definir a Declaração como um “padrão mínimo” para a sobrevivência, dignidade e bem-estar dos povos indígenas (art. XXXIX), o que torna clara a importância da participação dos indivíduos e da sociedade civil organizada na formulação das declarações e normas de direitos humanos.

Além disso, a Declaração Americana reconhece o “direito à livre-determinação” dos povos indígenas (art. III), por meio do qual “determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.¹⁴³ Observa-se que, na Declaração Americana, foi utilizada a expressão “livre-determinação”, preferida pelos representantes indígenas por denotar que o direito à determinação não está subordinado às fronteiras nacionais.

Igualmente, a redação da Declaração Americana deixa claro que os direitos reconhecidos não amparam pretensão por parte dos povos indígenas de desmembramento do território nacional, total ou parcialmente, nos seguintes termos: “Nada do contido na presente Declaração [...] será interpretado no sentido de que autoriza ou encoraja qualquer ação tendente a desmembrar ou prejudicar, totalmente ou em parte, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes” (art. IV).

Portanto, verifica-se que a Declaração Americana é orientada fortemente pela Declaração da ONU dos povos indígenas, uma vez que também consagra a autodeterminação/livre-determinação desses povos e, ao mesmo tempo, a intangibilidade do território nacional.

Ainda, em ponto central desta pesquisa, assim como a Declaração da ONU, a Declaração Americana garante o direito de trânsito, manutenção e desenvolvimento de contatos e cooperação entre os povos divididos por fronteiras nacionais, sem menção expressa – como pretendiam os Estados – à necessidade de observância de leis aduaneiras e migratórias.

Em que pese a retirada da expressão “livre circulação” da Declaração Americana durante as reuniões de negociação entre Estados e representantes indígenas, não houve a

¹⁴³ Tradução livre do original: “**Artículo III.** *Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*”

imposição de condições ao direito de trânsito no território ancestral. Ademais, os Estados se comprometeram a adotar medidas para “facilitar o exercício e assegurar a aplicação” desse direito, em consulta e cooperação com os próprios povos indígenas.

Logo, a partir do texto da Declaração Americana e da Declaração das Nações Unidas, constata-se que não há impedimentos expressos à livre circulação dos povos indígenas transfronteiriços, uma vez que as propostas que exigiam a observância da legislação migratória e aduaneira não prevaleceram após os debates nos Fóruns Internacionais.

1.7 Mobilidade indígena transfronteiriça e a legislação nacional

A legislação indigenista brasileira, segundo Manuela Carneiro da Cunha, é a “lei do mais forte, a lei do lobo sobre o cordeiro: mas como o lobo da fábula se via compelido a expor suas justas razões de comer o cordeiro, os mais fortes tinham também de proclamar sua razão e os mais fracos podiam invocar, por sua vez, as regras violadas”.¹⁴⁴ É nessa linha que se entende necessária a análise da legislação indigenista para compreensão do contexto e das razões subjacentes ao tratamento conferido aos povos indígenas, especialmente aos transfronteiriços.

Expedito Arnaud analisa a legislação indigenista em três períodos: colonial, imperial e republicano.¹⁴⁵ No período colonial, as mesmas Leis da metrópole eram aplicadas no Brasil – as Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, as Ordenações Filipinas – acrescidas da legislação específica, por meio dos Regimentos dos governadores gerais, das Cartas Régias, Leis e Alvarás, em formas de Lei e Provisões Régias, além do auxílio dos corpos consultivos. Os governadores gerais também emitiam Decretos, Alvarás e Bandos.¹⁴⁶

No século XVI, logo no início do descobrimento, os portugueses e franceses utilizaram o escambo como método para empregar os indígenas na extração do pau-brasil. Todavia, o uso de meios violentos não tardou e, já em 1511, é registrado o envio de trinta índios como escravos para Portugal, juntamente com 5.000 toras de pau-brasil e alguns

¹⁴⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 152. Disponível em: <<http://www.etnolingustica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁴⁵ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 152. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁴⁶ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 116. Disponível em: <<http://www.etnolingustica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

animais.¹⁴⁷ Vale registrar que, nessa época, a humanidade dos indígenas ainda não era questionada, ante a declaração papal de 1532 que os reconhecia com alma, como homens e mulheres, e não como animais.¹⁴⁸

No sistema de capitanias hereditárias, adotado para colonização do Brasil no período de 1532-1549, aos donatários foi autorizada a venda de indígenas. A escravização desses povos continuou após o declínio do sistema de capitanias e a centralização da administração do território no governador-geral. Em 1557, no governo violento de Duarte da Costa (1553-1557), como represália à morte do bispo Pero Fernandes Sardinha em possível ritual antropofágico, os Kaeté foram escravizados sem distinção de sexo e idade. Em seguida, no governo de Mem de Sá (1557-1572), buscou-se restabelecer a liberdade dos indígenas, apesar de estarem legalmente autorizadas as “guerras justas”, a exemplo da Lei de 20 de março de 1570, que proibia tornar cativos os indígenas, com exceção das guerras justas e daqueles que costumavam saltar portugueses e outros índios.¹⁴⁹

As guerras justas, que já tinham previsão nas bulas papais quatrocentistas *Romanus Pontifex* e *Inter Coetera*¹⁵⁰, tinham como causas legítimas a recusa à conversão religiosa, as hostilidades praticadas contra vassalos e aliados dos portugueses e a quebra de acordos. Todavia, a doutrina da guerra justa era permeada de dúvidas e, segundo Perrone-Moisés, se discutia, por exemplo, a possibilidade de sua aplicação com fundamento na salvação de almas e na antropofagia, bem como a necessidade de restringir as hipóteses de aplicação para evitar as guerras com fins econômicos.¹⁵¹

No século XVII, os atos da coroa portuguesa também apresentaram um modelo contraditório, com a edição de algumas provisões que vedavam a escravização de índios, como a Lei de 30 de junho de 1609, que garantia o tratamento de pessoas livres, e outras,

¹⁴⁷ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 3-5. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁴⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 138. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁴⁹ ARNAUD, Expedito. Op. Cit, p. 5-6.

¹⁵⁰ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 477-478.

¹⁵¹ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 123-124. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

como a Lei de 10 de setembro de 1611, que legitimou a escravidão dos “índios infiéis” e retirou dos jesuítas a direção temporal das aldeias.¹⁵²

Nos aldeamentos, os jesuítas eram responsáveis tanto pelo “governo espiritual”, por meio da catequese, quanto pelo “governo temporal”, ao administrar e repartir o trabalho dos indígenas nas aldeias, para os colonos e para a Coroa. A referida Lei de 1611 manteve a direção espiritual, mas atribuiu a um “capitão de aldeia” a administração temporal.¹⁵³

O Alvará de 17 de outubro de 1653, enviado para o Maranhão e Pará, tornou legítimo o cativo de indígenas em diversas hipóteses, como as guerras justas, não obediência para prestação de serviços à Coroa e prática de antropofagia em súditos portugueses. Pela Lei de 9 de abril de 1655, possivelmente em consequência das recomendações de Pe. Antônio Vieira, a direção das aldeias foi retomada pelos religiosos. Todavia, posteriormente, os missionários foram novamente afastados da direção pela Lei e Provisão de 12 de setembro de 1663, obtendo autorização, por meio da Provisão de 1º de abril de 1680, apenas para reconduzir às aldeias os indígenas livres.¹⁵⁴

No século XVIII, nas duas primeiras décadas, as decisões reais foram drasticamente prejudiciais aos indígenas, com ordenações que autorizavam o aniquilamento e a escravização de todos os índios considerados “danosos”. Porém, através de uma provisão de 1721, a administração temporal das aldeias retornou aos jesuítas e foi autorizada a utilização dos indígenas apenas em guerras e nas obras públicas – para os serviços de particulares, somente se os indígenas “quisessem por vontade própria” ou por arbítrio dos padres.¹⁵⁵

O começo da fase pombalina (1750-1777) foi marcado por forte repressão às missões jesuíticas, consideradas responsáveis pela decadência econômica de algumas regiões, até que por meio da Lei de 3 de setembro de 1759 o Marquês de Pombal expulsou os jesuítas do reino e possessões. Nesse contexto, as Leis de 6 e 7 de junho de 1755 concederam liberdade total aos índios e os tornaram súditos do reino, buscando, assim, resolver o problema da baixa população colonial através da assimilação dos indígenas.¹⁵⁶ Segundo Perrone-Moisés, apesar de defenderem a liberdade dos índios e manterem-nos aldeados para garantia da paz

¹⁵² ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 6. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁵³ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 119. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁵⁴ ARNAUD, Expedito. Op. Cit. p. 6-8.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 8-9.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 9-11 e 38.

na colônia, os jesuítas eram acusados pelos colonos de buscar deter o controle absoluto sobre a mão-de-obra indígena, necessária para o cultivo da terra e para defesa contra os ataques inimigos.¹⁵⁷

A política pombalina foi revogada em 1798 por carta régia, com a manutenção, todavia, da condição de vassalagem, além da declaração dos indígenas como órfãos a serem tutelados pelo Estado, com a possibilidade de “instrução” por quem os tivesse trazido dos sertões e da legitimação do recrutamento de indígenas “ociosos” para o trabalho em atividades de interesse público, o que também acabou ocorrendo em favor de interesses particulares de autoridades e fazendeiros.¹⁵⁸

No século XIX, a política indigenista leva a marca dos diversos regimes políticos: começa como Colônia, transforma-se em Império e termina na República Velha. Porém, de um modo geral, a questão indígena deixa de ser prioritariamente uma questão de mão-de-obra para ser uma questão de terras. O objetivo principal é se apoderar das terras dos aldeamentos, ficando a mão-de-obra indígena como uma alternativa transitória até a chegada de outros trabalhadores. Cada vez menos essenciais como mão-de-obra, a questão indígena passa a ser discutida em termos de extermínio dos índios “bravos” ou de assimilação pela sociedade envolvente, o que pôs em xeque a própria humanidade dos indígenas. Nessa linha, segundo Manuela Carneiro da Cunha, em análises de caráter evolucionista, a ciência se interessou especialmente pelos Botocudos, que chegaram a ser apontados como meros antropoides, ante sua “indomável ferocidade”.¹⁵⁹

Sobre os Botocudos, John Hemming registra que os relatos sobre sua brutalidade eram distorcidos e, a partir dos relatórios de contato, tinha-se a impressão de que os índios queriam a paz, mas temiam a perfídia europeia e desenvolveram um ardiloso método de emboscada. Os Botocudos tinham impressionantes conhecimentos médicos e habilidades guerreiras, mas não conseguiam fazer frente ao poder de fogo dos colonos e foram vítimas da guerra franca, bem como das diversas medidas de aculturação e de extermínio.¹⁶⁰

¹⁵⁷ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 116. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁵⁸ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 480-481.

¹⁵⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 133-136. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁶⁰ HEMMING, John. *Fronteira amazônica: a derrota dos índios brasileiros*. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Edusp, 2009, p. 453-474.

D. João VI , no início do século XIX, recrudesciu as medidas de caráter violento contra os povos indígenas, a exemplo das Cartas Régias de 13 de maio e 5 de novembro de 1808, que autorizaram a guerra contra os Botocudos até o completo domínio de suas terras, permitindo aos milicianos que prendessem esses indígenas sua manutenção como escravos por 15 anos, além de determinar a “suspensão dos atos de humanidade antes mandados praticar”.¹⁶¹ Ainda, no mesmo ano, a Carta Régia de 2 de dezembro declara devolutas as terras conquistadas dos índios por meio de guerras justas.¹⁶²

Para Manuela Carneiro da Cunha, partindo da premissa de que “pela exceção se confirma a regra”, essas medidas sinalizaram o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre a terra, ao transferir os domínios das terras para outros grupos e, tacitamente, reconhecer a permanência dos direitos originários dos indígenas aos quais não se declarou guerra justa.¹⁶³

Ao fim do período colonial português, segundo Mércio Pereira Gomes, a população indígena se encontrava drasticamente reduzida, com grande contingente sobrevivendo às margens da economia de exportação da época. Além do elevado número de mortos, muitos indígenas foram subjugados e assenhoreados pelo sistema colonial português, reduzidos a uma população “politicamente submissa, socialmente inferiorizada e culturalmente transfigurada”.¹⁶⁴

Nas palavras de Beatriz Perrone-Moisés, “contraditória, oscilante, hipócrita: são esses os adjetivos empregados, de forma unânime, para qualificar a legislação e a política da Coroa portuguesa em relação aos povos indígenas do Brasil colonial”. Ao mesmo tempo em que declarava a liberdade absoluta dos indígenas – a exemplo das três grandes leis de liberdade de 1609, 1680 e 1755 – o cativo era em seguida restaurado. Além disso, várias medidas atribuíam diferente tratamento aos “índios amigos” – os aldeados, “descidos” de suas aldeias no interior para aldeamentos próximos das povoações coloniais, onde eram catequizados e civilizados, bem como as “nações aliadas”, convocadas em momentos de guerra –, e o tratamento conferido aos “índios inimigos”, os “gentios bravos”, espalhados

¹⁶¹ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 11-13. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁶² CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 141. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 471-472 e 480-481.

pelos sertões, que podiam ser escravizados por meio das guerras justas e, no caso dos indígenas já cativos por outros indígenas, do resgate. Perrone-Moisés ainda destaca que a diferença de tratamento é apenas normativa; na prática, possivelmente, os índios aldeados acabavam em pior situação do que os escravos, pela exploração, sobrecarga de trabalho e envio para outros lugares contra sua vontade.¹⁶⁵

No Brasil Império, a Constituição outorgada em 1824 nada dispôs quanto à matéria indígena, apesar dos esforços de José Bonifácio em seus “Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil”, apresentados à Assembleia Constituinte. Seguiu-se, portanto, sem normativa superior e, desta maneira, com todo tipo de espoliação pelas assembleias provinciais¹⁶⁶, até a edição da Lei de 27 de outubro de 1831, que determinou a revogação das truculentas Cartas Régias de 1808, a concessão de liberdade aos indígenas – que foram considerados órfãos –, a prestação de auxílio financeiro até que os indígenas tivessem condições de ter renda, além de determinar aos juízes de órfãos a fiscalização de abusos contra esses povos.¹⁶⁷

Porém, a política indigenista do Império não foi favorável aos indígenas, tanto que a Lei n. 601 de 1850 (“Lei de Terras”) instituiu política de confisco de terras indígenas, considerando extintas as aldeias dos índios que viviam dispersos ou mesmo assimilados.¹⁶⁸ Segundo Carneiro da Cunha, a Lei de Terras inaugurou uma política agressiva, ao incorporar as terras de aldeias em que havia uma população não indígena – inserção que vinha sendo estimulada há um século – e uma aparente assimilação. Também reafirmou a necessidade de aldeamento das “hordas selvagens”, com o deslocamento de seus territórios originais e assentamento em reservas de terras devolutas.¹⁶⁹

Com a proclamação da República, a primeira manifestação a favor dos indígenas partiu dos positivistas, em projeto apresentado à Assembleia Constituinte, no qual buscou-

¹⁶⁵ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 115-117, 121 e 128. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁶⁶ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 482-483.

¹⁶⁷ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 14-18. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁶⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 169.

¹⁶⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 145 e 153 – notas. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

se garantir a esses povos “a proteção do governo federal contra toda violência que os possa atingir, quer em suas pessoas, quer em seus territórios, que não poderão ser percorridos sem seu prévio consentimento”, além da arrojada classificação das tribos indígenas como “Estados Americanos do Brasil, empiricamente confederados”.¹⁷⁰

Todavia, a Constituição Republicana de 1891 continuou sem tratar da questão indígena e transferiu para os Estados as terras devolutas, a exemplo dos aldeamentos extintos.¹⁷¹ Nesse sentido, para André de Carvalho Ramos, a Constituição de 1891 foi particularmente danosa por não tratar especificamente da matéria indígena e ainda permitir a transferência da quase totalidade das terras devolutas para os Estados, o que acelerou o processo de titulação a particulares das terras ocupadas tradicionalmente pelos indígenas.¹⁷²

Segundo Arnaud, o “problema indígena” apresentou-se muito sério no início do Brasil República, em razão das novas frentes colonizadoras no sul do país, da abertura de estradas de ferro e da extensão de linhas telegráficas. Nessa conjuntura, houve quem defendesse a necessidade de extermínio dos povos indígenas, considerados um empecilho à colonização e, em reação a tal postura violenta, buscou-se a formulação de uma política indigenista inspirada nas diretrizes de Bonifácio – “que soam hoje algo ingênuas e bastante preconceituosas”¹⁷³ –, nas ideias positivistas e, ainda, na experiência de Rondon de contato pacífico com os indígenas no interior do país.¹⁷⁴

Considerando que a República não poderia permanecer inerte ao massacre de indígenas e sob o lema de proteção “sem procurar dirigir para não perturbar a sua evolução espontânea”, foi editado o Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN)¹⁷⁵, posteriormente transformado em Serviço de Proteção aos Índios (SPI), conforme exposto no item 1.1.

Para Orlando Villas Bôas Filho, o campo indigenista no Brasil – compreendido, em termos gerais, “como o horizonte no qual se inscrevem disputas que, mobilizando a regulação estatal, envolvem os povos indígenas” – se formaliza e ganha autonomia com a

¹⁷⁰ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 19 e 39. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁷¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 169.

¹⁷² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 703.

¹⁷³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 138. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

¹⁷⁴ ARNAUD, Expedito. Op. Cit., p. 19-20.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 21 e 39.

criação do SPI, ao assumir feições de um sistema estruturado, que congregou diversos atores sociais e interesses contrapostos. A partir da premissa básica de inferioridade dos indígenas, especialmente em seu período inicial, o campo indigenista brasileiro foi o cenário de uma política de caráter assimilacionista.¹⁷⁶

Na segunda metade do século XX, o ingresso de novos agentes sociais (indigenistas, povos e lideranças indígenas, movimentos sociais, empresários, além dos etnólogos, jornalistas, propagandistas, engenheiros-militares, juristas e políticos) promove uma reconfiguração do campo indigenista, no qual se identificam duas posturas antitéticas: a de proteção dos povos indígenas em face da expansão da sociedade envolvente, sobretudo a partir da Expedição Roncador-Xingu, por meio da criação de reservas indígenas, como a política introduzida no Parque Indígena do Xingu pelos irmãos Villas Bôas, e a postura desenvolvimentista, que tinha como pressuposto uma rápida integração dos indígenas, sem a preocupação com a preservação da cultura indígena, mas sim com o alcance de metas econômicas. É sob essa ótica integracionista que se opera o “milagre econômico” no Brasil, firmando uma preponderância dos agentes empresariais, como as corporações multinacionais, empresas mineradoras e agronegócio na política indigenista.¹⁷⁷

O Regulamento do SPI, aprovado pelo Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, indicava expressamente a preocupação com a “nacionalização dos silvícolas” e sua utilização como guarda de fronteiras, especialmente pelo fato de que litígios por fronteiras internacionais, até então recentes, ainda permeavam o imaginário militar.¹⁷⁸

Segundo Antônio Carlos de Souza Lima, a retórica desse Regulamento era a de inferioridade dos indígenas, tanto que expressamente os tratava como “povos imbeles, desarmados e na infância social” (art. 18, 1). De forma ambígua, porém, os indígenas eram considerados os “guardas das fronteiras” por suas características guerreiras inatas.¹⁷⁹

Dentro do discurso da nacionalização, o Regulamento do SPI enfatizava a situação dos indígenas em áreas de fronteira e, secundariamente, a dos indígenas situados nos sertões. Quanto à proteção dos indígenas, foi estabelecido o objetivo de diligenciar para que os

¹⁷⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 346-350 e 355. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 347 e 352-355.

¹⁷⁸ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 165-167. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 166.

indígenas fronteiriços não cedessem à atração de nações limítrofes e, também, para que desenvolvessem o sentimento de nacionalidade brasileira (art. 2º, “k”). Para o discurso protecionista vigente, nacionalizar os indígenas significava assegurar o controle sobre os rincões mais isolados do território e garantir o monopólio do governo sobre áreas de fronteiras.¹⁸⁰

Nessa linha, a imagética da Comissão Rondon, por meio dos retratos de comunidades nativas, ao apresentar os indígenas nus em frente à bandeira nacional ou vestidos e enfileirados, com a figura do “administrador” ao centro, pretendia registrar o vínculo do povo a seu território e a expansão das instituições do poder central.¹⁸¹ De acordo com Fernando de Tacca, o documentário de Luiz Thomas Reis, “Inspetoria de Fronteiras – Alto do Rio Negro” (1938), incorporado às atividades da Comissão Rondon, “mais parece uma ode à ocupação do território nacional”, por meio da assimilação, na qual “o índio é incorporado simbolicamente nessa ação como o último brasileiro nos limites da nação”.¹⁸² Nos filmes “Parimã, Fronteiras do Brasil” (1927) e “Viagem ao Roraima” (1927) são apresentadas as dificuldades das expedições em atingir e ocupar pontos importantes da fronteira, situando-se o encontro com os grupos étnicos como “mera situação de passagem”. Na cena final, Rondon segura o mastro da bandeira nacional, no meio e acima das bandeiras da Guiana e Venezuela, à frente de seus auxiliares e de grande número de índios Macuxi, o que reforça a estratégia de incorporação dos indígenas à nação como “guardas de fronteiras”.¹⁸³

Após sucessivas crises e graves denúncias, o SPI foi extinto e, em seu lugar, surgiu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), instituída pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, com uma estrutura mais “maleável” por se tratar de *fundação* e uma organização administrativa mais complexa. Conforme os Estatutos da FUNAI (Decreto n. 62.196, de 31 janeiro de 1968, alterado pelo Decreto 64.447/1969) e seu Regimento Interno (Portaria Ministerial n. 42-A/1970), buscou-se garantir o respeito ao indígena, suas instituições e comunidades, preservar o equilíbrio biológico e cultural do índio em contato com a sociedade envolvente, assegurar a “aculturação espontânea do índio”, fornecer assistência

¹⁸⁰ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 165-167. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁸¹ Ibidem, p. 165.

¹⁸² TACCA, Fernando de. *A imagética da Comissão Rondon: etnografias filmicas estratégicas*. Campinas: Papirus, 2001, p. 94-96.

¹⁸³ Ibidem, p. 118-121.

médico-sanitária, promover educação que permitisse progressiva integração e exercer poder de polícia nas reservas indígenas para proteção do índio.¹⁸⁴

A criação da FUNAI se deu sob a égide da Constituição de 1967, pela qual as terras ocupadas pelos “silvícolas”¹⁸⁵ integrariam os bens da União (art. 4º, IV), com o reconhecimento da posse permanente das terras habitadas pelos indígenas e do direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nele existentes (art. 198).¹⁸⁶

Vale pontuar que o primeiro texto constitucional a fazer menção a direitos indígenas foi a Constituição de 1934, de viés assimilacionista, que estabelecia como competência da União legislar sobre *incorporação* dos indígenas à comunhão nacional, o que foi repetido na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967.¹⁸⁷

Em 1973, sob a égide da Constituição de 1967, foi editada a Lei n. 6.001, o “Estatuto do Índio”, que considera os indígenas como relativamente incapazes para os atos da vida civil sob a tutela do Estado, representado pela FUNAI, e prevê as condições de emancipação individual e coletiva.¹⁸⁸

De acordo com o art. 1º, o Estatuto do Índio tem o propósito de preservar a cultura dos povos indígenas e, ao mesmo tempo, de integrá-los à comunhão nacional de forma progressiva. Assim, de acordo com André de Carvalho Ramos, buscou-se impor uma integração harmoniosa, consistente em verdadeiro processo de assimilação, pelo qual o indígena se encontraria em situação transitória, passando do estágio de *indígenas isolados* “quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional” (art. 4º, I), para o de *indígenas em vias de integração*, “quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento” (art. 4º, II) e,

¹⁸⁴ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 32. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁸⁵ Termo da época, que retrata imagem preconceituosa do “selvagem” e de uma hierarquia entre culturas: da cultura selvagem para a civilizada europeia. Portanto, atualmente, se encontra ultrapassado e deve ser evitado. Cf. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 701.

¹⁸⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 704.

¹⁸⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 38.

¹⁸⁸ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 101-102.

finalmente, de *indígenas integrados*, “quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura” (art. 4º, III).¹⁸⁹

De acordo com Arnaud, a FUNAI e “Estatuto do Índio” – ainda em trâmite na época –, conferiam um tratamento à assimilação indígena mais amplo do que o SPI, tendo em vista o entendimento de que todos os índios nascidos no território nacional são considerados brasileiros, condicionado o gozo dos direitos civis e políticos à própria assimilação, permanecendo sob a tutela do Estado aqueles não assimilados ou parcialmente assimilados.¹⁹⁰

No mesmo sentido, segundo Gomes da Silva, a política oficial do Estado brasileiro relativa aos povos indígenas, desde o início do processo de colonização até o final do século XIX, foi a de assimilação, enquanto forma de aculturação que importa assimilação da cultura de acolhimento com a conseqüente alienação da cultura de origem. No século XX, a política brasileira teve por objetivo a integração, também forma de aculturação, porém com a preservação da identidade de origem.¹⁹¹

Apesar da previsão constitucional de direitos indígenas nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, é a Constituição de 1988, segundo Gomes da Silva, que institui um novo paradigma para tratar da questão indígena ao consagrar o “direito à diferenciação social”, que se extrai dos artigos 210, 215, 216 e 231.¹⁹² Vejamos:

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

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

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

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

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

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

¹⁸⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 704.

¹⁹⁰ ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973, p. 40. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁹¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 34.

¹⁹² *Ibidem*, p. 47-49.

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

- I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV democratização do acesso aos bens de cultura;
- V valorização da diversidade étnica e regional. (nossos grifos)

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

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...] (nossos grifos)

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. [...] ¹⁹³ (nossos grifos)

O “direito à diferenciação social” não se resume a um direito fundamental à diversidade cultural, pois abrange o direito ao território, à organização social e à cultura. Nessas espécies de direitos também são encontrados, no campo do direito internacional, o direito de participação e de consulta prévia; na seara penal, o erro de compreensão culturalmente condicionado; no direito civil, a propriedade coletiva de direitos autorais; no campo eleitoral, a não obrigatoriedade de apresentação de determinados documentos no alistamento, entre outros.¹⁹⁴

Diante do novo paradigma constitucional, reforçado pelos ditames da Convenção n. 169 da OIT, os fundamentos utilizados no Estatuto do Índio não mais subsistem e, assim, diversos de seus dispositivos podem ser considerados não recepcionados.¹⁹⁵ Com o objetivo de superar a inadequação do atual Estatuto do Índio, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei n. 2.057/1991, denominado “Estatuto das Sociedades Indígenas”. Todavia, o referido

¹⁹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹⁹⁴ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 15.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 165.

projeto tem enfrentado lenta tramitação e se encontra sem movimentação desde junho de 2012.¹⁹⁶

De acordo com Orlando Villas Bôas Filho, o texto constitucional de 1988 incorporou históricas reivindicações dos povos indígenas, como resultado da emergência desses povos e de novos atores no campo indigenista, que impulsionou a utilização do direito como forma de proteção e, assim, operou uma progressiva *juridicização*. “Em termos gerais, o impacto do processo de juridicização no campo indigenista no Brasil pode ser considerado uma conquista das reivindicações dos agentes que, em meio às disputas nele travadas, sustentaram uma posição em prol dos povos indígenas”.¹⁹⁷

Válido destacar que a *juridicização*, no sentido de inflação e adensamento do direito positivo, não se confunde com a *judicialização*, relativa ao incremento do recurso ao Poder Judiciário como forma de composição de conflitos, a qual pode decorrer de um abundante leque normativo, mas também, como compensação, de sua carência.¹⁹⁸

O paradigma anteriormente vigente da aculturação provocou a invisibilidade dos povos indígenas, que estavam fadados ao desaparecimento diante de sua integração à sociedade envolvente. Quanto aos povos fronteiriços, suas peculiaridades apenas eram relativamente consideradas quando convinha aos interesses governamentais, como a utilização como “guardas de fronteiras”, para defesa dos limites geográficos do país. Todavia, o reconhecimento não foi além dessa “utilidade” e os indígenas fronteiriços seguiram vitimizados e forçadamente retirados de suas terras, inseridos em pequenas porções territoriais, como ocorreu com os Guarani, mencionados no item 1.1.

Essa invisibilidade histórica dos povos indígenas no Brasil se refletiu também na legislação migratória. O revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) era marcado pela doutrina de segurança nacional e não apresentava qualquer disposição a respeito da mobilidade indígena transfronteiriça. Diante do caráter anacrônico da legislação, foram apresentados diversos projetos para edição de nova lei migratória, dentre os quais o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 288/2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira e de relatoria do Senador Ricardo Ferraço.

¹⁹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.057/1991 - Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

¹⁹⁷ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 360-361. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 360 e 363.

Em 2013, por meio da Portaria n° 2.162, o Ministério da Justiça criou uma Comissão de Especialistas¹⁹⁹ para elaborar uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, com a escuta de especialistas, de representantes de instituições internacionais, de órgãos do governo²⁰⁰ e, principalmente, da sociedade civil, com a realização de audiências públicas, participação dos membros em reuniões e atividades relativas aos direitos dos migrantes e à legislação migratória, análise de contribuições escritas por entidades públicas e sociais²⁰¹ e das recomendações da I Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio - COMIGRAR²⁰². Como resultado, foi apresentada uma das mais avançadas propostas de Lei de migração do mundo contemporâneo, que tem como suporte a concepção de migrante como tema de direitos humanos e não como matéria de segurança nacional.²⁰³

As emendas substitutivas ao PLS 288/2013 utilizaram, em parte, as propostas apresentadas no Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil elaborado pela Comissão de Especialistas. Apesar de a versão final aprovada no Senado Federal ainda sofrer críticas, as mudanças provocadas pelas emendas substitutivas permitiram evolução em diversos pontos, como a migração indígena transfronteiriça, que não apresentava disposição na redação inicial.

O Anteprojeto da Comissão de Especialistas trouxe a previsão do direito à livre circulação em fronteiras dos povos indígenas no §2º, do art. 1º, ao dispor: “Ficam plenamente

¹⁹⁹ Membros: André de Carvalho Ramos, Aurélio Veiga Rios, Clèmerson Merlin Clève, Deisy de Freitas Lima Ventura, João Guilherme Lima Granja Xavier da Silva, José Luis Bolzan de Moraes, Paulo Abrão Pires Júnior, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Rossana Rocha Reis, Tarciso Dal Maso Jardim, Vanessa Oliveira Batista Berner. Art. 1º da Portaria do Ministério da Justiça n. 2.162/2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=72&data=31/05/2013>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

²⁰⁰ Entre eles, Conselho Nacional de Imigração, Defensoria Pública da União, Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, Ministério do Trabalho e do Emprego, Ministério das Relações Exteriores, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

²⁰¹ Cita-se: Associação Brasileira de Antropologia - ABA, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR Brasil, Casa das Áfricas, CARITAS Brasil, CARITAS de São Paulo, Centro de Atendimento ao Migrante de Caxias do Sul (RS), Centro de Estudos Legales y Sociales - CELS, CONECTAS Direitos Humanos, Conferência Livre de Santa Maria (RS) - preparatória da COMIGRAR, Defensoria Pública da União, Fórum Social Pelos Direitos Humanos e Integração dos Migrantes no Brasil, Coordenação de Políticas para Imigrantes da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania de São Paulo, Grupo de Estudos Migratórios e Assessoria ao Trabalhador Estrangeiro - GEMTE, Instituto de Migrações e Direitos Humanos – IMDH, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, Ministério Público do Trabalho, Presença América Latina e Rede Sul Americana para as Migrações Ambientais – RESAMA.

²⁰² Ocorrida entre 30 de maio e 1º de junho de 2014, em São Paulo.

²⁰³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituir-estatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, **em especial o seu direito à livre circulação**”. (destaquei)

Em emenda substitutiva, o art. 1º do PLS 288/2013 teve o §2º do art. 1º alterado para constar: “Ficam plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, **em especial o seu direito à livre circulação nas terras tradicionalmente ocupadas**”. (destaquei)

O PLS 288/2013, aprovado no Senado em forma de substitutivo, foi encaminhado, em agosto de 2015, para revisão na Câmara dos Deputados (PL n. 2516/2015) e tramitou em apenso aos Projetos de Lei 5655/2009, 206/2011, 3354/2015 e 5293/2016. Também aprovado na Câmara dos Deputados, o PL foi encaminhado, em dezembro de 2016, para apreciação final pelo Senado Federal, com o desamparado automática dos outros projetos de lei, considerados prejudicados. Recebido como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 07/2016, o texto foi aprovado no Senado Federal em abril de 2017 – mantida a garantia do direito à livre circulação dos povos indígenas nas terras tradicionalmente ocupadas (art. 1º, §2º) – e encaminhado à sanção.

Todavia, a “Lei de Migração” – Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017²⁰⁴ – foi sancionada com uma série de vetos pelo Presidente da República e, dentre eles, foi vetado o §2º, do art. 1º, que tratava da mobilidade indígena no território ancestral, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

Razões do veto

“O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, §2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.”²⁰⁵

Portanto, não foi alcançado o objetivo do Projeto de Lei de consagrar expressamente no ordenamento jurídico pátrio o direito à livre circulação dos povos indígenas nos limites das fronteiras étnicas, na linha do reconhecido por organismos internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT e as Declarações das Nações Unidas e da OEA sobre direitos dos povos indígenas, que obtiveram voto favorável do Brasil nas respectivas assembleias gerais

²⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 - Institui a Lei de Migração*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

²⁰⁵ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

e, portanto, contam com compromisso assumido pelo país de garantia dos direitos nela elencados.

Não se olvida que a Lei de Migração revogou expressamente o Estatuto do Estrangeiro e assim inaugurou um novo marco jurídico regulatório das migrações, consideradas sob o prisma da proteção de direitos humanos e não mais como tema de segurança nacional. Nas palavras de André de Carvalho Ramos, membro da Comissão de Especialistas responsável pela edição do mencionado anteprojeto à lei de migração, “na era da intensa mobilidade humana internacional, surgem (i) oportunidades para o Brasil se beneficiar da diversidade e do multiculturalismo, bem como (ii) deveres de proteção para impedir a construção jurídica de vulnerabilidades e a superexploração de migrantes, em prejuízo à toda sociedade”.²⁰⁶

Todavia, ainda de acordo com André de Carvalho Ramos, é lamentável a maioria dos vetos impostos, “em especial o referente à garantia do direito à livre circulação dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas (artigo 1º, § 2º), e o relativo à anistia e regularização migratória (artigo 116)”.²⁰⁷

Os argumentos apontados para o veto foram garantia da soberania nacional, a defesa do território nas faixas de fronteira e a competência da União para demarcar as terras indígenas, previstos nos arts. 1º, I, 20, §2º e 231, da CF/88.

A respeito da soberania e do território nacional – tema que será abordado no item 3.1 – há muito se aponta que o argumento é falacioso, na medida em que, nas palavras Dalmo de Abreu Dallari, “não se tem um único exemplo de entrega de território indígena brasileiro a estrangeiros, ou de facilitação de entrada de estrangeiros por se tratar de terra indígena”, que complementa:

Bem ao contrário disso, existem registros históricos da garantia da propriedade e da soberania do Brasil sobre terras de fronteira justamente por estarem ocupadas por índios brasileiros. [...] Além disso tudo, o que se sabe, por fatos divulgados pela imprensa, é que a ameaça à soberania brasileira sobre terras indígenas vem de brasileiros não-índios associados a empresas estrangeiras ou trabalhando para elas, visando a exploração econômica de riquezas existentes em terras indígenas.²⁰⁸

Conforme mencionado acima, nos itens 1.4, 1.5 e 1.6, os povos indígenas não tem reclamado o *status* de “Estado soberano” aos seus territórios, o que também se encontra

²⁰⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Nota Técnica – Índios na Fronteira*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

vedado na Convenção da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais de 1989 (art. 1º, 3), na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 (art. 46) e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 (art. IV).

Portanto, na realidade, o vedado §2º do art. 1º da Lei de Migração iria preservar e garantir a soberania nacional sobre o território, além de promover uma necessária atualização da legislação nacional à normativa internacional de proteção dos direitos dos povos indígenas. O veto ainda seguiu caminho oposto à experiência de países vizinhos, como Colômbia, Venezuela e Equador, que tem oferecido tratamento à questão dos indígenas transfronteiriços, conforme será visto no item 3.2.2.

Ademais, a demarcação das terras indígenas é uma obrigação constitucional da União, prevista no art. 231 da CF/88, para garantia do direito dos indígenas de ocupação permanente e usufruto exclusivo das riquezas existentes em suas terras. Não foi estabelecida qualquer restrição ou exceção às terras tradicionalmente ocupadas em região de fronteira, de modo que não há qualquer óbice à demarcação de terras indígenas fronteiriças, como ocorreu no caso da TI Raposa Serra do Sol.²⁰⁹

Ainda, operou-se uma confusão entre o direito à mobilidade no território ancestral e o direito à demarcação das terras indígenas, uma vez que a mobilidade no território ancestral independe de demarcação e faz parte da cultura, dos costumes, do modo de ser e de viver dos povos indígenas, o que deve ser respeitado por força do direito à constitucional à diferenciação social, esculpido no art. 231 da CF/88.

Nesse âmbito, o processo de *juridicização* delineado por Orlando Villas Bôas Filho, como resultado da crescente influência dos movimentos indígenas e do aumento da produção normativa relativa aos povos indígenas, no âmbito nacional e internacional, é marcado por ampla complexidade e ambivalência, expressa por três aspectos principais: 1) a juridicização como expressão da supremacia da ordem imposta; 2) a tendência de desconsiderar as categorias autóctones no processo de criação normativo; 3) a assimetria de forças entre os agentes, de forma que as normas sobre os povos indígenas são usadas contrariamente aos seus interesses.²¹⁰

²⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Nota Técnica – Índios na Fronteira*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 340, 340-rodapé e 345. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

Orlando Villas Bôas Filho faz remissão ao conceito de “ordem imposta” (*ordre/ordonnancement imposé*) apresentado por Étienne Le Roy, no sentido da resolução de litígios por meio da aplicação do direito positivo por um juiz. O processo de juridicização, ao reforçar a ordem imposta, impõe aos povos indígenas uma forma exógena de resolução de conflitos, em detrimento das formas tradicionais de resolução e do autogoverno dos povos indígenas.²¹¹

Ademais, no processo de regulamentação das relações sociais, é frequente a desconsideração das categorias autóctones, a exemplo das questões fundiárias, em que não são reconhecidas as formas tradicionais de uso e propriedade da terra e, assim, são impostas categorias estranhas aos povos indígenas, não raro por meio da distorção ou falseamento das concepções autóctones. “Nesse particular, a ignorância e o etnocentrismo do jurista médio, ao engendrarem um balizamento simplista que anula todas as diferenças no que concerne ao uso e apropriação da terra, acabam por produzir situações de grande injustiça e, além disso, de potencial conflito”.²¹²

No campo migratório, essa questão é evidente. A recente Lei de Migração, ao deixar de dispor sobre a mobilidade indígena, desconsiderou as peculiaridades das categorias autóctones no fenômeno migratório, distorcendo ou mesmo falseando os fundamentos da mobilidade indígena, no sentido de que seria um movimento pernicioso, tendente à formação de novos Estados, gerador de insegurança nas fronteiras e fomentador de esbulho de terras brasileiras por “estrangeiros”, além de trazer prejuízos a uma soberania nacional supostamente absoluta. Impõe-se aos povos indígenas, em completa desconsideração às suas particularidades, os conceitos, categorias e condições migratórias típicas da sociedade ocidental envolvente, seja pela incompreensão das concepções autóctones, seja pela imposição de interesses de terceiros. Desse modo, a migração indígena é, mais uma vez, invisibilizada, tratada como se não existisse ou não devesse existir, o que revela a continuidade de uma política estatal etnocida.

Nesse contexto, se evidencia também o aspecto citado por Villas Bôas Filho da assimetria de forças entre os agentes no campo jurídico e político, utilizada como “instrumento de pilhagem” dos direitos dos povos indígenas, ao forçar o estabelecimento de normas francamente avessas aos direitos indígenas, a exemplo da Proposta de Emenda

²¹¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 362-364. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

²¹² *Ibidem*, p. 364.

Constitucional (PEC) 215/2000, que pretende retirar do Executivo e passar para o Legislativo a questão da demarcação de terras indígenas.²¹³ Apesar de não se pretender analisar a PEC 215 nessa oportunidade, objetiva-se destacar, por meio dessa breve alusão, a desigualdade da relação de forças utilizada abertamente contra os povos indígenas, tendo em vista sua deficiente representação no Congresso Nacional, resultado de um contexto histórico de exclusão e marginalização social, jurídica e política.

A omissão da Lei de Migração sobre a mobilidade indígena transfronteiriça revela um silêncio eloquente e a decisão de, descumprindo o art. 8º e 32 da Convenção n. 169 da OIT, deixar de adequar a legislação nacional ao direito de contato e cooperação com outros povos fronteiriços, garantido em instrumentos internacionais (Convenção 169 da OIT, Declaração da ONU e na Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas), impedindo, por consequência, a efetivação do direito à autodeterminação, que demanda o respeito aos costumes, ao direito tradicional e à organização social.

Na prática, há o risco de que os povos indígenas transfronteiriços, involuntariamente separados pelas fronteiras estatais, caso desejem exercer o direito legítimo de manter e desenvolver os laços com os membros de sua comunidade habitantes de outro país, sejam impedidos sob o fundamento de que não atendem aos critérios migratórios da legislação nacional e, portanto, lhes será tolhido o direito de se organizar e de viver conforme seus costumes e tradições, que compreende sua concepção própria de mobilidade.

Assim, a desconsideração das particularidades indígenas e a imposição das normas migratórias da sociedade envolvente de forma indiscriminada revela, como sublinha Gomes da Silva, uma colonialidade do poder, que mantém os povos indígenas invisibilizados e marginalizados, reproduzindo, por meio de instrumentos legais supostamente democráticos, a “escravização” dos povos indígenas aos interesses dos grupos dominantes, outrora realizada por meio de “guerras justas”.

1.8 Direito à livre circulação transfronteiriça e seu caráter vinculante

No julgamento da demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol, Petição 3.388/RR, em 19 de março de 2009, o Supremo Tribunal Federal considerou a Declaração

²¹³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 368. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas como *soft law* e, portanto, sem caráter vinculante para o Estado brasileiro. Vale registrar que, para o Ministro Cezar Peluso, a Declaração da ONU de 2007 não possui sequer caráter de *soft law*, uma vez que não teria valor jurídico, por não passar de mera “exortação política” aos países-membros.

Na verdade, essas “declarações” emanadas pelos Estados como membros de organizações internacionais, em princípio, gozam do *status* de *soft law*, por tratarem de “regras e disposições que muitas vezes se encontram em um processo de formação do direito positivo, mas ainda não criaram obrigações jurídicas”.²¹⁴

Há, porém, um “novo olhar” em relação a essas normas *soft law* e surge a pergunta: no âmbito internacional há apenas a opção, por um lado, de tratados internacionais e, por outro, de compromissos “políticos”? Ou há uma área intermediária de acordos que não são tratados, mas que vinculam? Segundo Hartmut Hilgenberg, o tratamento jurídico dos chamados *non-treaty agreements* pode ser abordado por dois ângulos: 1) subjetivamente, do ponto de vista da intenção das partes em cumprir os seus compromissos acordados; 2) objetivamente, no sentido de que a regra não se origina da vontade das partes, mas do costume internacional ou dos princípios gerais do direito.²¹⁵

Hilgenberg entende que, sob a perspectiva subjetiva, tais acordos devem ser considerados apenas como fato e não como fonte, enquadrando-se no Artigo 31(3)(b) da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.²¹⁶ Ainda sob esse ponto de vista, quanto às resoluções da Assembleia Geral da ONU (“*law-declaring resolutions*”), sustenta que não devem ser consideradas fonte normativa, diante da ausência do poder de legislar e da compreensão da *soft law* meramente como fato. Ressaltou, porém, que as Resoluções contribuem na formação no costume jurídico internacional, nos termos do art. 38(1)(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A discussão exige maior aprofundamento e mostra a necessidade de novas discussões sobre as normas consideradas *soft law*, até mesmo porque não se pode negar o compromisso

²¹⁴ PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 97. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²¹⁵ HILGENBERG, Hartmut. *A fresh look at soft law*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/10/3/597.pdf>>. Acesso em: 27 jun.2016. Apesar desse “novo olhar”, o autor destaca que o assunto não é novo e tem sido discutido desde a década de 1960.

