

JUDICIALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL CONTRA POVOS INDÍGENAS E AFRODESCENDENTES NA AMÉRICA LATINA: CONCEPTUALIZAÇÃO E TIPOLOGIA DE UM DIÁLOGO INTERAMERICANO

Manuel Eduardo Góngora-Mera¹

Resumo

Este artigo analisa três mecanismos de convergência interpretativa a partir dos quais um importante número de tribunais latino-americanos adotaram padrões normativos semelhantes ou compatíveis sobre discriminação estrutural contra os povos indígenas e afrodescendentes:

1. Convergência paralela entre a Corte Interamericana e os tribunais constitucionais latino-americanos pela recepção dos padrões normativos da Convenção 169 da OIT;
2. Monólogos de tribunais constitucionais latino-americanos; e
3. Diálogos policêntricos sobre os padrões normativos da Corte Interamericana sobre a discriminação estrutural.

O artigo é dividido em três partes: a primeira parte fornece uma breve introdução sobre os conceitos de “diálogo” e “convergência paralela” no âmbito dos sistemas de direitos humanos. A segunda parte propõe uma tipologia dos diálogos no sistema interamericano, explicando, inter alia, o conceito de diálogo policêntrico. E a terceira parte provê evidência de diálogos policêntricos sobre discriminação estrutural no sistema interamericano.

Palavras-chave: desigualdades estruturais, discriminação racial, sistema interamericano, diálogos jurisprudenciais, diálogos policêntricos.

INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE DIÁLOGO NOS SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS

Sob o flamante rótulo de “diálogos”, a doutrina contemporânea tem abordado as novas formas de interação entre juízes nacionais e regionais, especialmente na Europa e na América Latina (Burgogue-Larsen, 2013). Apesar do uso inflacionário e impreciso do termo, e os adjetivos diferentes que o acompanham - “(trans)judiciais” (Nogueira Alcalá, 2012), “(inter)jurisdiccionais” (Bustos Gilbert, 2008), “constitucionais”

¹ Pesquisador de pós-doutorado do Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin) e membro de desigualdades.net. Advogado e mestre em Direito Econômico (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá). Mestre em Economia Internacional e Política de Desenvolvimento (Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg) e doutor summa cum laude em Direito Público (Humboldt-Universität zu Berlin). E-mail: manuelgongora@fu-berlin.de. O autor gostaria de agradecer a Renata Motta pela cuidadosa revisão do texto em língua portuguesa.

(Niembro Ortega, 2013), “jurisprudenciais”², etc.- a verdade é que ele expôs algumas dinâmicas transnacionais e tendências jurisprudenciais em situações de pluralismo constitucional, por exemplo, interações entre os tribunais nacionais e regionais no âmbito de sistemas regionais de direitos humanos e sistemas de integração supranacional. E assim, desde os anos 1980, vários estudos jurídicos em direito europeu têm observado um fluxo de ideias constitucionais entre os países da União Europeia (Weiler, 1991) e uma tendência crescente de citação de jurisprudência estrangeira com autoridade persuasiva em jurisdições nacionais e regionais (Glenn, 1987). Tendências similares foram observadas no Sistema Interamericano. Desde a década de 1990, os tribunais constitucionais dos países membros do Sistema Interamericano que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana incorporaram alguns padrões normativos da Corte Interamericana em suas decisões (Bazán, 2011; Piovesan, 2012). Além disso, na jurisprudência constitucional recente de alguns países latino-americanos é possível detectar uma variedade de referências a decisões dos tribunais de outros países da região. O fenômeno em si não é novo. As referências da jurisprudência de cortes estrangeiras são comuns de longa data em vários países: é parte da prática histórica de tribunais centenários como a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, a Suprema Corte de Justiça do México, ou o Supremo Tribunal Federal do Brasil fazer referências às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Constitucional espanhol e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, para mencionar alguns exemplos. O que é realmente novo aqui é a função dessas referências: as citações aos tribunais nacionais geralmente eram parte de um exercício de direito comparado, no qual os padrões normativos desenvolvidos pelos tribunais estrangeiros eram vistos como modelos a imitar por sua sofisticação teórica ou argumentativa e justificava-se igualmente pela autoridade persuasiva derivada do reconhecimento internacional da corte estrangeira citada. Em contraste, as citações da jurisprudência das cortes de países vizinhos durante a última década não são necessariamente baseadas na autoridade e reconhecimento internacional do tribunal referenciado, mas em muitos casos tentam explorar como foi resolvido um problema jurídico comum no âmbito do sistema regional de direitos humanos. Por outro lado, a jurisprudência da Corte Interamericana geralmente é reconhecida a nível nacional com uma relevância diferencial, pelo menos como um precedente

