

**Rafael Soares Leite**

**A Proteção Internacional dos  
Povos Indígenas  
e Tribais**



**EDITORA ÍTHALA  
CURITIBA – 2020**

# SUMÁRIO

|                                                                                                                                      |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| LISTA DE CASOS .....                                                                                                                 | 25        |
| LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS .....                                                                                                 | 29        |
| 1 O DIREITO INTERNACIONAL E OS POVOS INDÍGENAS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA .....                                           | 31        |
| <b>1.1 Povos indígenas no direito internacional do Encontro: o direito natural na escolástica espanhola .....</b>                    | <b>32</b> |
| 1.1.1 <i>Requerimiento</i> .....                                                                                                     | 35        |
| 1.1.2 A Escola de Salamanca .....                                                                                                    | 38        |
| 1.1.2.1 Francisco de Vitória .....                                                                                                   | 40        |
| 1.1.3 A doutrina da guerra justa .....                                                                                               | 42        |
| 1.1.4 Bartolomé de Las Casas .....                                                                                                   | 46        |
| 1.1.5 Valladolid .....                                                                                                               | 49        |
| 1.1.6 Enquanto isso, no Brasil: “contraditória, oscilante, hipócrita” – a lei portuguesa no início da colonização .....              | 52        |
| <b>1.2 Povos indígenas no direito internacional da Era dos Impérios: tutelando selvagens.....</b>                                    | <b>54</b> |
| 1.2.1 Casos emblemáticos no direito norte-americano: a trilogia marshalliana sobre direitos indígenas .....                          | 58        |
| 1.2.2 Povos indígenas no Brasil independente: o regime de tutela ....                                                                | 66        |
| 1.2.3 Os povos indígenas no direito internacional do século XIX.....                                                                 | 70        |
| 1.2.4 Civilizados e selvagens.....                                                                                                   | 72        |
| 1.2.5 Três casos emblemáticos no Direito Internacional: Cayuga, Príncipes Nativos e Esquimós .....                                   | 73        |
| 2 ENTRE LAÇOS PRIMORDIAIS E O CONSENTIMENTO DOS GOVERNADOS: OS SENTIDOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL ..... | 85        |
| <b>2.1 “Carregada de dinamite”: autodeterminação dos povos no direito internacional .....</b>                                        | <b>89</b> |
| 2.1.1 Duas tradições do sentido da autodeterminação.....                                                                             | 89        |

|            |                                                                                                                       |            |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1.2      | O momento wilsoniano.....                                                                                             | 95         |
| 2.1.3      | O momento onusiano.....                                                                                               | 106        |
| 2.1.3.1    | A autodeterminação nos tratados de direitos humanos..                                                                 | 115        |
| 2.1.3.2    | A tese belga .....                                                                                                    | 119        |
| 2.1.4      | A normatividade do princípio da autodeterminação dos povos                                                            | 124        |
| <b>2.2</b> | <b>A autodeterminação dos povos indígenas.....</b>                                                                    | <b>131</b> |
| 2.2.1      | A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos indígenas.....                                                | 131        |
| 2.2.2      | A autodeterminação dos povos indígenas na Declaração .....                                                            | 135        |
| 2.2.3      | Qual a normatividade da “autodeterminação” dos povos indígenas? .....                                                 | 151        |
| <b>3</b>   | <b>POVOS INDÍGENAS COMO PARTICIPANTES DO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>                                              | <b>159</b> |
| <b>3.1</b> | <b>Povos indígenas como participantes do direito internacional.....</b>                                               | <b>160</b> |
| <b>3.2</b> | <b>Definindo “indígena”: dilemas na definição de categorias coletivas não-estatais no direito internacional .....</b> | <b>163</b> |
| 3.2.1      | Os povos indígenas versus minorias.....                                                                               | 181        |
| <b>4</b>   | <b>OS SUB-REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS: FORMAÇÃO, INSTRUMENTOS, INSTITUIÇÕES...197</b>      |            |
| <b>4.1</b> | <b>O sub-regime da OIT: a Convenção n. 169 e a proteção dos povos indígenas.....</b>                                  | <b>199</b> |
| 4.1.1      | A OIT e os povos indígenas.....                                                                                       | 199        |
| 4.1.2      | A Convenção n. 169 da OIT .....                                                                                       | 202        |
| 4.1.3      | A fiscalização internacional das Convenções da OIT .....                                                              | 206        |
| <b>4.2</b> | <b>O regime de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas .....</b>                                           | <b>210</b> |
| 4.2.1      | O regime universal de proteção dos direitos humanos.....                                                              | 211        |
| 4.2.1.1    | Os povos indígenas na prática dos <i>treaty bodies</i> .....                                                          | 213        |
| 4.2.2      | Os regimes regionais de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas.....                                       | 217        |
| <b>4.3</b> | <b>O emergente sub-regime no âmbito das Nações Unidas.....</b>                                                        | <b>224</b> |
| 4.3.1      | Mecanismos institucionais de proteção .....                                                                           | 224        |