²¹⁶ “Qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação”.

internacional assumido pelos Estados, ainda que de forma voluntária, diante de princípios como *non venire contra factum proprium* ou *estoppel*.

A análise do papel dessas Declarações, instrumentalizadas por meio de Resoluções de Organismos Internacionais, na formação do costume internacional é relevante também para definição da responsabilidade internacional dos Estados por condutas unilaterais ou coletivas em confronto com tais normas.

O costume internacional é considerado fonte do direito internacional dos direitos humanos ao lado dos tratados internacionais e dos princípios gerais do Direito Internacional. Possuem a mesma hierarquia dos tratados internacionais e, ainda, se aplicam a praticamente todos os Estados, até mesmo àqueles que tenham recusado ratificação de tratado internacional de direitos humanos ou tenham oposto reserva. A consequência de sua violação é idêntica a dos tratados internacionais: responsabilidade internacional do Estado, com possibilidade de imposição de sanções.²¹⁷

Exemplos famosos dessas Declarações originárias de Organismos Internacionais são a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) da ONU, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), também de 1948, e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. Inicialmente consideradas *soft law*, passam por um processo de formação do direito positivo com a criação de obrigações jurídicas.²¹⁸ Quanto à DUDH/1948, se reconhece que essa transformação já aconteceu, tendo em vista que a Corte Internacional de Justiça decidiu expressamente por seu caráter de norma costumeira.²¹⁹

A definição, porém, de determinada garantia ou obrigação como costume internacional é um tema complexo, tendo em vista as dúvidas sobre a caracterização ou não dos elementos do costume internacional e a quem compete declará-lo. Nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), que elenca as fontes “clássicas” do Direito Internacional Público, entende-se por costume internacional a “[...] prova de uma prática geral aceita como sendo direito”. Exige-se, portanto, dois elementos constitutivos: como elemento objetivo, a prática geral (*consuetudo*), e, como elemento subjetivo, a opinião

²¹⁷ PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 97-98. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 97-98.

²¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53. PETERKE, Sven. Op. Cit., p. 97.

jurídica de que tal prática estatal corresponde a uma obrigação jurídica (*opinio iuris sive necessitatis*). Por prática geral se entende a “conduta oficial de órgãos estatais que se refere aos fatos interestaduais”. A opinião jurídica pode ser extraída de declarações adotadas por Estados, de conferências interestaduais, de resoluções da Assembleia Geral da ONU ou outras organizações internacionais, bem como de acordos internacionais, principalmente se obtida ampla ratificação.²²⁰

Diante da dificuldade de identificação do costume internacional, a “doutrina moderna” lança novas perspectivas. Anthea Elizabeth Roberts busca uma conciliação entre a tradicional abordagem do costume internacional e a moderna. Entende que o *traditional approach*, preocupado com a identificação da “prática geral”, pode se tornar uma desculpa para o Estado, diante de sua inação ou atitudes contraditórias. Por outro lado, o foco na *opinio iuris*, extraída de declarações internacionais, típica do *modern approach*, pode gerar normas utópicas. Assim, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre as “desculpas” e a “utopia”, com uma análise flexível dos elementos do costume internacional. Nesse sentido, práticas conflitantes do Estado não devem ser desconsideradas na interpretação do costume internacional, pois podem revelar a semente de um novo costume ou esclarecer como os costumes mudam ao longo do tempo, à luz de novas práticas do Estado, da *opinio iuris* e de considerações morais.²²¹

Segundo Sven Peterke, a comprovação do costume internacional também pode se dar por meio (1) de decisões judiciais que reconheçam o direito sustentado como costume internacional ou (2) da existência de Convenção vigente que reconheça o direito em questão. Nesse contexto, a expressão da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU como *opinio iuris* demanda estudo individual das garantias e das respectivas manifestações dos Estados, com a necessidade de acompanhamento por prática geral pelos Estados. Porém, se alguns direitos já tiverem reconhecimento em tratados internacionais, como a Convenção da OIT n. 169, a Declaração terá natureza declarativa.²²²

Nessa linha, a Convenção n. 169 da OIT, que ampara em seu art. 32 o trânsito em fronteiras dos povos indígenas, é reforçada pelo diálogo entre a Declaração da ONU e a

²²⁰ PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 98-100. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²²¹ ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514331>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²²² PETERKE, Sven. Op. Cit., p. 101-102.

Declaração Americana sobre direitos dos povos indígenas, as quais indicam o desenvolvimento de costume internacional. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos, em seu Comentário Geral n. 24, de 1994, entendeu que devem gozar de *status* de costume internacional o direito das minorias à vida cultural²²³ e, como abordado acima, a mobilidade indígena de povos transfronteiriços relaciona-se com a manutenção de sua cultura, costumes e modo de vida.

A forma de os Estados se liberarem das obrigações decorrentes de costume internacional é por meio da prova de que eles manifestaram expressamente sua objeção durante o processo de formação do costume internacional, os denominados *persistent objectors*. Todavia, no caso das normas de *jus cogens*, o Direito Internacional Público entende que esta objeção não se aplica.²²⁴

A norma de *jus cogens*, também denominada norma imperativa em sentido estrito, é aquela que consagra valores essenciais para a comunidade internacional como um todo e, por tal razão, possui superioridade normativa em relação às outras normas de Direito Internacional.²²⁵ Nos termos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

[...] Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 explicitou o conceito de *jus cogens*, mas não elencou as normas imperativas. Logo, seu conteúdo carece de definição, assim como as consequências de sua violação. Hoje a tarefa de explicitar as normas de *jus cogens* é afeta aos tribunais internacionais.²²⁶

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja jurisdição obrigatória o Brasil já reconheceu, no Parecer Consultivo n. 18, sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes não documentados de 2003, assentou que o princípio da igualdade e

²²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Humanos. *General Comment 24 (52), General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994). Tradução livre do original. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom24.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²²⁴ PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 102. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²²⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

²²⁶Ibidem, p. 132.

da não discriminação pertence ao *jus cogens* e que “o descumprimento destas obrigações gera a responsabilidade internacional do Estado, que é ainda mais grave na medida em que esse descumprimento viola normas peremptórias do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.²²⁷

Entretanto, a comprovação de que um direito humano possui status de *jus cogens* é desafiador, pois “os pressupostos para a formação de novo *ius cogens* são ainda mais restritos do que os do costume internacional ‘normal’: é preciso comprovar uma prática quase universal, em conjunto com a opinião jurídica de que a norma tem qualidade de *ius cogens*”.²²⁸ Desse modo, a maioria dos direitos humanos internacionais não possui o caráter de norma cogente.

Para Cançado Trindade, na construção do novo *jus gentium* do século XXI, como um verdadeiro “direito das gentes”, emergem as construções conceituais de normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) e as obrigações *erga omnes* – tanto em sua dimensão horizontal, relativa à comunidade internacional como um todo, quanto em sua dimensão vertical, verificada nas relações com o poder público e com os particulares nas relações interindividuais –, que representam a superação do padrão voluntarista estatal.²²⁹

As normas de *jus cogens*, por versarem a respeito de obrigações que protegem valores essenciais para toda comunidade internacional, são consideradas obrigações *erga omnes*, de modo a consagrar direito subjetivo de toda comunidade internacional a sua proteção. Todavia, não necessariamente todas obrigações *erga omnes* configuram normas imperativas.²³⁰ É necessário, segundo Cançado Trindade, dar seguimento à evolução da consagração das normas de *jus cogens* e das correspondentes obrigações *erga omnes*, a fim de garantir sua aplicação prática.²³¹

Certamente, no âmbito da tutela de direitos, a *hard law* é preferível à *soft law*. Contudo, como indica Anthea Elizabeth Roberts, em áreas como direitos humanos, ausente

²²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 09 out. 2014.

²²⁸ PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 104. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As manifestações da humanização do direito internacional. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 23, n. 31, jul./dez. 2007, p. 166-167.

²³⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

²³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. Cit., p. 167.

a *hard law*, o vazio normativo gera a necessidade da *soft law*, dotada de alguma força legal que possa ser executada em situações extremas e que ainda possa ter seu estatuto reforçado ao longo do tempo.²³²

Assim, considerando que a apontada invisibilidade dos povos indígenas transfronteiriços embaraça a criação de normas legais ou convencionais em sua tutela, a proteção desses povos e o cumprimento de seus direitos pode e deve ser capitaneada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio dos seus Institutos, como costume internacional, obrigações *erga omnes* ou mesmo normas de *jus cogens*.

²³² ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514331>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CAPÍTULO 2 – MOBILIDADE INDÍGENA TRANSFRONTEIRIÇA E SUA PROTEÇÃO PELOS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No capítulo anterior, foi visto que a mobilidade indígena é assegurada em diversos instrumentos internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração da ONU e a Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas. Todavia, como será abordado no capítulo 4, ainda não há o necessário aprofundamento a respeito da proteção internacional da mobilidade indígena e suas peculiaridades.

Apesar de seu estágio incipiente, a mobilidade indígena tem encontrado guarida no processo de internacionalização dos direitos humanos, do qual resultam obrigações internacionais aos Estados, sujeitando-lhes à responsabilização internacional pelo descumprimento da obrigação prevista na norma internacional. Segundo André de Carvalho Ramos, a fim de evitar que essas normas internacionais de proteção de direitos humanos se convertam em normas meramente programáticas ou de caráter exortativo, é essencial garantir a responsabilização internacional do Estado, posto que as obrigações internacionais “só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz”.²³³

Assim, ainda segundo a doutrina de André de Carvalho Ramos, os mecanismos internacionais de apuração das violações conferem aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos uma “carga de ineditismo e relevância”, ao obrigar os Estados a protegê-los. Além de zelar pelo cumprimento das obrigações, esses mecanismos também interpretam o conteúdo da norma, fornecendo a interpretação *internacionalista* desses direitos, necessária para evitar que as diversas interpretações *nacionalistas* deturpem o sentido e alcance da norma e impeçam sua efetivação sob a ilusão de cumprimento conforme o entendimento local²³⁴ – o conhecido “truque de ilusionista”, que se verifica quando os Estados “assumem obrigações internacionais, as descumprem com desfaçatez, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com sua própria interpretação”.²³⁵

²³³ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34.

²³⁴ *Ibidem*, p. 35.

²³⁵ CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio Gomes, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

Assim, os mecanismos coletivos de apuração de responsabilidade internacional, além das funções de revisão e de correção das condutas estatais lesivas, também apresentam um efeito preventivo, em razão da força interpretativa das decisões internacionais na consolidação dos conteúdos das normas de direitos humanos.²³⁶ Com efeito, ao ser reconhecida a competência de órgãos judiciais ou quase judiciais para apurar a violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais, não é de se esperar que o Estado adote interpretação desautorizada por esses próprios órgãos, sujeitando-se a uma consequente responsabilização internacional.²³⁷

Nesse contexto, a comparação recíproca e o diálogo entre as instituições nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos favorecem a construção de soluções jurídicas sólidas, provenientes de profunda reflexão e, ainda, contribuem para harmonização entre as diversas ordens jurídicas, evitando-se o “choque de placas tectônicas”.²³⁸

Desse modo, para evitar o indesejado “ilusionismo” e o “choque de placas tectônicas” na aplicação das normas internacionais no âmbito interno, é necessário avançar na consolidação da interpretação internacionalista, especialmente por seu efeito preventivo, que se concretiza por meio do “diálogo das cortes” e da consequente promoção de uma “fertilização cruzada” entre os tribunais internos e os tribunais internacionais de direitos humanos.²³⁹

O diálogo das cortes, porém, não deve servir como mero instrumento de retórica. Para garantia de sua efetividade, André de Carvalho Ramos apresenta parâmetros de aferição, que envolvem a menção expressa: 1) aos dispositivos convencionais e extraconvencionais vinculantes; 2) à existência de caso internacional contra o país sobre o objeto da lide e suas consequências; 3) à existência de precedentes internacionais vinculantes e, ao final, 4) ao peso conferido aos dispositivos e à jurisprudência internacional sobre a temática do caso em lide.²⁴⁰

A “fertilização cruzada”, enquanto etapa de um efetivo diálogo das Cortes, se concretiza com a referência aos precedentes internacionais, que servem para aclarar o sentido e alcance de determinado direito, orientando a construção da jurisprudência de outro

²³⁶ CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos em juízo – Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

²³⁷ CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

²³⁸ CARVALHO RAMOS, André. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77-78.

²³⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35-36 e 76.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 78-79.

tribunal, especialmente no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que lida, não raro, com normas de redação genérica.²⁴¹

No Brasil, ainda de acordo com André de Carvalho Ramos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos está “manco”, tendo em vista que, apesar do engajamento formal, os tribunais pátrios não mencionam, na prática, a interpretação conferida pelos órgãos internacionais às normas de direitos humanos.²⁴²

Assim, a dissonância entre a jurisprudência nacional e a internacional pode levar o país a adotar posturas violadoras de direitos humanos (ainda que sob o véu translúcido de proteção) e conseqüentemente sujeitá-lo à responsabilização internacional. A compatibilização da jurisprudência nacional à posição hermenêutica dos órgãos internacionais de direitos humanos por meio do diálogo das Cortes é necessária para concretizar – na teoria e, principalmente, na prática – a postura de país garantidor de direitos humanos.

2.1 Sistema Global de Direitos Humanos

No âmbito das Nações Unidas, a apuração das violações de direitos humanos é realizada por meio da área convencional e da área extraconvencional, que compõem o sistema onusiano, universal ou global de direitos humanos. A convencional se refere aos acordos internacionais encetados sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), ao passo que a extraconvencional trata das resoluções da ONU e de seus órgãos, à luz da Carta da Organização das Nações Unidas, fundamentada no dever geral de cooperação dos Estados em matéria de direitos humanos.²⁴³

Segundo André de Carvalho Ramos, o sistema convencional se subdivide em três campos: 1) o não contencioso, por meio do sistema de relatórios e observações gerais, que apela à cooperação espontânea dos Estados; 2) o quase judicial, referente à apresentação de petições de Estados e de particulares contra Estados aos Comitês de monitoramento previstos

²⁴¹ CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 458.

²⁴² CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

²⁴³ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

nos tratados onusianos e 3) o judicial ou contencioso, representado pela Corte Internacional de Justiça, que irá apurar a responsabilidade do Estado através de processo judicial.²⁴⁴

O principal mecanismo convencional não contencioso é o sistema de envio de relatórios periódicos pelos Estados, previsto nos principais tratados da ONU, pelo qual são apresentadas as ações estatais realizadas para garantia dos direitos consagrados na respectiva Convenção, para análise por um comitê específico de controle desses relatórios – os *treaty bodies*. Assim, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos (CCPR) zela pelo cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966; o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1963; o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, pela Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (CEDAW) – todos com a possibilidade de acionamento em favor dos povos indígenas em suas específicas temáticas.²⁴⁵

Como mencionado no item 1.4, na Europa, encontra-se o povo indígena nômade Sami, cujo território é dividido pelas fronteiras da Finlândia, Noruega, Rússia e Suécia, sobre os quais, em janeiro de 2017, foram concluídas negociações de projeto de Convenção Internacional, que busca garantir a autonomia do grupo étnico transfronteiriço, a exemplo do dever de os Estados respeitarem o direito costumeiro de criação de renas em área de fronteira. A Convenção Nórdica aguarda aprovação junto aos Parlamntos Nacionais e aos Parlamntos Sami para entrar em vigor.²⁴⁶

No contexto dos mecanismos convencionais não contenciosos, na ausência de um tratado específico sobre direitos indígenas no âmbito da ONU, a situação dos povos indígenas Sami vem sido monitorada, não com exclusividade, pelo Comitê de Direitos

²⁴⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 79-84.

²⁴⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Indigenous & Tribal Peoples' rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017. Ainda: STRÖMGREN, Johan; VARS, Laila Susanne. Sápmi. In: NAÇÕES UNIDAS – Grupo Internacional de Trabalho sobre Assuntos Indígenas (IWGIA). *The Indigenous World 2017*, p. 62. Disponível em: <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0760_THE_INDIGENOUS_ORLD_2017_eb.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Humanos do PIDCP, através dos comentários aos relatórios periódicos apresentados pelos Estados-partes por força do art. 40 do Pacto.²⁴⁷

Em 1995, nas observações finais sobre o quarto relatório periódico apresentado pela Suécia (CCPR/C/79/Add.58 9), o Comitê de Direitos Humanos destacou, entre os principais motivos de preocupação, a aprovação pelo Parlamento da Suécia de disposições que autorizam amplamente a pesca e a caça em áreas públicas, em prejuízo dos direitos tradicionais dos povos indígenas. Em consequência, recomendou a proteção de todos os direitos consuetudinários dos Sami à luz do art. 27 do PIDCP²⁴⁸, que garante às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas o direito de ter “sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.²⁴⁹

Em 2002, nas observações sobre o quinto relatório periódico da Suécia (CCPR/CO/74/SWE), o Comitê manifestou preocupação com o papel limitado do “Parlamento Sami” na tomada de decisões que afetam suas terras tradicionais e atividades econômicas, especialmente pelos projetos no campo de energia hidrelétrica, mineração e exploração florestal, além da privatização de terras. Destacou-se que, em respeito aos arts. 1, 25 e 27 do Pacto²⁵⁰, o Estado deve garantir a participação e maior influência dos Sami na tomada dessas decisões.²⁵¹

Em 2009, na ocasião do sexto relatório periódico da Suécia (CCPR/C/SWE/6), o Comitê afirmou que mantém sua preocupação quanto à limitada extensão da influência dos Sami na tomada de decisões que afetam suas terras e atividades tradicionais, além de criticar o tímido avanço das medidas para cumprimento das recomendações apresentadas. Manifestou também sua preocupação com a discriminação *de facto* nos litígios judiciais,

²⁴⁷ Artigo 40 – “1. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos”.

²⁴⁸ Art. 27. “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

²⁴⁹ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Sweden, 9 November 1995*, CCPR/C/79/Add.58. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b02714.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017. (§15)

²⁵⁰ Art. 1, 1. “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

Art. 25. “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.”.

²⁵¹ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Sweden, 24 April 2002*, CCPR/CO/74/SWE. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3d04bcda2.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017. (§18 e 26)

diante da imposição de ônus da prova sobre a propriedade das terras e pastoreio exclusivamente aos Sami e da impossibilidade de concessão de assistência judiciária a suas comunidades – questão que será abordada abaixo, especificamente no julgamento do Caso *Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

O Comitê ainda se manifestou sobre a situação dos Sami nos comentários ao quinto relatório periódico da Finlândia (CCPR/C/FIN/2003/5), em 2004, expressando lamento pela falta de resposta clara sobre os direitos do povo Sami, além da preocupação com a falta de resolução de questões relativas ao direito tradicional à terra, que prejudicam a cultura, o modo de ser e a identidade desse povo indígena, exortando o Estado a tomar, em conjunto com os Sami, as medidas necessárias para pôr fim às disputas territoriais, respeitada as particularidades dessa minoria étnica (art. 27, PIDCP).²⁵²

Além do mecanismo convencional não contencioso, a situação dos povos indígenas transfronteiriços Sami também tem sido acompanhada através do mecanismo convencional quase judicial das Nações Unidas, que consiste na apuração de responsabilidade internacional do Estado *ex post facto* por meio dos Comitês de monitoramento dos tratados onusianos, que podem declarar a violação de direitos humanos e determinar reparação, mas não possuem natureza judicial. A apuração pode ser iniciada por meio de petições dos Estados (“*actio popularis*”) ou por petições de particulares contra os Estados.²⁵³

Em 1995, o Comitê de Direitos Humanos do PIDCP recebeu petição das vítimas Jouni E. Länsman, Jouni A. Länsman, Eino Länsman e Marko Torikka contra a Finlândia, com denúncia de violação ao art. 27, PIDCP, pelos prejuízos causados ao exercício do direito tradicional de criação de renas, em região localizada na fronteira com a Noruega, tendo em vista a realização de atividade de exploração madeireira, que estava destruindo a floresta nativa e impedindo a alimentação das renas no inverno.²⁵⁴

Em seu exame de mérito, o Comitê assentou que é indiscutível o fato de que os Sami são uma minoria, nos termos do art. 27 do Pacto, e, como tal, tem o direito de exercer sua cultura, da qual a criação de renas é um elemento essencial. Nesse sentido, de acordo com o

²⁵² NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Finland, 2 December 2004*, CCPR/CO/82/FIN. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/42ce95c66.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017. (§17)

²⁵³ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90-95.

²⁵⁴ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Communication n. 671/1995*. In: *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, v. 6, 2005, p. 167-176. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6en.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

Comentário Geral do Comitê de Direitos Humanos ao art. 27 do Pacto, a cultura, especialmente no caso dos povos indígenas, se manifesta de diversas formas, incluindo o modo particular de vida, associado ao uso dos recursos da terra, que exige medidas legais de proteção e de garantia da participação efetiva dos grupos minoritários na tomada de decisões.²⁵⁵ No entanto, entendendo que, no caso concreto, as medidas impuseram limitado impacto no modo de vida e sustento dessa minoria, o Comitê considerou que não houve violação ao art. 27 pelo Estado e, portanto, não houve responsabilização internacional da Finlândia. O Comitê alertou, porém, que estava ciente do planejamento de outras atividades no local, como exploração de pedras, e registrou que tais atividades, associadas à exploração madeireira, poderiam caracterizar violação ao direito dos Sami de exercer sua cultura. Esse precedente já foi utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme será visto adiante.

A responsabilidade internacional do Estado também pode ser aferida por meio do mecanismo convencional judicial onusiano, que é exercido pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), com competência para todos os litígios submetidos pelos Estados-membros das Nações Unidas. Apesar da ampla competência, a atuação da CIJ é limitada por dois fatores: legitimidade ativa e passiva (“*jus standi*”) restrita aos Estados e caráter facultativo da adesão à jurisdição da Corte.²⁵⁶

De todo modo, segundo André de Carvalho Ramos, ainda que de forma episódica, a CIJ tem enfrentado temas essenciais de proteção de direitos humanos, a exemplo do *obiter dictum* no Caso *Barcelona Traction*, de 1970, que fixou a noção de obrigações *erga omnes*. Além disso, desde 2008, notadamente pela contribuição do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, a jurisprudência da CIJ sinaliza para uma “virada *pro homine*”, em reflexo do reconhecimento da força expansiva dos direitos humanos. “Assim, não é mais possível tratar de uma demanda internacional, mesmo interestatal, e olvidar que há indivíduos envolvidos, com direitos que possuem estatuto de *jus cogens*.”²⁵⁷

Na Corte Internacional de Justiça, chama atenção o caso de disputa de fronteiras *Burkina Faso v. Niger*²⁵⁸, julgado em abril de 2013, em que o Juiz Cançado Trindade, em

²⁵⁵ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *General Comment n. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017. (§7)

²⁵⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96-100.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 100-107.

²⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Burkina Faso v. Niger*, julgamento de 16 de abril 2013. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=149&code=bfm&p3=4>>. Acesso em: 19 set. 2014.

opinião em separado, realçou a situação dos povos nômades e seminômades que vivem em região fronteiriça. A respeito das fronteiras e fator humano, destacou que os Estados-partes estão ligados por um compromisso de cooperação em relação à população local, de modo a caracterizar um “sistema de solidariedade”, que considera o território e a população de forma conjunta e afirma:

A admissão, pelas Partes em conflito, de que elas estão obrigadas pelo compromisso de cooperação – em níveis multilateral e bilateral – em relação às populações locais, é, na minha percepção, muito significativo, de fato. [...] Burkina Faso e Niger encontraram uma via de estabelecer um regime de transumância e um verdadeiro “sistema de solidariedade” (cf. infra) de modo a satisfazer as necessidades das populações locais (e para preservar seus *modus vivendi*, se nômades, seminômades ou sedentários), entre eles próprios e nas relações internacionais. [...] A CIJ agora percebe que população e território seguem juntos (infra); o último não pode ser abstraído do primeiro, em especial nos casos de tamanha densidade cultural como a presente.

Na espécie, Burkina Faso e Niger recorreram à CIJ para definição de fronteiras a partir de um Acordo Especial estabelecido entre as partes, que destacou como regra de Direito Internacional aplicável à hipótese o “princípio da intangibilidade das fronteiras herdadas da colonização”. O Acordo entre os Estados se fundamentou nos trabalhos de uma comissão técnica conjunta, remanescendo apenas um trecho sob disputa, em relação ao qual houve decisão por parte da Corte.

Apesar do *approach* territorialista, a CIJ destacou, ao final, sua preocupação com as necessidades das populações afetadas, especialmente as nômades e seminômades, e exortou as Partes, no exercício de sua soberania, a superar as dificuldades que possam surgir por causa das fronteiras e a desenvolver ainda mais a cooperação já estabelecida, no sentido do voto em separado e dos questionamentos apresentados às partes pelo Juiz Cançado Trindade, que realçou a essencialidade do “fator humano” nas disputas territoriais.

Desse modo, a relevância da manifestação em separado no julgamento do Caso Burkina Faso e Niger está na constatação de que território e população afetada devem ser igualmente considerados e, portanto, de que deve ser garantida a livre circulação de pessoas que vivam na região, seus bens e animais, bem como o direito de residência e estabelecimento. Em outras palavras, a determinação da linha de fronteira deve ter em conta o movimento de pessoas em deslocamento, de modo a garantir sua liberdade.

Ainda no mencionado voto em separado, Cançado Trindade citou o precedente do *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, em que a Corte Internacional de Justiça, também considerando que território e população devem ser considerados de forma conjunta, determinou a criação de zona desmilitarizada ao redor do Templo, próxima à fronteira entre

os dois países. Sobre esse caso, em novembro de 2013, a CIJ julgou pedido de interpretação da decisão proferida em junho de 1962, oportunidade em que o Juiz Cançado Trindade, por meio de voto em separado, apontou a importância da humanização do direito internacional, com a superação da clássica visão territorialista das disputas entre os Estados e, mais uma vez, destacou a centralidade do “fator humano” nas medidas indicadas ou determinadas pela Corte para proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal da população local, bem como para proteção do patrimônio cultural e espiritual da humanidade.²⁵⁹

Na mesma linha, o Caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, relativo a pedido da Argentina contra o Uruguai, que aprovou projetos de construção de fábrica de celulose no rio Uruguai sem observar o dever de notificação prévia e de consulta, previsto no Estatuto do Rio Uruguai de 1975, além do risco de danos ambientais transnacionais. A Corte Internacional de Justiça, no julgamento em 20 de abril de 2010, reconheceu a violação ao Estatuto de 1975. Em seu voto em separado, o Juiz Cançado Trindade destacou a necessidade de ir além da dimensão meramente territorial da disputa entre os Estados, para levar em conta os imperativos da saúde e bem-estar dos povos afetados.²⁶⁰

Essa visão *pro homine* nem sempre esteve presente nos julgamentos pela CIJ, a exemplo do caso de disputas de fronteiras *Libia vs. Chade*, julgado em 1994, em que é mencionada a existência de povos indígenas em permanente deslocamento entre as fronteiras, mas o “fator humano” e a necessidade de garantia da mobilidade transfronteiriça desses povos para manutenção de sua identidade e modos de vida não são apontados como questões centrais para definição dos limites entre os Estados.²⁶¹

Nesse caso, a Líbia – anteriormente colônia da Itália e, após a segunda Guerra Mundial, território administrado pela França, Reino Unido, Estados Unidos e União Soviética – sustentou que não havia delimitação de fronteira entre os países na área em disputa; que a região não era *terra nullius* antes da colonização, mas ocupada por povos indígenas, que pertenciam ao povo líbio em aspectos culturais, religiosos, econômicos e políticos; no plano internacional, ao lado do título territorial pertencente aos indígenas, havia

²⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) - Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2017.

²⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) - Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/151/151-20131111-JUD-01-02-EN.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2017.

²⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 6*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2017.

os títulos do Império Otomano, passados para Itália em 1912 e herdados pela Líbia na sua independência em 1951, além dos títulos pertencentes à ordem religiosa Senoussi. Por outro lado, o Chade – antiga colônia francesa – sustentou seu direito com fundamento nos acordos internacionais firmados pela França e no Tratado de Amizade e Boa Vizinhança concluído pela França e Líbia em 1955.

A CIJ entendeu que a determinação das fronteiras depende da vontade dos Estados soberanos e, sobre a fronteira em disputa, já havia determinação no Tratado de Amizade e Boa Vizinhança de 1955 e acordos anexos, de modo que não seria relevante a discussão sobre a efetividade da ocupação da área no passado. Diversos dispositivos do Tratado de 1955 tratavam dos movimentos transfronteiriços e do tráfego de caravanas, a exemplo do art. 9º, pelo qual as Partes se “comprometem a conceder liberdade de movimento aos nômades de tribos que tradicionalmente comercializam de ambos os lados da fronteira” e o art. 13, que prevê aos nômades portadores de uma licença de tráfego de caravanas o direito de “circular livremente pela fronteira”. Ocorre que a referência a esses povos em permanente deslocamento entre as fronteiras é apontada pela CIJ para reafirmar a existência de um acordo entre os Estados sobre as fronteiras, mas não para discutir sobre a relação entre o território e a população afetada – discussão que, como visto, emerge em 2013, no voto em separado de Cançado Trindade na disputa de fronteiras entre Burkina Faso e Niger.

Outro relevante posicionamento da CIJ é o parecer consultivo emitido em 1975 sobre o Caso *Saara Ocidental*, que reconheceu o direito à autodeterminação dos *Sarawi*, povo indígena nômade localizado na fronteira entre o Marrocos e Mauritânia. O pedido de opinião consultiva foi apresentado à Corte para esclarecer se a região “Saara Ocidental” poderia ser considerada *terra nullius* ao tempo da colonização espanhola e, em caso negativo, qual seria o liame jurídico em relação ao Marrocos e à Mauritânia. Segundo a CIJ, o nomadismo dos povos do Saara Ocidental era regulamentado por seus costumes e deu origem a laços jurídicos entre as tribos deste território e das regiões vizinhas, cruzando o que se tornariam as fronteiras geográficas dos países. Assim, no momento da colonização, a “sobreposição geográfica” provocou uma “sobreposição” de relações jurídicas, que não importaram, todavia, uma soberania compartilhada do território. Nessa linha, a CIJ entendeu que o território não poderia ser considerado *terra nullius*, mas também não havia em relação a nenhum desses Estados vínculo de soberania, de modo que deveria ser respeita a

autodeterminação dos povos desse território quanto ao seu futuro *status* político.²⁶² Segundo Paulo Borba Casella, no caso *Saara Ocidental*, ao entender que não poderia ser considerada *terra nullius* o espaço habitado por populações que possuem forma de organização própria e diversa do modelo civilizacional europeu, a CIJ abriu caminho para o processo de descolonização, fundamentado na autodeterminação.²⁶³

Apesar da importância do precedente quanto ao direito de autodeterminação do povo *saraui* na região do Saara Ocidental e da consideração do elemento humano no contexto de uma disputa entre Estados, importa esclarecer que o julgado se refere à concepção clássica do Direito Internacional sobre autodeterminação e, conforme visto acima (item 1.4), não é essa a concepção empregada quando se trata dos povos indígenas na atualidade.

Por sua vez, o mecanismo extraconvencional de apuração de violação de direitos humanos iniciou-se com o recebimento de petições individuais pela então Comissão de Direitos Humanos (hoje Conselho de Direitos Humanos), com fundamento nos dispositivos – ainda que genéricos – da Carta da Organização das Nações Unidas. Para explicitar esses direitos, foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos (“Declaração de Paris”), sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948. De acordo com o art. 62, §2º, da Carta da ONU, a responsabilidade pela proteção desses direitos está a cargo do Conselho Econômico e Social da Assembleia Geral, com a previsão de criação de comissões (art. 68), o que se concretizou com a Comissão de Direitos Humanos em 1947, extinta e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos em 2006, vinculado diretamente à Assembleia Geral da ONU.²⁶⁴ No âmbito da Comissão de Direitos Humanos, foram estabelecidos procedimentos temáticos e geográficos e dezenas de mandatos relativos a temas específicos, processados por um órgão especial de investigação: os grupos de trabalho ou o relator especial (“special rapporteur”).²⁶⁵

A importância dos mecanismos extraconvencionais se destaca pela possibilidade de apuração de violações e recomendação de reparação mesmo na ausência de Convenções mais específicas, além do fortalecimento da responsabilidade internacional do Estado com

²⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2017.

²⁶³ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120-121.

²⁶⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107-125.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 126.

base no direito costumeiro, haja vista a aceitação das medidas adotadas por esses mecanismos.²⁶⁶

Quanto aos povos indígenas, o marco inicial dos esforços de monitoramento na ONU foi a designação, em 1971, de José Martínez Cobo como Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas da antiga Comissão de Direitos Humanos.²⁶⁷

Atualmente, três foros especializados da ONU tratam dos direitos dos povos indígenas: (1) Fórum permanente sobre questões indígenas (*United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues – UNPFII*), que é órgão consultivo do Conselho Econômico Social voltado para a disseminação de informações sobre os povos indígenas, além de aconselhar e recomendar ações e programas para ONU na temática²⁶⁸; (2) Mecanismo de Especialistas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, criado em 2007 pelo Conselho de Direitos Humanos para fornecer assessoria temática; (3) Relatoria Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, criada em 2001, que já fez diversos relatórios sobre a situação dos povos indígenas, inclusive sobre no Brasil.²⁶⁹

No tocante à Relatoria Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas foram realizadas visitas ao Brasil em 2009 e 2016. Na primeira visita, o então Relator Especial da ONU, James Anaya, destacou a falta de harmonia entre as prioridades do Governo para o desenvolvimento econômico e os direitos dos povos indígenas, diante da falta de consulta adequada no planejamento e execução de grandes obras, como usinas e extração de recursos minerais.²⁷⁰ Na ocasião, foram apresentadas diversas recomendações ao Estado brasileiro, que tiveram seu cumprimento conferido pela atual *Special Rapporteur*, Victoria Tauli-Corpuz, que realizou visita ao Brasil de 7 a 17 de março de 2016.²⁷¹

Todavia, em seu relatório, a Relatora Especial apontou “uma inquietante ausência de avanços para a implementação de suas recomendações e na solução de antigas questões de

²⁶⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 125-133.

²⁶⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 709.

²⁶⁸ Quanto ao Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, suas atividades em relação à mobilidade dos povos indígenas serão mencionadas no Capítulo 4.

²⁶⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 710.

²⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*. A/HRC/12/34/Add.2, 26 de agosto de 2009. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/151/10/PDF/G0915110.pdf?OpenElement>>. Acesso em 30 jun. 2016.

²⁷¹ NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas*. A/HRC/33/42/Add.1, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

vital importância para os povos indígenas”, destacando-se os ataques e assassinatos contra indígenas em contextos de reocupação de terras ancestrais, a criminalização de lideranças indígenas e de defensores de direitos humanos, a preocupação com os povos indígenas isolados, a condução de grandes projetos de desenvolvimento sem o consentimento das comunidades indígenas, especialmente a hidrelétrica de Belo Monte, que não teve suas condicionantes respeitadas. Alarmante ainda, segundo a Relatora Especial, a piora do acesso ao poder político pelos indígenas, diante do aprofundamento de uma discriminação estrutural e, ainda, de mudanças legislativas e administrativas para desempoderá-los; o enfraquecimento da FUNAI e as dificuldades do acesso à justiça. Desse modo, recomendou ao Estado brasileiro, entre outras medidas, o desenvolvimento de um plano nacional de ação para implementação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o estabelecimento de um diálogo com os países de extensa jurisprudência na temática, a exemplo da Colômbia, bem como a implementação das recomendações aceitas pelo país na revisão periódica universal de 2012, mecanismo que deveria contar com maior participação dos povos indígenas nas próximas rodadas.²⁷²

No mesmo sentido foram as críticas do Grupo de Trabalho Internacional sobre Assuntos Indígenas (IWGIA), que elaborou recente relatório sobre os povos indígenas no mundo e ainda ressaltou, quanto ao Brasil, que o surgimento da tese do “marco temporal” – pela qual se exige a presença indígena na data da promulgação da Constituição brasileira de 1988 para reconhecimento dos direitos territoriais – ignora completamente o estilo de vida nômade de muitos povos indígenas, bem como os deslocamentos forçados do território ancestral ao longo dos séculos.²⁷³

Também no âmbito dos mecanismos extraconvencionais da ONU, há o mecanismo coletivo político fundamentado no monitoramento pelos pares (“peer review”): a Revisão Periódica Universal (RPU)²⁷⁴. Esse mecanismo envolve a revisão das obrigações internacionais de direitos humanos assumidas por cada um dos 193 Estados-Membros das Nações Unidas a cada quatro anos. A RPU considera a informação oficial do Estado

²⁷² NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas*. A/HRC/33/42/Add.1, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

²⁷³ ALCANTARA, Maria de Lourdes Beldi de. Brazil. Tradução livre do original In: IWGIA - Grupo de Trabalho Internacional sobre Assuntos Indígenas. *The Indigenous World 2017*, p. 236. Disponível em: <<https://www.iwgia.org/images/documents/indigenous-world/indigenous-world-2017.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017, p. 236.

²⁷⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128.

submetido à exame, os relatórios dos mecanismos da ONU e o resumo do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), bem como as informações prestadas por ONGs, instituições nacionais de direitos humanos e outros interessados, como associações de indígenas. A revisão se conclui no plenário do Conselho de Direitos Humanos, oportunidade em que são emitidas recomendações aos Estados.²⁷⁵

O Brasil se submeteu à RPU em 2008 e 2012. Atualmente passa pelo terceiro ciclo, que iniciou oficialmente em maio de 2017 e irá até outubro/novembro de 2021.²⁷⁶ Nos dois primeiros ciclos, recebeu diversas recomendações sobre os povos indígenas, todas acatadas sem reservas, das quais podemos citar: “dar mais consideração às violações de direitos humanos contra os povos indígenas, à falta de segurança pública e às condições precárias de detenção” (Coréia – RPU 2008), “assegurar acesso igualitário a programas de redução de pobreza, particularmente às famílias indígenas” (Egito – RPU 2012), “continuar a estabelecer, em procedimentos administrativos, o direito de populações indígenas de serem consultados, de acordo com a Convenção 169 da OIT” (Países Baixos – RPU 2012), “continuar seu esforço para eliminar a pobreza extrema e incluir nas suas políticas sociais aqueles que são mais vulneráveis, especialmente mulheres, crianças, afrodescendentes, indígenas, idosos e pessoas com deficiência” (Equador – RPU 2012).²⁷⁷

Apesar da importância da verificação periódica do cumprimento de obrigações internacionais pelos Estados, verifica-se que, nas rodadas em que o Brasil foi examinado, a situação dos povos indígenas transfronteiriços não foi especificamente tratada e várias recomendações adotaram uma linguagem cautelosa – como “continuar a estabelecer”, “continuar o esforço” – que parecem “quase elogios”, nos termos de André de Carvalho Ramos, para quem essas afirmações demonstram que os Estados não são os melhores críticos de seus pares.²⁷⁸

²⁷⁵ NAÇÕES UNIDAS – Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). *Mecanismos de Direitos Humanos dos Povos Indígenas no Sistema das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Tripticos-Mecanismos-DDHH-de-Povos-Ind%C3%ADgenas-PORT.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁷⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Brasil recebe mais de 240 recomendações de direitos humanos na ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/revisao-periodica-universal-brasil-recebe-mais-de-240-recomendacoes-de-direitos-humanos-na-onu/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁷⁷ COMITÊ BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA EXTERNA. *Recomendações Recebidas e Compromissos Voluntários*. Disponível em: <<http://rpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/08/Recomenda%C3%A7%C3%B5es-ao-Brasil-tabela-Todas-as-Recomenda%C3%A7%C3%B5es-e-Compromissos-Volunt%C3%A1rios.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁷⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132-133.

A situação povo indígena transfronteiriço Sami na Suécia não passou despercebida no mecanismo político da RPU. Em 2015, em seu segundo ciclo, a Suécia recebeu críticas da Noruega, quanto à lentidão para garantia dos direitos territoriais e a falta de ratificação da Convenção n. 169 da OIT; do Uzbequistão, pelo desenvolvimento de atividades industriais no território tradicional Sami; da Áustria, “ainda perturbada pelos relatórios sobre a discriminação contra os Sami”, entre outros. Todavia, no sentido de “quase elogio”, cita-se a manifestação dos Países Baixos, que “reconheceram os esforços para combater a discriminação contra as minorias sami” e da Dinamarca, Estônia e Guatemala, que celebraram os esforços pelo avanço das negociações sobre o projeto de Convenção Nórdica Sami. O Brasil, apesar de não ser o bastião da garantia de direitos dos povos indígenas transfronteiriços, elogiou uma emenda legislativa que reconheceu os Sami como um povo indígena e compartilhou das preocupações quanto aos crimes motivados por preconceito.²⁷⁹

Como visto, o sistema onusiano de proteção de direitos humanos conta com diversos mecanismos, convencionais e extraconvencionais, para apuração da responsabilidade internacional do Estado, utilizados também em prol dos direitos humanos dos povos indígenas. No âmbito do mecanismo convencional não contencioso e convencional quase judicial, apontou-se as atividades do Comitê de Direitos Humanos do PIDCP no acompanhamento da situação do povo indígena transfronteiriço Sami. A Corte Internacional de Justiça, enquanto mecanismo convencional judicial, já se manifestou quanto à necessidade de proteção dos povos nômades. Desde 2008, especialmente pelos votos em separado do Juiz Cançado Trindade, tem-se observado uma virada *pro homine* na sua jurisprudência, atenta ao “fator humano” nas disputas territoriais entre os Estados. No tocante aos mecanismos extraconvencionais, dentre os três foros especializados da ONU sobre povos indígenas, destacou-se os relatórios apresentados pelos Relatores Especiais, além do monitoramento político pelo mecanismo da Revisão Periódica Universal. Tais mecanismos demonstram, portanto, que a proteção dos direitos dos povos indígenas, apesar de ainda não ser a esperada, está na agenda na ONU, o que destaca a importância de fortalecimento desses mecanismos e da aceitação da interpretação internacionalista das normas de direitos humanos realizadas por esses órgãos.

²⁷⁹ NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Sweden*. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/076/76/PDF/G1507676.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

2.2 Sistema Europeu de Direitos Humanos

Na Europa pós-Segunda Guerra Mundial, no intuito de traçar um contraponto ao mundo soviético, foi editada a Convenção Europeia de Direitos e Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 1953. Além do expressivo rol de direitos humanos, a Convenção inovou ao prever um mecanismo coletivo de proteção de direitos, que consistia na existência de três órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, como órgão de investigação e conciliação; o Conselho de Ministros do Conselho da Europa, como órgão político para aferição da responsabilidade estatal e a Corte Europeia de Direitos Humanos, como órgão judicial de responsabilização.²⁸⁰

Em 1998, o procedimento de julgamento desse mecanismo internacional sofreu importante alteração, com a vigência do Protocolo n. 11, que extinguiu a Comissão Europeia e, por meio de sua fusão com a Corte Europeia, criou uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), de caráter permanente. A Comissão era o órgão responsável pela análise das petições com alegação de violação de direitos humanos e, fracassada a conciliação, o caso era remetido ao órgão judicial. A partir do Protocolo n. 11, com a extinção do procedimento bifásico europeu, o indivíduo é dotado de *jus standi* e passa a apresentar sua ação diretamente à Corte. Além disso, ainda havia a possibilidade de adjudicação do caso em trâmite na Comissão ao Comitê de Ministros, em exercício de função anômala de órgão julgador. Essa função também foi extinta pelo Protocolo n. 11, restando ao Comitê apenas o papel de supervisão do cumprimento pelos Estados das decisões da Corte EDH.²⁸¹

Válido registrar que, diferentemente do sistema interamericano de direitos humanos, os indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais apenas estão legitimados a propor ações de sua própria titularidade, o que, segundo André de Carvalho Ramos, atomiza as demandas perante a Corte, conferindo-lhes caráter individual e não coletivo. Aos Estados, porém, é possível acionar a Corte tanto em nome próprio quanto na defesa de interesse alheio, o que inclui os interesses de todos sob jurisdição dos Estados contratantes que tenham direitos humanos violados.²⁸²

²⁸⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161-163.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 167-170.

²⁸² *Ibidem*, p. 173-175.