² Aqui é preferida a denominação “diálogos jurisprudenciais”, desde que este estudo seja restrito à interação entre tribunais superiores com funções de controle constitucional e a Corte Interamericana de direitos humanos sobre critérios jurisprudenciais e padrões normativos em assuntos substantivos de direitos humanos. A expressão “diálogos judiciais” permite incluir todos os juízes nacionais dentro do universo de cortes estudadas, além dos participantes no processo judicial (ONGs transnacionais de direitos humanos, litigantes estratégicos, amicus curiae, etc), tornando-a mais adequada para o estudo do controle de convencionalidade. A expressão “diálogo jurisdicional” engloba as interações entre jurisdições nacionais e regionais (ou entre sistemas regionais), então inclui todas as instituições da jurisdição nacional que podem potencialmente fazer parte das comunicações com o sistema regional (por recomendações, medidas preventivas e sentenças da Comissão e da Corte Interamericana), como por exemplo, Congresso ou autoridades governamentais; portanto, é frequentemente utilizada em estudos relacionados a fenômenos de supranacionalidade e coordenação multinível no contexto de processos de integração. A expressão “diálogos constitucionais” incluiria, além disso, todos os atores envolvidos no processo de deliberação pública sobre questões de direitos humanos (opinião pública, meios de comunicação social, academia, doutrina, etc.), tornando-a mais apropriada para analisar questões relacionadas às teorias da democracia no âmbito da sociedade aberta de intérpretes.

persuasivo para o Estado só por sua adesão no sistema interamericano, e que não pode ser desconhecido sem justificção adequada³. Reciprocamente, a Corte Interamericana tem mostrado uma crescente deferência judicial de considerar em suas sentenças alguns padrões normativos desenvolvidos pelos tribunais nacionais do sistema interamericano, sem que seja obrigada a fazê-lo por força dos tratados interamericanos. Desta forma, as citações entre estas cortes não são apenas o produto de um exercício comparativo no qual o juiz encontra “inspiração” nos precedentes de outras cortes, como sugere Vergottini (quem acredita que, por esse motivo, o conceito de “diálogo” é apenas um mito criado pela literatura jurídica contemporânea, cfr. Vergottini, 2010), mas eles envolvem uma verdadeira interação entre as cortes, derivada de certo sentido de pertença a uma comunidade jurídica de direitos que está envolvida na configuração de um sistema de controle difuso de convencionalidade (cfr. Ferrer Mac-Gregor, 2012).

Precisamente para evitar imprecisões conceituais, há de se fazer alguns esclarecimentos de partida. Em primeiro lugar, é conveniente distinguir entre um conceito de “diálogo” em um sentido amplo e em sentido estrito. O conceito de diálogo no sentido lato foi aplicado para uma grande variedade de citações da jurisprudência de cortes estrangeiras como exercício de direito comparado, portanto, o universo das cortes que podem ser analisadas é global. Sob esta estrutura conceitual foram estudadas, por exemplo, referências entre tribunais regionais (por exemplo, entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cfr. v. gr. García Roca et al., 2012). O conceito de diálogo no sentido estrito, que é o adotado para este estudo, é usado como uma metáfora para a análise de formas de interação transnacional entre juizes em situações de pluralismo constitucional, nas quais os juizes pertencem a uma comunidade de direito e interpretam normas comuns e não há uma última instância de resolução de litígios, mas há tantos centros como jurisdições envolvidas.

No caso do sistema interamericano de direitos humanos, o conceito de diálogo no sentido estrito baseia-se nos princípios da interpretação conforme, para o homem e no princípio da interação⁴ entre os tribunais envolvidos com base em normas comuns, com o objetivo de resolver problemas jurídicos semelhantes. Estes princípios são reforçados pela doutrina interamericana do controle de convencionalidade, e em alguns países, pela doutrina do bloco de constitucionalidade. A este respeito, o diálogo é definido como a interação transnacional entre juizes que pertencem a um sistema judicial regional, em torno a critérios jurisprudenciais e padrões normativos sobre questões substantivas de direitos humanos e obrigações correspondentes estatais. Nesta linha, nem toda citação da jurisprudência de outra corte pode se qualificar como “diálogo” em sentido estrito. Para ilustração: a citação que o Supremo Tribunal Federal do Brasil fez do Tribunal Constitucional Federal da

³ O caso da Venezuela é a exceção que confirma a regra.

⁴ De acordo com o princípio de interação, qualquer juiz (nacional ou internacional) que interprete os direitos humanos deve considerar tanto o direito nacional como o direito internacional validamente incorporado à respectiva ordem jurídica; portanto, o juiz não pode se conformar com normas mínimas estabelecidas em sua respectiva jurisdição, mas deve aplicar a norma mais favorável à pessoa, seja de fonte interna ou internacional. Cfr. Nogueira Alcalá, 2003.

Alemanha no Habeas Corpus Nº 96.759/CE, de 28 de fevereiro de 2012, não é exatamente uma “interação” entre estes tribunais, mas um “monólogo”, uma referência de direito comparado de que se serve o tribunal brasileiro para reforçar sua decisão, por causa do prestígio internacional da jurisprudência alemã. Em contraste, na sua sentença de 17 de junho de 2009⁵, o Supremo Tribunal Federal brasileiro adotou e aplicou o padrão normativo interamericano sobre licenciamento obrigatório de jornalistas⁶ para declarar a inconstitucionalidade da exigência legal do diploma para trabalhar na mídia, por ser uma restrição ilegítima à liberdade de expressão. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal implicitamente se reconhece como parte ativa do sistema regional de direitos, independentemente do poder vinculativo ou persuasivo reconhecido internamente às sentenças interamericanas em geral e às decisões diretas da Corte Interamericana contra o Brasil em casos específicos. Interações semelhantes sobre esse mesmo padrão interamericano, podem ser vistas no Expediente Nº 0027-2005-PI/TC, 20.02.2006 do Tribunal Constitucional do Peru, onde citou a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia no licenciamento obrigatório de jornalistas (sentença C-087/1998) e a Opinião Consultiva OC-5/85 da Corte Interamericana.