## 5 DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL 231

## 5.1 Formação dos direitos de participação no direito internacional. 233

5.1.1 Direitos territoriais como condição *sine qua non* dos direitos de participação.....233

5.1.2 Direitos de participação: gênese.....235

## 5.2 Conteúdo dos direitos de participação ..... 239

5.2.1 “*Em direção a uma cultura de consulta*”: Direitos de participação no Regime da Convenção n. 169 (a visão suave) .....239

5.2.2 Todos os caminhos levam a Roma?: A construção dos direitos de participação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os vários fundamentos do consentimento .....253

5.2.2.1 O papel dos *treaty bodies* do sistema universal .....254

5.2.2.1.1 O Comitê de Direitos Humanos e o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos..... 254

5.2.2.1.2 O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial e a Recomendação n. 23..... 258

5.2.2.1.3 Direitos de participação na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 262

5.2.3 Direitos de participação na Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas: a versão forte.....272

5.2.3.1 O conteúdo dos direitos de participação de acordo com a Declaração .....272

5.2.3.2 Mecanismos institucionais e os direitos de participação ...274

5.2.3.2.1 Relatórios do Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas..... 275

5.2.3.2.2 Mecanismo especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*).... 281

5.2.4 Direitos de participação em processos decisórios envolvendo arranjos interestatais e fóruns intergovernamentais .....288

5.2.5 Os diversos direitos de participação: sintomas de um direito internacional fragmentado? .....292

|                                                                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6 “AQUILO QUE TOCA A TODOS, DEVE SER DECIDIDO POR TODOS”: DIREITOS POLÍTICOS COLETIVOS NO DIREITO INTERNACIONAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO ..... | 297        |
| <b>6.1 Os fundamentos dos direitos políticos coletivos dos povos indígenas .....</b>                                                               | <b>299</b> |
| 6.1.1 O argumento culturalista da diversidade étnica .....                                                                                         | 302        |
| 6.1.2 Marginalização e falhas do processo representativo democrático.....                                                                          | 308        |
| 6.1.3 Autodeterminação dos povos .....                                                                                                             | 310        |
| <b>6.2 Direitos de participação, direito à autodeterminação e o direito internacional .....</b>                                                    | <b>313</b> |
| 6.2.1 A relação entre os direitos de participação e autodeterminação.....                                                                          | 313        |
| 6.2.2 O papel contramajoritário do direito internacional .....                                                                                     | 318        |
| 6.2.3 O engajamento constitucional.....                                                                                                            | 324        |
| <b>6.3 Dilemas da participação .....</b>                                                                                                           | <b>331</b> |
| 6.3.1 Representatividade.....                                                                                                                      | 332        |
| 6.3.2 Veto .....                                                                                                                                   | 336        |
| 6.3.3 Limites e conflitos .....                                                                                                                    | 339        |
| CONCLUSÃO.....                                                                                                                                     | 345        |
| REFERÊNCIAS.....                                                                                                                                   | 349        |
| ANEXO I – Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais.....                                                                             | 357        |
| ANEXO II – Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.....                                                                 | 373        |