A Convenção Europeia assegura os direitos e liberdades a todos de uma forma geral, sem previsões específicas a respeito das minorias. Assim, a proibição de discriminação contra minorias étnicas se encontra apenas em seu art. 14, que assegura o gozo dos direitos e liberdades sem qualquer distinção de “sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.²⁸³

Desse modo, de acordo com Juliana Santilli, a proteção dos grupos minoritários não é considerada de uma forma geral, mas apenas em casos isolados – situação acentuada pela natureza atomizada das demandas perante a Corte EDH – o que não impede, todavia, a utilização do mecanismo europeu para proteção dos direitos humanos das minorias étnicas.²⁸⁴

Para proteção dessas minorias, o Conselho da Europa adotou a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, que entrou em vigor em 1998 e apresenta diversas disposições programáticas. Todavia, não prevê nenhum mecanismo de petição individual para denúncia de violação de seus dispositivos. A Convenção apresenta dispositivo específico a respeito do direito das minorias de estabelecer e de manter, livre e pacificamente, contatos além das fronteiras nacionais, ao dispor em seu art. 17, I:

Artigo 17.º 1 - As Partes comprometem-se a não colocar entraves ao direito das pessoas pertencentes a minorias nacionais de estabelecer e de manter, livre e pacificamente, contactos além-fronteiras com pessoas que se encontrem legalmente noutros Estados, nomeadamente com aquelas com quem partilhem uma identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa ou um património cultural.²⁸⁵

A respeito dos povos indígenas transfronteiriços, como mencionado acima, encontra-se na Europa o povo Sami que, segundo a Embaixada da Finlândia no Brasil, é uma comunidade indígena nômade, com evidências de origem desde o século IX e composta por aproximadamente 100 mil membros²⁸⁶. Apesar de seu número significativo, a Corte EDH apenas se manifestou a respeito desse grupo étnico no Caso *Handölsdalen Sami Village and*

²⁸³ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁸⁴ SANTILLI, Juliana. *As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/minorias-%C3%A9tnicas-e-nacionais-e-os-sistemas-regionais-europeu-e-interamericano-de-prote%C3%A7%C3%A3o-0>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção quadro para a proteção das minorias nacionais*. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-quadro-para-a/downloadFile/file/STE_157.pdf?nocache=1200588924.88>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁸⁶ EMBAIXADA da Finlândia no Brasil. *Sami, um povo indígena único na Europa*. Disponível em: <<http://www.finlandia.org.br/public/default.aspx?contentid=124273>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Others v. Sweden (Application n. 39013/04) e sua decisão passou ao largo da esperada proteção internacional dos povos indígenas.²⁸⁷

O caso foi apresentado por quatro comunidades Sami suecas (Handölsdalen, Mittådalen, Tåssåsen e Ruvhten Sijte), em 2004, relativo à demora de processo judicial nacional e à falta de um efetivo acesso à justiça, com base no art. 6º, I, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pelo qual “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial”.

Segundo consta na decisão da Corte EDH, o povo Sami vivia originalmente da caça, pesca e coleta e, ao longo do tempo, passaram a se dedicar principalmente à criação de renas. O uso histórico das terras conferiu um direito especial de pastoreio, regulado pela “Lei de Criação de Renas” sueca, que compreende o direito de uso da terra e da água para manutenção do povo e de sua criação de animais. Todavia, a partir de 1990, diversos proprietários rurais se insurgiram judicialmente contra o uso da terra pelos Sami, sob o fundamento de que seria necessária autorização por meio contratual.

O tribunal local entendeu que, apesar do costume imemorial da criação de renas, os Sami não conseguiram comprovar o pastoreio nas localidades pelo prazo mínimo de noventa anos, como exige a lei, de modo que não haveria o direito de uso das terras. Entendeu-se, ainda, que o direito de pastoreio demandaria contrato válido com os proprietários das terras e não poderia decorrer de disposições de Convenção da ONU. Assim, o tribunal local rejeitou o pedido dos Sami e os condenou ao pagamento das elevadas custas processuais. A decisão foi mantida no julgamento por mais duas instâncias locais.

A Corte EDH, no julgamento final em outubro de 2010, quanto à alegada violação do direito de acesso à justiça, entendeu por maioria que não houve ofensa, tendo em vista que a demanda foi apreciada pelas instâncias locais. Além disso, como se tratava de “grupos indígenas” e não de indivíduos, não se identificou disparidade de armas em relação aos latifundiários.

Quanto ao direito à razoável duração do processo, segundo os requerentes, a demora do processo judicial e os altos custos envolvidos agravaram a situação de indefinição quanto ao direito de pastagem no inverno, o que causou distúrbios emocionais e até mesmo suicídios entre os Sami. A apontada demora injustificada foi reconhecida à unanimidade pela Corte EDH, que determinou o pagamento de indenização aos indígenas.

²⁸⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97993>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Apesar do reconhecimento de demora local na apreciação do pedido, a Corte Europeia se limitou a este ponto e sequer questionou acerca da situação de discriminação contra os Sami nas instâncias locais, que importaria ofensa ao art. 14 da Convenção Europeia, e, igualmente, desconsiderou as particularidades dos povos indígenas e os direitos específicos assegurados em diversos instrumentos internacionais. O julgamento do Caso *Handölsdalen Sami Village* significou, portanto, um passo atrás no desenvolvimento da proteção internacional dos povos indígenas.

Essa crítica fica evidente no voto parcialmente dissidente do Juiz Ziemele, que reconheceu a falta de efetivo acesso à justiça e chamou atenção para os seguintes pontos desconsiderados na decisão da Corte: 1) nas últimas décadas houve importante desenvolvimento das normas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração da ONU de 2007, além dos antigos e novos mecanismos de monitoramento, que incluem o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, o *Special Rapporteur* e o Mecanismo de Especialistas, acrescidos das observações finais sobre os relatórios dos Estados e das observações gerais dos Comitês previstos nos tratados onusianos, que destacam a necessidade de medidas especiais para tentar superar a discriminação contra os povos indígenas; 2) para proteção da identidade cultural e outros direitos específicos, é garantido aos indígenas o direito de propriedade sobre as terras tradicionalmente ocupadas e o direito de desenvolver atividades econômicas (arts. 26 e 27 da Declaração da ONU); 3) a disputa travada judicialmente pelos proprietários rurais foi decidida pelas cortes suecas por meio da imputação do ônus da prova exclusivo aos Sami, que precisaram produzir provas documentais sobre o uso imemorial da terra utilizada para o pastoreio no inverno; 4) a exigência de prova documental imposta aos Sami exigiu extensa pesquisa que contribuiu para a elevação das custas processuais, de forma que os indígenas precisaram solicitar empréstimo para participar do processo; 5) a legislação sueca não confere aos grupos indígenas Sami direito à assistência judiciária; 6) o Comitê das Nações Unidas para Eliminação da Discriminação Racial já manifestou, em 2008, sua preocupação com a discriminação contra os Sami nas disputas judiciais sobre terras na Suécia (“*de facto discrimination*”), diante do ônus da prova exclusivo dos indígenas e da falta de assistência jurídica.²⁸⁸

²⁸⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden - Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97993>>. Acesso em: 19 ago. 2017. Conforme mencionado no item precedente, essa preocupação também foi externada pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Assim, para o Juiz Ziemele, apesar de a Corte Europeia não ter sido instada a decidir sobre acusação de discriminação, essa circunstância deveria ter sido considerada como acesso ineficaz à justiça, especialmente pela evidente desvantagem dos povos indígenas no processo judicial. Discordou, portanto, do entendimento de que não houve desigualdade de armas, uma vez que considerar os Sami com a mesma força social dos demais indivíduos suecos seria desconsiderar a realidade desses povos.

Além disso, apontou que a Corte EDH decidiu com base em duas premissas falsas: primeiro, aceitou de forma incontestável o título de terras apresentado pelos proprietários rurais e, em segundo lugar, aceitou que uma norma local estabelecida antes do reconhecimento internacional de direitos dos povos indígenas seria apta para regular a situação. Tais premissas sustentaram a equivocada decisão de que foi garantido acesso à justiça, restando os custos legais excessivos e a necessidade de solicitar empréstimo ao Fundo Sami para participar do processo como uma “injustiça generalizada”.

Portanto, a Corte EDH perdeu a oportunidade de fortalecer o tratamento conferido aos povos indígenas, deixou de considerar o contexto de discriminação contra os Sami e aceitou a decisão das cortes locais que aplicou o direito da sociedade majoritária de forma indistinta, sem perquirir a respeito das relevantes peculiaridades, que seriam decisivas na análise da questão apresentada. De todo modo, apesar da falha na proteção desse grupo minoritário extremamente vulnerável, o voto dissidente deixa a esperança de que esse posicionamento possa ser revisto em novos julgamentos.

Ademais, essa decisão não é de todo destoante da jurisprudência da Corte EDH a respeito de minorias raciais e étnicas, como os ciganos, sobre os quais a Corte já se pronunciou em diversas oportunidades com avanços importantes, mas também com retrocessos.²⁸⁹ A análise das decisões relativas aos povos ciganos alargaria o objeto da presente pesquisa e, portanto, será realizada em outra oportunidade. De toda forma, ilustra a afirmação o Caso *D. H. e Outros vs. República Checa* (“Caso Ostrava”), relativo à segregação racial de crianças ciganas, que eram encaminhadas para escolas destinadas a “crianças especiais” em número e frequência significativa, o que caracterizaria discriminação racial. No julgamento pela Segunda Seção em 2006, a Corte EDH não

²⁸⁹ Cita-se: *Case of Nachova and Others v. Bulgaria* (Applications ns. 43577/98 and 43579/98), *Case of D.H. and Others v. The Czech Republic* (Application n. 57325/00), *Case of Chapman v. The United Kingdom* (Application n. 27238/95), *Case of Coster v. The United Kingdom* (Application n. 24876/94), *Case of Jane Smith v. The United Kingdom* (Application n. 25154/94), entre outros.

constatou qualquer violação de direitos humanos nessa situação.²⁹⁰ Todavia, em 2007, no julgamento pela Grande Câmara, o entendimento foi revisto e, por maioria, foi reconhecida violação ao art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²⁹¹

Para Fernando Rey Martínez, a jurisprudência da Corte Europeia sobre discriminação racial tem conferido uma proteção de “baixa intensidade, muito desigual e sem um marco conceitual convincente”, com avanços e retrocessos na proteção das minorias raciais e étnicas, especialmente nas situações em que a discriminação ocorre “por indiferenciação”, verificada quando os Estados não tratam de modo diferente as pessoas que se encontram em situação substancialmente desigual, postura que apenas foi aplicada no caso *Thlimmenos vs. Grécia*²⁹² - e não fora aplicada no caso referente ao povo indígena nômade Sami. Além disso, a jurisprudência da Corte EDH encontra limitações decorrentes de uma ampla aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional.²⁹³

Segundo André de Carvalho Ramos, a teoria da margem de apreciação nacional, “ironicamente” desenvolvida pela jurisprudência da Corte Europeia, autoriza aos Estados o exercício de “margem de apreciação” sobre a interpretação de direitos humanos em casos polêmicos, o que pode representar “verdadeira denegação de justiça internacional” às minorias, tendo em vista que as práticas dos grupos majoritários não passariam pelo crivo da Corte EDH e estariam sujeitas apenas ao entendimento local.²⁹⁴

Assim, não se desconhece a expressiva jurisprudência da Corte EDH na proteção de direitos humanos, todavia, quanto às minorias étnicas e, especialmente, quanto aos povos

²⁹⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of D.H. and Others v. The Czech Republic (Application n. 57325/00) – Second Section*. Julgado em 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72317>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁹¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of D.H. and Others v. The Czech Republic (Application n. 57325/00) - Grand Chamber*. Julgado em 13 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72317>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁹² *Case of Thlimmenos v. Greece (Application no. 34369/97)*. O caso se refere à recusa de “testemunha de Jeová” a utilizar uniforme militar, porque ofenderia seu compromisso pacifista. A Corte EDH reconheceu a violação ao art. 14 da Convenção Europeia e destacou que a discriminação também ocorre quando o Estado, sem argumentos objetivos e razoáveis, deixa de tratar diferentemente pessoas em situações notadamente diferentes. Destaca-se: “44. *The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (see the Inze judgment cited above, p. 18, § 41). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different*”.

²⁹³ MARTÍNEZ, Fernando Rey. La discriminación racial y étnica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: *Revista de Direito Público*, v. 5, n.28, p.180-202, jul./ago. 2009. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito.

²⁹⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 183.

indígenas, ainda é necessário avançar e superar as travas jurídicas e políticas que impedem o desempenho esperado do sistema europeu de direitos humanos em favor desses grupos vulneráveis.

2.3 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O mecanismo interamericano de proteção de direitos humanos resulta da interação de dois sistemas: o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem como suporte a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, centrado na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador.²⁹⁵

Segundo André de Carvalho Ramos, o sistema da OEA funciona a partir dos mecanismos coletivo político e coletivo quase judicial. O primeiro, capitaneado pela Assembleia Geral, pelo Conselho Permanente e pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, trata da responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, com possibilidade de aplicação de sanções coletivas, a exemplo da suspensão de relações econômicas. O mecanismo coletivo quase judicial, representado pelo Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), tem como função principal promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, além de servir como órgão consultivo na temática. Nesse âmbito, o procedimento perante a Comissão se encerra com a elaboração de recomendação aos Estados, com a possibilidade de envio à Assembleia Geral, em caso de descumprimento, para adoção de medidas em prol da garantia dos direitos humanos.²⁹⁶

No sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão IDH também desempenha um papel-chave na proteção dos direitos humanos, ao lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por influência da Convenção EDH à época, adotou um procedimento bifásico para responsabilização por violação de direitos humanos: inicia-se a apuração perante a Comissão IDH e, constatada violação de direitos humanos, sem reparação espontânea pelos Estados,

²⁹⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 201.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 201-217.

há a possibilidade de envio do caso para Corte IDH. A Comissão pode receber petições individuais (de qualquer pessoa, não apenas da vítima) e interestatais com alegação de violação de direitos humanos. A Corte apenas pode ser acionada pelos Estados contratantes e pela Comissão. Ao lado da jurisdição contenciosa, dispõe a Corte IDH de jurisdição consultiva, tida como missão fundamental por conferir interpretação internacionalista às normas de direitos humanos, fixando seu conteúdo e alcance, ainda que ausentes casos litigiosos.²⁹⁷

A busca dos povos indígenas fronteiriços para reconhecimento de direitos específicos que reflitam sua cosmovisão e sua particular relação com o território ancestral foi apresentada à Comissão IDH no Caso Gran Cacique Mitchell vs. Canadá, por suposta violação ao art. XIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que garante o direito aos benefícios da cultura.²⁹⁸ O caso, decidido em julho de 2008, foi apresentado pelo Gran Cacique Mitchell, residente no Canadá e membro da nação indígena Mohawk, cujo território ancestral abrange parte das províncias canadenses de Quebec e Ontário e do Estado de Nova Iorque nos Estados Unidos. Em 1988, ao reingressar no Canadá, proveniente de Nova Iorque, com mercadorias destinadas aos territórios indígenas, lhe foram impostas taxas aduaneiras.²⁹⁹ O Gran Cacique se recusou a pagá-las, sob o fundamento de que a imposição violaria seu direito à cultura, ao obstar o costume histórico de troca de produtos entre nações indígenas no território Akwesasne, cindido pelas fronteiras estatais, de modo que deveria ser reconhecido o direito de ingresso com seus bens livres de impostos, tanto para uso pelos membros da comunidade quanto para troca com outros povos indígenas do Canadá, mas se disponibilizou a cooperar com o Estado na adoção de medidas que permitam o controle fronteiriço, desde que não constituam impedimento ao seu direito de circulação. Por sua vez, o Canadá entendeu que a prática de comércio não está abarcada pelo

²⁹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 240-269.

²⁹⁸ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - Artigo XIII. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

²⁹⁹ As mercadorias foram as seguintes: uma máquina de lavar roupa, dez cobertores, vinte bíblias, roupas usadas, uma caixa de lubrificante para carros, dez fatias de pão, dois quilos de manteiga, quatro litros de leite, seis sacos de biscoito e doze latas de sopa. (§23)

direito à cultura e que a proteção de traços culturais não obsta o controle de fronteiras pelo Estado.³⁰⁰

A Comissão Interamericana entendeu pela possibilidade de que práticas comerciais dos povos indígenas estejam abrigadas pelo direito à cultura, em referência a precedentes do Comitê de Direitos Humanos da ONU, no sentido de que atividades econômicas podem ser alcançadas pelo art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como elemento essencial da cultura de uma comunidade étnica.

Todavia, a Comissão IDH não reconheceu violação ao art. XIII da Declaração Americana, sob o entendimento de que as restrições não afetam substancialmente o modo de vida e o sustento dessa minoria e, assim, não justificam violação ao direito à cultura. Na hipótese, a Comissão entendeu que o Cacique não comprovou que os impostos e restrições alfandegárias consistiriam em restrição desproporcional ao comércio realizado pelas comunidades indígenas e, ainda, considerou desnecessário analisar se o tipo de comércio realizado representaria prática culturalmente significativa.³⁰¹

Desse modo, na linha do caso *Länsman e outros vs. Finlândia*³⁰², acima mencionado, em que o Comitê de Direitos Humanos entendeu que não houve violação aos direitos dos Sami pelo limitado impacto das atividades madeireiras nas terras de pastoreio, a Comissão IDH também concluiu que as medidas adotadas foram de repercussão limitada sobre o modo de vida e sustento dos povos indígenas e não significaram violação de direitos, deixando, assim, de reconhecer responsabilidade internacional do Canadá.

Ao nosso sentir, esse posicionamento não confere uma efetiva proteção aos povos indígenas fronteiriços, na medida em que admite violações aos seus costumes e tradições, desde que sejam de pequena monta. A Comissão, em sua decisão no ano de 2008, deixou de apreciar o caso em tela à luz da Convenção n. 169/1989 da OIT e da Declaração das Nações Unidas de 2007 – não foram sequer mencionadas –, que garantem o direito de contato e

³⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Gran Cacique Michael Mitchell vs. Canadá*, Caso n. 12.435, julgado em 25 de julho de 2008 – Informe n. 61/08. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Canada12435.sp.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

³⁰¹ *In verbis*: §79. [...] “Sin embargo, la Comisión no estima necesario determinar si el tipo de comercio realizado por los peticionarios representa una práctica culturalmente significativa, porque independientemente de este asunto, se observa que los peticionarios no comprobaron en qué medida los gravámenes, aranceles y restricciones impuestos por el Estado constituyen una restricción desproporcionada o afectan de manera discriminatoria, el tipo de comercio realizado por los peticionarios”.

³⁰² NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Communication n. 671/1995*. In: *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, v. 6, 2005, p. 167-176. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6en.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras. Além disso, distancia-se do posicionamento da Corte Internacional de Justiça, especificamente quanto à visão humanística dos votos do Juiz Cançado Trindade, no sentido de que deve ser priorizado o elemento humano nas questões entre os Estados e, por consequência, deve ser garantido o direito de circulação de minorias étnicas fronteiriças juntamente com seus bens e animais (Caso Burkina Faso vs. Niger). Desse modo, a decisão da Comissão IDH no Caso Gran Cacique Mitchell não nos parece refletir uma interpretação consentânea com a proteção conferida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, com as peculiaridades dos povos indígenas e com o direito de circulação no território ancestral (juntamente com seus bens), o que foi obstaculizado pela priorização de questões alfandegárias, certamente de ínfimo impacto na economia canadense – sem ao menos questionar sobre formas alternativas de controle alfandegário em relação ao permanente deslocamento dos indígenas pelas fronteiras, que garantissem segurança aos Estados sem embaraçar o exercício de direitos tradicionais.

De toda forma, a Comissão IDH terá nova oportunidade de se manifestar a respeito do tema no polêmico caso da construção de muro na fronteira entre o México e os Estados Unidos pelo Presidente norte-americano Donald Trump. Notícia-se que, em abril de 2017, o México e o povo indígena Tohono O'odham (“povo do deserto”), que habita a zona desértica na região fronteira entre México e Estados Unidos, apresentaram denúncia à Comissão IDH por violação ao art. 36 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que garante aos povos indígenas divididos por fronteiras internacionais “o direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros assim como com outros povos através das fronteiras”. Esse direito também está previsto no art. 20.3 da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016.³⁰³

Aproximadamente 3.000 Tohono vivem na zona fronteira e o direito de livre circulação, antes garantido plenamente, já se encontra limitado especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA.³⁰⁴ Por essa razão, os Tohono têm se

³⁰³ EL ESPECTADOR. *México: gobierno e indígenas llevan ante CIDH reclamo contra muro de Trump*. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/mexico-gobierno-e-indigenas-llevar-ante-cidh-reclamo-contra-muro-de-trump-articulo-688542>>. Acesso em: 26 ago. 2017. MAILONLINE. *Native tribe fear Trump's Mexico wall will divide them*. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/wires/afp/article-4359130/Native-tribe-fear-Trumps-Mexico-wall-divide-them.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

³⁰⁴ EL PAÍS. *A tribo que quer barrar o muro de Trump*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/14/internacional/1489455260_830937.html>. Acesso em: 26 ago. 2017.

manifestado vigorosamente contra a política migratória de Trump e a construção do muro enfrentará forte represália.³⁰⁵

Assim, resta aguardar a decisão da Comissão IDH sobre esse caso, que colocará o sistema interamericano de direitos humanos à prova, com a expectativa de que a normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos seja aplicada e fortalecida.

A respeito do direito de ingresso em outros países, a Corte IDH, na Opinião Consultiva n. 18, reconheceu que o poder dos Estados de criação de políticas migratórias não é ilimitado e, portanto, o direito de ingresso não está sujeito apenas à vontade estatal, o que remete à teoria de Vitória, relativa ao *jus communicationis*, que propugnava a livre circulação.³⁰⁶ Nesse sentido, Paulo Borba Casella destaca a insistência de Vitória quanto à interdependência entre as nações, que “se recusa a considerar o mundo habitado como amontoado inorgânico de nações isoladas, sem vínculo entre estas, não tendo, umas em relação às outras, nem direitos nem deveres, se não o direito absoluto para cada uma de se fechar em si mesma”.³⁰⁷

Como será visto no próximo capítulo, desde o surgimento do Estado-Nação, a nacionalidade, enquanto vínculo do indivíduo com o Estado, tem conferido suporte ao sistema, por ser a mediadora dos direitos e obrigações dos indivíduos em relação aos Estados. Nesse contexto, a soberania surge, *a priori*, como um atributo do Estado e não do povo e, por isso, a importância da figura do Estado e da delimitação das fronteiras. Todavia, considerados os questionamentos à razão dos limites fronteiriços, bem como o fenômeno da globalização e a universalidade dos direitos humanos, deve-se indagar se, hoje, a nacionalidade pode ser fundamento para impedir o ingresso em outros países³⁰⁸ - principalmente quando envolvido o direito de autodeterminação de minorias étnicas, cuja circulação no território ancestral é essencial para sobrevivência cultural.

Além disso, é certo que o deslocamento dos povos indígenas no território ancestral perpassa o reconhecimento do liame particular dos indígenas com seu território, o que tem

³⁰⁵ THE GARDIAN. 'Over my dead body': tribe aims to block Trump's border wall on Arizona land. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/26/donald-trump-border-wall-tohono-oodham-arizona-tribe>>. Acesso em: 26 ago. 2017. BBC NEWS. 6 things that could topple Donald Trump's border wall. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-d60acebe-2076-4bab-90b4-0e9a5f62ab12>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

³⁰⁶ VEDOVATO, Luís Renato. Luís Renato. *Ingresso do estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do direito internacional público*. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 19.

³⁰⁷ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

³⁰⁸ VEDOVATO, Luís Renato. Op. Cit., *passim*.

sido protegido de forma progressiva no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, tanto pela Comissão quanto pela Corte IDH.

Em 31 de agosto de 2001, a Corte IDH decidiu o Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*³⁰⁹ e reconheceu, de forma inédita e paradigmática, os direitos coletivos dos povos indígenas aos seus territórios e recursos. A demanda foi submetida à Corte pela Comissão IDH, diante dos fatos de que o Estado não realizou a demarcação das terras comunais, não assegurou os direitos de propriedade nas terras indígenas e, ainda, outorgou concessão nas terras da comunidade indígena sem seu consentimento, o que violaria, entre outros, o direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.³¹⁰

A Corte IDH, destacando que os tratados internacionais de direitos humanos são “instrumentos vivos”, cuja interpretação deve considerar as condições de vida atuais, afirmou que “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” (§149) e, assim, conferiu ao conteúdo normativo do artigo 21 da Convenção Americana uma interpretação que fortalece a proteção da forma comunal de propriedade, bem como a cosmovisão própria dos povos indígenas.

No voto conjunto dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli, destacou-se que “o conceito comunal da terra – inclusive como lugar espiritual – e seus recursos naturais fazem parte de seu direito consuetudinário; sua vinculação com o território, ainda que não esteja escrita, integra sua vida cotidiana” (§6). Desse modo, foi reforçada a dimensão cultural da propriedade, que dá sentido à existência individual e coletiva.

Esse direito tem sido confirmado, em casos posteriores, de forma consistente, tanto pela Corte quanto pela Comissão IDH. Nessa perspectiva, em 2002, no Caso *Mary y Carrie Dann* (“Dann Sisters”) contra os Estados Unidos, a Comissão IDH reconheceu ofensa ao direito de propriedade comunal, em razão de o governo ter permitido a prospecção de ouro

³⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua - Sentença de 31 de agosto de 2001*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³¹⁰ Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

no território indígena. Na oportunidade, a Comissão destacou como princípios internacionais gerais aplicáveis 1) o direito dos povos indígenas ao reconhecimento de formas específicas de propriedade e uso do território e recursos ambientais; 2) o reconhecimento do direito de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas e 3) o direito a título permanente e inalienável sobre a propriedade comunal, apenas modificável por mútuo consentimento, devidamente informado, garantido o direito de indenização na hipótese de violação (§130).³¹¹

Em 2004, a Comissão IDH decidiu o Caso *Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo* contra o Estado de Belize, no qual reconheceu a violação ao direito de propriedade comunal pela falta de demarcação e também pela outorga de concessões madeireiras e petrolíferas na terra indígena.³¹²

A Corte IDH, em três casos contra o Paraguai, relativos à expulsão de povos indígenas de seu território ancestral na região do Chaco³¹³, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado e firmou sua jurisprudência no sentido do especial significado da propriedade comunal para os povos indígenas: *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai* (2005)³¹⁴, *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (2006)³¹⁵, *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010)³¹⁶.

Nesses casos, a Corte IDH reforçou que o art. 21 da Convenção Americana (direito de propriedade) deve ter como baliza interpretativa a Convenção n. 169 da OIT,

³¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos) - 27 de diciembre de 2002*. Caso 11.140 (Mérito) – Informe nº 75/02. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³¹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) - 12 de octubre 2004*. Caso n. 12.053 (mérito) - Informe nº 40/04. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³¹³ “Os indígenas do Grande Chaco são um grupo heterogêneo de mais ou menos meia centena de povos cuja aparente unidade surge da relação assimétrica que todos eles possuem com a sociedade global. Trata-se de uma população ameríndia estimada em cerca de 260 mil pessoas que falam 17 línguas reconhecidas, pertencentes a seis grupos linguísticos. Na atualidade, a situação dos indígenas do Chaco é altamente dinâmica”, segundo o perito José Alberto Braunstein, no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai.

³¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentença de 17 de junho de 2005 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

considerando o desenvolvimento experimentado no Direito Internacional dos Direitos Humanos na temática. Destacou-se, também, a situação de extrema vulnerabilidade vivenciada pelos povos indígenas quando privados de seu território ancestral, diante do estado de emergência alimentar, médica e sanitária, que afeta principalmente crianças, mulheres e idosos.

No mesmo sentido, em 2007, a Corte decidiu contra o Suriname o *Caso do Povo Saramaka*, que foi deslocado de seu território ancestral pela inundação da área para construção de usina hidrelétrica, além da mineração e exploração madeireira. A Corte IDH reconheceu os Saramaka como “comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas são diferentes de outras partes da comunidade nacional, particularmente graças à relação especial existente com seus territórios ancestrais” (§84) e, a partir da jurisprudência já firmada, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à propriedade, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à proteção judicial.³¹⁷

Ainda, em 2012, no *Caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado pela concessão à empresa petrolífera de autorização para realizar atividades de exploração e extração de petróleo no território indígena, com a utilização de explosivos de alta potência, sem consulta e consentimento prévios. A Corte declarou a violação aos direitos à consulta, à propriedade comunal indígena e à identidade cultural, além do risco aos direitos à vida e à integridade pessoal. Na oportunidade, reforçou a particular relevância dos instrumentos internacionais na proteção dos direitos culturais dos povos indígenas, como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas de 2007, para dimensionar as obrigações do Estado perante a Convenção Americana.³¹⁸

Na recente sentença de 30 de novembro de 2016, no *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*³¹⁹, referente a massacre na aldeia Chichupac em 1982, além de atos sistemáticos de violência e deslocamento forçado do povo maia de seu território ancestral, a Corte IDH reconheceu que os atos causaram a ruptura da cultura ancestral, dos vínculos históricos com o território e a

³¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de Junio de 2012*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

desarticulação do tecido comunitário, remanescendo os membros da aldeia em situação de especial vulnerabilidade (§197).³²⁰

Portanto, os precedentes apontados indicam a consolidação de um paradigma de proteção dos direitos humanos das minorias étnicas no sistema interamericano, marcado pelo reconhecimento da particular forma de vida desses povos. Segundo Andrea Schettini, “a Corte se opõe ao paradigma moderno e reconhece que a territorialidade adquire, para os povos indígenas, uma dimensão transgeracional e transfronteiriça que vai muito além das funções meramente econômicas da terra” – que se reflete nos conceitos tradicionais indígenas de Sumak Kawsay e Suma Qamaña, absorvidos no neoconstitucionalismo latino-americano, abordado no capítulo seguinte.³²¹

Pelo exposto, vimos que no precedente da Comissão Interamericana, o Caso Gran Cacique Mitchell vs. Canadá, não houve uma devida proteção do direito de circulação dos povos indígenas no âmbito de suas fronteiras étnicas. Todavia, o sistema interamericano tem firmado sua jurisprudência em favor dos direitos humanos dos povos indígenas, reconhecendo o liame particular dos povos indígenas com seu território ancestral, a partir da leitura coordenada da Convenção Americana com os demais instrumentos internacionais de proteção desses povos, além da postura assumida por outros sistemas internacionais de proteção dos povos indígenas e minorias étnicas. Assim, espera-se que aos novos casos submetidos ao sistema interamericano seja conferida interpretação que fortaleça o direito de circulação transfronteiriça, previsto no art. 20.3 da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016, pelo qual “os povos indígenas, em particular aqueles que estão divididos por fronteiras internacionais, tem direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus membros e com outros povos”.

³²⁰ Particularmente importante nesse caso, a Corte IDH determinou ao Estado a realização de uma efetiva investigação dos fatos, considerando o padrão sistemático de violações graves e maciças de direitos humanos, particularmente os desaparecimentos e deslocamentos forçados, as denúncias de tortura, execuções extrajudiciais, violência sexual e trabalhos forçados, bem como alegações de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e / ou genocídio (§285).

³²¹ SCHETTINI, Andrea. *Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63891/um_novo_paradigma_schettini.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

2.4 Sistema Africano de Direitos Humanos

Após a Primeira Guerra Mundial, a defesa dos direitos humanos tem sido usada na África no intuito de fundamentar a autodeterminação dos povos africanos e de combater o colonialismo europeu, o que se refletiu na Carta da Organização da Unidade Africana.³²²

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul – foi elaborada em 1981 e, apesar de inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e nos Pactos Onusianos de 1966, de acordo com André de Carvalho Ramos, seguiu um caminho próprio, com a mescla de valores universais aos regionais.³²³

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão Africana) foi criada pela Carta de Banjul, composta por onze membros, com competências promocionais e protetivas de direitos humanos, por meio da realização de estudos e pesquisas para subsidiar a adoção de textos normativos pelos Estados africanos, bem como da edição de pareceres e recomendações aos governos. A Comissão apresenta corpo de relatores especiais e grupos de trabalho para avaliar situações temáticas específicas, que podem ensejar elaboração de recomendação pela Comissão. Além disso, pode analisar demandas interestatais e petições individuais de vítimas de violações de direitos humanos.³²⁴

Por outro lado, as recomendações da Comissão Africana não apresentam força vinculante e, ainda, sua atuação tem sido limitada a poucos casos. Assim, ainda segundo Carvalho Ramos, esse mecanismo quase-judicial é fragilizado pela natureza de mera recomendação de seus atos, despido de mecanismo que garanta seu cumprimento.³²⁵

O Protocolo de 1998 à Carta de Banjul previu a criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP), composta por onze juízes, nacionais dos Estados da União Africana, eleitos para mandato de seis anos, renovável uma vez, com sede na Tanzânia, que dispõe de jurisdição contenciosa e consultiva.³²⁶

A Corte ADHP busca o aprofundamento dos vínculos entre os Estados Africanos, com o compromisso de zelar pelos direitos humanos internacionais. Porém, apesar da esperança nela depositada, é criticada pelas dificuldades de acesso, tendo em vista que o

³²² CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.271. Registra-se que a Organização da Unidade Africana (OUA) foi extinta e substituída pela União Africana (UA) em 2002.

³²³ *Ibidem*, p.272.

³²⁴ *Ibidem*, p. 273-274.

³²⁵ *Ibidem*, p. 275-276.

³²⁶ *Ibidem*, p. 275.

direito de ação do indivíduo é condicionado à declaração específica do Estado e à discricionariedade da Corte em aceitar ou não a demanda (art. 34.6 e art. 5.3, do Protocolo à Carta Africana) e, ainda, sofre com deficiente financiamento por parte da União Africana.³²⁷

Relativamente à crítica ao direito de ação condicionado, o processo n. 014/2011 - *Atabong Denis Atemnkeng c. African Union* foi apresentado à Corte ADHP com a finalidade de ver declarada a nulidade do art. 34.6 do Protocolo, tendo em vista sua inconsistência em relação aos objetivos de proteção internacional de direitos humanos. Todavia, por seis votos a três, a Corte não enfrentou o mérito sob o argumento de falta de jurisdição para julgar a demanda, tendo em vista que a ação foi proposta contra a União Africana, que não é parte da Carta Africana e tampouco de seu Protocolo.³²⁸ No mesmo sentido, anterior decisão da Corte, por sete votos a três, no processo nº 001/2011 - *Femi Falana c. African Union*, julgado em 2012.³²⁹

Em matéria contenciosa, até julho de 2017, a Corte ADHP concluiu o julgamento de 33 processos, dos quais nove não foram aceitos com fundamento nos artigos 34.6 e 5.3, do Protocolo à Carta Africana.³³⁰ Nenhum dos 33 casos concluídos se refere a violação de direitos de povos indígenas e, dentre os 99 casos pendentes, foi identificado apenas o processo n. 006/2012 – *African Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya*, no qual fora proferida medida provisional em favor da etnia *Ogiek*.

A Comissão Africana, por sua vez, tem efetuado maior debate sobre os direitos humanos dos povos indígenas, situados entre os grupos mais vulneráveis do continente

³²⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.275-279.

³²⁸ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *Atabong Denis Atemnkeng c. African Union*. Disponível em: <<http://areproject.co.uk/wp-content/uploads/2012/12/014-2011-Judgment-of-15-March-2013.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

³²⁹ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *Femi Falana c. African Union*. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2012.06.26_Falana_v_African_Union.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

³³⁰ A saber: Processo Nº 007/2012 - *Baghdadi Ali Mahmoudi c. República da Tunisia*; Processo Nº 005/2012 - *Amir Adam Timan c. The República da The Sudan*; Processo Nº 004/2012 - *Emmanuel Joseph Uko and Others c. República da South Africa*; Processo Nº 002/2012 - *Delta International Investments S.A, Mr and Mrs A.G.L De Lange c. República da South Africa*; Processo Nº 012/2011 - *Convention Nationale des Syndicats du Secteur Education (CONASYSED) c. República da Gabon*; Processo Nº 005/2011 - *Daniel Amare and Mulugeta Amare c. República da Mozambique and Mozambique Airlines*; Processo Nº 002/2011 - *Soufiane Ababou c. Peoples' Democratic República da Algeria*; Processo Nº 001/2008 - *Michelot Yogogombaye c. República da Senegal*; Processo n. App. No. 019/2015 – *Femi Falana v. African Commission on Human and Peoples' Rights*. Informação disponível em: <<http://pt.african-court.org/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

africano, apesar do fato de que a falta de financiamento e de recursos humanos tem sido, segundo Magnus Killander, uma grande limitação ao trabalho da Comissão.³³¹

Em 2001, foi criado o Grupo de Trabalho de Especialistas sobre Populações/Comunidades Indígenas, que busca facilitar a construção de um diálogo entre a União Africana e os Estados-membros, bem como servir de plataforma para promoção e proteção dos direitos desses povos.³³²

Para Comissão Africana, o termo indígena é utilizado para caracterizar a particular situação de povos que perpassa diversos sistemas econômicos e engloba caçadores-coletores, pastores e agricultores, que apresentam culturas, instituições sociais e sistemas religiosos distintos. É o caso dos Pigmeus da Região de Grandes Lagos, os San em Angola, os Maasai no Quênia, os Pokot no Quênia e Uganda, os Amazigh e Tuareg na Argélia, entre vários outros, que se identificam como povos indígenas, apresentam peculiar modo de ser e de viver e se encontram em constante ameaça ou risco de extinção.³³³

Nesse sentido, a Comissão Africana entende que a aboriginalidade, isto é, “quem veio primeiro”, não é significativa para identificação dos povos indígenas, uma vez que a dominação e a colonização não foram praticadas apenas por colonos brancos, mas também por grupos dominantes locais. Desse modo, a chave para a identificação é o princípio da autodeclaração, pelo qual a pessoa se identifica como indígena e parte de um grupo que se distingue da sociedade envolvente, na linha do entendimento do sistema global de direitos humanos.³³⁴

A Assembleia da União Africana, em janeiro de 2007, ao adotar a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, manifestou “preocupação com as implicações políticas, econômicas, sociais e constitucionais da Declaração no Continente Africano” e afirmou que “a vasta maioria dos povos africanos são indígenas para o Continente Africano”.³³⁵

A essa objeção de que o termo “indígenas” não poderia ser utilizado na África, sob o argumento de que “todos os africanos são indígenas”, pois todos se encontrariam no

³³¹ KILLANDER, Magnus. *African human rights law in theory and practice*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438555>. Acesso em: 4 jul. 2017.

³³² COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?* Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

³³³ Idem.

³³⁴ Idem.

³³⁵ UNIÃO AFRICANA. *Assembly/AU/Dec.141 (VIII)* – 30 de janeiro de 2017. Tradução livre. Disponível em: <http://archive.au.int/collect/auassemb/import/English/Assembly%20AU%20Dec%20134-164%20VIII_E.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

território no momento da chegada dos colonizadores europeus e todos foram submetidos à dominação, a Comissão Africana responde pela necessidade de uso do termo para identificar uma particular forma de discriminação, por meio do qual é possível buscar proteção nas normas de direitos humanos internacionais. Assim, apesar de reconhecer a preocupação com a conotação negativa e chauvinista com que o termo foi empregado na África, em decorrência do colonialismo europeu, também reconhece que o termo atualmente é internacionalmente utilizado para se referir a grupos diferenciados socialmente e vítimas históricas de desigualdade e opressão.³³⁶

Também por essa razão, a Comissão Africana compreende que os povos indígenas não devem ser confundidos com “minorias”, apesar de ocorrer uma sobreposição. Os povos indígenas demandam reconhecimento de direitos coletivos, como o direito à terra e aos recursos naturais, que não são geralmente reclamados por outros grupos minoritários. Nesse sentido, aponta que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas não contém direitos coletivos, ao passo que esses direitos são elemento central de instrumentos normativos específicos, como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.³³⁷

A Comissão Africana chama atenção para o fato de que, embora sejam diversas e complexas as formas de violação de direitos humanos na África, quanto aos povos indígenas são identificados pontos em comum. A terra, certamente, é um ponto de intersecção crítico, tendo em vista os esbulhos territoriais e o impedimento de acesso aos recursos naturais, resultado do paradigma dominante que favorece a agricultura de larga escala em detrimento do pastoreio e agricultura de subsistência, além da expulsão dos grupos para utilização da área em atividades de mineração, exploração madeireira, de petróleo e construção de barragens.³³⁸

Essa situação, para a Comissão Africana, viola gravemente a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, pela qual “Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que

³³⁶COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?* Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

³³⁷ Idem.

³³⁸ Idem.

livremente escolheu” (art. 20º); “Os povos têm a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais” (art. 21º) e “Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade” (art. 22º).³³⁹

O Sistema Africano de Direitos Humanos já se debruçou a respeito do sentido do direito de propriedade para os povos indígenas, a exemplo do Caso *Comissão Africana vs. República do Quênia* (*application* n. 006/2012), que foi recebido pela Corte ADHP, com a denúncia de violação aos direitos da comunidade indígena *Ogiek*, em razão de deslocamento forçado da Floresta de Mau, habitat ancestral desse grupo. A Corte, em março 2013, reconheceu a “extrema gravidade e urgência”, bem como a violação aos direitos de propriedade, cultura, integridade pessoal e desenvolvimento econômico, social e cultural, e concedeu medida provisional para obstar a continuidade dos atos lesivos.³⁴⁰

No sentido da “fertilização cruzada”, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em fevereiro de 2010, no caso referente à denúncia de deslocamento forçado da comunidade indígena *Endorois* de sua terra ancestral, no Quênia, utilizou expressamente o precedente *Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* da Corte IDH.³⁴¹ No Caso *Endorois*, os indígenas sustentaram que a “terra indígena, além de garantir subsistência e meio de vida, é vista como sagrada, intrinsecamente relacionada à integridade cultural da comunidade e seu tradicional modo de ser” e que a terra “pertence à comunidade e não ao indivíduo e é essencial para preservação e sobrevivência como comunidades tradicionais” (§16). Em sua decisão, a Comissão Africana concordou com o pedido e reconheceu que a remoção forçada da comunidade indígena importou violação ao direito à liberdade de religião (art. 8º), de propriedade (art. 14º), à cultura, à promoção e à proteção da moral e dos valores tradicionais (art. 17º), de acesso aos recursos naturais (art. 21º) e ao desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 22º), previstos na Carta Africana. Assim, recomendou ao Quênia a restituição

³³⁹ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?* Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

³⁴⁰ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya* (*application* n. 006/2012). Disponível em: <http://www.worldcourts.com/achpr/eng/decisions/2013.03.15_ACmHPR_v_Kenya.pdf#search=%22indigenous%22>. Acesso em: 03 jul. 2017.

³⁴¹ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, 276/2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,ACHPR,4b8275a12.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

das terras ancestrais e a garantia do acesso ilimitado dos Endorois ao lago Bogoria e às áreas adjacentes, além de efetuar compensação econômica pelas perdas.

Segundo Ellen Desmet, o caso *Endorois* tem particular importância por ter sido a primeira oportunidade em que a Comissão Africana se pronunciou sobre a definição de povos indígenas e dos direitos a suas terras e recursos naturais, com o reconhecimento de violação ao direito de propriedade sobre as terras ancestrais, tendo em vista o deslocamento desnecessário do grupo étnico para criação de reserva natural.³⁴²

Além das violações quanto aos direitos territoriais, a Comissão Africana reconhece que os povos indígenas são vítimas de discriminação e estereotipagem negativa, que busca justificar a marginalização, prisões arbitrárias e injustas, violações de direitos culturais, baixa representatividade nas esferas políticas da sociedade envolvente, falta de reconhecimento legislativo e constitucional, além da precariedade dos serviços de saúde e educação.³⁴³

Ademais, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem sido utilizada pela Comissão Africana ao lado de outros instrumentos internacionais de proteção dos povos indígenas, como a Convenção n. 169 da OIT³⁴⁴ – não obstante o fato de que apenas um país africano ratificou a Convenção, que foi a República Centro-Africana, em 30 de agosto de 2010.³⁴⁵

Apesar da existência de precedentes relativos à proteção do território indígena, especificamente quanto à mobilidade dos povos indígenas transfronteiriços, não foram localizadas decisões da Comissão ou da Corte ADH em sua defesa, em que pese as diversas notícias de violação aos direitos desses povos.