Isto, por sua vez, leva a uma segunda distinção conceitual: não todas as referências à Corte Interamericana envolvem uma “interação” com o tribunal regional. Há referências à Corte Interamericana na jurisprudência constitucional local que apenas discutem o valor jurídico das normas interamericanas e expandem ou limitam internamente a eficácia da jurisprudência da Corte Interamericana. Essas referências podem se tornar o ponto de partida para diálogos futuros com a Corte Interamericana sobre o conteúdo dos direitos e obrigações estatais, na medida em que reconhecem alguma autoridade persuasiva ou vinculativa da jurisprudência interamericana e têm a função de conectar a jurisprudência local com o sistema interamericano, mas não necessariamente envolvem a adoção ou adaptação de um padrão normativo sobre direitos⁷. Da mesma forma, ocasionalmente, a Corte Interamericana cita a jurisprudência de um tribunal nacional a fim de reforçar o poder normativo das suas decisões a nível nacional, sem estritamente gerar um “diálogo” entre os tribunais sobre uma questão substantiva ou processual sobre direitos humanos. É o caso das citações da Corte Interamericana da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana sobre o conceito de *ratio decidendi* em as Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença nos casos Garcia Asto e Ramirez Rojas (2007)⁸ e Cinco Pensionistas

⁵ Cfr. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Extraordinário Nº 511.961-1/SP - São Paulo, 17.06.2009.

⁶ Cfr. Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 e 29 CADH). Opinião Consultiva OC-5/85, 13.11.1985. Série A No. 5.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina: Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo, 07.07.1992, Fallos: 315:1492; Tribunal Constitucional da Bolívia: Sentença Constitucional 0663/2004-R, mayo 5 de 2004; Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador: Sentença de 01.04.2004, I52-2003AC (52-2003/56-2003/57-2003); Corte Suprema da República Dominicana: Sentença de 24.02.1999.

⁸ Corte IDH. Caso García Asto e Ramírez Rojas v. Perú. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 12.07.2007, considerando 17.

(2009)⁹ ou das citações de decisões judiciais peruanas, bolivianas e colombianas¹⁰ na Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença no caso *Bámaca Velásquez* (2010)¹¹ para inferir que não é necessário que a Corte Interamericana emita uma ordem específica para que as autoridades internas implementem inquéritos judiciais em violações graves dos direitos humanos.

Uma clarificação final se refere aos efeitos do diálogo. Para algumas teorias de diálogo, o consenso (entendido como o acordo coletivo alcançado por maioria ou unanimidade) é essencial ao diálogo; no entanto, isto pode reduzir o fenômeno a uma questão numérica¹² e impor como finalidade uma homogeneização absoluta. Em contraste, a noção usada aqui está filosoficamente ligada com as teorias da democracia deliberativa e enfatiza o elemento discursivo; ou seja, enfatiza a inclusão das partes e a deliberação na busca do melhor argumento possível à luz do princípio para o homem. A este respeito, o consenso é apenas um dos resultados possíveis. No caso dos diálogos no sistema interamericano, não há uma homogeneização interpretativa total; as interações entre cortes podem gerar convergências interpretativas (ou seja, uma confluência de interpretações semelhantes ou compatíveis entre si), mas também divergências e conflitos, precisamente por causa da natureza policêntrica dos diálogos no sistema e da própria ambiguidade do raciocínio judicial, em que “o melhor argumento possível” é “o mais operacional” para o momento, mas não é necessariamente “o único correto” (cfr. Aarnio, 1990). Além disso, seria errado partir da premissa de que a recepção de normas idênticas deve conduzir inevitavelmente a sua aplicação idêntica por os operadores jurídicos de ambos países¹³, desde que as circunstâncias sociais e sensibilidades políticas variem localmente, e existem padrões normativos que têm reconhecido certa margem de apreciação nacional. É por isso que é importante ter em mente que os diálogos entre as cortes nacionais ou entre um tribunal nacional e a Corte Interamericana tem o potencial de gerar aproximações interpretativas, mas também podem revelar o distanciamento interpretativo entre ordens constitucionais. Por isso é útil analisar os eventos em que um padrão interamericano é invocado em votos dissidentes ou separados, uma vez que é precisamente nestas posições que a deliberação local sobre a aplicabilidade dos padrões normativos

⁹ Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 24.11.2009, considerando 34.

¹⁰ Tribunal Constitucional do Peru, Sentença de 16.07.2008 (Exp. Nº 03938-2007-PA/TC Lima); Sala Penal Segundo da Corte Suprema de Justiça da Nação da Bolívia, Sentença de 02.06.2010; Sala de Cassação Penal da Corte Suprema da Justiça da Colômbia, Sentença de 17.09.2008 (Recurso de Revisión).

¹¹ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 18.11.2010.

¹² Cfr. v.gr. a crítica de Young, 2005.

¹³ Por exemplo, Claudia Escobar expõe em detalhe como, apesar da ampla recepção de padrões da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia no Equador sobre estados de emergência, não derivou numa aplicação idêntica pelo Tribunal Constitucional equatoriano. Cfr. Escobar-García, 2012.

interamericanos em casos domésticos pode ser vista, os diferentes resultados normativos podem ser contrastados, e os riscos de fragmentação interpretativa (ou até mesmo institucional¹⁴) do sistema podem ser avaliados.

Além disso, os diálogos não são o mecanismo exclusivo para alcançar convergências interpretativas. É possível conceber fenômenos de convergência sem interação entre os tribunais. Por exemplo, o monólogo (citação unilateral de padrões) e a convergência paralela, que consiste na recepção de idênticos padrões normativos extra regionais nas decisões dos diversos tribunais do sistema de uma forma mais ou menos simultânea e independente. No caso do sistema interamericano, existem convergências paralelas pela recepção de normas extra regionais tais como a Convenção 169 da OIT (por exemplo, os casos *Yakye Axa e Moiwana*), a Convenção sobre os Direitos da Criança (por exemplo, os casos *Villagrán Morales*¹⁵ e *Gómez Paquiyauri*¹⁶), e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (por exemplo, caso *Tibi*¹⁷). Que haja convergência de interpretações sem interação entre os tribunais ocorre basicamente devido à natureza multinível do sistema interamericano, que integra como seus próprios o nível nacional de proteção dos direitos humanos e os padrões normativos do sistema das Nações Unidas (cfr. Góngora-Mera, 2013, p. 312-313; 327-329).

UMA TIPOLOGIA DE DIÁLOGOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

Vários tipos de diálogos têm sido propostos na doutrina, de acordo com as funções que satisfazem, as jurisdições dos tribunais envolvidos, o grau de reciprocidade demonstrado pelos tribunais envolvidos, ou o escopo dos diálogos. Tendo como caso de estudo o sistema europeu, Slaughter (1994) propôs uma tipologia de comunicações transjudiciais que distingue três formas de comunicação:

1. Horizontal: comunicações que têm lugar entre cortes do mesmo nível, nacional ou regional; por exemplo, entre as cortes constitucionais europeias;
2. Vertical: comunicações entre cortes de diferente nível; por exemplo, entre as cortes constitucionais europeias e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos); e
3. Mista: comunicações que combinam relações horizontais e verticais; por exemplo, o teste da proporcionalidade foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão e adotado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que por sua vez, foi adotado por outras cortes constitucionais do sistema regional de direitos humanos.

¹⁴ Por exemplo, a divergência interpretativa sobre a pena de morte motivou a Trinidad e Tobago para denunciar a Convenção Americana em 1998.

¹⁵ Corte IDH. Caso *Villagrán Morales et al. v. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19.11.1999. Série C No. 63.

¹⁶ Corte IDH. Caso *Gómez Paquiyauri v. Perú*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 08.07.2004. Série C No. 110.

¹⁷ Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 07.09.2004. Série C No. 114.

Esta tipologia é útil para examinar o sistema interamericano. No entanto, é importante mencionar que a doutrina tende a se concentrar nas comunicações verticais; ou seja, aquelas que ocorrem entre os tribunais nacionais e tribunais internacionais com jurisdição derivada do direito internacional dos direitos humanos ou de um direito supranacional (cf. v. gr. Slaughter, 1994; Nogueira Alcalá, 2011). O problema é que a palavra “vertical” pode sugerir uma relação hierárquica ou de subordinação, que, por sua vez, poderia ser interpretada como uma versão monista internacionalista da relação entre o nível nacional e o interamericano, em que a Corte Interamericana funciona como uma quarta instância. Por isso, parece mais apropriado usar a terminologia do modelo coevolutivo de relação entre os tribunais nacionais e a Corte Interamericana (Góngora-Mera, 2011, p. 225-232). Sob este modelo, o diálogo é caracterizado por relações não-hierárquicas de respeito mútuo, baseado na interdependência e reciprocidade entre os tribunais nacionais e o tribunal regional, no qual o último assume um papel de primus inter pares. Assim, é mais significativo usar uma tipologia que distinga o escopo e os efeitos do diálogo; ou seja, se é apenas uma interação bilateral com efeitos limitados às partes envolvidas, ou se ele gera uma resposta multilateral que pode ser considerada uma deliberação de âmbito regional com efeitos convergentes ou divergentes para o sistema. Neste sentido, a minha proposta vai no sentido de diferenciar entre diálogos diretos e diálogos policêntricos.

Diálogo direto é toda interação entre dois cortes de um sistema regional, em que a comunicação iniciada por um tribunal é respondida por outro. No sistema interamericano, essas interações foram desenvolvidas progressivamente como resultado de um novo relacionamento direto entre a Corte Interamericana com instituições nacionais definidas, especialmente por meio do mecanismo de supervisão da execução das decisões da Corte Interamericana. Em tais eventos, a interação ocorre porque existe uma sentença de mérito e reparações contra um estado em que os juízes nacionais podem ter um papel (por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de uma norma interna que viola a Convenção Americana, facilitar a abertura de um inquérito judicial, efetuar uma mudança de jurisprudência, etc.). Nestes casos, o diálogo direto geralmente está concentrado na aplicação efetiva da sentença específica internamente¹⁸.

Por sua vez, os diálogos policêntricos são definidos como interações entre diferentes cortes do sistema sobre o alcance ou conteúdo de direitos e obrigações, por meio dos quais se espalham padrões normativos entre níveis diferentes, ou de um sistema jurídico nacional a outro. A prevalência não é pré-ajustada pela natureza do tribunal que interpreta, mas definida de acordo com o alcance da interpretação, e, portanto, todas essas cortes são fontes potenciais de padrões normativos que prevalecem no sistema por oferecer uma maior proteção dos direitos humanos. Estes diálogos possam surgir de um diálogo direto (entre a Corte Interamericana e uma corte nacional)

¹⁸ Cf. v.gr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 18.11.2010, párr. 14; Corte Suprema de Justicia do Chile. Sentença de 03.12.2008.

e outros tribunais em jurisdições diferentes tomam decisões sobre o mesmo problema jurídico e discutem o padrão da Corte Interamericana (cfr. Em detalhe: Góngora-Mera, 2014: 582-584, 586-589).