De acordo com os dados da Comissão Africana, no momento da demarcação artificial das fronteiras pela colonização europeia, várias comunidades indígenas de pastores, como os Maasai, Afar, Somali, Borana, Nuer, Pokot, Samburu, Turkana, Rendille, Orma, Karamojong, Tuareg, Fulani, Mbororo, entre outros, se encontravam espalhados por

³⁴² DESMET, Ellen. *Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico*. Tradução livre do original. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n. 75. Universidad de Deusto, Bilbao, 2014. Disponível em: <<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho75.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

³⁴³ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?* Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ *Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314>. Acesso em: 03 jul. 2017.

diferentes países e sofreram – como ainda sofrem – particulares violações de direitos humanos.³⁴⁶

Nesse sentido, os Maasai, entre o Quênia e a Tanzânia, têm sido deslocados forçadamente de seu território ancestral, nos dois lados da fronteira, desde o período de colonização até os dias atuais. Também, os Tuareg sofrem violência no Níger e Mali, tanto pelo Exército quanto por milícias e, apesar da assinatura de acordos de paz entre os dois países, o problema da impunidade persiste e a situação é frágil.³⁴⁷

Todavia, na pesquisa efetuada, não foram localizados casos judiciais ou quase-judiciais referentes a violação dos direitos dessas etnias. Apenas em relação à etnia Afar, existe o caso *Association pour la défense des droits de l'Homme et des libertés v. Djibouti* (*Communication* n. 133/94), apresentado à Comissão Africana com denúncias de abusos contra membros dessa comunidade – grupo étnico apoiado pela Frente de Restauração da Unidade e Democracia (FRUD) – por tropas governamentais, com relatos de execuções, prisões e torturas. Todavia, não houve exame de mérito pela Comissão Africana, diante da notícia de acordo entabulado entre as partes, o que fundamentou o encerramento do caso em decisão de 11 de maio de 2000.³⁴⁸

De toda forma, a Comissão já se manifestou pela possibilidade de aplicação da principiologia da Convenção n. 169 da OIT e tem aplicado a jurisprudência de outras Cortes Internacionais em suas decisões, o que possibilitaria a edição de recomendações em favor dos povos indígenas transfronteiriços.

A Comissão Africana, na Opinião Consultiva sobre a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas de 2007, registrou que o direito à autodeterminação dos povos deve ser exercido dentro dos padrões e de acordo com modalidades compatíveis com a integridade territorial dos Estados a que pertencem (parágrafo 22). Como resposta ao temor dos Estados da União Africana de demandas separatistas, afirmou que esse medo não se justifica, uma vez que a identificação transnacional é uma realidade de diversos grupos étnicos, que “co-habitam em perfeita harmonia com os princípios da integridade territorial e

³⁴⁶ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS e GRUPO DE TRABALHO DE ESPECIALISTAS PARA AS POPULAÇÕES/COMUNIDADES INDÍGENAS. *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*. Tradução livre. Do original. Disponível em: <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/African_Commission_book.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Association pour la défense des droits de l'Homme et des libertés v. Djibouti*, 133/94. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/communications/133.94/achpr27_133_94_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

da unidade nacional”, sem significar qualquer ameaça à cidadania ou nacionalidade do país (parágrafos 29, 30 e 31).³⁴⁹

Nesse contexto, o Relatório do Grupo de Trabalho da Comissão Africana critica o “princípio da santidade das fronteiras”, que tem sido usado pelos Estados-Nação para negar aos nômades o direito de associação com os parentes que se encontram em lados fronteiriços opostos, o que aumenta sua vulnerabilidade quando cruzam as fronteiras, sendo frequentes os espancamentos, prisões e subornos. “Isso tem acontecido há muito tempo e se tornou a ordem do dia para todos os povos indígenas africanos que se encontram em diferentes Estados africanos”.³⁵⁰

O Grupo ainda entende que a negação da liberdade de contato dos povos indígenas nômades com seus parentes viola o art. 6º da Carta Africana,³⁵¹ pelo qual “Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser privado da sua liberdade salvo por motivos e nas condições previamente determinados pela lei. Em particular, ninguém pode ser preso ou detido arbitrariamente”.³⁵²

Além disso, entende que há uma relação dialética entre os povos indígenas e a nação da qual fazem parte, pois, ao mesmo tempo em que pertencem a um sistema político e constitucional ao qual devem fidelidade, eles também se apresentam como povo tradicional e politicamente distinto, que frequentemente transcendem as fronteiras nacionais, o que caracterizaria uma fidelidade paralela. Em consequência, exorta o reconhecimento do caráter único dos povos indígenas e o desenvolvimento de políticas e práticas que considerem a identidade desses povos.³⁵³

Assim, não obstante o reconhecimento pela própria Comissão Africana das peculiaridades e da situação de extrema vulnerabilidade dos povos indígenas transfronteiriços, o Sistema Africano de direitos humanos praticamente não tem sido

³⁴⁹ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/un_advisory_opinion_idp_eng.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

³⁵⁰ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS e GRUPO DE TRABALHO DE ESPECIALISTAS PARA AS POPULAÇÕES/COMUNIDADES INDÍGENAS. *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*. Disponível em: <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/African_Commission_book.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

³⁵¹ Idem.

³⁵² UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

³⁵³ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS e GRUPO DE TRABALHO DE ESPECIALISTAS PARA AS POPULAÇÕES/COMUNIDADES INDÍGENAS. Op. Cit.

acionado em seu favor, o que também revela a tensão entre a “santidade das fronteiras”, os direitos humanos internacionais e sua crise de efetividade.

CAPÍTULO 3 - MOBILIDADE HUMANA, DIREITOS INDÍGENAS E ESTADO-NACIONAL

3.1 Território, soberania, povo e fronteiras étnicas

“Em 1500, menos de 20 por cento da área terrestre do planeta tinha estados delimitados por fronteiras, dirigidos por burocratas e governados por leis. Hoje, toda a terra, menos a Antártica, está dividida assim”.³⁵⁴ A partir da constatação de Jared Diamond, é surpreendente que o modelo europeu de Estado-Nação, configurado somente no século XVIII, tenha alcançado tamanha amplitude mundialmente. Essa concepção de Estado se assenta no tripé território, soberania e povo.

Território, segundo José Afonso da Silva, é “o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens”, distinto da noção de *país*, que se refere aos aspectos físicos, à “unidade geográfica, histórica, econômica e cultural das terras ocupadas”.³⁵⁵ Para Paulo Borba Casella, o território “representa a base física, ou porção da superfície do globo terrestre, sobre a qual cada estado exerce dominação exclusiva, ou o conjunto de direitos, normalmente enfeixados sob a rubrica de soberania”.³⁵⁶

Soberania, conforme Afonso da Silva, significa o poder político supremo no âmbito interno e independente no âmbito internacional, considerado em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos, sem a obrigação de acatar regras que não sejam aceitas voluntariamente.³⁵⁷

Por sua vez, povo é o elemento humano do Estado, que se relaciona ao território pelo vínculo de nacionalidade. Consiste, segundo André de Carvalho Ramos, no “conjunto de nacionais”³⁵⁸. Nas democracias liberais, a concepção de povo é associada à de cidadania. De acordo com Afonso da Silva, todos aqueles considerados cidadãos compõem o povo, que é a fonte e o titular do poder do Estado, de acordo com o princípio da soberania popular. É nesse sentido que se apresenta o conceito de democracia enquanto “governo do povo, pelo povo e para o povo”.³⁵⁹

³⁵⁴ DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Sílvia de Souza Costa, Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 266.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 100 e 106.

³⁵⁶ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19-20.

³⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 100 e 106.

³⁵⁸ CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 731.

³⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 137 e 322.

O conceito de povo não se confunde com o de *habitantes* ou *população*, que se refere ao conjunto de residentes no território, tanto os que nele nasceram quanto os que para ele migraram. Tampouco se confunde com o conceito de *nação*, que se refere a uma comunidade sociocultural, com a mesma origem, língua, costumes e tradições de seus antepassados. Nesse contexto, a *nacionalidade* representa o vínculo jurídico-político da pessoa com o Estado.³⁶⁰

Diante desse modelo de Estado, é inegável a importância histórica da Paz de Westphália, considerada um marco da sociedade internacional no mundo moderno, por ter consolidado a noção de Estado como potência soberana e politicamente independente no limite de suas fronteiras, com vistas à coexistência de diversas sociedades políticas. Todavia, no mundo moderno, as relações internacionais entre os Estados se encontravam marcadas por uma luta constante pelo poder, com a possibilidade de culminar em guerras, considerada a permissão para que cada ator soberano garantisse sua própria segurança pela força. Assim, para Gilmar Antônio Bedin, a sociedade internacional nessa época poderia ser considerada uma “anarquia internacional”, não no sentido de uma desordem completa, mas pela ausência de monopólio da violência legítima e de um governo comum supranacional.³⁶¹

No contexto pós-moderno, esse modelo se encontra em processo de mutação. De acordo com Casella, a noção de espaço do território se vincula ao tempo e é moldada conforme a conjuntura política, econômica e cultural. Após um movimento de delimitação das fronteiras dos Estados Nacionais, a noção de território tem apresentado uma crescente fluidez no direito internacional.³⁶²

Ainda segundo Casella, já no século XVII, época em que se pretendia considerar a soberania estatal como absoluta, a dignidade da pessoa humana era apontada como fator de limitação. No contexto do direito internacional pós-moderno, a emergência do ser humano como sujeito do direito internacional traz nova roupagem à concepção de soberania estatal e reduz as hipóteses de alegação de domínio reservado pelo Estado, principalmente no âmbito de proteção internacional dos direitos fundamentais, a exemplo das normas de *jus cogens*, que devem ser observadas independentemente da vontade estatal direta ou indireta.³⁶³

Desse modo, contrariamente à concepção obsoleta de soberania absoluta, é crescente a pressão internacional em favor de um conjunto de normas e de instituições voltadas à

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 322-323.

³⁶¹ BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 178-183.

³⁶² CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21 e 27.

³⁶³ *Ibidem*, p. 44-68.

implementação dos direitos humanos internacionais, bem como à primazia do ser humano, onde se insere a expansão do conteúdo das normas cogentes de direito internacional, tendo em vista a constatação de que não podem haver “limites espaciais” à proteção internacional dos direitos humanos.³⁶⁴

No Brasil, segundo Flávia Piovesan, a Constituição de 1988, ao elencar, em seu art. 4º, II, o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental de regência do Estado brasileiro nas relações internacionais, em razão dos limites e condicionamentos impostos pelas normas de direitos humanos, rompeu com a concepção tradicional de soberania absoluta.³⁶⁵

Assim, a humanização do direito internacional pós-moderno traz a centralidade do ser humano como sujeito de direito nos planos interno e internacional, de forma que os direitos imanentes a essa condição não podem ser suprimidos ou restringidos arbitrariamente pelos Estados, com base em alegações como “ordem pública” e “segurança nacional”.³⁶⁶

Nesse sentido, segundo Cançado Trindade, uma reavaliação de diversos conceitos tem sido realizada em escala global, tendo como denominador comum a particular atenção às condições de vida da população, especialmente dos grupos vulneráveis, que resulta no reconhecimento universal e definitivo do ser humano como centro do processo de desenvolvimento. Diante da centralidade dos direitos humanos como novo *ethos* do tempo atual, o modelo westphaliano, concentrado nas relações interestatais e não no indivíduo, se encontra esgotado.³⁶⁷

Atualmente, entende-se que o papel da fronteira é delimitar a esfera de atividade dos Estados, demarcando a competência exclusiva sobre o território e as eventuais situações em que a competência é exercida extraterritorialmente. Predomina o caráter de funcionalidade do território, enquanto delimitação espacial para exercício das competências do estado e, conseqüentemente, se encontra superada a teoria do território-objeto, que concebia o Estado como objeto do príncipe (depois do Estado), e a teoria do território-sujeito, pela qual o território era a expressão da personalidade do Estado.³⁶⁸

³⁶⁴ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 823-827.

³⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

³⁶⁶ CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit., p. 778.

³⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As manifestações da humanização do direito internacional. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 23, n. 31, jul./dez. 2007, p. 166.

³⁶⁸ CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit., p. 138-139.

Por esse ângulo, a concepção de fronteiras não é estática e se movimenta ao longo do tempo, ora no sentido de abertura ora no sentido de fechamento, em oscilação pendular que deve ser considerada, posto que repercute na configuração do Estado-Nação.³⁶⁹

Carbonell chama atenção para o fato de que as ciências sociais consideram algo “natural” a configuração que os Estados possuem hoje e não tem se debruçado sobre a discussão das fronteiras e de seu papel na atualidade, não obstante as profundas implicações práticas do tema. Ocorre que a facilidade de deslocamento entre diversos pontos do planeta propiciada pela globalização permite questionar se as fronteiras ainda exercem o papel histórico de delimitação e proteção do território ou se provocariam indevida discriminação entre as pessoas, ao condicionar, por exemplo, a migração com base em critérios econômicos.³⁷⁰

As fronteiras têm sido traçadas ao longo da história por meios hoje considerados ilegítimos, como as invasões, anexações, colonização etc. Desse modo, os limites fronteiriços incluem dentro do território que conforma o Estado Nacional distintos grupos étnicos e culturais que, muitas vezes, contra sua própria vontade, foram submetidos a um regime jurídico determinado pelo Estado.³⁷¹

A conquista de territórios pelos Estados com a dominação de grupos nômades e tribais é objeto de investigação por Jared Diamond que, ressalvado o erro imanente de tentar definir estágios de evolução da humanidade, aponta quatro categorias para as sociedades: bando, tribo acéfala, tribo centralizada e Estado. Bandos são os menores grupos, de liderança informal, que usam coletivamente a terra, sem dispor de muitas instituições, sem base única e permanente de residência. As tribos se distinguem dos bandos por uma maior composição e por apresentar, em alguns casos, residência fixa, com o aperfeiçoamento das técnicas para extrair alimentos. Conforme o sistema de governo, podem ser acéfalas ou centralizadas. As tribos acéfalas mantêm o sistema de governo informal, sem hierarquia de linhagem ou classe. Já as tribos centralizadas desenvolveram-se em grupos maiores, entre milhares e dezenas de milhares de pessoas. O potencial de conflito desses grupos conferiu ao chefe o monopólio do uso da força e o reconhecimento formal do posto, como direito hereditário. Ainda, operou uma mudança do sistema de troca para uma economia redistributiva, em que o chefe redistribuía os excedentes por todo o grupo ou os recebia como tributo. As tribos

³⁶⁹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 118-119.

³⁷⁰ CARBONELL, Miguel. Discutiendo sobre fronteras y migrantes: el argumento de los derechos. Tradução livre do original. In: *Direitos fundamentais e justiça*, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008, p. 14-15.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 25-26.

centralizadas – que surgiram presumidamente por volta de 1000 a.C. na Mesoamérica e nos Andes e, por volta de 5000 a.C., no Crescente fértil – desapareceram no século XX, tendo em vista a ocupação das melhores terras, almejadas pelos Estados.³⁷²

O triunfo dos Estados sobre as entidades mais simples se justifica, segundo Diamond, por possuírem uma população mais numerosa, pela superioridade das armas e tecnologias e, também, pela defesa genética a algumas doenças em decorrência de fatores históricos e geográficos. Além disso, a centralidade do poder decisório aliada às religiões oficiais e ao fervor patriótico também teriam favorecido a dominação pelos Estados, diante da disposição de lutar até a morte, a exemplo das conquistas cristãs e islâmicas.³⁷³

Isto posto, diante da fusão ou conquista de outros grupos pelos Estados, outra importante diferença entre as categorias de sociedades é que, enquanto os bandos, as tribos acéfalas e, na maioria das vezes, as tribos centralizadas eram constituídas de um único grupo étnico e linguístico, os Estados são multiétnicos e multilíngues.³⁷⁴

Nessa perspectiva, segundo Casella, o processo de colonização teve o Estado como modelo de organização política, econômica e social, universalizado como dado comum ou mesmo como uma questão “natural”. A unificação da diversidade dos grupos dominados foi forçada mediante a subordinação ao discurso “civilizado” e ao imaginário forjado de um destino comum, por meio de mitos seculares, como a missão civilizatória do homem branco, a selvageria dos nativos e a doutrina da *terra nullius*. A colonização se sustentou na crença da superioridade de um modelo em detrimento de outros, pela força das armas e do discurso ideológico.³⁷⁵

Observa-se que a aquisição de território por meio do uso da força era admitida pelo direito internacional antigo, que, segundo Cançado Trindade, era marcado pelo voluntarismo estatal ilimitado e, conseqüentemente, pela permissividade à guerra, à celebração de tratados desiguais e à da manutenção de colônias.³⁷⁶ Todavia, atualmente, a jurisdição internacional abriga um novo paradigma, consignado no “princípio da impossibilidade de aquisição de território mediante uso da força”, reconhecido expressamente pela Corte Internacional de Justiça, que exclui a legalidade de conquista militar para adquirir territórios. Portanto, a

³⁷² DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Silvia de Souza Costa, Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 265-275.

³⁷³ *Ibidem*, p. 278-284.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 278-284.

³⁷⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 790-791.

³⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As manifestações da humanização do direito internacional. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 23, n. 31, jul./dez. 2007, p. 159-160.

partir do paradigma atual, a análise das fronteiras estatais não passaria pelo crivo das normas internacionais de direitos humanos.³⁷⁷

A esse respeito, segundo Will Kymlicka, é contraditório que nas democracias liberais a localização das fronteiras seja resultado, quase sempre, de injustiças históricas e de meios ilegítimos. Além disso, apesar da visão de que o Estado é uma criação à serviço das necessidades humanas, da defesa da liberdade e da livre-determinação, a rediscussão das fronteiras é interdita. Para Kymlicka, numa democracia liberal, o mais adequado seria garantir a liberdade de eleição sobre a decisão de permanecer ou não ao Estado de origem, o que forneceria uma definição legítima das fronteiras.³⁷⁸

Ainda segundo Kymlicka, é contraditório também o fato de que, numa sociedade defensora da igualdade moral dos indivíduos, haja o impedimento do direito de ir e vir a algumas pessoas conforme o local de nascimento, apesar de o debate sobre uma política de fronteiras abertas se apresentar uma decorrência lógica. Todavia, o debate parece estar tacitamente proibido e “o mero fato de mencioná-la significa rotular-se como ingênuo irremediável” ou mesmo como “perigosamente irresponsável”.³⁷⁹

A respeito da identidade cultural do território, Kymlicka aponta que, nas democracias liberais, “o nacionalismo criou o mito de uma única comunidade nacional que inclui todas as classes em um território”. Há uma estreita relação da fronteira com a concepção de nacionalidade, o que pode revelar uma postura etnocentrista moralmente injustificável pelo privilégio à identidade nacional, apesar da existência de diversos povos que não se sentem parte da comunidade nacional dominante, seja porque a maioria tem evitado sua integração seja porque não desejam integrar-se.³⁸⁰

Na mesma linha, de acordo com Casella, os Estados tendem a privilegiar uma visão territorialista da soberania, cuja ênfase repousa apenas sobre um dos elementos, o território, em detrimento do elemento principal, que é o povo. Essa visão “parece esquecer que são, justamente, as pessoas que imprimem caráter a determinado espaço e o transformam em quadro da vida, onde se inscreve determinada civilização, com suas características, e base

³⁷⁷ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 873. “*As the Court stated in its Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), the principles as to the use of force incorporated in the Charter reflect customary international law (see I.C.J. Reports 1986, pp. 98-101, paras. 187-190); the same is true of its corollary entailing the illegality of territorial acquisition resulting from the threat or use of force*”. (§87, destaquei) Corte Internacional de Justiça, *Consequências jurídicas da construção do muro nos territórios palestinos ocupados* (parecer consultivo de 9 de julho de 2004). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

³⁷⁸ KYMLICKA, Will. *Fronteras territoriales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 38-40.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 38 e 40.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 44-47.

para o desenvolvimento econômico e social”.³⁸¹ Nesse contexto, a análise da dimensão humana do território permite destacar a peculiar relação dos povos indígenas com a terra e suas fronteiras étnicas.

Consoante Luciano-Baniwa, “a territorialidade indígena não tem nada a ver com soberania política, jurídica e militar sobre um espaço territorial, como existe em um Estado soberano. Tem a ver com um espaço socionatural necessário para se viver individual e coletivamente”. Destarte, a noção de território indígena demanda a existência de “espaço étnico”, para desenvolvimento dos costumes, cultura, modos de ser e de viver.³⁸²

Nesse sentido, segundo André de Carvalho Ramos, “o núcleo duro do direito dos povos indígenas, consagrado na CF/88 e na Convenção n. 169 da OIT, é sua relação especial com suas terras”, tendo em vista o reconhecimento dessas comunidades como senhores primários e naturais da terra.³⁸³

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo”.³⁸⁴

Logo, aos indígenas não é dado transigir com a posse do território a que pertencem, por ser condição essencial à sua sobrevivência. Como visto no capítulo anterior, no âmbito da jurisdição internacional dos direitos humanos, a importância do direito à terra para os povos indígenas tem recebido notório destaque, a exemplo do caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua*, decidido pela Corte Interamericana de Direito Humanos e do caso *Endorois*, apreciado pela Comissão Africana de Direitos Humanos. Também a Agenda 21, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992 reconhece, como base para a ação, que “as populações indígenas e suas comunidades têm uma relação histórica com suas terras” (Item 26.1).³⁸⁵

Na linha da peculiar concepção de território para os povos indígenas, a noção de fronteira, segundo Aguiller Urquiza, vai além da noção física ou geográfica e engloba os

³⁸¹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 780.

³⁸² LUCIANO-BANIWA, Gerssem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2016.

³⁸³ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 721.

³⁸⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 120.

³⁸⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21*. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

aspectos sociais, econômicos e culturais, como construção histórica e cultural simbolicamente produzida.³⁸⁶

De acordo com Fredrik Barth, as fronteiras étnicas podem ter ou não contrapartidas territoriais e subsistem apesar do fluxo de pessoas, quer dizer, “as distinções de categorias étnicas não dependem de uma ausência de mobilidade, contato e informação”.³⁸⁷

Importa destacar que, a partir das ideias de Barth, houve uma mudança do paradigma culturalista, que centrava a caracterização dos grupos étnicos na cultura, para o paradigma etnicista, pelo qual os grupos étnicos são vistos como uma forma de organização social, cuja principal característica é a autoatribuição ou a atribuição por outros de uma categoria étnica. Desse modo, o principal para caracterização do grupo étnico é a atribuição da categoria étnica e não a cultura, que é suscetível a mudanças.³⁸⁸ Nessa linha, André de Carvalho Ramos esclarece que a autoidentificação é, hoje, o critério dominante de identificação como indígena, já reconhecido pela Convenção n. 169 da OIT. A autoidentificação não elimina a heteroidentificação, desde que esta se encontre restrita à própria comunidade indígena a que o indivíduo declara pertencer.³⁸⁹

Essa nova perspectiva resolve duas dificuldades conceituais identificadas quando a cultura é situada como fator principal: 1) os traços culturais que demarcam a fronteira étnica podem mudar e ainda assim persistir o grupo étnico e 2) apenas fatores socialmente relevantes são hábeis a determinar a pertença ao grupo e não meras diferenças “objetivas” culturais.³⁹⁰

Desta maneira, os povos indígenas se mantêm como grupo étnico apesar do contato com a sociedade envolvente e, especialmente, não deixam de ser indígenas por mudanças de traços culturais, tendo em vista que a própria cultura é dinâmica. O reconhecimento dos indígenas como grupo étnico parte de sua autoatribuição e do compartilhamento de códigos e valores, como organização social, no âmbito de suas fronteiras étnicas, que podem não corresponder às fronteiras internacionais.

À vista disso, identificada determinada pessoa como pertencente a um grupo a partir das fronteiras étnicas, com o conseqüente compartilhamento de critérios de avaliação de

³⁸⁶ URQUIZA, Antonio H. Aguilera. *Povos indígenas em situação de fronteira*. Disponível em: <<http://jornalprincipia.blogspot.com.br/2012/09/povos-indigenas-em-situacao-de-fronteira.html>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

³⁸⁷ BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe. *Teorias da etnicidade*. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: Unesp, 2011, p. 188.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 193.

³⁸⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 701.

³⁹⁰ BARTH, Fredrik. *Op. Cit.*, p. 195.

julgamento, o contato social com pessoas de culturas diferentes não prejudica a permanência do grupo étnico, como organização social, quando mantida uma estrutura de interação que permite a persistência das diferenças. Logo, o grupo étnico não desaparece quando há o contato interétnico, uma vez que permanece como realidade organizacional.³⁹¹

Apesar disso, a concepção de intrínseca identidade entre Estado e nação formulada na Revolução Francesa foi, de acordo com Rosane Freire, um modelo replicado de forma acrítica na América Latina, em total desconsideração à diversidade cultural e linguística, especialmente dos povos indígenas. A questão se apresenta como se não valesse à pena colocar os clássicos conceitos em xeque por causa de minorias invisibilizadas, de modo que a relação entre Estado e identidade nacional não foi – e continuaria sem ser – vista como relevante ou problemática.³⁹²

Nesse ponto, importa considerar que, em um dado momento da história nacional, a ideia de construção da identidade nacional através de diversas matrizes culturais foi apresentada para fazer frente a uma pretensa superioridade europeia. Essa ideia repercutiu no movimento literário modernista do século XX, a exemplo de “O manifesto antropófago” (1928), de Oswald de Andrade, pelo qual se compreende que a identidade nacional foi formada pela fusão forçada, pela “digestão” de diferentes elementos culturais. “Só a antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente. Única lei do mundo. [...] Tupi, or not tupi that is the question”.³⁹³ Também a obra “Macunaíma” (1928), de Mário de Andrade, se voltou à valorização das raízes da cultura brasileira em igualdade com as demais, por meio de seu “herói sem caráter”, um índio que se atrai pela cidade grande.³⁹⁴ Todavia, por outro lado, essa ideia de “mestiçagem” – como identidade mestiça oriunda da união de indígenas, africanos e europeus – terminou por servir a um propósito de identidade

³⁹¹ BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe. *Teorias da etnicidade*. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: Unesp, 2011, p. 188, 195-196 e 204.

³⁹² LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 4. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

³⁹³ ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropófago. In: TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas*. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.

³⁹⁴ CRUZ, Daniel; CHAPADEIRO, João Fernando; MESQUITA, Laila. Macunaíma, o herói brasileiro de todos os tempos - O octogenário do romance modernista que ajudou a construir a nossa identidade. In: *Revista Eclética*, jul./dez. 2007, p. 12-14. Disponível em: <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/media/3%20-%20macunaíma,%20o%20herói%20brasileiro%20de%20todos%20os%20tempos.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2017.

nacional que sufocou a heterogeneidade identitária no interior desses Estados.³⁹⁵ Também nessa linha, segundo Sbalqueiro Lopes, o mito da miscigenação racial como fundante do povo brasileiro atendeu ao ideal de reprodução do modelo de *nação* importado da Europa e de manutenção da unidade nacional.³⁹⁶

Nesse sentido, para Aníbal Quijano, o modelo de Estados Nacionais na América Latina revela-se, em relação aos povos indígenas, como uma “colonialidade do poder”, uma vez que consiste em mera rearticulação do poder sobre novas bases institucionais, ao redor do mesmo eixo colonial, em detrimento da maioria da população – os índios, negros e mestiços. Se o “colonialismo” chegou ao fim com os processos de descolonização no pós-Segunda Guerra Mundial, a “colonialidade” ainda permanece, em situação paradoxal, pela presença de Estados independentes e sociedades coloniais – um paradoxo apenas aparente, tendo em vista a confluência dos interesses dos grupos dominantes dos Estados independentes e suas anteriores sociedades coloniais.³⁹⁷

Para Paulo Thadeu Gomes da Silva, tais colonialismos ou colonizações internas “representam-se pela manifestação de formas de autorreprodução sistêmica da sociedade majoritária nas quais as formas ocidentais de ser, de viver e de compreender o mundo prevalecem sobre as indígenas e ditam, por assim dizer, as regras”.³⁹⁸

Também para Casella, recorrências nos dias atuais podem ser apontadas como “neocoloniais”, apesar da ruptura do direito internacional com o modelo colonial após 1960, com a inserção da temática indígena na agenda da ONU.³⁹⁹

Vítimas dos colonialismos, diversos povos indígenas transfronteiriços, como os Guarani, foram confinados a pequenas extensões de terras, impróprias à reprodução e à manutenção do modo de ser e viver, o que tem gerado complexos problemas na atualidade. A proibição da livre circulação desses povos entre as fronteiras ainda reproduz o padrão de

³⁹⁵ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 8. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

³⁹⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 166.

³⁹⁷ QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³⁹⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017, p. 301.

³⁹⁹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 782.

colonialidade, uma vez que insiste em negar aos povos indígenas seu modelo cultural e seu direito à autodeterminação.

Carlos Viteri Gualinga, antropólogo indígena do Equador, destaca o prejuízo que a fixação de um limite divisório traz para os povos indígenas na fronteira, pela separação de povos e pelas arbitrariedades contra a população local, que se apresenta como “um muro de Berlim em plena selva”. Em verdade, a aspiração dos indígenas de reativar ou manter e desenvolver relações com seus povos não é novidade, o que compreende relações familiares, visitas, intercâmbio de conhecimentos, diálogos organizacionais, intercâmbio de produtos, espécies vegetais, animais e comércio, como tem ocorrido com os Shuar e Achuar na região fronteira do Equador e Peru, por meio de encontros binacionais.⁴⁰⁰

Nessa temática, é recorrente o temor dos Estados em relação a eventual direito de secessão. Todavia, os povos indígenas não têm defendido o *status* de Estado soberano para seus territórios. Apesar de parte do movimento indígena compreender a palavra *povos* como mais abrangente do que *sociedades*, pois representaria mais fielmente a situação das populações indígenas, enquanto coletividade étnica e culturalmente diferenciada⁴⁰¹, os indígenas têm manifestado a intenção de permanecer no próprio Estado e, no seio deste, exigir o respeito a seus direitos específicos, o que está expresso em diversos instrumentos internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração da ONU e a Declaração da OEA sobre Direitos dos Povos Indígenas, como visto no capítulo I.

A utilização ou não do termo *povo* ou *povos* pelos indígenas é objeto de disputa semântica no foro internacional. Para Norbert Rouland, essa “batalha do S” (*people* ou *peoples*) é mais uma disputa política do que jurídica, tendo em vista a polissemia do termo “povo” no direito internacional e o fato de que “o emprego ou não-emprego de um termo não é suficiente para criar ou negar direitos”.⁴⁰² Além disso, segundo Ronald Niezen, sequer seria conveniente aos povos indígenas pleitear a separação territorial, diante das obrigações internacionalmente assumidas pelos Estados que servem como proteção em um contexto de violação massiva de direitos humanos.⁴⁰³

⁴⁰⁰ GUALINGA, Carlos Viteri. *Fronteras e pueblos indios*. Disponível em: <https://www.flacso.edu.ec/docs/ecuaperu_viteri.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴⁰¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 166-167.

⁴⁰² ROULAND, Norbert. O direito dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 475-476.

⁴⁰³ NIEZEN, Ronald. *The origins of indigenism – human rights and the politics of identity*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003, p. 205.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho também destaca que não há qualquer relação necessária entre a autodeterminação dos povos indígenas e o desejo de formação de novo Estado. A opção de viver sob outra organização estatal, sem a constituição em Estado, é manifestação da própria autodeterminação. “Mais do que isto, os povos que vivem sem Estado, hoje, precisam apenas de Estado que os proteja do próprio Estado, das classes que têm poder no Estado e de outros Estados. Este é seu paradoxo”.⁴⁰⁴

Nessa linha, Robério Nunes dos Anjos Filho lembra que as concepções de *Estado-Nação*, *poder constituinte*, *constituição*, *território* e *soberania* não pertencem originariamente à cultura indígena, tampouco o conceito de *secessão*, que guardam relação com a sociedade majoritária. Aos povos indígenas, que em sua maioria adotam a noção de *território compartilhado* com outras comunidades, não tem pertinência a noção de território exclusivo do Estado-Nação e, conseqüentemente, a ideia de separação e exclusividade territorial.⁴⁰⁵

A respeito da preocupação quanto a eventual direito de secessão, André de Carvalho Ramos observa que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (Petição 3388), abordou a questão ao afirmar que a CF/88, ao invés do termo “território indígena”, optou proposadamente por usar “terras indígenas”, que traduz conceito sociocultural desprovido de soberania. Logo, para o STF, nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, tampouco nenhuma etnia ou comunidade se constitui unidade federada.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

⁴⁰⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais – diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 605-606.

⁴⁰⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 723. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Caso Raposa Serra do Sol. Ementa: [...] 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. **Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada.** Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. **Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada.** Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. [...] (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049) (destacamos)

De acordo com Dalmau, nas últimas décadas, em nenhuma das Assembleias Constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia surgiram vozes indígenas expressivas a reclamar soberania, pelo contrário, restou bem definida a distinção entre *povo* como sujeito soberano e *nação* como realidade social e histórica, motivo pelo qual eram reivindicadas as *nacionalidades* indígenas⁴⁰⁷ – questão que será tratada ainda neste capítulo, no item 3.2.

Quanto à terminologia empregada na presente pesquisa, são adotados os termos *povos*, *sociedades*, *comunidades* e *grupos* indígenas no mesmo sentido de entes autônomos, mas não soberanos. Por uma questão didática, deixou-se de optar por uma terminologia como a mais adequada para se referir aos indígenas, tendo em vista a ampla profusão de todos os termos – grupos, sociedades, comunidades e povos indígenas –, que ao fim tem apresentado, de modo geral, correspondência de significados.

Essa ressalva é necessária, tendo em vista que, quando se fala da noção de território indígena, *nações* indígenas, povos transfronteiriços e seu direito de livre circulação, é perceptível, até mesmo no meio acadêmico, uma certa estigmatização do debate, no sentido de que seu reconhecimento conduziria a tamanha instabilidade que melhor seria evitar a própria discussão.

Esse temor – sobretudo ao debate – não deveria existir, tendo em vista que o modelo de Estado atual, como afirma Casella, “não é o único modelo possível, conceitualmente, nem há de ser o único aplicável historicamente”.⁴⁰⁸ Portanto, eventual reconfiguração da organização social, política e econômica das sociedades não seria evento novo na história da humanidade.

Além disso, a discussão da temática (reforça-se, a discussão) deveria ser aberta, ao invés de ser encoberta sob o manto de que “as fronteiras políticas são sacrossantas e que os grupos que se encontram dentro de um determinado Estado como resultado histórico tem que aceitar que este é seu destino perpétuo, independentemente de se isso lhes agrada ou não”, conforme crítica tecida por Kymlicka.⁴⁰⁹

Pelo exposto, o paradigma do Estado nacional é utópico para estados marcados por diversidade étnica e cultural. Não corresponde à realidade a visão estática de fronteiras, a

⁴⁰⁷ DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

⁴⁰⁸ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41.

⁴⁰⁹ KYMLICKA, Will. *Fronteras territoriales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 41.

dimensão meramente espacial do território, a concepção de soberania absoluta e a de povo como nação homogênea. A realidade de estados pluriétnicos, a humanização do direito internacional e a proteção internacional dos direitos humanos tem revelado que tais compreensões merecem atualização, a fim de que não sejam gravemente violados os direitos de grupos minoritários, como os povos indígenas, que apresentam peculiar visão a respeito da noção de território e fronteiras, bem como sobre as concepções de nacionalidade e cidadania, abordadas a seguir.

3.2 Nacionalidade numa sociedade pluriétnica

A nacionalidade, afirma André de Carvalho Ramos, é definida “como sendo o vínculo jurídico entre determinada pessoa, denominada *nacional*, e um *Estado*, pelo qual são estabelecidos deveres recíprocos”⁴¹⁰.

No século XX, passa a ser considerada direito essencial, consagrado na Declaração de Direitos Humanos, no Artigo 15º, que dispõe: “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”. Também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, no art. 19, consagra que “Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”.

Segundo Nadia de Araújo, a proteção dos direitos humanos adquire *status* global após os horrores da Segunda Grande Guerra, por causa da ruptura ocasionada pela ação do Estado totalitário, que segregou no cenário internacional um grupo de “sem-direitos” (*rightless*), conforme expressão cunhada por Hannah Arendt, desprovidos de nacionalidade ou de qualquer vínculo com um Estado nacional e, por conseguinte, de direitos inerentes à condição humana.⁴¹¹

Diante do íntimo relacionamento da nacionalidade com o exercício da cidadania, não se desconhece a importância do conceito de nacionalidade e seu papel na proteção de dos direitos humanos. Todavia, é preciso questionar se o conceito clássico de nacionalidade se

⁴¹⁰ CARVALHO RAMOS, André. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

⁴¹¹ ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

adequa à complexidade social, política, econômica e cultural da sociedade contemporânea e se consegue promover o acolhimento de todos os indivíduos.

Segundo Peter Demant, à época da Paz de Westfália, em 1648, a maioria dos Estados da Europa Ocidental se apresentava homogênea quanto à religião, raça e etnia, o que influenciou a formulação do conceito de nacionalidade, apesar de a pretendida homogeneidade nunca ter ocorrido de forma total nesses Estados, tendo em vista a presença dos galeses, escoceses e irlandeses celtas na Inglaterra; os bretões, languedociens e bascos na França; os bascos, catalães e galegos no reino de Castela, além da presença dos judeus e ciganos em todos eles. Porém, enquanto “grupos não pertencentes” e, conseqüentemente, desiguais e inferiores, essas populações não eram consideradas verdadeiramente nacionais. Na medida em que a França, Grã-Bretanha e Holanda eram Estados quase homogêneos quanto à “raça”, nos Estados Unidos havia o “problema da cor”, mas como a escravidão se encontrava naturalizada, era também natural a exclusão dos negros dos direitos constitucionais.⁴¹²

A Revolução Francesa, ainda segundo Demant, depois de abolir as divisões baseadas em privilégios feudais e derrotar o absolutismo, se expandiu e seus ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” despertaram movimentos liberais e nacionais em outras partes do mundo, levando a Europa à “era dos nacionalismos”, com o surgimento de diversos novos Estados norteados pelo princípio da nacionalidade e autodeterminação. Essa estabilidade se fraturou no momento das revoluções política, industrial e demográfica que começaram no final do século XVIII, pondo em xeque a existência de um Estado que, embora definido como única nação, continha diversos grupos diferenciados. A turbulência social se expandiu com a descolonização da maioria das colônias americanas no século XIX e a conseqüente formação de novos Estados, cujas sociedades eram marcadamente multirraciais, resultado da interação entre indígenas, escravos africanos e imigrantes.⁴¹³

Essa onda emancipatória atingiu a África e a Ásia, provocando o surgimento de novos Estados ao longo de linhas de fronteira arbitrariamente erigidas pelas nações colonizadoras, com o destaque de uma característica em comum: a heterogeneidade racial, étnica e/ou religiosa das sociedades. Para Peter Demant, todo esse contexto leva à indagação: como sociedades tão heterogêneas podem coexistir?⁴¹⁴

⁴¹² DEMANT, Peter. Minorias - direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 389-390.

⁴¹³ Ibidem, p. 389-391.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 391-392.

Não suficiente, nos dias atuais, outro elemento é acrescentado a essa problematização: a presença de migrantes transnacionais. É que, diante dos avanços nas áreas de transporte e comunicação decorrentes do processo de globalização, se constata um expressivo deslocamento entre fronteiras nacionais, como parte das vidas diárias dos indivíduos. Em consequência, passa a ser realidade o fenômeno do “transnacionalismo” que, conforme abordagem de Álvaro Lima, caracteriza uma nova forma de integração dos migrantes.⁴¹⁵

3.2.1 O fenômeno do transnacionalismo

A dinâmica de migrações e relações entre os povos é uma constante nas comunidades humanas, sobretudo no atual contexto de globalização, em que é notável o recrudescimento da comunicação entre os diversos e numerosos Estados e, por conseguinte, dos fluxos além das fronteiras, denominados de “fluxos transnacionais, interjurisdicionais ou transfronteiriços”.⁴¹⁶

Em consequência, as situações da vida privada apresentam, não raro, um elemento de internacionalidade, denominado pelos doutrinadores de “elemento de estraneidade”, que provoca quebra da ficção da “tipicidade” ou normalidade do vínculo único com um só ordenamento jurídico.⁴¹⁷ Assim, a migração transnacional é caracterizada como resultado da globalização econômica e abarca diversos tipos de migrantes – não apenas os pobres ou originários de países pobres –, que continuam a manter laços com seus países de origem e criam comunidades híbridas com ricos traços multiculturais.⁴¹⁸

É uma visão que desafia as teorias tradicionais de assimilação, pelas quais os imigrantes mais plenamente integrados nas sociedades de acolhimento estariam menos propensos a continuar a se envolver com seus países de origem. O transnacionalismo afeta diversos setores da sociedade cosmopolita, com implicações na economia, na formulação de

⁴¹⁵ LIMA, Álvaro. *Transnationalism: a new mode of immigrant integration*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.bostonredevelopmentauthority.org/getattachment/b5ea6e3a-e94e-451b-af08-ca9fcc3a1b5b/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁴¹⁶ CARVALHO RAMOS, André de. Direito Internacional Privado e a ambição universalista. In: TIBURCIO, Carmem; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 15.

⁴¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: MENEZES DIREITO, Carlos Aberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto e PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331.

⁴¹⁸ LIMA, Álvaro. Op. Cit.

políticas públicas, bem como na promoção do multiculturalismo, com influência nas noções de comunidade, identidade pessoal e desenvolvimento econômico.⁴¹⁹

Nessa linha, Robert D. Sloane pontua que o tradicional conceito de nacionalidade como relação do indivíduo com o Estado (*genuine link*) perde espaço no contexto de mundo globalizado, em que não é possível estabelecer um único liame.⁴²⁰ Desse modo, o cenário global de hoje exige o *aggiornamento* dos parâmetros jurídicos, que devem atentar para realidades como o transnacionalismo.

Por exemplo, no Direito Internacional Privado, o método conflitual tradicional caracteriza-se pela existência de uma rígida regra de conflito, que soluciona um conflito de leis pela indicação da lei aplicável. Assim, as pessoas físicas são regidas pela *lex patriae* ou pela *lex domicilii*; os contratos, pela *lex loci contractus* ou pela *lex loci solutionis*; as obrigações decorrentes de atos ilícitos, pela *lex loci delicti commissi* e os bens, pela *lex rei sitae*. Segundo Jacob Dolinger, a utilização do critério da nacionalidade advém do *Ancient Droit*, com a máxima *statum non ligat nisi subditos*, pela qual a lei só rege os súditos. As vantagens de reger o estatuto pela lei da nacionalidade seriam: a) a maior adequação da lei nacional, tendo em vista que as legislações refletem os costumes e as tradições nacionais; b) a estabilidade, uma vez que a nacionalidade é elemento mais estável do que o domicílio, que se altera com frequência e c) a certeza, por ser um fator mais fácil de determinação, a fim de evitar insegurança jurídica.⁴²¹

Todavia, para o Direito Internacional Privado aplicado numa sociedade de elevado fluxo transfronteiriço e na qual os estrangeiros residentes mantêm fortes laços com o país de origem e também com o país receptor, esvai-se a razão de aplicação da *lex patriae* como elemento de conexão, supostamente “mais adequada” porque refletiria os costumes e as tradições nacionais. Assim, exsurge considerar as peculiaridades dos indivíduos, o que, associado à ascensão dos direitos humanos, impõe aos Estados considerar as pessoas enquanto pessoas e não apenas como nacionais, evitando-se discriminações desarrazoadas. Apesar de o direito internacional clássico compreender a atribuição da nacionalidade como uma questão de direito interno, que se submete apenas a limitações baseadas na vontade

⁴¹⁹ LIMA, Álvaro. *Transnationalism: a new mode of immigrant integration*. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.bostonredevelopmentauthority.org/getattachment/b5ea6e3a-e94e-451b-af08-ca9fcc3a1b5b/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁴²⁰ SLOANE, Robert D. *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*. Tradução livre. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262877>>. Acesso em 10 jun. 2015.

⁴²¹ DOLINGER, Jacob. A evolução do direito internacional privado no século XX. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 301-302 e 336.

estatal, a humanização do direito internacional traz a necessidade de mudanças, que arrefecem a liberdade total do Estado.

Nessa toada, o papel da comunidade internacional tem se expandido e, associado ao fenômeno do transnacionalismo, verifica-se, consoante afirma Luís Renato Vedovato, um número muito maior de pessoas com dupla nacionalidade no mundo e os possíveis conflitos decorrentes estimulam os Estados a celebrar acordos internacionais para regularização.⁴²²

Para além disso, ao lado dos migrantes “transnacionais” impulsionados pelo elevado fluxo migratório global, se encontram também outros atores sociais que exigem adequação do conceito de nacionalidade à sua realidade. É o caso dos povos indígenas, que demandam um novo olhar e a consideração de suas peculiaridades para garantia de seus direitos enquanto grupo étnico.