Os diálogos policêntricos são um reflexo de contextos sociopolíticos similares na região que acabam sendo do conhecimento dos juízes constitucionais e a Corte Interamericana. No sistema interamericano, este tipo de diálogos tem ocorrido em uma variedade de assuntos, tais como legislação antiterrorismo e jurisdição militar, desaparecimento forçado, limites do caso julgado, imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, leis de auto anistia, pena de morte, tipificação penal adequada, devido processo, direitos políticos, liberdade de expressão, e sobre direitos de sujeitos específicos, como mulheres, vítimas, prisioneiros e migrantes. Este estudo apresenta em particular os diálogos policêntricos sobre os direitos dos povos indígenas e afrodescendentes, especificamente no domínio da proteção contra um problema geral na região como a discriminação estrutural e seus efeitos em termos de disparidades étnicas/raciais.

DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

A discriminação racial estrutural está relacionada a padrões de comportamento, atitudes e normas, no interior das instituições sociais, que afetam especificamente a certos indivíduos ou grupos de indivíduos relacionados por filiação de raça, cor, ascendência, ou só origem étnico ou nacional no gozo dos direitos e oportunidades que estão ao alcance da população dominante¹⁹. Esta discriminação não tem que ser necessariamente intencional, pode ocorrer de modo aberto ou velado, e seu resultado é a marginalização e a exclusão social desses indivíduos ou grupos, produzindo um estado de desigualdade estrutural entre grupos sociais, diferenciados por critérios étnicos/raciais em termos de seus papéis sociais, garantias e oportunidades.

Estas desigualdades não são apenas produto de desvantagens historicamente acumuladas, mas de padrões de comportamento e normas contemporâneas que configuram desvantagens estruturais contra determinados grupos e que podem ameaçar sua existência. Indicadores significativos a este respeito incluem:

1. O estado de miséria e pobreza extrema de certos grupos étnicos/raciais no interior de um país;
2. Sua particular vulnerabilidade e vitimização em contextos de violência, em parte devido a padrões de impunidade sistemática derivados de barreiras socioeconômicas e culturais no acesso à justiça, e a falta de eficácia das medidas de proteção adotadas;
3. A criminalização de seus protestos e a perseguição ou assédio contra seus dirigentes; e

¹⁹ Cfr. Em detalhe: Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre la aplicación efectiva de la Declaración y el Programa de Acción de Durban, 2010.

4. O impacto diferenciado em termos de custos ambientais nos projectos de investimento de interesse geral, como a exploração petrolífera, mineração, indústrias florestais, agroindústrias, e megaprojetos de energia e infraestrutura (por exemplo, impactos na saúde e nutrição, destruição e poluição do ambiente tradicional; esgotamento dos recursos para a sobrevivência física e cultural; interrupção dos papéis sociais tradicionais).

Diferentes expressões de discriminação estrutural podem ser observadas, com maior ou menor intensidade, em quase todos os países da América Latina e particularmente afetam os povos indígenas e afrodescendentes, como expõem diversos conflitos sociais em toda a região. Na Argentina, o povo Quom na comunidade Potae Napocna Navogoh (Formosa) tem sido vítima de violência policial, incluindo despejos forçados e ameaças de morte. Na Bolívia, o conflito entre o governo e os nativos do Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) pela construção de uma rodovia que atravessa o Parque (com infraestrutura e financiamento brasileiro) teve convulsionado o país nos últimos anos. No Brasil, a luta pela terra já custou a vida de milhares de indígenas e de numerosos líderes que se opuseram a despejos forçados e aos danos ambientais produzidos por macroprojetos como a usina hidrelétrica de Belo Monte. Na Colômbia, violações graves dos direitos humanos (incluindo massacres e deslocamento forçado) foram cometidas em territórios indígenas e Afro-colombianos nos quais estão envolvidos interesses de multinacionais de agronegócios e empresas extrativas. No Chile, líderes Mapuche foram condenados a penas privativas de liberdade sob legislação antiterrorista. No Equador, líderes indígenas foram processados e arbitrariamente detidos por acusações infundadas, por sua oposição à extração de recursos naturais em seus territórios sem o consentimento das comunidades indígenas. Em Honduras, membros das comunidades indígenas organizaram-se contra a construção de hidrelétricas em seu território sem seu conhecimento e consentimento. Conflitos de terra entre povos indígenas e grandes empregadores nacionais e multinacionais de soja abundam no Paraguai; um desses confrontos provocou o julgamento político no Senado que resultou na destituição do presidente Fernando Lugo. No Peru, as atividades de uma empresa mineira canadense que tentava realizar extração de cobre em grande escala em Lambayeque gerou a rejeição da comunidade vizinha de Cañaris pela potencial contaminação de rios e afluentes na área. Na Venezuela, membros do povo indígena Yukpa foram arbitrariamente detidos no quartel militar no contexto de conflitos pela terra na Serranía de Perijá.