O fenômeno do transnacionalismo, como tem sido compreendido, não cuida propriamente da mobilidade indígena transfronteiriça no território ancestral, que encontra em outras razões sua origem. Não é impossível a um indígena ser um migrante transnacional, porém esse deslocamento trataria de outra forma de migração indígena, diversa da que é objeto da presente pesquisa, conforme será abordado no capítulo 4. Assim, não se pretende esgotar o tema do transnacionalismo, mas apenas abordá-lo – ainda que *en passant* – devido à necessidade de demonstrar a complexidade da questão relativa à nacionalidade e delimitar a sua distinção em relação ao conceito de plurinacionalidade tratado a seguir.

3.2.2 Plurinacionalidade e povos indígenas

A década de 1980 inaugurou, na América Latina, um movimento de reconstrução constitucional. Para Raquel Fajardo, foram três os ciclos de reformas constitucionais, da década de 1980 até 2010, que trouxeram progressivamente aos elementos centrais da configuração dos Estados as novas demandas indígenas e, também, a resistência a elas por meio dos antigos e novos “colonialismos”.⁴²³ O primeiro ciclo é o “constitucionalismo

⁴²² VEDOVATO, Luís Renato. Luís Renato. *Ingresso do estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do direito internacional público*. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.62.

⁴²³ Expressão utilizada pela autora. Ressalta-se, porém, que não se desconhece a distinção apresentada por Quijano, no sentido de que o termo mais adequado seria “colonialidade”, que revela o padrão eurocêntrico de dominação mesmo após os processos históricos de descolonização.

multicultural” (1982-1988), seguido do “constitucionalismo pluricultural” (1989-2005) e, por fim, o “constitucionalismo plurinacional” (2006-2009).⁴²⁴

No primeiro ciclo – o constitucionalismo multicultural – houve a introdução do conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade, bem como o direito à identidade cultural e direitos indígenas específicos, sem reconhecimento explícito do pluralismo jurídico. Como marcos deste período estão as constituições do Canadá (1982) – que reconhece de modo pioneiro a herança multicultural e os direitos dos aborígenes –, da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988).⁴²⁵

No segundo ciclo, o constitucionalismo pluricultural, como principal característica, as constituições introduzem fórmulas de pluralismo jurídico, que rompem a ideia de monismo jurídico ao reconhecerem funções jurisdicionais indígenas. Nesse modelo, se encontram as constituições da Colômbia (1991), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999), além das constituições do México e Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia e Argentina (1994).⁴²⁶

O terceiro ciclo, o constitucionalismo pluricultural, é representado pelos processos constituintes da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008) e se encontra no marco da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007). Essas constituições propõem uma refundação do Estado a partir do reconhecimento da ancestralidade dos povos indígenas e de suas nacionalidades, com vistas a pôr fim a um secular regime colonial.⁴²⁷

Nesse período de reformas, quanto aos direitos indígenas em países da América Latina, entende Noguera-Fernández e Diego que é apenas a partir de década de 1990 que ocorre uma significativa constitucionalização.⁴²⁸ No mesmo sentido, segundo Dalmau, apesar de a Constituição brasileira de 1988 ser um precedente importante na proteção dos

⁴²⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.sitioswwwweb.com/miguel/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴²⁵ Idem.

⁴²⁶ Idem.

⁴²⁷ Idem.

⁴²⁸ NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. In: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2011, p. 15-49. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685376>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

povos indígenas, o reconhecimento desses povos apenas surgiu com força decisiva no novo constitucionalismo (Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia), quando os indígenas passaram a ser sujeitos de direito da ordem constitucional e construtores de uma nova realidade.⁴²⁹

Não se pode olvidar que o neoconstitucionalismo latino-americano não foge às complexidades e ambiguidades da juridicização do campo indigenista, delineada por Orlando Villas Bôas Filho, marcada pela luta frente à supremacia da ordem imposta, a desconsideração das categorias autóctones no processo normativo e a assimetria de forças usada contra os povos indígenas.⁴³⁰

Nesse sentido, segundo Noguera-Fernández e Diego, considerando que o constitucionalismo tradicional tem enfrentado uma profunda crise diante do desmantelamento do Estado Social e da consolidação da globalização neoliberal, seria esperado um movimento contrário à constitucionalização. Todavia, contraditoriamente à situação de crise, a América Latina nos últimos anos tem fortalecido os conceitos de Constituição e constitucionalismo, por meio dos processos constituintes e da promulgação de novas constituições, que têm se adaptado ao cenário atual com a inserção de elementos inovadores, fazendo com que o neoconstitucionalismo latino-americano seja apontado como um novo modelo constitucional, do qual são expoentes a Constituição da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (1998 e 2008) e da Bolívia (2009).⁴³¹

Segundo Dalmau, enquanto as Constituições da Colômbia e da Venezuela apresentaram a plurinacionalidade de modo mais residual, no Equador e na Bolívia, marcados por uma maior resistência indígena, a necessidade de reformulação do Estado nacional e a busca por novas formas de reconhecimento da nacionalidade se apresentaram mais intensas. De todo modo, essas sociedades apresentaram surpreendente grau de maturidade social pela compreensão de utilizar o poder constituinte – até então ferramenta

⁴²⁹ DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

⁴³⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016, p. 340. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁴³¹ NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. In: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2011, p. 15-49. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685376>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

de dominação oligárquica – como instrumento de emancipação social, para tentar superar a marginalidade, a exclusão e as desigualdades sociais.⁴³²

Boaventura de Sousa Santos afirma que o continente latino-americano, mais do que qualquer outro, tem conseguido êxito na utilização contra-hegemônica de instrumentos políticos hegemônicos, como o constitucionalismo, os direitos e a democracia representativa, moldados pela teoria política liberal para garantir a legitimidade e a governabilidade do Estado nas emergentes sociedades capitalistas. Assim, o reconhecimento de direitos coletivos indígenas significa uma “apropriação criativa” dos instrumentos da sociedade envolvente para fazer avançar a agenda política desses grupos minoritários.⁴³³

Essas novas constituições, ainda segundo Dalmau, refletem modelo teórico ainda em construção e buscam saldar a dívida do “velho constitucionalismo latino-americano” em relação às sociedades sobre as quais se impôs, em decorrência de sua incapacidade ou falta de vontade de oferecer resposta aos problemas de desigualdade e de não reconhecimento dos povos indígenas.⁴³⁴

Assim, diversos países sul-americanos têm reconhecido a plurinacionalidade, no sentido do reconhecimento das nacionalidades dos grupos étnicos ao lado da nacionalidade do Estado. De acordo com Ojeda Segovia, no âmbito do movimento indígena equatoriano, a nacionalidade é definida pela existência de cultura própria, língua, crença religiosa e território e, desse modo, existem diversas nacionalidades indígenas, como os Cofanes, Siona, Secoya, Huaorani, Shuar/Achuar/Shiwiari e Quichuas, na Amazônia; os Awa, Epera, Chachi, Tsáchilas, Manteños, Huancavilcas e Punaes, na Costa e, na Serra, os Quichuas.⁴³⁵

Segovia destaca ainda que a nacionalidade indígena, voltada para o reconhecimento de direitos específicos, não engloba o conceito de soberania, compreendida como atributo do Estado, o que torna possível a coexistência de nacionalidades indígenas sem fragmentar

⁴³² DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170-174.

⁴³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 58. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁴³⁴ DALMAU, Rubén Martínez. Op. Cit., p. 167-169.

⁴³⁵ SEGOVIA, Lautaro Ojeda. Análisis politológico del proceso de construcción de la autonomía multicultural en el Ecuador. In: ALMEIDA, Ileana; RODAS, Nidia Arrobo; SEGOVIA, Lautaro Ojeda. *Autonomía indígena: frente al Estado nación y a la globalización neoliberal*. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2005, p. 205. Disponível em: <<http://repository.unm.edu/handle/1928/10596>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

a unidade estatal – na linha do que já foi exposto acima.⁴³⁶ Não se trata, portanto, conforme aponta José Afonso da Silva, da aplicação do termo “nação” no sentido corrente – e tecnicamente incorreto – de povo de um país ou Estado, uma vez que esse sentido compreende todo o povo brasileiro, índios ou não.⁴³⁷

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, a plurinacionalidade consiste no reconhecimento de outro conceito de nação, concebido como o pertencimento a uma etnia, cultura ou religião comuns. Assim, no contexto latino-americano, o reconhecimento da plurinacionalidade significa a refundação do Estado moderno, o que pressupõe um “constitucionalismo transformador”, protagonizado por grupos excluídos. Esse novo constitucionalismo “a partir de baixo” expande os horizontes para uma nova institucionalidade (a plurinacionalidade) e para uma nova legalidade (o pluralismo jurídico).⁴³⁸

Nesse sentido, Isabel Penido Campos Machado e Livia Lages afirmam que o modelo plurinacional abandona a ideia de que o Direito depende de um único padrão uniformizador e propõe a criação jurídica por múltiplas fontes e concepções paralelas, que coexistem e dialogam entre si.⁴³⁹

No Brasil, não obstante o multiculturalismo e os diversos grupos étnicos que compõem a sociedade, ainda é pouco expressivo o debate sobre a adoção do plurinacionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, que permanece à parte do novo constitucionalismo latino-americano. Questiona-se: é possível afirmar que o Brasil consiste em Estado plurinacional? Ao lado da cidadania brasileira, é reconhecida aos povos indígenas a “nacionalidade étnica”?

A essa discussão deve ser adicionado novo elemento, que são os povos indígenas em permanente deslocamento entre fronteiras, aos quais, como garantia de sua sobrevivência social, econômica, política e cultural, deve ser garantido o livre trânsito nos limites de suas

⁴³⁶ SEGOVIA, Lautaro Ojeda. Análisis politológico del proceso de construcción de la autonomía multicultural en el Ecuador. In: ALMEIDA, Ileana; RODAS, Nidia Arrobo; SEGOVIA, Lautaro Ojeda. *Autonomía indígena: frente al Estado nación y a la globalización neoliberal*. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2005, p. 206. Disponível em: <<http://repository.unm.edu/handle/1928/10596>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 872.

⁴³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 71-72, 81 e rodapé. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁴³⁹ MACHADO, Isabel Penido de Campos; LAGES, Livia. A proteção das identidades indígenas no marco da proposta plurinacional. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Direito à diversidade e o Estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 114.

fronteiras étnicas – que não coincidem com os limites das fronteiras estatais. Portanto, ao lado da plurinacionalidade – enquanto reconhecimento da identidade do grupo étnico – aos povos indígenas transfronteiriços deve ser garantido seu direito de trânsito e cooperação entre as fronteiras, o que pode gerar a necessidade de reconhecimento de múltiplas nacionalidades estatais.

Para compreensão do fenômeno da plurinacionalidade no neoconstitucionalismo sul-americano e identificar o tratamento conferido aos povos indígenas transfronteiriços, buscou-se examinar a experiência da Colômbia, da Venezuela, do Equador e da Bolívia, a fim de observar comparativamente a experiência brasileira.

3.2.2.1 A experiência da Colômbia (1991)

A Constituição da Colômbia de 1991 apresenta extensa carta de direitos, com a garantia de direitos sociais, econômicos, culturais e, também, de direitos coletivos a grupos vulneráveis, o que representou um avanço na implementação de políticas públicas e edição de leis em favor das minorias. Para Noguera-Fernández e Diego, a Constituição da Colômbia, ainda que de forma imperfeita, foi a primeira a conferir os novos traços ao constitucionalismo clássico, que foram posteriormente desenvolvidos nos processos constituintes de outros países sul-americanos, sendo identificada como ponto de inflexão na evolução constitucional latino-americana e mundial.⁴⁴⁰

Além de novidades no âmbito dos direitos humanos e cidadania, a Constituição de 1991 também trouxe mudança na esfera política, com a introdução de mecanismos de participação popular e controle social do poder e, também, na esfera cultural, ante o reconhecimento do caráter multicultural do Estado, que encontrou desenvolvimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano.⁴⁴¹

Ademais, diversos foram os direitos reconhecidos aos povos indígenas. Dentre os princípios fundamentais, é reconhecida a diversidade étnica e cultural da nação colombiana

⁴⁴⁰ NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. In: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2011, *passim*. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685376>>. Acesso em: 14 jul. 2017. Ainda segundo esses autores, apesar do progresso em relação à anterior Constituição de 1886, na Constituição de 1991 o tratamento ficou aquém daquele conferido pelas posteriores Constituições da Bolívia, Equador e Venezuela. Isso porque a Constituição de 1991 elencou os direitos civis e políticos entre os direitos fundamentais e, em capítulo separado, os direitos sociais, econômicos e culturais, promovendo diferenças quanto à “fundamentalidade” desses direitos.

⁴⁴¹ Idem.

(art. 7º), a oficialidade das línguas e dialetos dos grupos étnicos e o ensino bilíngue – nos respectivos territórios (art. 10). No tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais, estabelece que a formação e educação dos grupos étnicos deve respeitar sua identidade cultural (art. 68). No Poder Legislativo, prevê a existência de circunscrição especial para eleição de senadores e deputados pelas comunidades indígenas (arts. 171 e 176).⁴⁴²

No Poder Judiciário, reconhece as funções jurisdicionais especiais, pelas quais “as autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, em conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição e às leis da República” (art. 246).

Sobre os limites da jurisdição indígena, a Corte Constitucional da Colômbia se pronunciou na sentença T-349/1996. No caso, o indígena Embera-Chami Ovidio González Wasorna, acusado de assassinar outro indígena, foi condenado pelo conselho indígena local e preso. Após conseguir fugir, se apresentou às autoridades públicas “brancas” e o Judiciário local, apontando violações à legislação nacional, anulou a decisão da comunidade indígena. No julgamento pela Corte Constitucional, a decisão judicial foi reformada, sob o fundamento de que a sobrevivência cultural demanda alto grau de autonomia e exige do intérprete a “maximização da autonomia da comunidade indígena” e a “minimização das restrições”. Desse modo, as autoridades indígenas apenas devem se submeter a um “mínimo aceitável” de restrições, relativo a direitos humanos intangíveis, assim considerados o direito à vida, à proibição de escravidão e à proibição de tortura, bem como o devido processo e o princípio da legalidade dos crimes e das penas. Nesse sentido, a Corte Constitucional concluiu que houve apenas violação à legalidade dos crimes e das penas, pela imposição de pena diversa da que tradicionalmente é aplicada, e determinou que a comunidade indígena fosse consultada quanto à pretensão de julgar novamente o indígena, com a imposição de uma das sanções tradicionais, ou se preferia o julgamento pela justiça ordinária.⁴⁴³

Portanto, em reforço à concepção de plurinacionalidade, o precedente da Corte Constitucional firmou o entendimento de que nem todas as normas constitucionais e legais consistem em limite às funções jurisdicionais das autoridades indígenas, sob pena do reconhecimento apenas retórico da diversidade cultural no país.

⁴⁴² COLÔMBIA. *Constitución Política 1991*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-349/1996*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

A Constituição colombiana ainda estabeleceu, no tocante à organização territorial do Estado, o reconhecimento dos territórios indígenas como entidades territoriais próprias (art. 286) e que a exploração de recursos naturais nesses territórios deve ocorrer sem prejuízo à integridade cultural, social e econômica das comunidades indígenas (art.330, parágrafo).

Aos povos indígenas transfronteiriços, a Constituição reconheceu o direito à naturalização (*nacionalidade por adopción*), condicionado à aplicação do princípio da reciprocidade, sem exigir renúncia à nacionalidade de origem (art. 96.2).⁴⁴⁴

Nesse sentido, a Lei n. 191, de 23 de junho de 1995, denominada “Lei de Fronteiras”, trouxe o dever do Estado de promover acordos binacionais com os países vizinhos para, mediante reciprocidade, facilitar a obtenção pelos indígenas transfronteiriços de dupla nacionalidade (art. 40, h).⁴⁴⁵

A Lei de Fronteiras tem como objetivo o desenvolvimento econômico, social, científico, tecnológico e cultural das Zonas de Fronteira (art. 1º) e prevê a criação de Zonas de Integração Fronteiriça por meio de acordos de cooperação e integração com os países vizinhos. Em tais situações, quando afetados territórios indígenas, a lei reforça a necessidade de consulta prévia às comunidades atingidas (art. 5º) e garante a possibilidade de os povos indígenas fronteiriços também celebrarem acordos no âmbito de suas competências (art. 7º, parágrafo 2º).

De acordo com a OIT, a Lei n. 191/1995 é um exemplo de aplicação prática do art. 32 da Convenção n. 169, referente ao contato e cooperação transfronteiriço, ao “promover a

⁴⁴⁴ “Artículo 96. Son nacionales colombianos: [...] 2. **Por adopción:** a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción. b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron. c) **Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.** Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”. (destacamos)

⁴⁴⁵ COLÔMBIA. Ley 191 de 1995 (junio 23) - por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_191_1995_col>. Acesso em: 14 jul. 2017. “Artículo 40. El Gobierno Nacional para los efectos de coordinación interinstitucional creará una Consejería Presidencial de Fronteras que dependa de la Presidencia de la República, esta Consejería Presidencial recibirá y analizará las iniciativas y acciones relacionadas con las Zonas de Frontera, será vínculo permanente entre los establecimientos públicos y privados, elaborará planes especiales de desarrollo económico y social para las Zonas de Frontera y las Unidades Especiales de Desarrollo Fronterizo; dicha Consejería tendrá las siguientes funciones: [...] h) Propiciar con los países vecinos acuerdos binacionales que en condiciones de reciprocidad establezcan medidas o procedimientos que faciliten la obtención de la doble nacionalidad a los indígenas de las Zonas de Frontera”. (destacamos)

cooperação e eliminar os obstáculos à interação natural entre as comunidades que vivem através das fronteiras nacionais. Em particular, visa a promover a cooperação em matéria de desenvolvimento local, proteção do meio ambiente e oferta de serviços públicos”.⁴⁴⁶

Para a *Defensoria del Pueblo*, apesar de as zonas de fronteira, enquanto áreas de histórica ausência das instituições do Estado, terem recebido especial atenção do texto constitucional, reconhecidas como região de singular importância econômica e social (arts. 289 e 337) – notadamente pelo fato de a Colômbia apresentar extensa fronteira territorial, tendo como Estados vizinhos o Brasil, Equador, Panamá, Peru e Venezuela –, a Lei de Fronteiras não atende à necessidade de promoção dos direitos humanos na região, porque enfatiza apenas temas econômicos e comerciais, o que expõe a população à extrema vulnerabilidade estrutural.⁴⁴⁷

Além disso, os povos indígenas transfronteiriços têm enfrentado graves violações de direitos humanos na Colômbia em razão dos conflitos armados, a tal ponto de a Corte Constitucional, na sentença T-025/04, declarar a existência “estado de coisas inconstitucional” quanto à condição de extrema vulnerabilidade dos deslocados internos – em sua maioria mulheres, crianças, idosos e indígenas.⁴⁴⁸

O grande impacto sobre a população indígena, com risco de mortes e de extermínio, é destacado no Auto 004/09, da Corte Constitucional da Colômbia, que solicitou informações sobre a situação dos *desplazados*, em monitoramento do cumprimento da sentença T-025/04. Dentre os deslocados indígenas, a Corte registrou o êxodo dos grupos indígenas próximos das fronteiras, a exemplo das etnias Wayúu, Kuna, Embera, Awá e Kofán, que abandonam o território de forma permanente, como fuga da violência.⁴⁴⁹

Acerca dos Wayúu, um dos maiores grupos indígenas da Colômbia, a Corte ressaltou que as condições geográficas de seu território têm contribuído para os ataques pelos grupos

⁴⁴⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Indigenous & Tribal Peoples' rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁴⁴⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Auto 004/09*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017. No Auto 004/09, entre outras medidas, determinou-se a implementação de **plano de salvaguarda étnica** ante o conflito armado e o deslocamento forçado em favor dos povos Wiwa, Kankuamo, Arhuaco, Kogui, Wayúu, Embera-Katio, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Sikuaní, Nukak-Makú, Guayabero, U'wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kichwa, Kuiva.

armados ilegais, por se tratar de região de fronteira com a Venezuela, com saída para o mar e corredores até a Serra Nevada de Santa Marta e do Perijá, que facilitam o tráfico de mercadorias, veículos e pessoas.

Não obstante os massacres, homicídios em massa e desaparecimentos, segundo a Corte Constitucional, a situação dos Wayuú tem sido invisibilizada pela interpretação errada de suas características culturais, como a confusão entre o deslocamento forçado e o estilo de vida seminômade desse grupo. Além dos ciclos usuais de transumância, culturalmente regulados, tem sido identificado alto grau de deslocamento forçado dos Wayuú pelo conflito, em razão do assassinato dos indígenas que não aceitam as imposições dos grupos armados. “Estes deslocamentos forçados ficam escondidos por trás dos movimentos normais da população” e, ainda, provocam a ruptura das tradições culturais, familiares e das estruturas sociais.⁴⁵⁰

Ainda segundo a Corte Constitucional, há uma aparente inação das autoridades na proteção dessa etnia, o que justificou a imposição de medidas cautelares pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em setembro de 2004, para garantia da vida e integridade física de quatro mulheres líderes Wayuú, chamadas *liderezas* – medidas posteriormente ampliadas para outros cinco líderes.

Ainda, a Corte Constitucional da Colômbia, no Auto 174/11, se manifestou quanto ao povo indígena transfronteiriço da etnia Awá, em acompanhamento do estado de coisas inconstitucional declarado na sentença T-025/04 e das ordens emitidas no auto A004/09. A Corte reforçou a necessidade de implementação de plano urgente de salvaguarda para garantir, de forma imediata, a segurança física e sobrevivência desse povo. Essas medidas urgentes haviam sido solicitadas ao Estado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁵¹

A situação dos povos indígenas transfronteiriços também é retratada no Informe da *Defensoria del Pueblo* da Colômbia sobre as zonas de fronteira, emitido em janeiro de 2017, segundo o qual nenhum dos povos indígenas albergados pelas mencionadas decisões da Corte Constitucional da Colômbia contava com plano de salvaguarda efetivamente protocolado e em execução, tampouco contava com titulação das terras.⁴⁵²

⁴⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Auto 004/09*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Auto 174/11*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a174-11.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

⁴⁵² DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Ainda no referido Informe, destacou-se que nas zonas de fronteira são identificados diversos perfis populacionais, como os *desplazados*, as vítimas deslocadas por razões diversas do conflito armado, os colombianos expulsos de outros países, os colombianos que regressam voluntariamente, as vítimas de tráfico de pessoas, os migrantes por causas ambientais, os migrantes com necessidade de proteção internacional e os apátridas. Ocorre que esses variados perfis ainda não refletem a complexidade das situações em zona de fronteira, tendo em vista as necessidades peculiares de grupos específicos, como os indígenas fronteiriços, que se caracterizam “por uma alta mobilidade tranfronteriza e uma concepção de nação que vai além dos limites nacionais e da soberania impostas pelo Estado”.⁴⁵³

Válido registrar que, segundo o Informe, na fronteira da Colômbia com o Brasil, diversos povos transfronteiriços, como os Desano, Kakuas, Kurripacos, Makuna etc, na região de Vaupés, mantém um fluxo binacional frequente. Essas comunidades indígenas geralmente são pequenas – até cinquenta famílias –, se encontram afastadas dos grandes centros urbanos e sobrevivem da autossustentação e de pequeno comércio e intercâmbio. Além disso, diversos povos indígenas transfronteiriços tem adiantado os processos de reconhecimento da binacionalidade, como ocorre na fronteira colombo-equatoriana.⁴⁵⁴

Portanto, a experiência colombiana revela um desenvolvimento inicial da noção de plurinacionalidade na Constituição, que tem sido reforçado pelas decisões da Corte Constitucional. A Constituição colombiana e a legislação federal mencionam os povos indígenas transfronteiriços e trazem disposições – ainda que tímidas – a seu respeito, como a previsão constitucional de naturalização e a possibilidade de dupla nacionalidade mediante acordos binacionais, na Lei de Fronteiras. De todo modo, “na prática”, os povos indígenas na Colômbia têm enfrentado quadro generalizado de violência, o que torna clara a distância entre o reconhecimento de direitos e sua efetivação.

3.2.2.2 A experiência da Venezuela (1999)

A anterior Constituição da Venezuela, de 1961, apresentava uma perspectiva assimilacionista, ao prever em seu artigo 77 “a proteção das comunidades indígenas e sua

⁴⁵³ DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁵⁴ Idem.

incorporação progressiva na vida da Nação”.⁴⁵⁵ Adotava-se a noção de igualdade formal entre os membros da sociedade, sob uma premissa idealizada de homogeneidade cultural.⁴⁵⁶ Todavia, o caráter heterogêneo da sociedade, que não consegue ser ocultado sob o véu de uma pretensa homogeneidade nacional, provocou uma tensão social e política e, para garantia da coexistência pacífica entre majorias e minorias, incitou transformações institucionais.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, promulgada em 1999, tornou explícito o caráter multiétnico e pluricultural do Estado e reconheceu direitos específicos aos povos indígenas, além de reforçar seu pertencimento e sua contribuição na formação da nação venezuelana. Para tanto, dedicou o Capítulo VIII aos direitos dos povos indígenas, como a titularidade das terras tradicionalmente ocupadas, a consideração das línguas indígenas como idioma oficial para os povos indígenas, o direito ao bem-estar, o direito de participação política e o reconhecimento como parte integrante da nação, com a correspondente obrigação política de salvaguardar a integridade e a soberania nacional. Omitiu-se, todavia, quanto ao direito de circulação dos povos transfronteiriços e, acerca da nacionalidade e cidadania (arts. 32 a 42), não trouxe disposição específica.⁴⁵⁷

Para regulamentação dos direitos constitucionais, de acordo com Jorge Orellano, foram editados diversos atos normativos, como a Lei de Demarcação e Garantia do Habitat e Terras dos Povos Indígenas (2001), a Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas (2005), a Lei de Idiomas Indígenas (2008), a Lei de Educação Indígena (2013), além da ratificação em 2001 da Convenção n. 169 da OIT e da criação, em 2007, por decreto presidencial, do Ministério do Poder Popular para os Povos Indígenas, que centraliza as políticas públicas no tema.⁴⁵⁸

Todavia, ainda segundo Orellano, apesar da infraestrutura constitucional, legal e administrativa, os direitos indígenas têm encontrado sérios problemas de concretização, diante da vulnerabilidade gerada pelo narcotráfico e pela mineração ilegal, as alterações nas tradições e modo de vida em decorrência das transformações políticas e institucionais, os

⁴⁵⁵ VENEZUELA. *Constitución de la República de Venezuela de 1961*. Disponível em: <<http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁵⁶ ORELLANO, Jorge. Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento. In: *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, v. 34, n. 36, ago. 2016, p. 115. Tradução livre. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/15082/15590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁵⁷ VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴⁵⁸ ORELLANO, Jorge. Op. Cit., p. 113-148.

limitados alcances da política de educação intercultural, a perda de respaldo político pelo crescimento de uma tendência ideológica dissociada dos postulados constitucionais, entre outros problemas de reconhecimento e de construção da cidadania.⁴⁵⁹

A *Defensoria del Pueblo* da Colômbia aponta que a fronteira colombo-venezuelana tem sido a fronteira mais ativa do país, quicá da América do Sul, com uma comunidade binacional vibrante, principalmente pelo êxodo colombiano decorrente do conflito armado e da crise econômica. Ao longo desta fronteira, são encontrados muitos povos indígenas transfronteiriços, como os Wayuú – anteriormente apontados no julgamento da Corte Constitucional da Colômbia (Auto 004/09 e sentença T-025/04) sobre o risco de extermínio e necessidade de construção de plano de salvaguarda étnico –, os Bari, os U’wa, os Sikuaní, os Amorua, os Yukpa, entre outros. Segundo a Defensoria, esses povos indígenas têm se desenvolvido na região de maneira independente ao traçado fronteiriço dos Estados, “integrando outras fronteiras ao seu território, porções territoriais da Colômbia e da Venezuela, o que implica que se movem pelos países sem necessidade de apresentar documentos ou diferenciar o lugar em que nasceram”.⁴⁶⁰

Além disso, a Defensoria da Colômbia identificou que a situação dos indígenas transfronteiriços gera dificuldade no cômputo da população indígena que habita ou transita em cada país, tanto pela ausência de registros quanto por sua multiplicidade, o que exige uma atuação binacional e interinstitucional para garantia do direito à identidade binacional.⁴⁶¹

Na fronteira colombo-venezuelana, os povos indígenas ainda são vítimas de pobreza estrutural, desnutrição extrema, perda de identidade cultural e diversos tipos de violência. Em decorrência da inação estatal e da precariedade socioeconômica, há ocupação do território por grupos armados ilegais, FARC e alguns grupos emergentes, que usam a região para tráfico de armas e drogas, contrabando, furto de combustíveis e, nesse contexto, “vitimizam os povos indígenas da fronteira de forma aguda e desproporcional”. Os

⁴⁵⁹ ORELLANO, Jorge. Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento. In: *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, v. 34, n. 36, ago. 2016, p. 113-148. Tradução livre. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/15082/15590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁶¹ Idem.

megaprojetos de mineração e barragens também têm afetado gravemente a vida dos indígenas, causando, por exemplo, severas crises hídricas.⁴⁶²

Na Venezuela, a Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas (LOPCI), de 2005, é um dos principais instrumentos normativos para realização dos direitos indígenas previstos no texto constitucional. Acerca dos povos indígenas fronteiriços, suprindo a omissão constitucional, na linha da Convenção n. 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, a LOPCI garante “o direito de manter e desenvolver as relações e a cooperação com os povos e comunidades indígenas de países limítrofes, em atividades de caráter social, econômico, cultural, espiritual, ambiental e científico”. Prevê também o dever dos Estados de adotar, com a participação dos povos indígenas, as medidas necessárias para “fomentar e facilitar a cooperação, integração, intercâmbio, trânsito, desenvolvimento econômico e prestação de serviços públicos” (art. 22).⁴⁶³

No mesmo sentido da legislação federal, a Constituição do Estado Amazonas da Venezuela, de 2002, assegura aos povos e comunidades indígenas o direito de “livre trânsito de bens e pessoas por suas fronteiras, em reconhecimento a sua condição de preexistência ao Estado Nacional” (art. 56).⁴⁶⁴

A Organização Internacional do Trabalho também aponta as previsões específicas da legislação federal venezuelana e da Constituição do Estado Amazonas como hipóteses de aplicação prática do direito de contato e cooperação transfronteiriço previsto no art. 32 da Convenção n. 169 da OIT, na linha da Lei n. 191 da Colômbia.⁴⁶⁵

O Estado Amazonas da Venezuela se encontra na fronteira com o Brasil, assim como o Estado Bolívar. Todavia, a Constituição do Estado Bolívar, apesar de dedicar o Capítulo V, do Título III (“Deveres, Direitos Humanos e Garantias”), aos direitos dos povos

⁴⁶² DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁴⁶³ VENEZUELA. *Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas (LOPCI)*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶⁴ VENEZUELA. *Constitución del Estado Amazonas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2008/6640>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Indigenous & Tribal Peoples' rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

indígenas, em nenhum dos quinze artigos trata da situação dos indígenas fronteiriços.⁴⁶⁶ Tal omissão não se deve, certamente, à ausência de comunidades indígenas na fronteira, posto que o Estado de Bolívar é a origem de alguns indígenas da etnia Warao que migram para o Estado brasileiro de Roraima, mencionados a seguir no item 5.3.

A Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas é criticada por Jorge Orellano, que considera diversos de seus dispositivos de caráter assimilacionista, como o artigo 118, que prescreve o direito e o “dever de trabalho” e o art. 126, que busca fomentar o desenvolvimento da economia indígena e sua articulação à economia nacional e internacional, em reflexo a uma visão negativa do modo de vida desses povos. Assim, denuncia um “falso reconhecimento” da identidade dos povos indígenas na Venezuela, haja vista o intento de assimilação e a falta de uma vontade genuína de respeitar esses direitos.⁴⁶⁷

Ademais, diversamente da Colômbia, em que a Corte Constitucional tem desempenhado importante atividade interpretativa dos direitos indígenas, na Venezuela, segundo Martínez Dalmau, a atuação do Tribunal Supremo de Justiça tem sido mais limitada.⁴⁶⁸

Portanto, a legislação indigenista da Venezuela traz importantes disposições sobre os povos indígenas transfronteiriços, ao prever o direito de manter relações e cooperação com povos dos países limítrofes, além do direito de livre trânsito de pessoas e bens previsto na Constituição do Estado Amazonas. Todavia, não trata diretamente da obtenção de dupla ou múltipla nacionalidade por esses povos e, também, ainda é incipiente a construção do conceito de plurinacionalidade, que carece de desenvolvimento.

3.2.2.3. A experiência do Equador (1998 e 2008)

⁴⁶⁶ VENEZUELA. *Constitución del Estado Bolívar*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://docs.venezuela.justia.com/estatales/bolivar/constitucion/constitucion-del-estado-bolivar.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶⁷ ORELLANO, Jorge. Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento. In: *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, v. 34, n. 36, ago. 2016, *passim*. Tradução livre. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/15082/15590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶⁸ DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

A perspectiva de aculturação dos povos indígenas foi rompida no Equador com a Constituição de 1998, que reconheceu o Estado como “pluricultural e multiétnico”. Todavia, segundo Rosane Freire Lacerda, para Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador (CONAIE), apesar dos avanços obtidos, ainda não se tinha atingido o objetivo de reconhecimento da plurinacionalidade. Naquele momento histórico, a correlação de forças na Constituinte ainda era extremamente desfavorável à pluri-*nacionalidade* e o avanço possível foi o reconhecimento da pluri-*culturalidade*.⁴⁶⁹

Ao longo do processo constituinte de 2007-2008, a maior parte do movimento indígena equatoriano se reuniu em torno da CONAIE e de sua busca pelo Estado plurinacional. Entendia-se que a luta apenas pela tolerância cultural e igualdade material não se apresentava suficiente para superar as desigualdades na relação étnico-racial de poder, uma vez que a marginalização dos indígenas não decorria somente das contradições de classe, mas do próprio modelo civilizatório colonial.⁴⁷⁰

Em maio de 2008, o então Relator Especial da ONU para os direitos indígenas, James Anaya, realizou visita ao Equador e esclareceu, em seu relatório, que a concepção de plurinacionalidade reivindicada pela CONAIE não buscava fomentar o separatismo ou a fratura do Estado, mas promover a equidade social e política, bem como a justiça econômica e a interculturalidade. Destacou que a plurinacionalidade se adequava à Convenção n. 169 da OIT, que reconhece, em seu preâmbulo, “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”, além de se adequar à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pela qual os povos indígenas são livres e iguais aos demais povos (art. 1º), tem o direito de autodeterminação nos limites da integridade política e territorial dos Estados (arts. 3º e 46.1) e tem o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições (art. 5º).⁴⁷¹

Ao fim, James Anaya concluiu que a plurinacionalidade se apresentava coerente com a afirmação da diversidade étnica e cultural do Equador e seu reconhecimento considerava

⁴⁶⁹ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 220. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 219-240.

⁴⁷¹ NAÇÕES UNIDAS. *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2008_special_ecuador_sp.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

os grupos indígenas que já consolidaram sua compreensão como “nacionalidades”, de modo que a aceitação da plurinacionalidade no marco constitucional reforçaria o compromisso da sociedade equatoriana com a pluriculturalidade, já refletida na Constituição de 1998.⁴⁷²

Após intensos debates, a Constituição da República do Equador, promulgada de 2008, declarou o país como “um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico” (art. 1º). Ao lado do reconhecimento da plurinacionalidade e da interculturalidade, foi adotado o conceito de *buen vivir* ou, em quéchua, *Sumak Kawsay*, alcançado por meio de uma “convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza” (preâmbulo).⁴⁷³

A Constituição ainda reconheceu a natureza ou *Pachamama* como sujeito de direitos (art. 10), estabeleceu a Justiça Indígena, pela qual os povos indígenas exercem suas funções jurisdicionais com base nas tradições ancestrais e direito próprio, dentro de seu âmbito territorial (art. 171) e amparou diversos direitos coletivos (art. 57). Dentre os direitos coletivos, a Constituição voltou seu olhar aos povos indígenas transfronteiriços, ao garantir o direito de “manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação com outros povos, em particular aos que estejam divididos por fronteiras internacionais” (art. 57.18).⁴⁷⁴

Além disso, estatuiu que a “a nacionalidade equatoriana é o vínculo jurídico-político das pessoas com o Estado, sem prejuízo de seu pertencimento a alguma das nacionalidades indígenas que coexistem no Equador plurinacional” (art. 6º) e reconheceu a nacionalidade originária, “por nascimento”, das “pessoas pertencentes a comunidades, povos ou nacionalidades reconhecidos pelo Equador com presença nas zonas de fronteira” (art. 7.3)⁴⁷⁵.

O “direito de migrar” também teve expressa menção no texto constitucional, pelo qual “não se identificará nem se considerará a nenhum ser humano como ilegal por sua condição migratória” (art. 40).

⁴⁷² NAÇÕES UNIDAS. *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2008_special_ecuador_sp.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁷³ EQUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador de 2008*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁷⁴ “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales”.

⁴⁷⁵ Na Constituição equatoriana de 1998, tratava-se de hipótese de naturalização, conforme art. 8, inciso 5, *in verbis*: “Artículo 8.- Son ecuatorianos por naturalización: [...] 5. Los habitantes de territorio extranjero en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer aJ misrno pueblo ancestral ecuatoriano. con sujecion a los convenios y tratados internacionales. y que manifiesten su vol untad expresa de scr ecuatorianos”. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

A recente Lei Orgânica de Mobilidade Humana do Equador, publicada em 6 de fevereiro de 2017, no art. 123, dispensa os povos indígenas transfronteiriços da apresentação dos documentos exigidos para ingresso e saída do país, que são o documento de viagem ou de identificação válido e vigente, o registro de ingresso e saída e, quando exigido, o visto.⁴⁷⁶

Não obstante as importantes conquistas, de acordo com Rosane Freire Lacerda, a Constituição do Equador de 2008 adotou a *interculturalidade* como eixo transversal do Estado e não a plurinacionalidade, diferentemente do postulado pela CONAIE.⁴⁷⁷ No mesmo sentido, para Dalmau, o processo constituinte não desenvolveu debates importantes como o conceito de Estado plurinacional que, no final das contas, não se traduziu em mudança significativa nas instituições e nos direitos coletivos.⁴⁷⁸

Em alguns precedentes, a Corte Constitucional do Equador tem buscado proteger os direitos dos povos indígenas, como no Caso 0785-10-EP (Pitaná Alto), proposto pela Associação de Trabalhadores Agrícolas Pitana Alto. Em sentença de abril de 2012, a Corte, ao criticar “a evidente violação do direito de propriedade dos acionantes, propriedade que, por outro lado, como resulta do processo, é uma propriedade comunal”, destacou a importância de os juízes locais considerarem o texto constitucional e também os instrumentos internacionais de proteção dos povos indígenas. E complementou:

A Corte Constitucional observa que atualmente no direito dos direitos humanos se outorga uma atenção cada vez maior ao reconhecimento e proteção do direito coletivo às terras, ao território e aos recursos, que para o caso dos povos e nacionalidades indígenas tem sido reconhecido de forma expressa com a vigência da Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho, o mesmo que reconhece a estreita relação que os povos indígenas mantêm com suas terras como base fundamental de sua cultura, sua integridade e sua sobrevivência econômica, aspectos que jamais foram analisados pela Segunda Seção Cível e Comercial do Tribunal Provincial de Pichincha, a mesma que ignorou de forma evidente a existência de flagrantes violações ao direito de propriedade da Associação de Trabalhadores Agrícolas Pitana Alto.

⁴⁷⁶ EQUADOR. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas>>. Acesso em: 12 jul. 2017. O procedimento para a migração dos povos transfronteiriços será definido por regulamento, conforme também dispõe o artigo 123.

⁴⁷⁷ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 238. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴⁷⁸ DALMAU, Rubén Martínez. *Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia*. Disponível em: <<http://repositorio.flacoandes.edu.ec/bitstream/10469/4663/1/RFLACSO-LT09-07-Martinez.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Por outro lado, não obstante a adoção do modelo plurinacional de Estado e do reconhecimento pela Corte Constitucional da estreita relação dos povos indígenas com suas terras, a realidade equatoriana não tem sido fácil para os povos indígenas. Segundo Rosane Lacerda, em casos emblemáticos, como a Lei de Minas, a Lei de Águas, *Yasuni* e *Sarayaku*, o reconhecimento dos direitos indígenas tem ficado restrito ao plano formal.

A Lei de Minas foi enviada pelo Executivo à Assembleia logo após a promulgação da Constituição de 2008 e obteve aprovação por maioria. Todavia, apesar da internalização da Convenção n. 169 da OIT, não foi respeitado o dever de consulta prévia às comunidades indígenas afetadas. Por esse motivo, a lei foi objeto de diversas ações de inconstitucionalidade. Em sua sentença, a Corte Constitucional, apesar de chamar atenção para nova realidade do Estado e reconhecer que a consulta prévia constitui um requisito *sine qua non*, decidiu pela constitucionalidade formal da lei, uma vez que o direito de consulta prévia ainda não havia sido regulamentado. No mérito, a lei também foi considerada constitucional, desde que não se refira a territórios indígenas.⁴⁷⁹

Desse modo, apesar de afirmar que estava cumprindo o direito de consulta prévia, o Equador, na verdade, violou esse direito. O precedente revela o que André de Carvalho Ramos denomina de “truque de ilusionista”, assim exposto:

Em tese, há somente essas duas opções aos Estados, mas vários deles aproveitam a inexistência de tribunais internacionais de jurisdição obrigatória e criam uma terceira: não cumprir, mas sustentar (perante o público interno e externo) que cumprem! Essa mágica de ilusionista é possível por ser a sociedade internacional paritária e descentralizada, na qual o Estado é, ao mesmo tempo, produtor, destinatário e aplicador da norma, ou seja, seu intérprete pode descumprir uma obrigação internacional, mas afirmar que, sob sua ótica peculiar, está cumprindo-a fielmente.⁴⁸⁰

Quanto à Lei de Águas (*Proyecto de Ley Orgánica que Regula los Recursos Hídricos y el Uso y Aprovechamiento del Agua*), apresentada em 2009, houve forte mobilização do movimento indígena, que acusava a transferência do controle dos recursos hídricos para o Estado, com favorecimento das empresas de extração mineral e prejuízo do consumo humano, além dos danos ambientais nos territórios indígenas. Diante da intensificação dos

⁴⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DO EQUADOR. *Sentença n. 001-10-SIN-CC*, de 18 de março de 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴⁸⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

protestos, em maio de 2010, o então Presidente Rafael Correa solicitou o arquivamento do projeto.⁴⁸¹

Posteriormente, outra decisão do governo equatoriano causou furor: a ampliação da exploração petrolífera no Parque Nacional *Yasuni*. Apesar das denúncias dos movimentos indígenas dos graves danos que seriam causados, a resolução do Executivo foi aprovada pela Assembleia Nacional do Equador em 2013. O discurso de aprovação da medida centrou-se na lógica de que, para realização do *buen vivir* (*sumak kawsay*) previsto no texto constitucional, seria necessário o planejamento do desenvolvimento nacional, ainda que para tanto se faça necessária a exploração em área considerada reserva mundial da biosfera e território de povos em isolamento voluntário.⁴⁸²

Emblemático, o caso *Sarayaku* se refere à realização de atividades de prospecção petrolífera no território indígena pela *Compañía General de Combustible* (CGC), que causou uma série de danos ambientais, culturais e econômicos ao povo *Kichwa de Sarayaku*. O caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 2012, reconheceu a violação aos direitos de consulta, de propriedade e de identidade cultural, bem como aos direitos à vida, à integridade física e às garantias judiciais e à proteção judicial dos povos indígenas pelo Estado equatoriano. Entre outras medidas, a Corte determinou a adoção de medidas legislativas e administrativas para tornar efetivo o direito de consulta prévia.⁴⁸³

Em 2012, foram editados o *Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa* e o Decreto Executivo n. 1.247/2012. Ocorre que, de acordo com Rosane Lacerda⁴⁸⁴, substancialmente, os referidos atos fazem ouvidos surdos à decisão da Corte, uma vez que trazem uma série de obstáculos e dificuldades à concretização do direito de consulta prévia, como o art. 5º do *Instructivo* que prevê a possibilidade de não autorização da consulta pelo Legislativo se não for atingida a maioria absoluta dos membros do plenário (art. 5º).⁴⁸⁵

⁴⁸¹ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 341. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 311-314.

⁴⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Ecuador*. Sentencia de 27 de Junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴⁸⁴ LACERDA, Rosane Freire. *Op. Cit.*, p. 305-307.