Apesar de a maioria destes conflitos seguir dinâmicas tipicamente locais, são processos intimamente interligados a atores e dinâmicas transnacionais. Nessa mesma medida, alguns grupos afetados conseguiram reinterpretar suas exigências em termos jurídicos e tem alcançado algumas vitórias judiciais ante instâncias internacionais, e particularmente no sistema interamericano. Neste quadro, a Corte Interamericana tem tido a oportunidade de se pronunciar sobre várias formas de discriminação estrutural contra estes grupos:

desapropriação, land grabbing, e concessão ilegal de terras a colonos e empresas (casos *Awas Tingni*²⁰, *Yakye Axa*²¹, *Sawhoyamaxa*²² e *Xákmok Kásek*²³); o impacto excessivo dos danos ambientais resultantes da exploração dos recursos naturais em seus territórios e desrespeito sistemático do direito de consulta prévia respeito à utilização dos recursos naturais em seus territórios e de políticas públicas, investimento e desenvolvimento que podem afetá-los (casos *Saramaka*²⁴ e *Sarayaku*²⁵); massacres e desaparecimentos forçados contra membros das comunidades étnicas (casos *Aloeboetoe*²⁶, *Massacre Plan de Sánchez*²⁷, *Comunidade Moiwana*²⁸ e *Tiu Tojin*²⁹); regras desvantajosas no acesso a processos eleitorais (caso *Yatama*³⁰) e políticas estatais deliberadas para deixar sem representação política a grupos étnicos, incluindo o desaparecimento forçado e assassinato de lideranças indígenas (casos *Bámaca Velásquez*³¹, *Escué Zapata*³² e *Chitay*³³); discriminação pela linguagem (caso *Lopez Alvarez*³⁴); discriminação no acesso à justiça (caso *Tiu Tojin*); violações sexuais contra mulheres indígenas por membros do exército (casos *Fernández Ortega*³⁵ e *Rosendo Cantú*³⁶); e altas taxas de mortalidade materna devida à falta de cuidados médicos adequados para as mulheres em estado de gravidez e pós-gravidez (caso *Xákmok Kásek*).

²⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Exceções preliminares. Sentença de 01.02.2000. Série C No. 66; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31.08.2001. Série C No. 79.

²¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17.06.2005. Série C No. 125.

²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29.03.2006. Série C No. 146.

²³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24.08.2010. Série C No. 214.

²⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28.11.2007. Série C No. 172.

²⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador. Mérito e reparações. Sentença de 27.06.2012. Série C No. 245.

²⁶ Corte IDH. Caso Aloeboetoe et al. v. Surinam. Mérito. Sentença de 04.12.1991. Série C No. 11; Caso Aloeboetoe et al. v. Surinam. Reparaciones e custas. Sentença de 10.09.1993. Série C No. 15.

²⁷ Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala. Mérito. Sentença de 29.04.2004. Série C No. 105; Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19.11.2004. Série C No. 116.

²⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15.06.2005. Série C No. 124; Caso Comunidad Moiwana v. Surinam. Interpretación da Sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 08.02.2006 Série C No. 145.

²⁹ Corte IDH. Caso Tiu Tojin v. Guatemala. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26.11.2008. Série C No. 190.

³⁰ Corte IDH. Caso Yatama v. Nicaragua. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23.06.2005. Série C No. 127.

³¹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Mérito. Sentença de 25.11.2000. Série C No. 70; Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Reparaciones e custas. Sentença de 22.02.2002. Série C No. 91.

³² Corte IDH. Caso Escué Zapata v. Colombia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 04.07.2007. Série C No. 165.

³³ Corte IDH. Caso Chitay Nech et al. v. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença 25.05.2010. Série C No. 212.

³⁴ Corte IDH. Caso López Álvarez v. Honduras. Mérito, reparações e custas. Sentença 01.02.2006. Série C No. 141.

³⁵ Corte IDH. Caso Fernández Ortega et al. v. México. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30.08.2010. Série C No. 215.

³⁶ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú et al. v. México. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 31.08.2010. Série C No. 216.

Convergência paralela entre a Corte Interamericana e os tribunais latino-americanos

Uma característica fundamental que deve ser enfatizada nesta jurisprudência detalhada é que ela ocorreu apesar da falta de regras específicas sobre direitos coletivos dos povos indígenas e Afro-descendentes nos tratados interamericanos. Em grande medida, este foi o produto do que a Corte Interamericana tem chamado uma interpretação “evolutiva” ou “integrada” das normas interamericanas, que considera os tratados internacionais sobre direitos humanos como instrumentos vivos cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida. Através desta posição, a Corte incorporou as normas do sistema universal dos direitos humanos, especialmente aqueles estabelecidos na Convenção 169 da OIT, embora a Corte não tem competência para resolver litígios com base em violações das convenções da OIT. Isto é baseado no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o princípio para o homem do artigo 29, b da Convenção Americana:

[E]sta Corte tem afirmado que ao interpretar um tratado, não só são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso 2º do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se insere (inciso 3º do artigo 31 da Convenção).

No presente caso, ao analisar os alcances do citado artigo 21 da Convenção [Americana], a Corte considera útil e apropriado utilizar outros tratados internacionais distintos à Convenção Americana, tais como o Convênio 169 da OIT, para interpretar suas disposições de acordo com a evolução do sistema interamericano, levando em consideração o desenvolvimento experimentado nessa matéria no Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁷.