⁴⁸⁵ EQUADOR. Assembleia Nacional. Conselho de Administração Legislativa. *Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90883/105066/F1436572236/ECU90883.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Desse modo, se por um lado a Constituição do Equador – ainda que não tenha atingido o objetivo pretendido pelos movimentos indígenas – é um dos expoentes do neoconstitucionalismo latino-americano, por outro, a expectativa dos povos indígenas de construção desse Estado plurinacional tem sido minada pela política desenvolvimentista adotada pelo Estado. Além disso, há o temor de que a Corte Constitucional endosse a postura estatal, como ocorreu no caso da Lei de Minas, em que o descumprimento de normas internacionais foi apresentado sob a roupagem de proteção, bem como o caso *Kichwa de Sarayaku*, que precisou da proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Essa conjuntura reforça a importância da jurisdição internacional obrigatória para proteção dos grupos vulneráveis no interior dos Estados que, principalmente nos “momentos de pânico”, como afirma André de Carvalho Ramos, é o antídoto para combater o *truque de ilusionista*, pois “as interpretações unilaterais dos Estados serão apresentadas aos juízes internacionais e, se descabidas, não serão aceitas, e o Estado será condenado por violação de seus compromissos internacionais”.⁴⁸⁶

Enfim, no Equador, é possível concluir que houve um avanço do ordenamento jurídico na proteção dos povos indígenas, tendo em vista o reconhecimento da plurinacionalidade e, até mesmo, da nacionalidade originária dos povos indígenas nas zonas de fronteira e de seu direito de manutenção de relações e cooperação com os outros povos, ao lado do direito constitucional de migrar. Também a Lei Orgânica de Mobilidade Humana favorece o livre trânsito e reconhece as peculiaridades dos indígenas transfronteiriços, ao excepcioná-los do tratamento geral conferido aos outros indivíduos no país. Todavia, esse é apenas um ponto de partida e ainda há um longo caminho para que os direitos indígenas sejam efetivados, tendo em vista a resistência dos setores dominantes da sociedade e as apresentadas dificuldades institucionais de concretização.

3.2.2.4 A experiência da Bolívia (2009)

Dentre os processos constituintes latino-americanos, o boliviano (2006-2009) foi o mais complexo e, também, o que contou com maior protagonismo dos povos indígenas,

⁴⁸⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

responsáveis pelo chamado “ciclo rebelde” (2000-2005) contra as formas coloniais de exclusão.⁴⁸⁷

Em 2002, a IVª Marcha das organizações indígenas e camponesas impulsionou o movimento em favor de uma Assembleia Constituinte no país, que veio a ser convocada em 2006. De acordo com Rosane Freire Lacerda, a Marcha, contrária a um projeto de reforma constitucional já em debate no Parlamento, defendia a necessidade de nova Constituição, com a participação de todos os setores sociais na sua formulação, não apenas de indígenas e camponeses, o que favoreceu o estreitamento das relações entre grupos minoritários bolivianos e a construção do “Pacto de Unidad”, responsável pela apresentação de plataforma única e inclusiva para a Constituinte.⁴⁸⁸

Apesar da plataforma única, o Pacto enfrentou divergências entre seus componentes, como a própria concepção de plurinacionalidade, defendida por alguns como mero reconhecimento da heterogeneidade social, cultural e étnica da sociedade e, por outros, como constitutiva da estrutura jurídica e política do Estado, enquanto forma de descolonização e construção do *buen vivir*.⁴⁸⁹

Após três anos de intenso debate, o novo texto constitucional foi aprovado com disposições inovadoras em relação às constituições anteriores e à tradição constitucional latino-americana.⁴⁹⁰ Para Noguera-Fernández e Diego, é o texto mais avançado da atualidade no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.⁴⁹¹

O art. 1º declara que a Bolívia é um “Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias” e, assim, resume as novas bases de legitimidade amplamente discutidas na

⁴⁸⁷ DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74-175.

⁴⁸⁸ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 251-267. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴⁸⁹ Idem.

⁴⁹⁰ BOLÍVIA. Constituição Política do Estado da Bolívia. Tradução livre do original. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴⁹¹ NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. In: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2011, p. 15-49. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685376>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

assembleia constituinte e o reconhecimento da plurinacionalidade de um “país complexo que decidiu viver unido assumindo positivamente as diferenças que os caracterizam”.⁴⁹²

Ainda, o art. 1º faz referência à realidade sociopolítica do país, ao proclamar que a “Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país”. Nesse dispositivo, para Dalmau, a Constituição demonstra a vontade de manter a soberania no “povo boliviano” sem questionar a integridade nacional, desenvolvendo-se a concepção de Estado Unitário a partir do reconhecimento e proteção das diferenças.⁴⁹³

Além disso, a consagração da plurinacionalidade do Estado ocorre de modo transversal, tendo em vista sua presença na maior parte da estrutura político-administrativa da Bolívia. Nesse sentido, é previsto o Tribunal Constitucional Plurinacional, composto por juízes representantes do sistema ordinário e do sistema indígena (arts. 196 a 204), a Assembleia Legislativa Plurinacional (arts. 145 a 161) e o Órgão Eleitoral Plurinacional, que conta com a participação de representantes “indígenas originários campesinos” (art. 205 e 206).⁴⁹⁴

O Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), na *Declaración Constitucional Plurinacional n. 06/2013*, referente à exploração de terra indígena por empresa mineradora, reforçou o sentido da plurinacionalidade como eixo do Estado boliviano nos seguintes termos:

[...] o Estado Plurinacional se projeta a partir da descolonização do Estado-Nação monocultural, homogêneo, colonial, republicano e neoliberal, que reproduziu a exclusão política, social, econômica e cultural dos povos e nações indígenas originários campesinos, os modelos de desenvolvimento de saque dos recursos naturais, portanto, de maior pobreza, marginalização e racismo. Essencialmente, a plurinacionalidade rompe com a concepção de Estado-Nação homogeneizante e assimilacionista de conceber um único Estado com única nação, uma cultura, uma língua: o da cultura dominante; pelo contrário, reconhece os povos indígenas originários campesinos como nações com capacidade para definir seus destinos no marco da unidade (art. 2º da CPE⁴⁹⁵), que se inter-relacionam em um mesmo território e garante o fortalecimento dessas identidades plurinacionais.⁴⁹⁶

⁴⁹² DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

⁴⁹³ Idem.

⁴⁹⁴ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 216. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴⁹⁵ Constituição Política do Estado.

⁴⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. *Declaración Constitucional Plurinacional n. 06/2013*. Disponível em:

Nessa linha, a Constituição consagrou como sujeito coletivo as “nações e povos indígenas originários campesinos”, assim considerada “toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição história, instituições, territorialidade e cosmovisão, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola” (art. 30, I), com a declaração de preexistência ao Estado boliviano e livre-determinação, consistente no direito à autonomia, autogoverno, cultura, reconhecimento de suas instituições e consolidação de suas entidades territoriais (art. 2º).

Vale observar que a falta de vírgulas na expressão “nações e povos indígenas originários campesinos” (art. 2º), assim como em “Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário” (art. 1º), revelam construções metacomplexas, que traduzem a busca por fórmulas de autorreconhecimento e por novas construções reveladoras do modelo teórico erguido.⁴⁹⁷

A Constituição ainda reconheceu princípios indígenas que devem ser promovidos pelo Estado: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas covarde, não sejas mentiroso, não sejas ladrão), *suma qamaña*⁴⁹⁸ (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre), previstos no art. 8º, I. Ao lado desses princípios, no art. 8º, II, são elencados princípios republicanos, como unidade, igualdade, liberdade e dignidade, que demonstram o binômio indigenismo/republicanismo presente em todo o texto constitucional.⁴⁹⁹

No art. 269, I e III, é prevista a existência dos Territórios Indígenas Originários Campesinos (TIOC’s) como uma das unidades territoriais básicas, ao lado dos departamentos, províncias, municípios e regiões, regidas por Estatuto autônomo (arts. 272 e 292).

A Constituição dedica um Capítulo aos direitos dos povos indígenas. Nos artigos 30 a 32, é estabelecido extenso rol de direitos, como o direito de existir livremente, à identidade cultural, crença religiosa, práticas, costumes e cosmovisão, entre outros. Todavia, o rol deixa

<<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/images/apec/ElDebidoProcesoenMateriaPenal.pdf>>.

Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴⁹⁷ DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

⁴⁹⁸ *Suma qamaña* corresponde à expressão *sumak kawsay* (*buen vivir*) da Constituição equatoriana de 2008.

⁴⁹⁹ DALMAU, Rubén Martínez. Op. Cit., p. 183.

de apontar o direito de trânsito e cooperação entre as fronteiras dos povos indígenas, tal como garantido na Constituição do Equador.

Acerca de nacionalidade e cidadania (art. 141 a 144), a Constituição nada dispôs quanto aos povos indígenas transfronteiriços, que apenas recebem menção no art. 264, com a previsão de uma política de desenvolvimento harmônico, integral, sustentável e estratégico das fronteiras, para melhoria das condições de vida da população, “em especial das nações e povos indígenas originários campesinos fronteiriços”.

Além disso, a Lei n. 370, de 8 de maio de 2013, denominada “Lei de Migração”⁵⁰⁰, também é silente quanto à mobilidade indígena, apesar da evidente presença de povos indígenas transfronteiriços em permanente deslocamento, como os Camba-Chiquitano na fronteira Brasil-Bolívia.⁵⁰¹

De um modo geral, Rosane Freire Lacerda aponta que o novo texto constitucional tem sido considerado com otimismo pelos analistas ante sua ousadia no reconhecimento da plurinacionalidade, mas com frustração pelos movimentos indígenas, que consideram não concluída a luta pela descolonialidade. Assim como a experiência equatoriana, na Bolívia, a construção do Estado plurinacional, apesar das garantias constitucionais, não é um relato de “facilidades”, mas de profundas contradições e enormes desafios para efetivação desses direitos, como demonstram os casos Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécuri (TIPNIS), *Mallku Qota* e a questão da análise de constitucionalidade dos Estatutos Autônomicos dos Territórios Indígenas (TIOC’s).⁵⁰²

No caso TIPNIS, a construção da rodovia “*Villa Tunari - San Ignacio de Mojos*” não respeitou o direito de consulta prévia. Sobre o tema, foram propostas ações de inconstitucionalidade e, em junho de 2012, o TCP prolatou a sentença n. 0300/2012, na qual decidiu por uma constitucionalidade “condicionada”, quer dizer, os atos normativos poderiam ser considerados constitucionais se houvesse uma concertação com os povos indígenas em relação às falhas apontadas. A sentença foi considerada por alguns como um

⁵⁰⁰ BOLÍVIA. Lei de Migração. Lei n. 370/2013. Disponível em: <<https://bolivia.infoleyes.com/norma/4429/ley-de-migraci%C3%B3n-370>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁵⁰¹ Sobre os Camba-Chiquitano, conferir: SILVA, Giovani José da. *Etnicidades e nacionalidades na fronteira Brasil-Bolívia: identidades, migrações e práticas culturais Camba-Chiquitano*. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401932176_ARQUIVO_TextoCompletoRBA2014-GiovaniJosedaSilva.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁵⁰² LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 277-295. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

“cheque em branco” dado ao governo e, por outros, como uma forma de reafirmar a plurinacionalidade dos Estados.⁵⁰³

O Caso *Mallku Qota* trata da exploração de jazidas por mineradora canadense em território de confluência de diversos povos indígenas, sem observância do direito de consulta prévia. Apesar das consequências nefastas ao meio ambiente e aos povos indígenas, como a contaminação de águas subterrâneas, a perda de nascentes, lagos e sítios sagrados, além da necessidade de deslocamento de comunidades indígenas, o governo assumiu a postura de defesa da mineradora. Intensificada a mobilização indígena, o governo decidiu em 2012 pela saída da mineradora e a pela nacionalização da exploração mineral do *cerro Mallku Qota*.⁵⁰⁴

Por sua vez, ainda segundo Rosane Lacerda, os Estatutos autonômicos se inserem no processo de obtenção da condição de autonomia indígena originária campesina, prevista no art. 291 da Constituição, que pode ocorrer por formas como Território Indígena Originário Campesino (TIOC), conversão de município e via regional. Pelo art. 292 da Constituição, cada autonomia indígena deverá elaborar seu Estatuto. A questão é que a Lei Marco de Autonomias e Descentralização, de 2010, trouxe a necessidade de controle prévio de constitucionalidade desses Estatutos pelo TCP (art. 53, II)⁵⁰⁵, que tem sido criticado pela lentidão no controle prévio de constitucionalidade dos projetos de Estatutos autonômicos, desestimulando novos pedidos. Para além da necessidade de aparelhamento do Tribunal e das dificuldades dos povos indígenas de atingir os critérios necessários, uma questão que chama a atenção é a própria necessidade de controle prévio dos Estatutos, que fere a autodeterminação dos povos indígenas e implicaria uma integração forçada, o que tem sido reconhecido apenas de forma minoritária pela magistrada do TCP Mónica Castaños.⁵⁰⁶

Portanto, apesar do amplo desenvolvimento do conceito de plurinacionalidade no texto constitucional e da composição do TCP voltada à garantia de representação da diversidade, a interpretação aplicada não tem conferido o alcance e a efetividade esperada à

⁵⁰³ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p.280-286. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p.286-289.

⁵⁰⁵ EQUADOR. Lei Marco de Autonomias e Descentralização “Andrés Ibáñez”. Lei n. 31, de 19 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20031%20DE%20AUTONOMIAS%20Y%20DESCENTRALIZACION.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁵⁰⁶ LACERDA, Rosane Freire. Op. Cit., p. 251-265. Conferir voto dissidente na *Declaración Constitucional Plurinacional* 0029/2013. Disponível em: <<http://200.87.110.166/sealine/pdf/27/001.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

autonomia indígena. Assim como na Colômbia, Venezuela e Equador, na Bolívia há sérios problemas de concretização das normas constitucionais e de direitos humanos internacionais, a exemplo do direito de consulta prévia. Por fim, quanto aos povos indígenas fronteiriços, a Constituição e a Lei de Migração bolivianas deixaram de se posicionar e, assim, persiste uma situação de invisibilidade desses povos no país.

3.2.2.5 A experiência do Brasil (1988)

Principalmente a partir das experiências do Equador e da Bolívia, a temática da plurinacionalidade tem emergência no Brasil, diante das novas perspectivas teóricas desafiadoras das concepções clássicas de Estado. Exsurge, então, o questionamento: a heterogeneidade da população brasileira, constitucionalmente reconhecida, autoriza considerar, de *per si*, o Brasil como um Estado plurinacional?⁵⁰⁷

Consoante as experiências constitucionais anteriormente apontadas, foi visto que essa não tem sido a concepção de plurinacionalidade adotada no neoconstitucionalismo latino-americano, que tem deitado raízes mais profundas e buscado, por meio do reconhecimento das identidades étnicas, a superação de uma histórica dominação colonial. Busca-se um novo modelo de Estado, cuja construção jurídica e política reflita a diversidade cultural, “descolonizadas” as relações de poder no interior do Estado.

A Constituição de 1988, para Rosane Lacerda, apesar de reconhecer as formas próprias de organização social, usos e costumes dos povos indígenas e rechaçar o antigo modelo tutelar e assimilacionista, não modificou substancialmente as relações de poder entre o Estado e os povos indígenas e manteve uma relação político-jurídica vertical e hierarquizada, diversamente do “constitucionalismo plurinacional” da Bolívia e Equador, que quebrou as estruturas assimétricas de poder.⁵⁰⁸

Nesse sentido, para Raquel Fajardo, a experiência brasileira se encontra no primeiro ciclo das reformas constitucionais latino-americanas, o “constitucionalismo multicultural”, porquanto reconheceria a diversidade cultural sem a estrita preocupação com a eliminação de assimetrias políticas, sociais e econômicas, mas estaria no limiar do segundo ciclo, o

⁵⁰⁷ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 9. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 406-415.

“constitucionalismo pluricultural”, já que acolhe algumas abordagens da Convenção n. 169/1989 da OIT, não obstante promulgada sob a vigência da Convenção n. 107 da OIT.⁵⁰⁹

Isso não significa, porém, que a concepção de plurinacionalidade não tenha emergido à época da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Conforme aponta Rosane Lacerda, líderes indígenas participantes das delegações nas “Atas de Comissões” utilizaram em diversas passagens o termo *nação*, no sentido de nacionalidades indígenas. Ocorre que essa compreensão não foi assumida pelo movimento indígena como um todo e não se traduziu em reivindicações por mudanças estruturais na organização política e administrativa do Estado. A discussão estacionou no reconhecimento pelo texto constitucional da diversidade étnica, sem o avanço da articulação política para afirmação desse novo modelo de Estado descolonizado e, assim, apesar das garantias constitucionais, persistiram as relações de poder e dominação contra os povos indígenas.⁵¹⁰

Mesmo no período pós-Constituinte, ainda segundo Rosane Lacerda, alguns setores indigenistas defenderam a tese de que a plurinacionalidade havia sido reconhecida, o que era corroborado pelo entendimento de José Afonso da Silva, no sentido da afinidade entre o conceito de nação e etnia, pelo compartilhamento de identidade linguística, formas de organização próprias, ocupação de território e reprodução cultural.⁵¹¹

Em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva apresentou o entendimento de que o conceito de *nação* de Mancini, no sentido de indivíduos reunidos em torno de uma consciência social criada pela unidade de território, de origem, de costumes, de língua e de comunhão de vida, poderia ser aplicado às comunidades indígenas, em face do art. 231 da Constituição, que reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios. Além disso, se a língua comum é um fator determinante para constituição da nação, seria possível também falar em “nações indígenas” pela identidade linguística que as caracteriza. Sob esse ponto de vista, o conceito de nação se assemelharia

⁵⁰⁹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.sitioswwwweb.com/miguel/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵¹⁰ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 185-194. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 413-414.

ao de etnia e impulsionaria a formulação de um novo conceito de nação, voltado para o “sentimento de pertinência nacional que solidifica uma comunidade de destino político”.⁵¹²

Ainda nesse tema, Afonso da Silva afirma que a Constituição, ao empregar os termos *populações indígenas* (art. 22, XIV) e *comunidades indígenas* ou *índios* (art. 232), “recusou o emprego da expressão *nações indígenas*, baseada na falsa premissa e no preconceito de que *nação* singulariza o elemento humano do Estado ou se confunde com o próprio Estado, ideia há muito superada”, tendo em vista a existência de Estados multinacionais ou multiétnicos, Estados sem nação (Vaticano), nação sem Estado (Judeus até a fundação do Estado de Israel) ou nação dividida em vários Estados.⁵¹³

Apesar desse entendimento, a concepção de plurinacionalidade defendida pelos movimentos indígenas tem se inclinado para uma efetiva participação das identidades indígenas na estrutura institucional, que redefina a configuração do Estado para eliminação de relações coloniais de poder. Desse modo, na linha de Rosane Lacerda, não se compreende que o Estado brasileiro possa ser considerado “plurinacional”, conforme a ressignificação do movimento indígena latino-americano.⁵¹⁴

Se possível for extrair a “plurinacionalidade” do Estado brasileiro a partir de seu caráter pluriétnico e dos direitos constitucionais específicos, certamente tal plurinacionalidade não se opera de modo transversal no texto da Constituição, que mantém a concentração do poder estatal nos grupos majoritários. É que, por exemplo, não há circunscrições especiais para eleição de senadores e deputados indígenas, como ocorre na Colômbia, tampouco há obrigatoriedade de representantes indígenas na Corte Constitucional, como o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia.

De todo modo, em que pese o não reconhecimento da *plurinacionalidade* – no sentido que se extrai do neoconstitucionalismo latino-americano –, importa observar, como afirma Paulo Thadeu Gomes da Silva, que a Constituição de 1988 instituiu novo paradigma para tratar da questão indígena ao consagrar o “direito à diferenciação social”. A partir do novo paradigma, não há relação de hierarquia entre as culturas, mas de heterarquia, pois todas contribuíram no processo civilizatório nacional. Há o reconhecimento latente do autogoverno, por meio da expressão “organização social” do art. 231, tendo em vista que a

⁵¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 870-873.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 871.

⁵¹⁴ LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 406-415. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

construção de direitos tradicionais, a exemplo do exercício da jurisdição indígena, é inerente à concretização da organização social.⁵¹⁵

Por essa perspectiva, é possível concluir pelo reconhecimento na Constituição de 1988 da autonomia jurídica das comunidades indígenas, como ocorreu em sentença penal prolatada em 2014, confirmada em sede de apelação criminal (processo n. 0090.10.000302-0), que declarou a ausência do direito de punir estatal em face do julgamento de indígena, acusado de homicídio, pela própria comunidade indígena.⁵¹⁶ O acórdão do Tribunal de Justiça de Roraima apresentou a seguinte ementa, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva (sic) penas cruéis, infamantes e penas de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

- Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração de seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.

- Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.

- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.⁵¹⁷

⁵¹⁵ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 47-53 e 85.

⁵¹⁶ LACERDA, Rosane Freire. *“Volveré, y Seré Millones”*: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 408. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁵¹⁷ TJRR – Acr 0090.10.000302-0, Rel. Des. Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao/>>

Nessa linha, para Deborah Duprat, a Constituição de 1988, apesar de não utilizar termos como “povos ou nações indígenas”⁵¹⁸, reconhece o Brasil como Estado “pluriétnico”, ao rechaçar as pretendidas homogeneidades e revelar “o espaço ontológico do outro, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal”, o que é feito expressamente ao garantir o “pleno exercício dos direitos culturais” e as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras” (art. 215, caput e §1º), proteger “as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver” (art. 216, I e II) e conferir significado especial ao território (art. 231). Assim, destaca que “toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão de vida” e que, diante das territorialidades indígenas, está imanente o princípio de limitação dos poderes do Estado, já afirmado em precedentes judiciais que reconhecem a jurisdição indígena.⁵¹⁹

Porém, ainda nas palavras de Duprat, “não há como fazer uma transição paradigmática sem certo desassossego.” Há, por muitos, um apego à concepção clássica de Estado nacional em favor do interesse de setores dominantes da sociedade, muitas vezes sob o emblema de interesse público e da soberania nacional, que desprezam solenemente a configuração pluriétnica do Brasil e o direito à diferenciação social, como no caso emblemático da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, “em que o interesse estatal de produção energética prevaleceu em detrimento dos direitos culturais das comunidades indígenas da Bacia do rio Xingú”.⁵²⁰

Do mesmo modo, a soberania nacional e o suposto interesse público na proteção das fronteiras são utilizados por setores sociais dominantes para tutela de seus interesses, em detrimento dos povos indígenas transfronteiriços, cujo livre trânsito é alvo de críticas quanto à “invasão” do Brasil, como ocorreu com o veto presidencial à atual Lei de Migração, apontado no capítulo I.

Essa questão fica expressa, também, na ação judicial proposta pela Federação de Agricultura e Pecuária do Estado do Paraná contra a FUNAI e a União Federal (processo

tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵¹⁸ Observação apontada por André de Carvalho Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 705.

⁵¹⁹ PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O Estado pluriétnico*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁵²⁰ MACHADO, Isabel Penido de Campos; LAGES, Lívia. A proteção das identidades indígenas no marco da proposta plurinacional. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Direito à diversidade e o Estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 115.

n. 5000651-34.2016.4.04.7017 – Justiça Federal do Paraná), em maio de 2016, relativa a terras pendentes de demarcação localizadas nos Municípios de Guaíra e Terra Roxa/PR, na fronteira com o Paraguai, com o objetivo de controlar o número de indígenas na região, bem como a entrada de indígenas paraguaios, que supostamente ameaçariam a segurança e a soberania nacionais.

Conforme consta na petição inicial, “a preocupação se deve ao fato de que os índios pretendentes à demarcação são da etnia Guarani Kaiowá” (§13), “tribo nômade, que habitava a América como um todo em tempos pretéritos” (§14), que “não reconhecem os limites da fronteira nacional” (§15), de modo que “há um fundado risco de que esteja ocorrendo um influxo de índios de outros países para o Brasil”, “notadamente porque não se tem notícias de que nos países vizinhos haja um beneplácito tamanho por parte do Poder Executivo de demarcar tão extensas áreas de seus territórios” (§18).

Ainda, afirma-se na petição inicial que foram solicitadas informações à FUNAI acerca do influxo migratório indígena na região (§23) e “a resposta fornecida pela Requerida é estarrecedora e demonstra a fragilidade da soberania nacional” (§24), ao sustentar que “nada impede que esses indígenas habitem as Terras Indígenas aonde se encontram seus parentes brasileiros, se assim forem aceitos em suas respectivas comunidades” (§25). Dados tais fatos, o autor conclui “que há efetivamente índios do Paraguai vindo para o Brasil por força de demarcação” (§28) e que toda a sociedade brasileira “está vendo seu território ser entregue à (sic) estrangeiros” (§35), além do “risco à segurança nacional porque como se depreende de notícias e documentos anexados aos autos, vem crescendo há muito a violência entre os indígenas” (§77), a exemplo de caso em que “os indígenas resistiram à reintegração e houve confronto” (§81).

Ao final, foi requerido o reconhecimento da obrigação das rés realizarem “o controle dos indígenas vindos do Paraguai para a demarcação de terras nos municípios de Guaíra e Terra Roxa”, com o deferimento de tutela de urgência, para que sejam imediatamente suspensos os trabalhos demarcatórios na região (§§ 111 e 114).

A sentença, prolatada em outubro de 2017, julgou improcedente o pedido, “para reconhecer que não há como impor aos réus que realizem o controle do número de indígenas no local pretendentes à demarcação, tampouco que realizem o controle dos indígenas vindos do Paraguai para a demarcação das terras indígenas”. Além disso, consignou-se:

De fato, pouco importa a nacionalidade dos indígenas que serão beneficiados ou prejudicados por ocasião da conclusão do processo demarcatório, visto que referido processo, regido pelo Decreto n. 1.775/96, deve observar os procedimentos de identificação e delimitação das terras indígenas, por meio de

estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e antropológica, os quais, ao final, servirão de fundamento para a demarcação ou não da terra indígenas.

Quer dizer, uma vez demarcada a área e sendo esta reconhecida como pertencente aos indígenas Avá-Guarani, os membros desta tribo terão direito a habitarem respectiva área, **pouco importando se são provenientes do Brasil ou do Paraguai, valendo salientar, inclusive, que os indígenas estão distribuídos em territórios do Brasil e do Paraguai.**⁵²¹ (destacamos)

O caso é simbólico do contexto de incompreensão e discriminação de que são vítimas, no Brasil, os indígenas em mobilidade no território ancestral – além do problema da criminalização das lideranças indígenas, cujo desenvolvimento fugiria ao objeto da presente pesquisa.

Especificamente quanto à etnia indicada na petição inicial, é válido reforçar que os Guarani-Kaiowá ocupam espaços no território de vários países da América do Sul e sua mobilidade está diretamente relacionada à sua sobrevivência étnica, de modo que não é a demarcação que estimula a mobilidade transfronteiriça, mas seu modo peculiar de vida, reconhecido e tutelado pelo texto constitucional.⁵²²

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade registra que, no período de 1940 a 1950, em razão das transferências forçadas pelo Governo e das ameaças de colonos, muitos Guarani-Kaiowá fugiram para o Paraguai. Nas últimas décadas, tem sido identificado movimento de retorno dessa etnia ao Brasil “como a volta de um exílio forçado”.⁵²³ Portanto, é possível que a suposta “invasão de indígenas paraguaios” seja, na verdade, para além da transumância característica da etnia, o retorno dos grupos expulsos na época da ditadura militar.

Além disso, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) da Presidência da República, após realização de visita por comitiva em setembro de 2016, em terras indígenas no cone sul do Mato Grosso do Sul, emitiu relatório no qual “concluiu que a realidade vivida pelos povos Guarani e Kaiowá pode ser denominada como uma tragédia humanitária e denota explicitamente a negação sistemática de direitos humanos em função da omissão do Poder Público”.⁵²⁴ O relatório ainda registrou, *in verbis*:

⁵²¹ Consulta aos processos da Justiça Federal do Paraná disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/>>. Última consulta realizada em 01 de dezembro de 2017. Prazo para recurso de apelação em andamento.

⁵²² Conferir explanação sobre o “direito à diferenciação social” no item 3.3.

⁵²³ BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, v. II. Relatório: textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 215. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁵²⁴ BRASIL. Presidência da República. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). *Tekoha: direitos dos Povos Guarani e Kaiowá: visita do Consea ao Mato Grosso do Sul*. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em:

[...] a **Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, deve ser cumprida. Cabe ao Poder Público respeitar e proteger o território sob a ótica dos povos indígenas Guarani e Kaiowá, que não está limitada às fronteiras existentes entre países. Por isso, a tradição migratória Guarani e Kaiowá não deve ser criminalizada e nem utilizada como justificativa para a negativa de direitos sociais. [...] Foi possível constatar em todas as comunidades visitadas a ocorrência de **fome e desnutrição**, a precariedade do acesso a saúde, a água e a educação, a ausência de documentação civil, um constante sentimento de medo de **ataques violentos por ordem dos fazendeiros da região** e uma **forte criminalização das lideranças indígenas** que resistem e reagem aos abusos de poder dos órgãos de polícia. [...] A situação de insegurança alimentar e nutricional dos povos indígenas Guarani e Kaiowá é causada diretamente pelo **descumprimento de seus direitos territoriais** garantidos pela Constituição Federal do Brasil. Em função da morosidade do Poder Público em demarcar as terras indígenas e do **racismo institucional** presente no estado do Mato Grosso do Sul, urge uma ação articulada e coordenada dos três poderes, nas três esferas, para, primeiramente, erradicar a cultura discriminatória que leva à adoção nas tomadas de decisão de interpretações jurídicas pautadas exclusivamente na prevalência do conceito de propriedade privada, relegando a último plano os direitos constitucionais indígenas. Essa concepção está internalizada nos órgãos governamentais do estado do Mato Grosso do Sul. (nossos destaques)

O caso concreto apresentado traz à tona o contexto de invisibilidade, marginalização e extrema vulnerabilidade dos povos indígenas transfronteiriços no Brasil, como os guarani-kaiowá. Nesse sentido, percebe-se que, além do caráter embrionário da questão da plurinacionalidade ou, mesmo, do reconhecimento da múltipla nacionalidade, o Brasil perdeu uma grande oportunidade de adequar sua legislação aos instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Convenção n. 169 da OIT, ao deixar de dispor na Lei de Migração – por veto presidencial – acerca da mobilidade indígena em território ancestral, que também se encontra esquecida no texto constitucional.

O artigo 12 da Constituição Federal de 1988 estabelece as regras básicas sobre nacionalidade e, diversamente da Constituição da Colômbia e do Equador, nada dispõe sobre a nacionalidade originária ou a naturalização dos indígenas em região de fronteira.

Há um tímido reconhecimento do direito de circulação por meio dos atos internacionais do Ministério das Relações Exteriores, como o vigente “Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia para a Cooperação em Assuntos Indígenas na Zona de Fronteira”, de 2015, que traz a previsão de atividades para “geração de mecanismos que facilitem a livre mobilidade de povos indígenas da fronteira” (art. 3º).⁵²⁵

<<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/quem-sao-os-guaranis-e-kaiowas>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁵²⁵ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia para a Cooperação em Assuntos Indígenas na Zona de Fronteira*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/memorando-de->

Interessante observar que o referido Memorando traz uma “cláusula de autoisenção”, ao dispor que “a execução dos compromissos aqui acordados está sujeita às legislações das Signatárias e não trará obrigações de Direito Internacional nem responsabilidade jurídica alguma para as Signatárias” (art. 9º), não obstante a evidente normativa internacional aplicável aos povos indígenas transfronteiriços e sua necessidade de observância, sob pena de responsabilização internacional.

Em tramitação, o “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela para o Estabelecimento de Regime Especial Fronteiriço” pretende estabelecer “tratamento especial para os povos e comunidades indígenas que residem nas localidades fronteiriças vinculadas, de acordo com seus respectivos ordenamentos jurídicos, com o objetivo de promover o intercâmbio intercultural e o acesso às políticas públicas formuladas e regulamentadas pelas Partes” (art. 3º).⁵²⁶

Portanto, a experiência brasileira revela que a Constituição de 1988 instituiu novo paradigma para tratamento da questão indígena, que impõe o respeito pela autonomia e autodeterminação indígena. Todavia, não conferiu ao Brasil o *status* de Estado plurinacional, no sentido empregado pelo neoconstitucionalismo latino-americano, uma vez que é mantida uma configuração estatal que mantém a concentração de poder nos grupos majoritários. Além disso, em que pese a extensa fronteira terrestre, os diversos povos indígenas transfronteiriços se mantêm invisibilizados e não encontram tratamento específico na Constituição e tampouco na nova Lei de Migração, o evidencia, conforme aponta André de Carvalho Ramos, a “dificuldade [das minorias] de fazer valer seus pontos de vista nas arenas política e judicial internas, exigindo uma alavanca: a proteção internacional dos direitos humanos”.⁵²⁷

Não obstante a necessidade de garantir a mobilidade indígena no território ancestral, no Brasil, os setores dominantes têm sido mais bem-sucedidos no processo político e conseguido evitar a internalização de normas reconhecidas no plano internacional, o que

entendimento-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-da-colombia-para-a-cooperacao-em-assuntos-indigenas-na-zona-de-fronteira>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁵²⁶ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela para o Estabelecimento de Regime Especial Fronteiriço*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2010/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-bolivariana-da-venezuela-para-o-estabelecimento-de-regime-especial-fronteirico>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁵²⁷ CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

reforça o caráter essencialmente contramajoritário⁵²⁸ dos direitos humanos internacionais, a fim de que o direito de livre circulação dos indígenas transfronteiriços seja amplamente assegurado, ainda que para tanto se faça necessário o reconhecimento da dupla ou múltipla nacionalidade, como revela a experiência da Colômbia e Equador.

3.3 Cidadania

“- Como é que está, cidadão? Dá para aguentar, cidadão? Isso ele não sabia. Nem tinha importância. Agora sabia quem era. Era um cidadão. Não tinha nome, mas tinha um título: cidadão. Ser cidadão, para ele, o começo de tudo. Ou o fim de tudo”.⁵²⁹

O conto de Moacyr Scliar, “O nascimento de um cidadão”, ilustra – em tom irônico – a importância do conceito de cidadania para a sociedade atual que, segundo Dallari, representa o vínculo do indivíduo à ordem jurídica de um Estado, seja pelo local de nascimento, pela ascendência ou outros fatores previstos nas leis locais.⁵³⁰

A partir do desenvolvimento histórico do conceito de cidadania na Inglaterra, em “Cidadania, Classe Social e Status”, especificamente no capítulo III “Cidadania e Classe Social”, o sociólogo britânico Thomas Marshall apresenta seu clássico conceito de cidadania, no sentido de “status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status”. O conceito é dividido em três elementos: o civil, relativo aos direitos necessários à liberdade individual e desenvolvidos no século XVIII; o político, referente ao direito de participação política, marcadamente no século XIX, e o social, que compreende o direito ao bem-estar econômico e segurança, fruto das políticas igualitárias do século XX, por meio da participação nas comunidades locais e associações.⁵³¹

Depreende-se que, para Marshall, a cidadania, já em suas formas iniciais, carregava em si a ideia de igualdade, que provocou um impacto sobre a desigualdade social no século XX, ao associar os direitos políticos diretamente à cidadania e deslocar a base dos direitos políticos do *status* econômico para o *status* pessoal.

⁵²⁸ CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁵²⁹ SCLiar, Moacyr. O nascimento de um cidadão. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 638.

⁵³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 15.

⁵³¹ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 63-88.

Marco histórico na construção do conceito atual de cidadania são as lutas que culminaram na independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa no século XVIII, ao romperem com o princípio da legitimidade fundamentado nos deveres dos súditos para assentá-lo nos direitos dos cidadãos. A partir desse momento, segundo Jaime Pinsky, buscase a ampliação do conceito de cidadão para englobar mulheres, minorias nacionais, grupos étnicos, faixas etárias, entre outros, como expressão do exercício da democracia.⁵³²

Esclarece Peter Demant que a ideia de cidadania, quando surgiu na Europa Ocidental no século XVIII, não tratou de identidade coletivas heterogêneas pelo caráter relativamente homogêneo da sociedade, branca e cristã, com poucas minorias raciais, nacionais e religiosas. O discurso se voltava contra monarquias absolutistas e contra os privilégios da aristocracia e do clero. As revoluções política, industrial e demográfica do século XIX é que provocaram a mudança dessa perspectiva e do conceito de cidadania, que passou a englobar a democracia como forma de manter a convivência pacífica entre indivíduos diferentes.⁵³³

Assim, uma concepção abstrata de cidadão traz embutida a desconsideração das diferenças concretas e não confere alternativa além da assimilação e da exclusão, tornando as sociedades vulneráveis a atitudes discriminatórias, justamente porque não consegue acomodar em seu interior grupos diversos.⁵³⁴

A expansão de turbulências sociais fez com que essas discriminações e perseguições se destacassem, o que provocou uma nova mudança conceitual para acomodar as diferenças. Segundo Jaime Pinsky, temas antes considerados subversivos passam a ser considerados comuns, a exemplo do direito de voto da mulher, assim como, em sentido inverso, restrições antes aceitas se tornam perturbadoras, como a restrição do direito de voto à propriedade de bens, ao pertencimento a determinada etnia e à titularidade de títulos.⁵³⁵

Nesse sentido, cidadania se apresenta como um conceito histórico, que se transforma até mesmo dentro de cada Estado-Nação, conforme a abertura conferida ao conceito de cidadão, o grau de participação política de diversos grupos, os direitos sociais e a proteção estatal oferecida aos que dela necessitam.⁵³⁶

Como visto no Capítulo 1, na história brasileira, durante séculos não foi concedido aos indígenas o mesmo *status* de cidadania conferido aos demais membros da comunidade,

⁵³² PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 11-13.

⁵³³ DEMANT, Peter. Minorias - direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 386- 389.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 420-430.

⁵³⁵ PINSKY, Jaime. Op. Cit., p. 11-13.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 11-12.

uma vez que eram considerados incapazes ou mesmo “selvagens”. Certamente, tais circunstâncias históricas estão na base do reconhecimento da cidadania indígena no Brasil.

No século XVIII, a política indigenista brasileira tomou um rumo mais radical, com um conjunto de atos normativos, conhecidos como “Diretório dos Índios” ou “Diretório de Pombal”, em referência ao ministro plenipotenciário Marquês de Pombal, que determinou a expulsão dos jesuítas das aldeias e sua abertura à entrada indiscriminada de brancos e negros, com o objetivo de agilizar a incorporação dos indígenas como vassallos do reino, o que seria – ironicamente – o equivalente à cidadania.⁵³⁷

No século XIX, considerando a falta de previsão da questão indígena na Constituição do Império de 1824, permitiu-se todo tipo de espoliação pelas assembleias provinciais, até a promulgação de Lei em 1831 que declarou todos os indígenas livres, até mesmo os tomados como escravos, com a manutenção a condição de orfandade.⁵³⁸

No século XX, sob a premissa da transitoriedade da proteção oferecida ao indígena, o SPI apresentou, em 1911, proposta de regime jurídico especial para os índios, materializado posteriormente no Código Civil de 1916, que os estabeleceu como relativamente incapazes.⁵³⁹

Emblemático acerca da tutela indígena de direito privado foi o fato ocorrido no ano de 1980, sob a égide do Código Civil de 1916, em que o índio xavante Mário Juruna – posteriormente eleito Deputado Federal – convidado para participar do Tribunal Bertrand Russell, em Haia, na Holanda, teve negada autorização para se ausentar do país pelo Ministro do Interior. Houve a necessidade de impetração do *habeas corpus* n. 4.876, ao Tribunal Federal de Recursos, que concedeu a ordem para que ele pudesse “comparecer a reuniões do Tribunal Russell e voltar ao Brasil, imediatamente”.⁵⁴⁰

Também como visto no Capítulo 1, a política oficial do Estado brasileiro relativa aos povos indígenas até o século XX foi de aculturação. O paradigma então dominante impediu os povos indígenas de influenciar a vida pública da sociedade envolvente, bem como foi responsável por uma real depopulação e pela extinção e desestruturação social de diversos grupos, o que gerou uma situação de crise, reforçada pela organização dos movimentos

⁵³⁷ GOMES, Mércio Pereira. *O caminho brasileiro para a cidadania indígena*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 478-480.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 482-483.

⁵³⁹ LIMA, Antônio Carlos de Souza. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017, p. 159-160.

⁵⁴⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 43 e rodapé.

sociais indígenas e pela resistência cultural. Essa situação de crise impulsionou a mudança do paradigma, que ocorreu com a Constituição de 1988, com a consagração do “direito à diferenciação social”, que abrange o direito ao território, à organização social e à cultura.⁵⁴¹

Ainda segundo Gomes da Silva, não se trata de uma superdeferência de direitos fundamentais aos indígenas, mas de uma questão de “reflexividade”, por tratar de direito fundamental de direito fundamental, como resultado de sociedades superpostas – a ocidental e a tradicional. Nesse sentido, o direito à diferenciação cultural serve como norma de proteção em face de políticas estatais de aculturação e, em uma perspectiva mais ampla, trata do “direito de igualdade das diferenças”, como reflexo da categoria filosófico-política da identidade, que se insere na concepção de igualdade.⁵⁴²

O direito geral de igualdade se compreende a partir dos artigos 3º, IV,⁵⁴³ 5º, *caput*, e art. 231, *caput*, primeira parte, do texto constitucional, os quais expressam modais deônticos de promoção da igualdade e de proibição da discriminação. A primeira fase tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabelece o direito de nascer e permanecer livre e iguais em direitos, bem como a necessidade de que as distinções sejam justificadas por utilidade comum. A segunda fase é impulsionada pelos efeitos da Revolução Industrial, que demandaram uma moldura social ao Estado para promoção da igualdade material.⁵⁴⁴

Por sua vez, a terceira e última fase da evolução semântica agrega novo elemento ao conceito de igualdade: a obrigatoriedade de justificar tratamentos diferenciados a grupos. Desse modo, não se trata mais apenas da igualdade formal ou material, mas da igualdade de caráter identitário, que demanda o respeito às diferentes formas de viver, sem permitir, contudo, que essas mesmas diferenças sejam usadas para fundamentar desigualdade. Logo, as políticas de reconhecimento servem como maneira de concretizar essa igualdade, no sentido de “diferenciar sem preconceitos”.⁵⁴⁵

Transposta essa análise ao conceito de cidadania de Thomas Marshall, seria possível, então, acrescentar a ele um quarto elemento – além do civil, político e social – que é a

⁵⁴¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 34, 47-49, 63-64.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 82 e 51.

⁵⁴³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
“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:”

⁵⁴⁴ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op. Cit.*, p. 52-55.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 54 e 59.

identidade. O conceito de cidadania se transforma para considerar a identidade e, conseqüentemente, os direitos específicos de grupos, com a ampliação da proteção estatal sobre grupos vulneráveis e a superação da visão de cidadania como mero exercício de direitos e deveres por indivíduos que compartilham os mesmos valores nacionais.

Nesse contexto, a partir do paradigma da Constituição de 1988 e de acordo com Luciano-Baniwa, compreende-se a noção de cidadania aos indígenas como a “possibilidade de usufruírem dos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros enquanto continuam adotando os seus modos próprios de viver, de pensar, de ser e de fazer”.⁵⁴⁶ A cidadania indígena, assim, encontra fundamento no direito à diferenciação social apontado por Gomes da Silva e, por conseguinte, perpassa a mesma questão de reflexividade, como um regime de “dupla afetação” relativo à titularidade de direitos fundamentais.

Sob essa ótica, a Convenção n. 169 da OIT positivou direitos de participação dos índios na construção de suas próprias vidas, ao englobar os direitos de participação política, de consulta prévia e de participação geral, que se refere à presença na formulação de políticas públicas atinentes à terra, seguridade, saúde, educação e contatos e cooperação através de fronteiras, superada a visão de mera cooperação com a sociedade envolvente, conforme previsto na anterior Convenção n. 107. Esse direito de participação implica o reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas com direitos próprios e do diálogo que deve existir entre elas, o que deve ser construído pelos intérpretes das normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais.⁵⁴⁷

Acerca da capacidade civil do indígena, o Código Civil de 2002 estatuiu sua plena capacidade. O Projeto de Lei n. 2.057/1991 – o Estatuto dos Povos Indígenas – reconhece a plena capacidade civil e, quando aprovado, será a legislação especial exigida pelo Código Civil. Além disso, a Constituição de 1988 trata da tutela de índole pública e não privada ou orfanológica. Pelo art. 231, *caput*, a União deve proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas, logo, a intervenção estatal apenas será necessária quando a prática de determinado ato jurídico privado puder causar prejuízo ao indígena.⁵⁴⁸

O reconhecimento da cidadania indígena não significa, porém, a concretização dos direitos a ele subjacentes. Afinal, como afirma Mércio Pereira Gomes, “se até a classe média

⁵⁴⁶ LUCIANO-BANIWA, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁵⁴⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015, p. 147-150.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 44.

reclama de carências políticas e sociais, imaginem o índio!”, que desponta como a “vítima da vítima”⁵⁴⁹ e demanda, além desses direitos políticos e sociais, o reconhecimento de sua diferenciação social, essencial a um regime democrático e pluralista.