Assim, sempre que a Convenção 169 tenha sido ratificada pelo Estado demandado, as normas estabelecidas neste instrumento podem ser invocadas pela Corte Interamericana, em conjunto com artigos de convenções interamericanas, para interpretar o alcance das obrigações estatais em relação aos direitos dos povos indígenas.

Esta jurisprudência Interamericana tem tido um impacto significativo na jurisprudência constitucional de vários países na região - como será analisado mais adiante. Contudo, a circulação de padrões normativos sobre estas questões já exibiu seus próprios desenvolvimentos nacionais na jurisprudência de vários países desde o início da década de 1990. Este processo começa com a ratificação da Convenção 169 da OIT em 1989 por vários países da região³⁸, que marca o ponto de partida de um processo de difusão sobre direitos dos povos indígenas no constitucionalismo latino-americano (Van Cott, 2000, p. 1-35 e 257-280; Aguilar Cavallo, 2012, p. 76-82). A

³⁷ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguay, cit. supra, párrs. 126-127.

³⁸ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguai, Peru e Venezuela.

Convenção 169 foi até mesmo incorporada com hierarquia constitucional em alguns países, como por exemplo na Colômbia, onde a Corte Constitucional incluiu-a dentro do bloco de constitucionalidade e permitiu deste modo a ação de tutela para a proteção dos direitos reconhecidos na Convenção³⁹; o Tribunal Constitucional da Bolívia também reconheceu essa hierarquia constitucional à Convenção 169 e, portanto, é parte do parâmetro da constitucionalidade⁴⁰. Da mesma forma, a sala constitucional da Suprema Corte da Costa Rica declarou a inconstitucionalidade de normas internas em violação da Convenção 169⁴¹; o Tribunal Constitucional do Peru também reconheceu expressamente a hierarquia constitucional da Convenção 169⁴².

Desde o caso *Awas Tingni* (2001), a Corte Interamericana começou a adotar alguns padrões normativos da Convenção 169 sobre os direitos dos povos indígenas nas suas decisões, o que levou a uma linha de interpretação convergente entre os tribunais nacionais e o tribunal regional sem que tivesse diálogos diretos sobre estas questões. Em outras palavras, os tribunais do sistema interamericano experimentaram uma convergência “paralela”. Assim, quando a Corte Interamericana começou a incorporar padrões normativos do sistema universal sobre direitos indígenas já tinha importantes desenvolvimentos no nível nacional em vários países do Sistema Interamericano, tanto em suas constituições como na jurisprudência constitucional, especialmente no que diz respeito a direitos coletivos e direitos sociais. Aqui se pode destacar a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (especialmente sobre os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra⁴³, identidade cultural⁴⁴, autonomia⁴⁵, consulta prévia⁴⁶, etno-educação⁴⁷, preservação do meio ambiente⁴⁸, autodeterminação sob sua própria cosmovisão⁴⁹, administração de sua própria justiça⁵⁰); do Tribunal

³⁹ “En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden (sic) ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales”. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-606/2001.

⁴⁰ Cfr. Tribunal Constitucional da Bolívia. SC 0045/06, 02.06.2006.

⁴¹ Cfr. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentenças 02253 de 14.05.1996 e 03485 de 02.05.2003.

⁴² “Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC (fundamento 31), [el Convenio 169 de la OIT] forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los ‘tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional’ (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33)’. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 09.06.2010.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-188/1993, T-380/1993, T-405/1993, T-254/1994, SU-510/1998, T-652/1998 e T-634/1999.

⁴⁴ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-428/1992, T-528/1992, T-259/1993, T-405/1993, T-254/1994, T-342/1994, C-139/1996, T-349/1996, T-523/1997, T-525/1998 e C-169/2001.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-254/1994, T-496/1996, C-037/1996 e T-344/1998.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças T-405/1993 e SU-039/1997.

⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-053/1999.

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-405/1993, SU-039/1997 e C-169/2001.

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-257/1993, T-324/1994 e SU-510/1998.

Constitucional da Bolívia (especialmente no que respeita o direito à identidade cultural e à justiça indígena⁵¹); a Suprema Corte da Argentina (no que diz respeito ao direito de propriedade coletiva da terra⁵²); a Sala Constitucional da Costa Rica (que reconheceu o direito de consulta⁵³ e ordenou ação afirmativa para proteger os grupos indígenas⁵⁴); e o antigo Tribunal Constitucional do Equador (sobre direitos coletivos⁵⁵ e o direito de consulta⁵⁶). Decisões semelhantes também podem ser vistas na jurisprudência do Brasil, Guatemala, México, Peru e Venezuela (OIT, 2009).

Monólogos de tribunais constitucionais latino-americanos

Além disso, antes que as sentenças interamericanas sobre grupos étnicos começaram a gerar diálogos diretos e policêntricos com os tribunais da região, já existiam vários casos de citações entre alguns tribunais constitucionais sobre estas questões. Para ilustração, pode-se mencionar a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Bolívia, que analisou algumas sentenças da Corte Constitucional da Colômbia sobre o direito à identidade cultural e os limites da jurisdição indígena:

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido interesantes Sentencias relativas al respeto de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas e indígenas, resaltando la protección constitucional al principio de diversidad étnica y cultural, como en la Sentencia T-342-94 (...). Igualmente, la Sentencia SU-510-98, que remarca que Colombia -al igual que Bolivia- es un país pluricultural y su Constitución protege las diversas culturas existentes al interior de la República, ha sostenido que: 'Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.' (...) Empero, al mismo tiempo, la Corte Constitucional Colombiana ha puntualizado que si bien la comunidad indígena tiene reconocida plenamente su autonomía política y jurídica, ésta debe ejercitarse dentro de los parámetros que la Constitución ha fijado para todos los habitantes de su territorio. (...) La anterior decisión [sentencia SU-510/1998] sigue la línea trazada por la Sentencia T-254-94, que en la parte pertinente señala: '...La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia. Sentenças T-254/1994, T-349/1996, T-523/1997, T-1121/2001, T-782/2002 e T-811/2004.