Vale observar que até mesmo políticas públicas voltadas à “pobreza” das populações indígenas mantêm, na verdade, um perfil tutelar e assistencialista. Sem desmerecer a importância de medidas governamentais para redução da pobreza dessas comunidades, é preciso apontar que elas podem causar uma distorção da realidade, posto que não combatem uma das principais causas da pobreza, que é o não reconhecimento dos territórios indígenas ou, mesmo quando reconhecidos, a insuficiente ou nenhuma reação estatal diante das ameaças e invasões perpetradas. Para ilustrar a afirmação, de acordo com as informações do Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, entre os anos de 2002 e 2006, houve um aumento de 50% dos recursos financeiros federais para os setores de saúde e segurança alimentar indígena, além de expansão do Programa Bolsa Família, do Benefício de Prestação Continuada (BPC), entre outros programas governamentais. Em contraponto, o mesmo período registrou o menor número de Terras Indígenas “declaradas” e “homologadas”⁵⁵⁰, o que demonstra que a real causa do problema não é enfrentada.

Nessa linha, a cidadania indígena demanda o reconhecimento da diferenciação social do indígena e, certamente, a concretização de seus direitos peculiares, como o reconhecimento dos territórios indígenas, a autonomia e autogoverno sobre suas terras, a representação indígena nas instâncias legislativas, a consulta na formulação de políticas públicas, bem como o reconhecimento do direito de ir e vir nos casos dos povos transfronteiriços, tendo em vista que a mobilidade faz parte de sua identidade. Logo, negar aos povos indígenas o direito de circulação é negar-lhes sua própria cidadania.

⁵⁴⁹ GOMES, Mércio Pereira. *O caminho brasileiro para a cidadania indígena*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 469-470.

⁵⁵⁰ VERDUM, Ricardo. Autonomia: a dívida com a cidadania indígena. In: *Boletim Orçamento & Políticas Socioambientais*, Instituto de Estudos Socioeconômico, ano V, n. 18, novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/boletins/boletim-orcamento-politica-socioambiental/boletim-no-18>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

4. NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A MIGRAÇÃO INDÍGENA

Um dos fatores de complexidade do tema da mobilidade humana internacional reside na constatação, como exposto por André de Carvalho Ramos, de que não há apenas um, mas vários “estrangeiros”.⁵⁵¹ Desse modo, o tratamento jurídico deve ser específico conforme o recorte da realidade em análise.

A antropologia brasileira aborda o risco de reunirmos como conjunto de fenômenos de mesma natureza (migrações) situações vivenciadas de modo diverso pelas pessoas que são o objeto desses conceitos (migrantes) e, ainda, critica a ausência de perspectiva do sujeito de alguns estudos sobre o tema. Márcia Sprandel afirma que “existe, pode-se dizer, um ‘migrante’ genérico, algo como uma subespécie do ‘pobre’ genérico, também objeto de convenções, tratados, relatórios e avaliações internacionais”.⁵⁵²

Desse modo, está presente nas teorias migratórias atuais o cuidado com os direitos dos grupos vulneráveis, o que, certamente, nem sempre esteve em pauta. No Brasil, a normatividade vigente oscila conforme a época, identificando-se três vertentes: a) visão do estrangeiro como elemento estranho à sociedade; b) visão como imigrante e fator de desenvolvimento e riqueza, com possibilidade de integração ao meio e c) visão contemporânea, que define o estrangeiro como cidadão, apto ao exercício de direitos.⁵⁵³

De acordo com Carmem Lussi, os fluxos migratórios não decorrentes de guerras, desastres naturais ou outros motivos de força maior tem sido classicamente considerados como “migrações econômicas”, tendo em vista que, de um modo geral, a demografia e a economia foram as primeiras disciplinas a formularem teorias para o estudo dos fluxos migratórios, impulsionadas pelo *boom* econômico do pós-guerra. Nas décadas de 1960 e 1970, inspirados pela teoria clássica de Adam Smith, entendeu-se que a migração seria causada pela lacuna entre a oferta e a demanda de trabalho em diferentes lugares. Por essa razão, o imaginário coletivo tem comumente relacionado a migração a trabalhadores.⁵⁵⁴

As teorias neoclássicas de inspiração demográfica, conhecidas como *push-pull theories*, apontam no sentido de que as causas das migrações se baseariam numa combinação

⁵⁵¹ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721.

⁵⁵² SPRANDEL, Marcia Anita. Algumas observações sobre fronteiras e migrações. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013, p. 26.

⁵⁵³ CARVALHO RAMOS, André de. Op. Cit., p. 725-731.

⁵⁵⁴ LUSSI, Carmem. Teorias da mobilidade humana. Revisão bibliográfica. In: DURAND, Jorge; LUSSI, Carmem. *Metodologias e teorias no estudo das migrações*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 67 e 76.

de *push-factors*, que repelem o povo de sua terra de origem, como crescimento demográfico, baixas condições de vida, falta de oportunidades econômicas e repressão política, e os *pull-factors*, que os atraem para o destino, como demanda de trabalho, disponibilidade de terra, boas oportunidades econômicas e liberdade política. A teoria marca a migração transnacional da era industrial e, nesse cenário, até mesmo a mobilidade para estudo, realização de sonhos pessoais ou reunião familiar teria um aspecto econômico relevante.⁵⁵⁵

Ainda segundo Carmem Lussi, outras teorias neoclássicas foram elaboradas para explicar o fenômeno migratório, como a teoria da nova economia das migrações⁵⁵⁶, a teoria da migração familiar e da seletividade da migração⁵⁵⁷, a teoria do duplo mercado de trabalho ou mercado segmentado⁵⁵⁸. Porém, as diferentes abordagens neoclássicas da mobilidade humana apontaram para a crucial necessidade de que a compreensão das migrações vá além das análises econômicas, com o reconhecimento da migração como processo complexo, que inclua fatores econômicos, sociais, culturais, psicológicos, políticos e até mesmo ambientais.⁵⁵⁹

Nesse contexto, as “abordagens de processualidade”⁵⁶⁰ assumem que a mobilidade humana é um projeto constantemente reelaborado, que progride por processos internos e coletivos, nacionais e internacionais, de forma interligada, como resultados de diversas causas cumulativas, a saber: as microestruturais, relacionadas às redes sociais informais desenvolvidas pelos migrantes; as mesoestruturais, quanto às instituições que assumem papéis de apoio, como organizações de migração, igrejas e a mídia e, por fim, as macroestruturais, referentes à política econômica internacional e fatores institucionais de larga escala. Promove-se, de tal modo, uma abordagem sistêmica ou um *global approach*,

⁵⁵⁵ LUSSE, Carmem. Teorias da mobilidade humana. Revisão bibliográfica. In: DURAND, Jorge; LUSSE, Carmem. *Metodologias e teorias no estudo das migrações*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 80 e 77, nota de rodapé.

⁵⁵⁶ Considera não apenas os motivos de pressão e atração do mercado de trabalho, mas outros fatores como casa, família e comunidade. Todavia, para os críticos, o fenômeno descrito por essa teoria não possui repercussão nos fatos, diante do peso das leis e políticas do Estado-nação, sobretudo o controle de fronteiras e a criminalização da migração.

⁵⁵⁷ Mais uma variável da teoria neoclássica. Inclui no fato da migração não apenas os sujeitos economicamente ativos, mas inteiros núcleos familiares.

⁵⁵⁸ Fundamenta-se nas contradições estruturais das modernas economias capitalistas, como a demanda por trabalho não qualificado e possivelmente irregular, onde a exploração barateia os custos; enquanto outros setores não são acessíveis aos migrantes. A *dual (or segmented) labour Market* mostra a influência de fatores como raça, gênero e instituições na segmentação do mercado de trabalho e trata do dualismo entre *high e low payed Jobs*.

⁵⁵⁹ LUSSE, Carmem. Op. Cit, p. 78-88.

⁵⁶⁰ Como exemplo, a *Migration System* e a *Migration Network Theory*.

que considera a migração como uma rede de países ligados pelas dinâmicas interações do processo migratório entre o Estado, o indivíduo e a comunidade.⁵⁶¹

As “abordagens por mosaico” ou “estudos por tópicos emergentes” partem do pressuposto de que o debate sobre a transição demográfica é um tópico tradicional no tema migratório, mas, isoladamente, a demografia não é suficiente para formulação de proposta teórica da mobilidade humana, apesar do papel fundamental no auxílio a outras disciplinas por meio dos aportes de dados estatísticos.⁵⁶²

Desse modo, as teorias migratórias se voltaram para uma abordagem dialética, tendo a vista a necessidade de cruzar abordagens, metodologias e disciplinas, cientes da impossibilidade de exaurir o conteúdo do fenômeno migratório, marcado por um dinamismo intrínseco.⁵⁶³

Impulsionados por associações de migrantes e organizações voltadas a direitos humanos das pessoas em mobilidade, os estudos migratórios ampliaram o espectro de interesses da mobilidade humana, com a inclusão de temas relativos à justiça, direitos humanos, diversidade, redes, retornados e *left behind*, gênero e segunda geração, multiculturalismo, bem como as transformações identitárias, o tráfico e o contrabando, a dupla ou tripla pertença jurídica, cultural e religiosa etc.⁵⁶⁴

Apesar dos avanços, para Carmem Lussi, os estudos teóricos ainda carecem de explicações suficientes acerca dos direitos humanos das pessoas em mobilidade, “pelo simples fato de serem migrantes, independentemente da etapa em que se encontram no seu projeto migratório ou da situação administrativa que vivem”.⁵⁶⁵

Ademais, as recentes discussões apontam conceitos mais flexíveis, como desterritorialização e transnacionalismo, afastando-se do enfoque estático até então adotado e também da limitada visão do migrante como “unidade econômica”, para conceber a importância de analisar outros aspectos da migração.⁵⁶⁶

⁵⁶¹ LUSSE, Carmem. Teorias da mobilidade humana. Revisão bibliográfica. In: DURAND, Jorge; LUSSE, Carmem. *Metodologias e teorias no estudo das migrações*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 97-103.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 104.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 68-69.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 69. Nesse sentido, critica: “o que têm as teorias das migrações a explicar sobre mortes na fronteira, assassinatos de migrantes em países de trânsito, comercialização internacional de migrantes feita por quadrilhas de contrabando, ou ainda, sobre governos que adotam políticas discriminatórias que criminalizam a migração? O que podem explicar as teorias da mobilidade humana sobre tráfico de seres humanos, negação de direitos a filhos de mãe-imigrante cujo pai é cidadão de país receptor, racismo nos estabelecimentos de serviço público, discriminação por fenotípia ou nacionalidade de origem?”

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 48-49.

A teoria da assimilação, que centraliza a discussão nos processos de inserção dos migrantes nas sociedades de acolhida, também tem sido substituída por outros conceitos que agregam novos aspectos de interpretação da realidade, como incorporação, adequação, multiculturalismo e interculturalidade.⁵⁶⁷ Nesse sentido, José Itzigsohn e Silvia Saucedo apontam uma mudança de paradigma no estudo de migrações. Anteriormente focados nos processos de assimilação dos imigrantes no novo país, passam a considerar que não há quebra dos laços com o país de origem, mas a formação de múltiplas relações, em diversas áreas, que transcendem as fronteiras nacionais.⁵⁶⁸ Para Carmem Lussi, essa pode ser uma mudança de perspectiva e não necessariamente um novo fenômeno, que provoca a revisão de conceitos como Estado-Nação, soberania nacional e temas afins.⁵⁶⁹

A evolução do fato migratório traz a necessidade de lançar novas perspectivas teóricas, que considerem a cultura, a classe e as dinâmicas de poder em que os migrantes se encontram situados.⁵⁷⁰

Nesse contexto, a desmistificação do fenômeno migratório, no sentido de considerá-lo para além do aspecto econômico, também traz à tona a pouco conhecida migração indígena.

4.1 Migração indígena e sua precária teorização

A Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais de 1989, bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas de 2007 e a Declaração Americana de 2016 refletem o movimento de proteção dos povos indígenas por meio do aparelho institucional dos direitos humanos. Por outro lado, a complexidade dos fluxos migratórios transnacionais também tem provocado uma profusão de estudos sobre a figura do migrante, como a Convenção da ONU sobre Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.⁵⁷¹ Porém, quanto ao “indígena migrante”, ainda não se identifica semelhante desenvolvimento normativo. Nas palavras de Martínez de Bringas, o indígena

⁵⁶⁷ LUSI, Carmem. Teorias da mobilidade humana. Revisão bibliográfica. In: DURAND, Jorge; LUSI, Carmem. *Metodologias e teorias no estudo das migrações*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 106.

⁵⁶⁸ ITZIGSOHN, Jospe, SAUCEDO, Silvia Giorguli. Immigrant Incorporation and Sociocultural Transnationalism. In: *The International Migration Review*, 2002, 36(3), 766-798. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4149563>>. Acesso em: 23 maio 2016.

⁵⁶⁹ LUSI, Carmem. Op. Cit., p. 49.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 54.

⁵⁷¹ Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral (entrada em vigor a 1 de julho de 2003).

migrante se apresenta como um “centauro pós-moderno”, por englobar a dupla dimensão dos direitos que correspondem às pessoas migrantes e a dos direitos que correspondem aos povos indígenas.⁵⁷²

Asier Martínez de Bringas traça um marco geral das dificuldades enfrentadas pelos indígenas em migração. A primeira dificuldade é a falta de dados relevantes em termos de sociologia descritiva para discussão e interpretação do fenômeno da migração indígena. São escassos os estudos sociais e os censos que permitem conhecer os fluxos de migração indígena dentro e fora das fronteiras nacionais e compreender como se enraízam a identidade e a cosmovisão indígenas, o que demonstraria uma tendência de assimilação e de falseamento da realidade indígena.⁵⁷³

Alicia Torres e Jesús Carrasco apontam que a falta de informação quantitativa relevante e confiável causa a impressão de que a migração proveniente dos países da América Latina é etnicamente homogênea, com a única diferença de sua origem nacional, como “peruanos”, “equatorianos”, “mexicanos”, quando, na verdade, a migração é pluriétnica.⁵⁷⁴ No mesmo sentido, Pilar Cruz Zuñiga destaca a preocupação de tornar visíveis as diferenças no interior dos diversos grupos de pessoas migrantes, para afastar a concepção de homogeneidade étnica ou a diferenciação apenas pelo país de procedência.⁵⁷⁵

Os dados quantitativos e qualitativos sobre os povos indígenas, de acordo com as particularidades de cada povo e cultura, não são devidamente compreendidos por meio de uma análise sociodemográfica convencional, tendo em vista que o direito à autoidentificação traz a necessidade de participação dos povos indígenas nos levantamentos demográficos. Nesse sentido, de acordo com as informações da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe das Nações Unidas (CEPAL), quase todos os países realizaram ao menos uma pergunta de identificação étnica no Censo do ano 2000.⁵⁷⁶

⁵⁷² BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZUÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 76-78.

⁵⁷³ Ibidem, p. 65.

⁵⁷⁴ TORRES, Alicia, CARRASCO, Jesús. Introdução. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁵⁷⁵ ZUÑIGA, Pilar Cruz. Pueblos indígenas, migración transnacional e identidades. La migración de pueblos indígenas de Ecuador hacia España. In: RUBIO, David Sánchez, ZUÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 40.

⁵⁷⁶ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016. Vale lembrar que, no Brasil, conforme exposto no capítulo 2, apenas no Censo 2010 a etnia e a

A segunda dificuldade apontada por Martínez de Bringas é a ausência de um campo específico para debater a relação entre povos indígenas e migração, do qual se possa extrair novas categorias e problemáticas.⁵⁷⁷

Para preencher esse vazio, sugere quatro perspectivas que devem ser consideradas para uma análise mais pedagógica da complexidade da migração indígena, a saber: 1) povos indígenas como migrantes voluntários; 2) povos indígenas como migrantes forçados; 3) impacto da migração indígena nas comunidades de origem; 4) impacto da migração não-indígena nas comunidades indígenas. As duas primeiras categorias cuidam dos motivos da migração indígena e as últimas, das consequências que a migração produz sobre os povos indígenas.⁵⁷⁸

Quanto à primeira perspectiva, a migração voluntária, afirma que não há dados científicos descritivos sobre os fundamentos que dão sentido a esse deslocamento. Todavia, dos estudos de campo realizados, afirma que não se pode deduzir pela pura voluntariedade nos processos migratórios indígenas.⁵⁷⁹

Já a migração forçada se refere aos povos indígenas que cruzam as fronteiras estatais ou se deslocam dentro de suas fronteiras étnicas por razões de conflito armado, violência, violações de direitos humanos ou desastres naturais.⁵⁸⁰

A terceira perspectiva (impacto da migração indígena nas comunidades de origem) aponta que a comunidade e o território continuam sendo pontos de referência permanentes para definição da identidade do indígena migrante, em relação de mútua dependência ou mútua autonomia.⁵⁸¹

O quarto aspecto (impacto da migração não-indígena nas comunidades indígenas) se refere ao fato de que a migração não-indígena no território indígena pode impulsionar a migração para busca de melhores condições de vida em outro lugar ou país.⁵⁸²

As quatro perspectivas apresentadas precisam ainda ser complementadas, transversalmente, por outras três: 1) migração indígena em contexto local; 2) migração

língua falada pelos indígenas foram consideradas como objeto de investigação. A categoria “indígena” foi incluída no Censo Demográfico 1991 e mantida no Censo 2000.

⁵⁷⁷BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 65.

⁵⁷⁸Ibidem, p. 66-67.

⁵⁷⁹Ibidem, p. 67. Investigações empíricas realizadas junto a povos indígenas do Equador e Bolívia.

⁵⁸⁰Ibidem, p. 68.

⁵⁸¹Ibidem, p. 73 e nota de rodapé.

⁵⁸²Ibidem, p. 74.

indígena internacional e 3) migração indígena transfronteiriça, enquanto prolongamento cultural dos povos além dos limites do Estado.⁵⁸³

A migração interna se refere à dialética entre indígenas urbanos e rurais, influenciada por diversos fatores, como falta de território, pressão demográfica, interesses de empresas nacionais e internacionais, degradação ambiental, pobreza, falta de água e busca de melhores condições de vida.⁵⁸⁴

A migração indígena internacional, no Panorama Social da América Latina 2006 da CEPAL, é subdividida em quatro tipos: 1) migração indígena internacional propriamente dita; 2) migração transnacional; 3) mobilidade territorial ancestral e 4) mobilidade forçada.⁵⁸⁵

A migração internacional se refere aos indígenas que cruzam as fronteiras nacionais, além do território ancestral, sem a manutenção de vínculo institucionalizado com a comunidade de origem, não obstante a presença de identidade étnica e laços familiares.⁵⁸⁶

A migração indígena transnacional trata dos migrantes internacionais que criaram laços comunitários além das fronteiras nacionais, com ampliação de suas fronteiras étnicas. O Panorama Social da CEPAL aponta os Kichwa Otavalo do Equador como exemplo de migração transnacional, diante da manutenção dos vínculos com as comunidades de origem, fomento do uso da língua kichwa e de práticas culturais, bem como o intercâmbio de mercadorias.⁵⁸⁷

Essas “novas”⁵⁸⁸ formas de migração são heterogêneas, haja vista a diversificação dos destinos, rotas e formas de organização socioeconômica, política e cultural. A heterogeneidade, porém, não é exclusiva das migrações indígenas, uma vez que já são estudadas nas teorias migratórias, como os enfoques de gênero, região, estrutura de classes, entre outros. Acontece que a vulnerabilidade dos povos indígenas em razão da pobreza,

⁵⁸³BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 75.

⁵⁸⁴ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁵⁸⁵ Idem.

⁵⁸⁶ Idem.

⁵⁸⁷ Idem

⁵⁸⁸ “Novas” porque se intensificaram a partir da década de 1990, em contraponto à secular migração no território ancestral.

exclusão e discriminação torna ainda mais difícil o processo migratório, principalmente para mulheres, crianças e jovens indígenas.⁵⁸⁹

Nessa linha, o *workshop* de especialistas promovido pelo Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas para tratar dos desafios e oportunidades da migração indígena destacou a falta de debates consistentes sobre o tema dos indígenas migrantes e a escassez de dados e de conhecimentos em torno da migração indígena, apesar do crescimento dos estudos sobre migrações. Questionou-se: quais condições impelem a migração indígena? A migração indígena se enquadra nas categorias administrativas comuns ou devem ser consideradas outras categorias? Os tradicionais *pull-push factors* são relevantes para a migração dos povos indígenas? Ou em razão do vínculo com o território os indígenas são menos propensos à migração?⁵⁹⁰ Essas e muitas outras dúvidas permanecem sem a necessária abordagem nas teorias migratórias.

A mobilidade territorial ancestral, como já visto, trata dos povos que habitavam um território que foi fragmentado pelos limites dos Estados-nacionais e, assim, suas fronteiras étnicas transcendem as fronteiras estatais”. Apesar da consolidação da figura dos Estados-Nação no final do século XIX, ainda são “praticamente desconhecidos” na bibliografia sobre migração internacional.⁵⁹¹

A migração indígena transfronteiriça, objeto propriamente desta investigação, remete à dificuldade de limitar processos identitários complexos e coletivos no âmbito territorial de apenas um Estado-Nação. Os exemplos são muitos e vale citar também os quechua, no Peru, Bolívia e Norte da Argentina; os aymaras entre o Chile, Bolívia e Argentina; os mapuche, na Argentina e Chile; os shuar, entre o Equador e Peru; os maias, na Guatemala e México. Esses povos, de migração secular, supõem uma prática qualitativa e quantitativamente diferente das outras formas migratórias.⁵⁹²

⁵⁸⁹ TORRES, Alicia, CARRASCO, Jesús. Introdução. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁵⁹⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Report of an Expert Workshop on Indigenous Peoples and Migration: Challenges and Opportunities*. E/C.19/2006/CRP.5, de 05 de maio de 2006. Apresentado pelo Fórum Permanente de Questões Indígenas e pela Organização Internacional para Migrações. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-and_migration.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

⁵⁹¹ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁵⁹² TORRES, Alicia, CARRASCO, Jesús. Op. Cit.

Não se pode olvidar que a migração indígena transfronteiriça também pode ser decorrente de processos de perseguição por parte do Estado, guerras civis ou conflitos internos.⁵⁹³ Logo, o direito de contato entre povos indígenas divididos por fronteiras internacionais, se violado, pode provocar processos de migração indígena forçada. A migração internacional, igualmente, trata muitas vezes de deslocamento forçado, como forma de resistência diante da pobreza no país de origem, a exemplo do povo de Muquiyauro, no Peru.⁵⁹⁴

Expostos os tipos de migração indígena internacional, chama atenção o fato de que, na América Latina e Caribe, praticamente a totalidade dos migrantes indígenas é nascido em país limítrofe. A migração em áreas fronteiriças ou “cinzentas” pode se referir, portanto, à migração internacional, transnacional ou à migração dentro das fronteiras étnicas.⁵⁹⁵

É o que dizem os dados do Centro Latino-Americano de Demografia (CELADE), de 1994, analisados pela CEPAL. Na Bolívia, quase 100% dos migrantes indígenas são nascidos em país fronteiriço, ao passo que entre não-indígenas o percentual está entre 70% e 80%. No Panamá, mais de 90% dos indígenas migrantes provém de país limítrofe, já entre não-indígenas o percentual é de quase 50%. No Brasil, quase 80% dos indígenas migrantes são fronteiriços, em contraponto a aproximadamente 65% dos migrantes não-indígenas.⁵⁹⁶

Esses dados não são capazes de explicar, porém, se a migração indígena se dá ou não em território ancestral.⁵⁹⁷ De todo modo, percebe-se que a migração indígena internacional *lato sensu* é fundamentalmente transfronteiriça, o que requer políticas e medidas especiais para proteção desses povos que se encontram sob o domínio de dois ou mais países. A CEPAL entende que os países limítrofes deveriam promover, em sua legislação interna, a possibilidade de dupla nacionalidade e a disposição de medidas especiais para facilitar o

⁵⁹³ BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 78.

⁵⁹⁴ SÁENZ, María del Pilar. Las migraciones internacionales en Muquiyauro (Perú): entre el progreso, el prestigio y las resistências. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁵⁹⁵ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁵⁹⁶ Idem.

⁵⁹⁷ A análise dos dados sobre a localização em áreas rurais e manutenção da língua indígena podem ser uma evidência da “mobilidade ancestral”, mas não suficientes.

contato transfronteiriço, com o reconhecimento do costume jurídico de deslocamento dentro do território étnico-cultural anterior aos limites jurídicos dos Estados Latino-Americanos.⁵⁹⁸

O reconhecimento, a promoção e a garantia dos direitos humanos individuais e coletivos dos povos indígenas estabelecidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma obrigação dos Estados, que deve superar as falhas de implementação. No *workshop* de especialistas do Fórum Permanente de Questões Indígenas da ONU, entendeu-se que a questão principal na temática indígena não é a ausência de norma internacional, mas a fraqueza de sua implementação pelos Estados, ainda mais difícil no caso dos indígenas migrantes, que podem não ter ciência de seus direitos humanos internacionais pela falta de acesso a informações relevantes e, por consequência, não fazer uso dos mecanismos internacionais de cumprimento ou não recorrer às leis nacionais com fundamento nos padrões internacionais.⁵⁹⁹

Os *experts* entenderam ainda que as estruturas e mecanismos existentes, apesar de não serem voltados especificamente para os povos indígenas, podem ser a eles estendidos, como a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além dos Relatores Especiais e dos *treaty bodies* - que devem ter um papel mais forte no cumprimento e supervisão para que os meios disponíveis possam ser efetivamente utilizados pelos indígenas quando necessário. Ainda, o direito humanitário, o costume internacional e direito dos refugiados podem ser aplicáveis no tratamento dos povos indígenas em processo de migração.⁶⁰⁰

Apesar desse amparo oferecido aos indígenas migrantes, os especialistas do Fórum Permanente de Questões Indígenas da ONU constataram que outros instrumentos internacionais não fornecem proteção adequada, como a Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, que, embora aplicável de forma geral a trabalhadores sazonais, não apresenta, por exemplo, disposições expressas em matéria de agricultura, setor onde os povos indígenas tradicionalmente trabalham, detectando-se, assim, a necessidade de uma abordagem específica dos direitos dos povos indígenas. De uma forma geral, porém, recomendou-se que os mecanismos da ONU, bem como de outros organismos

⁵⁹⁸ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁵⁹⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Report of an Expert Workshop on Indigenous Peoples and Migration: Challenges and Opportunities* E/C.19/2006/CRP.5, de 05 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-and_migration.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016. (§35)

⁶⁰⁰ Idem.

internacionais, fossem primeiramente considerados na abordagem dos indígenas migrantes para que, em segundo momento, fossem propostos novos instrumentos.⁶⁰¹

De acordo com André de Carvalho Ramos, apesar de possível a invocação de diversos tratados pelos povos indígenas, porquanto aplicáveis a todos os seres humanos – como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, entre outras –, há uma grave lacuna quanto a tratados na matéria indígena, uma vez que não há um grande tratado regional ou global sobre os direitos desses povos, com exceção da Convenção 169 da OIT. Assim, a aplicação dos tratados existentes não exclui a necessidade de tratados específicos na atualidade.⁶⁰²

Nesse sentido, além dos esforços de implementação dos direitos e mecanismos de cumprimento já existentes, a doutrina especializada chama atenção para necessidade de discutir em profundidade a temática dos indígenas migrantes. Diante da ausência de um campo específico de debate, é evidente a demanda por uma teoria da migração indígena.

Exsurge, pois, que o movimento de fortalecimento dos direitos dos povos indígenas e os estudos migratórios alcancem os indígenas migrantes, o que perpassa a superação das duas dificuldades centrais apontadas por Martínez de Bringas: falta de dados relevantes e ausência de campo específico de análise.

O Direito Internacional da Mobilidade Humana e o Direito Internacional dos Direitos Humanos precisam suprir a lacuna de um marco que expresse o caráter dúplice da migração indígena, isto é, que contemple tanto os direitos como pessoas em contexto de migração quanto os direitos dos povos indígenas, em sua dimensão de identidade e de cultura.⁶⁰³

A Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas/2007 e a Declaração Americana/2016 reforçam a proteção dos indígenas migrantes ao prever o direito de mobilidade transfronteiriça em território ancestral. Apesar do avanço, não há, por exemplo, distinção clara em relação à migração internacional ou transnacional e sua repercussão no campo dos direitos humanos internacionais.

⁶⁰¹ NAÇÕES UNIDAS. *Report of an Expert Workshop on Indigenous Peoples and Migration: Challenges and Opportunities* E/C.19/2006/CRP.5, de 05 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-and_migration.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016. (§§ 36 e 38.3)

⁶⁰² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 709.

⁶⁰³ BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratórios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 69-70.

É um enorme desafio, tendo em vista a complexidade e a heterogeneidade das dinâmicas migratórias indígenas e sua discriminação estrutural, mas é também um dever prioritário, tendo em vista que a falta de conhecimento sobre a mobilidade de grupos indígenas prejudica a geração de políticas públicas e também sua proteção internacional, pela ausência de debates, decisões, recomendações e instrumentos internacionais específicos para proteção de sua dupla identidade vulnerável.

4.2. A dupla vulnerabilidade dos indígenas migrantes: o caso da migração dos Warao para o Brasil

As dificuldades decorrentes da falta de uma teoria migratória indígena se evidenciam no contexto do atual processo migratório dos indígenas venezuelanos da etnia Warao para o Brasil, principalmente para os Estados de Roraima e Amazonas.

No curso da presente pesquisa, em março de 2017, foi efetuada visita ao abrigo dos indígenas Warao nos Municípios de Boa Vista e Pacaraima, no Estado de Roraima. Essas cidades já são consideradas há muito como destino de migrantes venezuelanos, tendo em vista a proximidade geográfica. Todavia, o número de migrantes aumentou exponencialmente nos últimos anos, o que se reflete nos dados estatísticos sobre pedidos de refúgio. A Polícia Federal em Roraima noticiou que, no ano de 2014, foram apenas nove o número dos pedidos de refúgio, em contraponto ao número de 2.230 pedidos apresentados no ano de 2016.⁶⁰⁴

Esse incremento do número de migrantes nos municípios de Boa Vista e Pacaraima tem sido apontado pelas autoridades locais como risco à segurança pública e, ainda, como entraves à prestação de serviços de saúde e educação. Principalmente quanto aos migrantes indígenas, são perceptíveis atitudes xenófobas não apenas por parte do Poder Público, mas também pela sociedade local, que se manifesta contrariamente à presença dos indígenas nas calçadas e sinais de trânsito – na grande maioria, mulheres e crianças.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ *Pedidos de refúgio de venezuelanos em RR cresceram 22.000% em 3 anos.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/03/pedidos-de-refugio-de-venezuelanos-em-rr-cresceram-22000-em-3-anos.html>>. Último acesso em: 01 jul. 2017. *Governo pede apoio da ONU para enfrentar aumento de imigrantes venezuelanos em Roraima.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/governo-pede-apoio-da-onu-para-enfrentar-aumento-de-imigrantes-venezuelanos-em-roraima.ghtml>>. Último acesso em: 01 jul. 2017.

⁶⁰⁵ A afirmação se baseia nos relatos obtidos *in loco*, bem como pela participação em reuniões com diversos representantes dos poderes públicos no mês de março de 2017.

O contexto tem atraído a atenção de instituições de direitos humanos nacionais e internacionais, o que motivou a realização de Audiência Pública em Boa Vista/RR, no dia 10 de março de 2017, promovida pela Ministério Público Federal, com a participação de diversas instituições públicas, como a Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado, Universidade Federal de Roraima, Agência Brasileira de Inteligência, Fundação Nacional do Índio, além de organizações internacionais, como a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), Fundo de População das Nações Unidas (UNFP), Organização Internacional de Migração (OIM) e entidades da sociedade civil, a exemplo da Fraternidade Federação Humanitária Internacional, Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), Centro de Migrações e Direitos Humanos (CMDH), Migramundo e Instituto Igarapé.⁶⁰⁶

Não obstante os avanços alcançados no enfrentamento de atitudes xenófobas e na busca pela implementação de políticas públicas de acolhimento em favor dos venezuelanos, quanto aos indígenas migrantes permanece a incógnita: qual deve ser o tratamento oferecido?

O Ministério Público Federal, por meio de seu corpo de antropólogos, emitiu dois pareceres técnicos, um a respeito dos indígenas Warao em Boa Vista e Pacaraima⁶⁰⁷ e outro referente à presença dessa etnia em Manaus⁶⁰⁸, que elucidam algumas características da mobilidade desse povo, mas ressaltam a necessidade de continuar as investigações antropológicas para uma melhor compreensão.

O Parecer Técnico n. 208/2017, do Ministério Público Federal, aponta que há na Venezuela, aproximadamente, quarenta povos indígenas, alguns com seus territórios de uso e ocupação tradicional divididos por fronteiras internacionais. Os Warao, a segunda maior população indígena do país, compõem um grupo heterogêneo, de aproximadamente 49.000 habitantes, com registros de presença no Delta do Orinoco – também chamado Delta Amacuro – há 8000 anos, região caracterizada por uma extensa rede de *caños*, ilhas fluviais, mangues e terras alagadiças. São descritos na literatura antropológica como “povo da canoa”

⁶⁰⁶ Audiência pública em RR dá voz aos migrantes venezuelanos e faz apelo contra discriminação. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/audiencia-publica-tem-participacao-expressiva-de-venezuelanos-refugiados-em-rr>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁶⁰⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico/SEAP/6^oCCR/PFDC n. 208/2017, de 14 de março de 2017. Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima.* Disponível em: <<http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2017.

⁶⁰⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAU/SEAP, de 30 de maio de 2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela.* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>>. Acesso em 01 jul. 2017.

e considerados hábeis canoieiros. Além da Venezuela, são encontrados na Guiana e no Suriname, o que indica um deslocamento pelo mar em períodos pré-coloniais.

Isso porque uma série de empreendimentos governamentais na região do delta do Orinoco, ao longo do século XX, provocou vários desastres ambientais e, conseqüentemente, impactou as condições tradicionais de vida desse povo, que se viu forçado a se deslocar de suas terras.⁶⁰⁹

De acordo com o pesquisador venezuelano Álvaro A. García Castro, a partir da década de 1960, a dinâmica de mobilidade ocorreu em direção às cidades mais próximas do delta do Orinoco e, posteriormente, para as mais afastadas, como Caracas, em razão da deterioração das condições naturais de subsistência, invasão das terras por agricultores ou pecuaristas *criollos* (venezuelanos não indígenas⁶¹⁰), atração crescente para os povoados por trabalho, recursos alimentícios e sanitários e pela pressão ideológica contra os Warao para impor o modelo de vida da sociedade envolvente. Assim, a mobilidade dos Warao consiste em estratégia de sobrevivência e busca por melhores condições de vida, por meio de contínuo processo de migração, de curtos períodos.⁶¹¹

Por razões não totalmente esclarecidas⁶¹², desde dezembro de 2016, ocorre o deslocamento crescente dos indígenas para Manaus/AM, que ficam alojados nas proximidades da rodoviária ou em casas alugadas no centro da cidade. De acordo com os relatos do citado Parecer Técnico n. 10/2017 – SP/MANAUS/SEAP, uma dessas casas sofreu tentativa criminosa de incêndio, supostamente por morador do bairro que entende a presença dos indígenas como indesejada. A Polícia Militar foi acionada, mas atuou apenas para retirar os indígenas do prédio, aumentando o número de desabrigados e a sensação de

⁶⁰⁹ “Destas alterações destacam-se duas que costumam ser apontadas como particularmente prejudiciais para o grupo e para a sua territorialidade: a introdução do cultivo de *ocumo chino*, nas décadas de 1920-40, e a construção do dique-estrada no rio Manano, na década de 1960”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico/SEAP/6^aCCR/PFDC n. 208/2017, de 14 de março de 2017*, p. 8.

⁶¹⁰ “*Con el tiempo, el término ha pasado a designar a todos aquellos nacidos en el país, NO pertenecientes a ninguna etnia indígena*”. CASTRO, Álvaro A. García. *Mendicidad indígena: Los Warao Urbanos*. Tradução livre. Disponível em: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/18455/1/alvaro_garcia.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017, p. 87.

⁶¹¹ CASTRO, Álvaro A. García. *Mendicidad indígena: Los Warao Urbanos*, p. 81 e 86. Tradução livre. Disponível em: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/18455/1/alvaro_garcia.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶¹² De acordo com o *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAUS/SEAP* do MPF, p. 41: “Entre as razões alegadas pelos Warao para saírem de Boa Vista e se deslocarem para Manaus estavam: 1) o discurso que proibia e condenava a prática de pedir dinheiro nas ruas; 2) as condições de permanência no CRI, marcadas por conflitos com *criollos* e alimentação insuficiente e inadequada aos hábitos alimentares Warao; 3) a dificuldade de obter trabalho; e 4) a competição para venda de artesanato”.

desamparo em relação às autoridades locais.⁶¹³ A situação tem sido considerada pela Prefeitura de Manaus/AM como “situação de emergência”⁶¹⁴, o que torna urgente a compreensão desse processo de mobilidade e a consequente adoção de medidas políticas adequadas.

Consoante aponta a CEPAL, a desconsideração das particularidades dos povos indígenas nos estudos sobre processos migratórios tem prejudicado a formulação de políticas públicas, de cooperação, de direitos humanos e a criação de leis⁶¹⁵, o que é evidente no caso dos Warao.

A um primeiro momento, há dificuldade de enquadrar a mobilidade dos Warao em uma das categorias apontadas no Panorama Social da América Latina 2006 da CEPAL – que, como dito, subdivide a migração internacional indígena em migração internacional propriamente dita, migração transnacional, mobilidade territorial ancestral e mobilidade forçada –, pela falta de estudos antropológicos suficientes.

Porém, a análise dos citados pareceres antropológicos traz a conclusão de que a mobilidade desse povo tem sido considerada como forma de sobrevivência e resistência à pobreza no país de origem, de forma que os Warao poderiam ser considerados em contexto de “migração internacional forçada”, com manutenção dos vínculos com a comunidade de origem, o que demanda conscientização da população local e das autoridades estatais dessa característica, bem como atenta formulação de políticas públicas.

Considerando que não há normas jurídicas suficientes voltadas à questão da mobilidade indígena, aos migrantes indígenas é geralmente oferecido o mesmo tratamento aplicado a migrantes indocumentados, tendo em vista o ingresso por vias terrestres sem observância das normas migratórias. Não raro, o ingresso dos indígenas ocorre até mesmo sem documento de identificação oficial.

⁶¹³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAUAS/SEAP, de 30 de maio de 2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela.* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>>. Acesso em 01 jul. 2017.

⁶¹⁴ Decreto n. 3.689, de 04 de maio de 2017, que declara “situação de emergência social no Município de Manaus, devido ao intenso processo de imigração dos indígenas da etnia Warao, oriundos da Venezuela, acampados em área pública, submetidos à situação de risco pessoal e social, em especial, crianças adolescentes e idosos”. Disponível em: <<http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2017/maio/DOM%204117%2004.05.2017%20CAD%201.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

⁶¹⁵ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE - CEPAL. *Panorama Social da América Latina 2006.* Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016. Tradução livre do original.

A Polícia Federal em Boa Vista/RR, desde o incremento do fenômeno migratório na região, em 2014, efetuou diversas deportações sumárias de venezuelanos, em sua maioria indígenas. Relata-se que os Warao eram colocados em ônibus e entregues a autoridades migratórias no lado venezuelano da fronteira, sem a adoção sequer de medidas diplomáticas para que o Estado Venezuelano garantisse o retorno ao território original, Tucupita.⁶¹⁶

Tais fatos justificaram a impetração de *Habeas Corpus* (processo nº 0006447-87.2016.4.01.4200) pela Defensoria Pública da União em Roraima, que obteve liminar para evitar a deportação sumária em massa de aproximadamente 450 venezuelanos, em sua maioria indígenas, que já se encontravam em deslocamento para o país de origem. Após a decisão liminar, confirmada em sentença, não se tem registro de outras remoções compulsórias dos indígenas. Todavia, também não há registro de políticas públicas adequadas e efetivas para tratamento da situação.

Uma distinção crucial dos migrantes venezuelanos não indígenas em relação aos indígenas é que estes, em regra, não buscam a integração na sociedade brasileira. O objetivo dos Warao é a permanência no Brasil apenas pelo período necessário à obtenção de mantimentos para retorno à comunidade de origem, que também depende desses recursos para sua própria sobrevivência. A situação aparentemente se assemelha a um processo de coleta. Nas palavras de García Castro, “a coleta de esmolas de transeuntes representaria analogamente a obtenção de excedentes coletados em ambiente urbano, à semelhança do que seria a colheita de frutos e pequenos animais em seu habitat natural”.⁶¹⁷ Essa prática, porém, não pode ser considerada “atividade tradicional”, mas uma “estratégia adaptativa”.⁶¹⁸

De acordo com o referido Parecer Técnico/SEAP/6^aCCR/PFDC n. 208/2017, de 14 de março de 2017, o ato de pedir dos Warao é descrito da seguinte forma:

As perdas de territórios e recursos, forçadas por agentes externos, levaram os Warao a depender da 'mendicância' com contextos urbanos como atividade complementar, mas eles desenvolveram um modo Warao de fazê-lo: nele, **as mulheres respondem pelas atividades de coleta**, cabendo a elas também um papel importante na repartição e distribuição dos alimentos e demais produtos. [...] Possuem clara divisão sexual do trabalho quando em suas comunidades, competindo aos homens a pesca e construção de canoas e às mulheres a elaboração da farinha e a cestaria. **Quando em expedição pelas cidades, algumas regras sobre a divisão sexual podem se apresentar invertidas, com os homens**

⁶¹⁶ *Crise na Venezuela: O repúdio das instituições dos Direitos Humanos contra a deportação em massa dos índios Warao*. Disponível em: <<http://amazoniareal.com.br/crise-na-venezuela-o-repudio-das-instituicoes-dos-direitos-humanos-contra-a-deportacao-em-massa-dos-indios-warao/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁶¹⁷ CASTRO, Álvaro A. García. *Mendicidad indígena: Los Warao Urbanos*, p. 85. Tradução livre. Disponível em: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/18455/1/alvaro_garcia.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶¹⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAU/SEAP, de 30 de maio de 2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>>. Acesso em 01 jul. 2017, p. 42.

cozinhando enquanto algumas mulheres trabalham fora 'pedindo' em vias públicas. [...]

As formas escolhidas de inserção produtiva e sócio-reprodutiva nos contextos urbanos, **faz com que sejam vistos onde se encontram como 'mendicantes', termo que evitamos por compreender que com estas formas os Warao visam garantir sua autonomia** - no sentido de que foram soluções construídas por eles próprios -, **não sendo o ato pedir, para eles, depreciativo.** [...]

A história colonial e neocolonial está repleta de exemplos do caráter violento das socializações forçadas e apartadas promovidas pelos colonizados e missionários, em nome da 'correção' de comportamentos'. Assim, alerta-se aqui para a necessidade de que as políticas de abrigo, assim como outras que se dirijam aos Warao no Brasil, busquem compreender e considerar os modos próprios de socialização da etnia, de modo a garantir o respeito à sua forma de ser (diferente da não indígena) e à sua autonomia no cuidado com os filhos e filhas⁶¹⁹. (nossos destaques)

Aos indígenas Warao, na ausência de mecanismos de proteção específicos, são utilizados instrumentos já existentes, como o instituto do refúgio, a fim de garantir regularidade migratória e evitar deportação. Todavia, é manifesta a necessidade de tratamento específico, tendo em vista a intenção de retorno ao território de origem com mantimentos mínimos e novo retorno ao território brasileiro para nova “coleta”, em continuidade ao ciclo migratório, o que pode ser obstaculizado pela normativa própria do refúgio.

Não obstante as peculiaridades do processo migratório dos Warao, a mola-propulsora de sua mobilidade – fuga da pobreza – é a realidade de muitas outras comunidades indígenas, a exemplo dos Muquiyauyo, no Peru, cuja saída é vista como resposta de resistência e protesto contra um sistema secular de exclusão⁶²⁰, e também do povo Kichwa Kañaris, do Equador, que tem migrado massivamente para região da costa e, nas últimas décadas, para outros países, impulsionados pela pauperização das comunidades rurais em função das políticas estatais, fenômeno caracterizado por Caguana Pinguil como “diáspora”. Por ser a migração a única saída para reprodução socioeconômica desses grupos, a seletividade das políticas migratórias ou mesmo as medidas antimigratórias dos Estados de destino não conseguem impedir a mobilidade, apenas forçam que o deslocamento desses contingentes

⁶¹⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico/SEAP/6^oCCR/PFDC n. 208/2017, de 14 de março de 2017. Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima.* Disponível em: <<http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2017.

⁶²⁰ SÁENZ, María del Pilar. Las migraciones internacionales en Muquiyauyo (Perú): entre el progreso, el prestigio y las resistencias. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina.* Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

populacionais pobres ocorra de forma clandestina, com o aumento dos custos das viagens e dos riscos.⁶²¹

O Fórum Permanente para Questões Indígenas das Nações Unidas observa que os indígenas que migram involuntariamente para centros urbanos em razão da pobreza sofrem constantemente de racismo, xenofobia e se encontram em situação de extrema vulnerabilidade. Todavia, entende que esses indígenas deveriam, se adotadas as medidas adequadas, ter uma melhora de suas condições socioeconômicas nas cidades. Para tanto, o Fórum tem apresentado recomendações aos Estados, a exemplo do estabelecimento, em cooperação com os povos indígenas interessados, de locais para tratamento médico, apoio jurídico e, especialmente, desenvolvimento de sua identidade cultural; promoção de medidas de acolhimento aos indígenas deslocados involuntariamente, bem como de medidas que permitam o regresso a comunidades de origem e cooperação com os povos indígenas para proporcionar emprego ou possibilidades de desenvolvimento econômico em seus territórios.⁶²² Essa não tem sido, porém, a realidade no Estado brasileiro.

Em dezembro de 2016, em cumprimento de ordem judicial da 1ª Vara da Infância e Juventude, a Defesa Civil em Boa Vista realizou a transferência de 250 indígenas Warao localizados nas imediações do mercado municipal para um ginásio do Governo Estadual, utilizando-o como abrigo, o denominado Centro de Referência ao Imigrante (CRI), que depende, contudo, de atuação de missionários e voluntários para administração básica. A precariedade das instalações, com comprometimento da saúde e segurança dos envolvidos, além da acomodação conjunta de indígenas e não indígenas⁶²³, deixam claro que a medida se presta apenas ao cumprimento formal de ordem judicial, sem compromisso com a promoção de direitos humanos desses povos.

Há também tentativas das autoridades locais de solucionar a questão migratória dos Warao por meio de sua inserção em comunidades indígenas brasileiras, na Terra Indígena

⁶²¹ PINGUIL, Miguel Caguana. Diáspora de kichwa kañaris: islotes de prosperidad en el mar de pobreza. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁶²² NAÇÕES UNIDAS. *Pueblos Indígenas Urbanos y Migración*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/factsheet_migration_ESP_FORMATTED.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

⁶²³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAU/SEAP, de 30 de maio de 2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>>. Acesso em 01 jul. 2017, p. 10.

São Marcos.⁶²⁴ A adoção dessa medida certamente demanda a adoção de estudos antropológicos de viabilidade, que ainda não ocorreram. Assim, essa notícia é recebida com cautela, tendo em vista as diferenças entre as diversas comunidades indígenas, em sua cultura, tradição, modos de ser e de viver, de forma que uma tentativa açada de “interação cultural” pode revelar o desconhecimento da realidade dos povos indígenas, bem como desrespeito à sua identidade e diferenciação social.

A imprensa local noticiou, ainda, declarações do Prefeito de Manaus no sentido da construção de um “muro” para impedir a entrada de venezuelanos ao Brasil, assim como a alocação dos migrantes em um “campo de refugiados”.⁶²⁵

Outra medida para regularização migratória dos venezuelanos, foi a edição da Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) n. 126, de 02 de março de 2017, para “concessão de residência temporária a nacional de país fronteiro”. Apesar da necessidade de normativa que confira acolhimento aos migrantes, o ato normativo não considera as peculiaridades dos povos indígenas e, por essa razão, se apresenta, a olhos vistos, inadequada. Ademais, sua aplicação aos indígenas se encontra prejudicada por questões práticas: tanto pelo valor proibitivo das taxas que devem ser pagas, quanto pela própria falta dos documentos exigidos para protocolo do pedido. Portanto, a edição do ato normativo em nada altera a situação de dupla vulnerabilidade dos indígenas migrantes Warao.

Certamente, diretrizes fornecidas por uma teoria migratória permitiriam ao menos reduzir a perplexidade da sociedade envolvente em relação à presença desses migrantes “atípicos” e, assim, auxiliar na elaboração e implementação de políticas públicas adequadas, que reconheçam a dinamicidade própria da mobilidade dos Warao e garanta seu direito de ir e vir, essencial para resistência dessa etnia até os dias atuais.

⁶²⁴ *Índios refugiados da Venezuela terão interação cultural em aldeias de RR*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/03/indios-refugiados-da-venezuela-terao-interacao-cultural-em-aldeias-de-rr.html>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁶²⁵ *Governo e Prefeitura estudam frear entrada de venezuelanos no Amazonas*. Disponível em: <<http://www.acritica.com/channels/manaus/news/governo-e-prefeitura-estudam-frear-entrada-de-venezuelanos-no-amazonas>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA TEORIA DA MIGRAÇÃO INDÍGENA LEVADA A SÉRIO

Os indígenas migrantes se apresentam, segundo afirma Martínez de Bringas, como um “centauro pós-moderno”, por englobarem uma dupla dimensão de direitos: a dos migrantes e a dos povos indígenas.⁶²⁶ Essa dupla dimensão de direitos tem implícita a situação de dupla ou múltipla vulnerabilidade⁶²⁷, tendo em vista a ocupação de posições sociais em que são mais facilmente ofendidos, como a de “estrangeiros”, indígenas e pobres, além das mulheres, crianças e idosos.

Assim, foi visto no decorrer da presente pesquisa que a situação histórica de marginalização e o paradigma da aculturação, adotado até a Constituição Federal de 1988, provocou a invisibilidade dos povos indígenas – que estavam fadados a serem incorporados à comunhão nacional – e a conseqüente ausência de políticas públicas adequadas. O próprio Estatuto do Índio, editado à época da ditadura militar, apresenta diretrizes de caráter assimilacionista, reflexo de uma época maculada por um programa de etnocídio contra os povos indígenas, como asseverou a Comissão Nacional da Verdade.⁶²⁸

A legislação indigenista brasileira é contraditória e tem deixado um rastro de violência e extermínio. No Brasil Colônia, a escravização e morte de indígenas foi por diversas vezes autorizada, sob o manto das guerras justas. Os indígenas eram a mão-de-obra necessária para o desenvolvimento da Colônia e o respeito aos seus modos particulares de vida era, para muitos, um despautério. No Brasil Império foi mantido o curso desse processo etnocida, com o favorecimento do esbulho das terras indígenas, por meio da Lei de Terras de 1850. Na República, vozes se levantaram em favor dos indígenas, como os positivistas, mas a Constituição da República continuou omissa. A invisibilidade dos povos indígenas, todavia, não poderia ser sustentada para sempre.

⁶²⁶ BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratórios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012, p. 76-78.

⁶²⁷ Considerando-se o conceito de minoria apresentado por Jubilut, mencionado no capítulo 1. JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17-20.

⁶²⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014, p. 204-213. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Para fazer frente às acusações de passividade em face do extermínio dos povos autóctones, em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio, que mais se preocupou com a ocupação do território nacional e com a “localização de trabalhadores nacionais”, do que com a proteção dos povos indígenas propriamente dita. Nessa época, os povos indígenas fronteiriços eram apontados, quando convinha, como os “guardas de fronteiras”, por suas capacidades guerreiras inatas, apesar de também serem adjetivados como povos “imbeles”, “na infância social”.⁶²⁹ A realidade é que a conquista das regiões de fronteiras representou o apossamento do território nacional e, nesse intuito, a “nacionalização” dos indígenas desempenhou um papel crucial.

As atrocidades perpetradas contra os indígenas nessa época, retratadas por diversos antropólogos, como Shelton Davis, exigiram a adoção de medidas pelo governo nacional e, assim, em 1967, foi extinto o SPI e criada a FUNAI, que deu continuidade à política assimilacionista. O paradigma da aculturação foi aplicado até a promulgação da Constituição brasileira de 1988, que instaurou o novo paradigma da diferenciação social⁶³⁰, reflexo do paradigma internacionalmente representado pela Convenção n. 169 da OIT – que trouxe sua especial contribuição à proteção dos povos indígenas transfronteiriços, ao garantir o direito de contato e cooperação além das fronteiras nacionais (art. 32).

Nessa linha, a proclamação, em 1993, do Ano Internacional dos Povos Indígenas no Mundo inseriu a questão indígena na agenda da ONU e, em 2007, foi adotada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que também buscou remediar a vulneração aos direitos dos povos fronteiriços e garantiu o “direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros assim como com outros povos através das fronteiras” (art. 36).

Não poderia trilhar caminho diverso a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016, que igualmente assegurou aos povos indígenas divididos por fronteiras internacionais o “direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus membros e com outros povos” (art. 20.3).

⁶²⁹ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 166. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁶³⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.

Importante esclarecer que o direito à autodeterminação indígena, que fundamenta o exercício do direito à livre circulação no território ancestral, conforme previsto nos instrumentos internacionais de direitos humanos, não significa a autorização para criação de novos Estados. Segundo a exposição apresentada, os povos indígenas não têm reclamado pretensões separatistas, até mesmo pelo interesse de que o Estado, em um cenário de massiva violação de direitos humanos, forneça a proteção necessária, cumprindo as obrigações firmadas no plano internacional. Nesse sentido, de acordo com Luciano-Baniwa, o caráter peculiar conferido ao território indígena, ligado às manifestações culturais, bem como às relações familiares e sociais, permite que povos indígenas fronteiriços – como os Yanomami, os Baniwa, os Ticuna e os Guaraní –, mesmo suportando a separação dos territórios nacionais, compartilhem a mesma língua, costumes e tradições, sem a negação do Estado nacional.⁶³¹ Além disso, tanto a Convenção n. 169 da OIT quanto as Declarações da ONU e da OEA vedaram expressamente o direito de secessão aos indígenas, de modo que é infundado eventual temor em relação à integridade territorial do Estado – ao menos no que se refere a pretensões por parte dos povos indígenas.

Apesar do caráter *soft law* das Declarações da ONU e da OEA, a doutrina tem apontado para um *modern approach* relativamente à configuração do costume internacional, com foco na *opinio juris* extraída de declarações internacionais e, sob essa perspectiva, seria possível caracterizar o reconhecimento do direito de circulação indígena no território ancestral como parte do costume internacional, principalmente porque reproduzem diretriz de tratado internacional (Convenção n. 169 da OIT). De todo modo, apesar da controvérsia a respeito desse “novo olhar”⁶³² do costume internacional, não se pode negar que os compromissos internacionais assumido pelos Estados, ainda que de forma voluntária, não podem ser descumpridos, diante de princípios como *non venire contra factum proprium* ou *estoppel*.

Além da apontada normativa internacional, os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos têm buscado conferir seu aporte à proteção dos direitos dos povos indígenas. O sistema onusiano ou universal tem atuado por meio de seus mecanismos convencionais e extraconvencionais. No âmbito do mecanismo convencional não

⁶³¹ LUCIANO-BANIWA, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁶³² HILGENBERG, Hartmut. *A fresh look at soft law*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/10/3/597.pdf>>. Acesso em: 27 jun.2016.

contencioso e do convencional quase judicial, o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos tem acompanhado as violações contra os direitos do povo indígena transfronteiriço Sami, com fundamento no art. 27 do Pacto, que garante às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas o direito de ter “sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” e engloba as atividades de natureza econômica. O mecanismo convencional judicial, representado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), tem apresentado uma virada *pro homine* e buscado inserir, especialmente pelos votos do Juiz Cançado Trindade, o “fator humano” como centro dos debates entre os Estados, a exemplo dos casos *Burkina Faso vs. Niger*, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* e *Pulp Mills on the River Uruguay*. Nesse contexto, destaca-se também o parecer sobre o caso *Saara Ocidental* de 1975, que garantiu o direito de autodeterminação do povo *Saraui*.

Na seara dos mecanismos extraconvencionais, os foros especializados da ONU têm desempenhado relevante papel no monitoramento da garantia dos direitos dos povos indígenas, a exemplo dos relatórios e visitas realizadas pelo *Special Rapporteur*, os trabalhos do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas e o Mecanismo de Especialistas, além da Revisão Periódica Universal.

No sistema europeu, a proibição de discriminação contra minorias étnicas se encontra prevista no art. 14 da Convenção Europeia. A Corte EDH tem uma extensa jurisprudência de proteção de direitos humanos, todavia, quanto aos povos indígenas transfronteiriços, especificamente os Sami, tratados no Caso *Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden (Application n. 39013/04)*, ainda há necessidade de aperfeiçoamento da proteção conferida.

O sistema interamericano de proteção de direitos humanos, tanto pela Comissão quanto pela Corte IDH tem protegido, progressivamente, os direitos dos povos indígenas, a exemplo do paradigmático Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, cujas diretrizes sem encontram reproduzidas nos casos da Corte IDH *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, *Povo Saramaka vs. Suriname*, *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* e *Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*.

Também a Comissão IDH tem aplicado essa visão nos casos *Mary y Carrie Dann (“Dann Sisters”)* de 2002 e *Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo* de 2004. Todavia, a respeito do direito de circulação transfronteiriça, ao nosso ver, a Comissão não forneceu a proteção internacional esperada no *Caso Gran Cacique Mitchell vs. Canadá*, uma

vez que foram avalizadas as taxas alfandegárias impostas para ingresso do indígena com seus bens no Canadá, apesar da circulação ocorrer em seu território ancestral – hoje parte das províncias canadenses de Quebec e Ontário e parte do Estado de Nova Iorque nos Estados Unidos. De todo modo, noticia-se que nova denúncia foi apresentada à Comissão sobre violação do direito de circulação, no polêmico caso da construção do muro na fronteira dos Estados Unidos e México pelo presidente norte-americano Donald Trump, que irá impedir a mobilidade do povo fronteiriço Tohono O'odham (“povo do deserto”). Assim, a Comissão IDH terá nova oportunidade para se manifestar a respeito da interpretação do direito à livre circulação, agora previsto no art. 20.3 da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2016.

O sistema africano de proteção de direitos humanos tem destacada atuação pela Comissão Africana que, assim como a Corte ADH, sofre com a escassez de recursos. Apesar disso, decisões emblemáticas têm sido prolatadas na proteção dos povos indígenas e do reconhecimento do especial liame com seu território, como o caso dos povos *Endorois* e *Ogiek*. No presente trabalho foram apresentados diversos casos noticiados pela Comissão Africana de violação a direitos de povos indígenas fronteiriços. Todavia, não se identificou um acionamento suficiente dos mecanismos de responsabilização internacional em favor dessas etnias.

Os mecanismos internacionais de proteção tem rica produção a respeito dos povos indígenas, o que tem impulsionado a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional da Mobilidade Humana na proteção dos povos autóctones, tanto pela “fertilização cruzada” e pelo “diálogo das cortes” entre os diversos organismos de proteção, quanto pelo fortalecimento da interpretação internacionalista, cuja aceitação deve ser reforçada, a fim de evitar que os Estados se comprometam no âmbito internacional com a proteção dos direitos humanos e, no âmbito local, deixem de conferir efetividade à norma com base em interpretação localista – o denominado “truque de ilusionista” ou o teratológico “tratado internacional nacional”, conforme a doutrina de André de Carvalho Ramos.⁶³³

⁶³³ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35-36 e 76; CARVALHO RAMOS, André. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77-78; CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 458; CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio Gomes, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175; CARVALHO RAMOS, André.

Além disso, os direitos dos povos indígenas internacionalmente reconhecidos não se adequam às concepções de Estado-Nação formuladas no século XVIII, assentadas na rigidez das fronteiras nacionais, não raro conquistadas por meios ilegítimos, invasões, anexações, colonização etc. Desse modo, ao invés de manter os povos indígenas na invisibilidade, perpetuando a violação a seus direitos e a sua identidade, é preciso superar a estigmatização desse debate e refletir se, nos dias atuais, as fronteiras estatais ainda apresentam a mesma importância de outrora. Apesar da extensa fronteira terrestre brasileira e das diversas etnias transfronteiriças, é curioso o fato de que essa discussão seja tão rarefeita, até mesmo no meio acadêmico. Além disso, a humanização do direito internacional tem apontado para importância do elemento humano do território estatal⁶³⁴ e, conseqüentemente, para necessidade *aggiornamento* dos clássicos conceitos de soberania, território, povo, nação e cidadania, conforme exposto no capítulo 3.

A análise da experiência da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, no contexto do neoconstitucionalismo latino-americano, demonstrou que o texto constitucional brasileiro está aquém na proteção dos direitos dos povos indígenas e no empoderamento desses povos, ainda que apresente importantes avanços pela adoção do citado paradigma da diferenciação social.

Na Colômbia, o texto constitucional assegura aos povos indígenas transfronteiriços o direito à naturalização (*nacionalidade por adopción*) e a “Lei de Fronteiras” traz o dever do Estado de promover acordos binacionais com os países vizinhos para, mediante reciprocidade, facilitar a obtenção pelos indígenas transfronteiriços de dupla nacionalidade.

Na Venezuela, a Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas de 2005 garante “o direito de manter e desenvolver as relações e a cooperação com os povos e comunidades indígenas de países limítrofes, em atividades de caráter social, econômico, cultural, espiritual, ambiental e científico”. Ainda, a Constituição do Estado Amazonas assegura aos povos e comunidades indígenas o direito de “livre trânsito de bens e pessoas por suas fronteiras, em reconhecimento a sua condição de preexistência ao Estado Nacional”.

No Equador, a Constituição de 2008 declarou o país como “um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico” (art. 1º). Desse modo, houve reconhecimento da plurinacionalidade e

Direitos humanos em juízo – Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54; CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

⁶³⁴ Cf. CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

da interculturalidade, associada aos conceitos indígenas de *buen vivir* ou *Sumak Kawsay*. Além disso, reconheceu a nacionalidade originária (“por nascimento”) dos povos indígenas fronteiriços e o “direito de migrar” teve expressa menção, no sentido de que “não se identificará nem se considerará a nenhum ser humano como ilegal por sua condição migratória” (art. 40). A Lei Orgânica de Mobilidade Humana do Equador de 2017 ainda dispensa os povos indígenas transfronteiriços da apresentação dos documentos usualmente exigidos para ingresso e saída do país.

Na Bolívia, a Constituição de 2009 é apontada como um dos textos mais avançados no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas do neoconstitucionalismo latino-americano, tendo em vista o reconhecimento transversal da plurinacionalidade, como a previsão de Tribunal Constitucional Plurinacional, composto por juízes representantes do sistema ordinário e do sistema indígena, de Assembleia Legislativa Plurinacional e de Órgão Eleitoral Plurinacional, que conta com a participação de representantes “indígenas originários campesinos”. Apesar disso, não foram identificadas disposições específicas a respeito dos povos indígenas fronteiriços no texto constitucional.

De todo modo, apesar dos consideráveis avanços teóricos na proteção dos direitos dos povos indígenas, ainda persistem os embates para efetivação desses direitos, o que reflete as complexidades e ambivalências do processo de juridicização⁶³⁵ no campo indigenista brasileiro, marcado por colonialidades e paradoxos⁶³⁶, a exemplo do veto ao dispositivo da Lei de Migração que garantia a mobilidade indígena no território ancestral e, em decorrência, impôs aos indígenas uma normatividade exógena, por meio da aplicação dos conceitos e critérios do fenômeno migratório estritamente da sociedade majoritária ocidental, o que viola o paradigma de diferenciação social, desconsidera a identidade, costumes e autodeterminação indígena, agravando a situação de vulnerabilidade, pois, na maioria das vezes, o migrante indígena será sinônimo de migrante indocumentado.

A respeito da migração indígena internacional, de acordo com o Panorama Social da América Latina 2006 da CEPAL, o fenômeno subdivide-se em: 1) migração indígena internacional propriamente dita; 2) migração transnacional; 3) mobilidade territorial ancestral e 4) mobilidade forçada.

⁶³⁵ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, jan./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁶³⁶ Cf. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.

Apesar da falta de esclarecimentos precisos e da percepção de que a migração indígena geralmente não é voluntária, nem mesmo quando assim aparenta, a migração internacional propriamente dita e a transnacional se referem a um movimento migratório “voluntário” para outros países, intensificado a partir da década de 1990, diferenciando-se pela manutenção ou não de laços comunitários.

A mobilidade territorial ancestral precede a configuração dos Estados-Nação e retrata o deslocamento nos limites das fronteiras étnicas, de forma que não é vista propriamente como “migração”, pois não há o intuito de mudar de região, mas apenas de circulação pelo território tradicionalmente ocupado, mantendo os laços com os membros separados pelas fronteiras estatais e com comunidades indígenas vizinhas, como parte do específico modo de ser e de viver. Trata-se, portanto, de prática qualitativa e quantitativamente diferente das outras formas migratórias.

A migração forçada se refere ao deslocamento além das fronteiras estatais ou dentro de suas fronteiras étnicas por razões diversas, como conflitos armado, violência, violações de direitos humanos ou desastres naturais. Nesse sentido, a mobilidade no território ancestral pode, também, retratar um deslocamento forçado, o que destaca a necessidade de estudos aprofundados.

A complexidade da mobilidade indígena é ilustrada pela migração dos indígenas Warao da região do Delta do Orenoco na Venezuela para o Brasil, que têm apresentado pedido de refúgio para obter regularização migratória. Apesar desse fenômeno migratório não tratar – a partir das informações de que se dispõe até o momento – de uma mobilidade no território ancestral, mas de uma migração forçada, como busca de sobrevivência diante da miséria no país de origem, por meio do caso dos Warao foi possível evidenciar as dificuldades práticas da precária teorização da migração indígena, que tem prejudicado severamente a adoção de adequadas medidas de apoio.

Assim, apesar da possibilidade de utilização dos tratados internacionais já existentes na proteção dos direitos dos povos indígenas⁶³⁷, a formulação de uma teoria da migração indígena robusta que abalize a edição de tratado internacional específico apresenta-se necessária para cortar o nó górdio na questão da mobilidade indígena.

⁶³⁷ A exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1963 e Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.

REFERÊNCIAS

Referências bibliográficas

ALCANTARA, Maria de Lourdes Beldi de. Brazil. Tradução livre do original In: IWGIA - Grupo de Trabalho Internacional sobre Assuntos Indígenas. *The Indigenous World 2017*. Disponível em: <<https://www.iwgia.org/images/documents/indigenous-world/indigenous-world-2017.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropófago. In: TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas*. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais – diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

AQUINO, Terri Valle de. A fronteira dos isolados. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 1, jan./mar. 2013, p. 31-33.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNAUD, Expedito. *Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil*. Publicações Avulsas do Museu Paraense Emílio Goeldi, n. 22, Belém/PA, 1973. Disponível em: <<http://repositorio.museu-goeldi.br/bitstream/mgoeldi/899/1/P%20Avul%20n22%201973%20ARNAUD.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BAINES, Stephen G. Povos indígenas na fronteira Brasil-Guiana e os megaprojetos de integração econômica. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013, p. 40-42.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe. *Teorias da etnicidade*. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: Unesp, 2011.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.

BRAND, Antônio J.; COLMAN, Rosa S.; MACHADO, Neimar. *Os Guarani nas fronteiras do MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2005/antonio%20brand.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Volume II: Textos temáticos. Texto 5 - violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. Presidência da República. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). *Tekoha: direitos dos Povos Guarani e Kaiowá: visita do Consea ao Mato Grosso do Sul*. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/quem-sao-os-guaranis-e-kaiowas>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Ministério da Justiça. *Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituir-estatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Um análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. In: RUBIO, David Sánchez, ZÚÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As manifestações da humanização do direito internacional. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 23, n. 31, jul./dez. 2007.

_____. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília: FUNAG, 2009.

CANDELARIA, Sedfrey M. *Comparative analysis on the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), and Indigenous Peoples' Rights Act (IPRA) of the Philippines*. Manila: Organização Internacional do Trabalho, 2012. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-manila/documents/publication/wcms_171406.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CARBONELL, Miguel. Discutiendo sobre fronteras y migrantes: el argumento de los derechos. Tradução livre do original. In: *Direitos fundamentais e justiça*, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008.

CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos em juízo – Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

_____. *Direitos humanos na integração econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela;

PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio Gomes, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direito Internacional Privado e a ambição universalista. In: TIBURCIO, Carmem; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?* Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. *Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/un_advisory_opinion_idp_eng.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS e GRUPO DE TRABALHO DE ESPECIALISTAS PARA AS POPULAÇÕES/COMUNIDADES INDÍGENAS. *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/African_Commission_book.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Panorama Social da América Latina 2006*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1225-panorama-social-de-america-latina-2006>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

COMITÊ BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA EXTERNA. *Recomendações Recebidas e Compromissos Voluntários*. Disponível em: <<http://rpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/08/Recomenda%C3%A7%C3%B5es-ao-Brasil-tabela-Todas-as-Recomenda%C3%A7%C3%B5es-e-Compromissos-Volunt%C3%A1rios.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

CRUZ, Daniel; CHAPADEIRO, João Fernando; MESQUITA, Laila. Macunaíma, o herói brasileiro de todos os tempos - O octogenário do romance modernista que ajudou a construir a nossa identidade. In: *Revista Eclética*, jul./dez. 2007, p. 12-14. Disponível em: <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/media/3%20-%20macunaima,%20o%20heroi%20brasileiro%20de%20todos%20os%20tempos.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 133-154. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

_____. *Nota Técnica – Índios na Fronteira*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DALMAU, Rubén Martínez. Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia*. Disponível em: <<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/4663/1/RFLACSO-LT09-07-Martinez.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre – O desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

DEFENSORIA PÚBLICA DA COLÔMBIA. *Informes defensoriales sobre las zonas de frontera*. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/5963/Hay-que-pensar-las-fronteras-como-territorios-%C3%A9tnicos-Defensor-del-Pueblo.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

DEMANT, Peter. Minorias - direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013.

DESMET, Ellen. Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico. Tradução livre do original. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n. 75. Universidad de Deusto, Bilbao, 2014. Disponível em: <<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho75.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Sílvia de Souza Costa, Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 2014.

DOLINGER, Jacob. A evolução do direito internacional privado no século XX. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

EMBAIXADA da Finlândia no Brasil. *Sami, um povo indígena único na Europa*. Disponível em: <<http://www.finlandia.org.br/public/default.aspx?contentid=124273>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.sitioswwwweb.com/miguel/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

FUNDO PARA O DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *El avance de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y OEA e el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7600.pdf?view=1>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

GUANAES, Senilde Alcântara. *O estado nacional e as políticas desenvolvimentistas: o “cerco articulado” contra os Guarani na Tríplice Fronteira Sul*. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/5553/4155>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2017.

GUALINGA, Carlos Viteri. *Fronteras e pueblos indios*. Disponível em: <https://www.flacso.edu.ec/docs/ecuaperu_viteri.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

HEINTZE, Hans-Joachim. Capítulo 10: Direitos humanos coletivos. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

HEMMING, John. *Fronteira amazônica: a derrota dos índios brasileiros*. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Edusp, 2009.

HILGENBERG, Hartmut. *A fresh look at soft law*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/10/3/597.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Características gerais dos indígenas. Resultado do universo. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

_____. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010*: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Trabalho elaborado em comemoração ao Dia do Índio. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

ITZIGSOHN, Jospe, SAUCEDO, Silvia Giorguli. Immigrant Incorporation and Sociocultural Transnationalism. In: *The International Migration Review*, 2002, 36(3), 766-798. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4149563>>. Acesso em: 23 maio 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013

KAINGÁNG, Azelene. Histórico da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: FRANCO, Fernanda (org.). *Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

KILLANDER, Magnus. *African human rights law in theory and practice*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438555>. Acesso em: 4 jul. 2017.

KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. IN: *Meritum*, Vol. 6, Nº 02 – jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1075/768>>. Acesso em 05 jan. 2016.

_____. *Fronteras territoriales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 2 vols., 491f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/227458.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

LIMA, Álvaro. *Transnationalism: a new mode of immigrant integration*. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.bostonredevelopmentauthority.org/getattachment/b5ea6e3a-e94e-451b-af08-ca9fcc3a1b5b/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, p. 155-172. Disponível em: <<http://www.etnolinguistica.org/historia>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

LUCIANO-BANIWA, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2016.

LUSSI, Carmem. Teorias da mobilidade humana. Revisão bibliográfica. In: DURAND, Jorge; LUSSI, Carmem. *Metodologias e teorias no estudo das migrações*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015

MACHADO, Isabel Penido de Campos; LAGES, Lívia. A proteção das identidades indígenas no marco da proposta plurinacional. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Direito à diversidade e o Estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: MENEZES DIREITO, Carlos Aberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto e PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. La discriminación racial y étnica em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: *Revista de Direito Público*, v. 5, n.28, p.180-202, jul. / ago. 2009. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Técnico/SEAP/6^oCCR/PFDC n. 208/2017, de 14 de março de 2017. Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima*. Disponível em: <<http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2017.

_____. *Parecer Técnico n.10/2017 – SP/MANAUS/SEAP, de 30 de maio de 2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>>. Acesso em 01 jul. 2017.

NIEZEN, Ronald. *The origins of indigenism – human rights and the politics of identity*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003.

NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. In: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2011, p. 15-49. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685376>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

OLIVEIRA, Márcia Maria de. A mobilidade humana na tríplice fronteira: Peru, Brasil e Colômbia. In: *Estudos avançados*, v. 20, n. 57, maio/ago. 2006, p. 183-196.

ORELLANO, Jorge. Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento. In: *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, v. 34, n. 36, ago. 2016, p. 113-148. Tradução livre. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/15082/15590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). *Mecanismos de Direitos Humanos dos Povos Indígenas no Sistema das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Tripticos-Mecanismos-DDHH-de-Povos-Ind%C3%ADgenas-PORT.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. *Report of an Expert Workshop on Indigenous Peoples and Migration: Challenges and Opportunities* E/C.19/2006/CRP.5, de 05 de maio de 2006. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-and_migration.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. *Brasil recebe mais de 240 recomendações de direitos humanos na ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/revisao-periodica-universal-brasil-recebe-mais-de-240-recomendacoes-de-direitos-humanos-na-onu/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. *Pueblos Indígenas Urbanos y Migración*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/factsheet_migration_ESP_FORMATTED.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Sweden, 9 November 1995*, CCPR/C/79/Add.58. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b02714.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Sweden, 24 April 2002*, CCPR/CO/74/SWE. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3d04bcda2.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Comitê de Direitos Humanos. *Concluding Observations: Finland, 2 December 2004*, CCPR/CO/82/FIN. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/42ce95c66.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Comitê de Direitos Humanos. *General Comment 24 (52), General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994)*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom24.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Comitê de Direitos Humanos. *General Comment n. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. *International Decade of the World's Indigenous People*. A/RES/48/163. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/163>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. *Second International Decade of the World's Indigenous People*. A/RES/59/174. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/174>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. Comissão de Direitos Humanos. *Draft report of the working group (E/CN.4/2005/WG.15/CRP.6)*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/WGDraftDeclaration.aspx>>. Acesso em 31 ago. 2016.

_____. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*. A/HRC/12/34/Add.2, 26 de agosto de 2009. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/151/10/PDF/G0915110.pdf?OpenElement>>. Acesso em 30 jun. 2016.

_____. *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2008_special_ecuador_sp.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas*. A/HRC/33/42/Add.1, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

_____. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Sweden*. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/076/76/PDF/G1507676.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. AG/RES. 1022 (XIX-O/89). Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1022_XIX-O-89_spa.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Documento Comparativo*.

Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_9-01_spa.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Primeira Sessão Especial. *Nuevas propuestas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_23-01_add2_spa.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão Especial. *Documento comparativo*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_53-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão Especial. *Comentarios de la delegación del Canadá sobre los artículos VII a XVIII y sobre la cuestión de la libre determinación de los pueblos en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_69-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segunda Sessão Especial. *Propuestas presentadas por los estados y los representantes de los pueblos indígenas sobre los artículos considerados durante la sesión especial*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_71-02_sp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Quinta Sessão Especial. *Quadro comparativo entre o Projeto de Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_317-07_rev1_esp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Sexta Sessão Especial. *Documento da Presidência sobre Propostas de Trabalho para a Sessão Especial*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_357-08_rev1_esp.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Quarta Reunión de Negociaciones para Busca de Consensos*. Resultados da Reunião Inicial e da Segunda, Terceira e Quarta “Reuniões de Negociações para Busca de Consensos”. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_194-04_rev1.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Conselho Permanente – Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. *Sétima Reunião de Negociações para Busca de Consensos*. Registro do Estado Atual do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_260-06_rev1_spa.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Indigenous & Tribal Peoples' rights in practice - A guide to ILO Convention n. 169*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_171810.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O Estado pluriétnico*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

PEREIRA, Mariana Cunha. Processos migratórios na fronteira Brasil-Guiana. In: *Estudos avançados*, v. 20, n. 57, maio/ago. 2006, p. 209-219.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 115-132. Disponível em: <<http://www.etnolingustica.org/historia>>. Acesso em 12 jul. 2017.

PETERKE, Sven. Capítulo 2: O DIDH como direito positivo. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

PINGUIL, Miguel Caguana. Diáspora de kichwa kañaris: islotes de prosperidad en el mar de pobreza. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514331>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ROULAND, Norbert. O direito dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SÁENZ, María del Pilar. Las migraciones internacionales en Muquiyauyo (Perú): entre el progreso, el prestigio y las resistências. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SANTILLI, Juliana. *As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/minorias-%C3%A9tnicas-e-nacionais-e-os-sistemas-regionais-europeu-e-interamericano-de-prote%C3%A7%C3%A3o-0>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

SEGOVIA, Lautaro Ojeda. Análisis politológico del proceso de construcción de la autonomía multicultural en el Ecuador. In: ALMEIDA, Ileana; RODAS, Nidia Arrobo; SEGOVIA, Lautaro Ojeda. *Autonomía indígena: frente al Estado nación y a la globalización neoliberal*. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2005. Disponível em: <<http://repository.unm.edu/handle/1928/10596>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SCHETTINI, Andrea. *Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63891/um_novo_paradigma_schettini.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

SCLIAR, Moacyr. O nascimento de um cidadão. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania (ebook)*. São Paulo: Contexto, 2013. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Giovanni José da. *Etnicidades e nacionalidades na fronteira Brasil-Bolívia: identidades, migrações e práticas culturais Camba-Chiquitano*. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401932176_ARQUIVO_TextoCompletoRBA2014-GiovaniJosedaSilva.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.

_____. Os direitos dos índios: paradoxos e colonialismos internos. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. *Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/direito_indigena.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017.

SILVA, Reginaldo Conceição da. Conflitos por terra e água no alto Solimões envolvendo povos e comunidades tradicionais. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013, p. 34-36.

SLOANE, Robert D. *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*. Tradução livre. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262877>>. Acesso em 10 jun. 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

SPRANDEL, Marcia Anita. Algumas observações sobre fronteiras e migrações. In: *Revista da sociedade brasileira para o progresso da ciência*, ano 65, n. 01, jan./mar. 2013.

STRÖMGREN, Johan; VARS, Laila Susanne. Sápmi. In: NAÇÕES UNIDAS – Grupo Internacional de Trabalho sobre Assuntos Indígenas (IWGIA). *The Indigenous World 2017*, p. 62. Disponível em: <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0760_THE_INDIGENOUS_ORLD_2017_eb.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

TACCA, Fernando de. *A imagética da Comissão Rondon: etnografias fílmicas estratégicas*. Campinas: Papius, 2001.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.

TORRES, Alicia, CARRASCO, Jesús. Introdução. In: *Al filo de la identidad: la migración indígena en América Latina*. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/107609-opac>>. Acesso em: 10 maio 2016.

UNIÃO AFRICANA. *Assembly/AU/Dec.141 (VIII) – 30 de janeiro de 2017*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://archive.au.int/collect/auassemb/import/English/Assembly%20AU%20Dec%20134-164%20VIII_E.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

URQUIZA, Antonio H. Aguilera. *Povos indígenas em situação de fronteira*. Disponível em: <<http://jornalprincipia.blogspot.com.br/2012/09/povos-indigenas-em-situacao-de-fronteira.html>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

VEDOVATO, Luís Renato. Luís Renato. *Ingresso do estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do direito internacional público*. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

VERDUM, Ricardo. Autonomia: a dívida com a cidadania indígena. In: *Boletim Orçamento & Políticas Socioambientais*, Instituto de Estudos Socioeconômico, ano V, n. 18, novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/boletins/boletim-orcamento-politica-socioambiental/boletim-no-18>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

VILLAS BÔAS, Orlando; VILLAS BÔAS, Cláudio. *A marcha para o oeste – A epopeia da expedição Roncador-Xingu*. São Paulo: Globo, 1994.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no brasil: uma abordagem interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, p. 339-379, jan./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; BEDIN, Gilmar Antonio; GAGLIETTI, Mauro José (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos II*. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014.

ZUÑIGA, Pilar Cruz. Pueblos indígenas, migración transnacional e identidades. La migración de pueblos indígenas de ecuador hacia espana. In: RUBIO, David Sánchez, ZUÑIGA, Pilar Cruz (eds.). *Pueblos indígenas, identidades y derechos em contextos migratorios*. Barcelona: Icaria, 2012.

Referências normativas

BOLÍVIA. *Constituição Política do Estado da Bolívia*. Tradução livre do original. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BOLÍVIA. *Lei de Migração. Lei n. 370/2013*. Tradução livre do original Disponível em: <<https://bolivia.infoleyes.com/norma/4429/ley-de-migraci%C3%B3n-370>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

EQUADOR. *Lei Marco de Autonomias e Descentralização “Andrés Báñez”*. Lei n. 31, de 19 de julho de 2010. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20031%20DE%20AUTONOMIAS%20Y%20DESCENTRALIZACION.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.057/1991 - Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 - Institui a Lei de Migração*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia para a Cooperação em Assuntos Indígenas na Zona de Fronteira*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/memorando-de-entendimento-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-da-colombia-para-a-cooperacao-em-assuntos-indigenas-na-zona-de-fronteira>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela para o Estabelecimento de Regime Especial Fronteiriço*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2010/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-bolivariana-da-venezuela-para-o-estabelecimento-de-regime-especial-fronteirico>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

COLÔMBIA. *Ley 191 de 1995 (junio 23) - por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_191_1995_col>. Acesso em: 14 jul. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção quadro para a proteção das minorias nacionais*. Disponível em: <http://www.dgpmj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-quadro-para-a/downloadFile/file/STE_157.pdf?nocache=1200588924.88>. Acesso em: 21 ago. 2017.

EQUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador de 2008*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

EQUADOR. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

EQUADOR. Assembleia Nacional. Conselho de Administração Legislativa. *Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa*. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90883/105066/F1436572236/ECU90883.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração das Nações sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça – 1945*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. *Agenda 21*. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Assembleia Geral. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 107 da OIT*, de 05 de junho de 1957. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view>. Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. *Convenção nº 169 da OIT*, de 27 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 9 ago. 2017.

UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Tradução livre do original. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. *Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas (LOPCI)*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Constitución del Estado Amazonas*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2008/6640>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Constitución del Estado Bolívar*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://docs.venezuela.justia.com/estatales/bolivar/constitucion/constitucion-del-estado-bolivar.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Casos nacionais e internacionais citados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR, Tribunal Pleno, julgado em 23 de outubro de 2013, publicação em 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Acr 0090.10.000302-0, Rel. Des. Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Justiça Federal do Paraná. Processo n. 5000651-34.2016.4.04.7017. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/>>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. *Declaración Constitucional Plurinacional n. 06/2013*. Disponível em: <<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/images/apec/ElDebidoProcesoenMateriaPenal.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentença T-349/1996*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. *Auto 004/09*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. *Auto 174/11*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a174-11.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, 276/2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,ACHPR,4b8275a12.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. *Association pour la défense des droits de l'Homme et des libertés v. Djibouti*, 133/94. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/133.94/achpr27_133_94_eng.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos) - 27 de diciembre de 2002*. Caso 11.140 (Mérito) – Informe nº 75/02. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) - 12 de octubre 2004*. Caso n. 12.053 (mérito) - Informe nº 40/04. Tradução livre do original. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso *Atabong Denis Atemnkeng c. African Union*. Disponível em: <<http://arcproject.co.uk/wp-content/uploads/2012/12/014-2011-Judgment-of-15-March-2013.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Caso *African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya (application n. 006/2012)*. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2013.03.15_ACmHPR_v_Kenya.pdf#search=%22indigenous%22>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Caso *Femi Falana c. African Union*. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2012.06.26_Falana_v_African_Union.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97993>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. *Case of D.H. and Others v. The Czech Republic (Application n. 57325/00) – Second Section*. Julgado em 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72317>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *Case of D.H. and Others v. The Czech Republic (Application n. 57325/00) - Grand Chamber*. Julgado em 13 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72317>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentença de 17 de junho de 2005 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Tradução livre do original. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac20.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de Junio de 2012*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 09 out. 2014.

_____. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua - Sentença de 31 de agosto de 2001*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Burkina Faso v. Niger*, julgamento de 16 de abril 2013. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=149&code=bf&p3=4>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) - Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/151/151-20131111-JUD-01-02-EN.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2017.

_____. *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) - Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2017.

_____. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 6*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12*. Tradução livre do original. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2017.

EQUADOR. Corte Constitucional da Equador. *Sentença n. 001-10-SIN-CC*, de 18 de março de 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Gran Cacique Michael Mitchell vs. Canadá*, Caso n. 12.435, julgado em 25 de julho de 2008 – Informe n. 61/08. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Canada12435.sp.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Humanos. *Communication n. 671/1995*. In: *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, v. 6, 2005, p. 167-176. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6en.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

Notícias da internet citadas

6 things that could topple Donald Trump's border wall. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-d60acebe-2076-4bab-90b4-0e9a5f62ab12>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

A tribo que quer barrar o muro de Trump. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/14/internacional/1489455260_830937.html>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Audiência pública em RR dá voz aos migrantes venezuelanos e faz apelo contra discriminação. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/audiencia-publica-tem-participacao-expressiva-de-venezuelanos-refugiados-em-rr>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Crise na Venezuela: O repúdio das instituições dos Direitos Humanos contra a deportação em massa dos índios Warao. Disponível em: <<http://amazoniareal.com.br/crise-na-venezuela-o-repudio-das-instituicoes-dos-direitos-humanos-contra-a-deportacao-em-massa-dos-indios-warao/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Governo pede apoio da ONU para enfrentar aumento de imigrantes venezuelanos em Roraima. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/governo-pede-apoio-da-onu-para-enfrentar-aumento-de-imigrantes-venezuelanos-em-roraima.ghtml>>. Último acesso em: 01 jul. 2017.

Governo e Prefeitura estudam frear entrada de venezuelanos no Amazonas. Disponível em: <<http://www.acritica.com/channels/manaus/news/governo-e-prefeitura-estudam-frear-entrada-de-venezuelanos-no-amazonas>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

Índios refugiados da Venezuela terão interação cultural em aldeias de RR. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/03/indios-refugiados-da-venezuela-terao-interacao-cultural-em-aldeias-de-rr.html>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

México: gobierno e indígenas llevan ante CIDH reclamo contra muro de Trump. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/mexico-gobierno-e-indigenas-llevan-ante-cidh-reclamo-contra-muro-de-trump-articulo-688542>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Native tribe fear Trump's Mexico wall will divide them. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/wires/afp/article-4359130/Native-tribe-fear-Trumps-Mexico-wall-divide-them.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

'Over my dead body': tribe aims to block Trump's border wall on Arizona land. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/26/donald-trump-border-wall-tohono-oodham-arizona-tribe>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Pedidos de refúgio de venezuelanos em RR cresceram 22.000% em 3 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/03/pedidos-de-refugio-de-venezuelanos-em-rr-cresceram-22000-em-3-anos.html>>. Último acesso em: 01 jul. 2017.