⁵¹ Cfr. Tribunal Constitucional da Bolívia, SC 0295/03-R, março 11, 2003; SC 1017/06-R, outubro 16, 2006.

⁵² Cfr. Corte Suprema de Justicia de Argentina. Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación, 08.09.2003, Fallos: 326:3258.

⁵³ Cfr. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentenças 08019 de setembro 8, 2000 e 10075 de novembro 10, 2000.

⁵⁴ Cfr. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 08990 de agosto 26, 2003.

⁵⁵ Cfr. Tribunal Constitucional do Equador. Resolução 994-99-RA, 16.03.2000.

⁵⁶ Cfr. Tribunal Constitucional do Equador. Resolução 170-2002-RA, 13.08.2002.

texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional⁵⁷.

Esses padrões normativos foram incluídos na Constituição de 2009 e foram desenvolvidos pelo novo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia⁵⁸.

Da mesma forma, é habitual no Tribunal Constitucional do Peru citar jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia nas suas decisões. Por exemplo, numa sentença de 2010, o tribunal assumiu a doutrina da Corte Constitucional colombiana na sentença SU-510/1998 sobre a ponderação entre o direito à diversidade étnica e cultural e outros valores, princípios ou direitos constitucionais como um exercício de interlocução entre o Tribunal Constitucional e a comunidade étnica, em que o juiz deve expandir sua própria realidade cultural e considerar o ethos e cosmovisão da comunidade étnica⁵⁹. No entanto, é importante mencionar que essas referências são só “monólogos” (citações de direito comparado) e não diálogos interamericanos em sentido estrito, embora revelam uma certa vontade de participar numa discussão mais geral de constitucionalismo global. A este respeito, o Tribunal peruano se pronunciou sobre o valor dado às decisões da Corte Constitucional da Colômbia:

El Tribunal Constitucional, tal como lo hacen otros órganos jurisdiccionales a nivel comparado, en algunas de sus sentencias, apoya sus argumentos en criterios que han sido planteados por otros tribunales constitucionales del mundo en materias sobre aspectos vinculados o sustancialmente análogos a los que son objeto de decisión. Ello, lejos de debilitar la justificación de la sentencia, la fortalece, en la medida que permite incidir en criterios consolidados en el ámbito de un constitucionalismo global.

Desde luego, para tales efectos, este Tribunal suele acudir a jurisprudencia proveniente de ordenamientos que participan de los valores esenciales que inspiran el ordenamiento constitucional peruano, tales como el principio de dignidad humana, los principios que rigen al Estado Social y Democrático de Derecho, la economía social de mercado, entre otros. De ahí que, en determinadas ocasiones, se recurra, por ejemplo, a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del Tribunal Constitucional español o de la Corte Constitucional de Colombia. Dicha herramienta argumentativa, evidentemente, solo es adoptada por este Colegiado en la medida de que no resulte contraria a algún criterio específico que haya sido adoptado por la Constitución peruana⁶⁰.

⁵⁷ Cf. Tribunal Constitucional da Bolívia. Sentença Constitucional 0295/03-R, 11.03.2003. Cf. Além: Sentença Constitucional 1017/06-R, 16.10.2006.

⁵⁸ Cf. Tribunal Constitucional da Bolívia. Sentença Constitucional Plurinacional 1422/2012, 24.09.2012.

⁵⁹ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 04611-2007-PA/TC, 09.04.2010, voto dos magistrados Landa Arroyo e Eto Cruz, párr. 17.

⁶⁰ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 3116-2009-PA/TC, 22.03.2010, párr. 12.

Diálogos policêntricos

Em uma primeira abordagem sobre o assunto, é de se esperar que os padrões normativos sobre direitos dos povos indígenas e Afro-descendentes de um tribunal regional como a Corte Interamericana tenham maior impacto relativo sobre a jurisprudência dos países membros com menor desenvolvimento jurisprudencial sobre estes temas, como a Nicarágua e Paraguai (além de terem sido condenados em vários casos do sistema interamericano relacionados aos povos indígenas e Afro-descendentes). Ou pode-se especular que as cortes em países com uma presença significativa de indígenas ou afrodescendentes (como Guatemala ou Brasil) teriam um maior interesse na jurisprudência da Corte Interamericana sobre estas questões, considerando que os casos locais podem ter semelhanças com problemas observados em outras jurisdições. Mas o que se pode observar ao analisar a jurisprudência dos países latino-americanos que têm reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana é que os padrões interamericanos ter recebido maior atenção nos países onde já havia uma jurisprudência sobre povos indígenas mais ou menos consolidada com base na Convenção 169 da OIT (Bolívia, Colômbia, Costa Rica e Peru). Isto, por sua vez, pode ser evidência de que as relações dialógicas com a Corte Interamericana dependem em grande parte do reconhecimento, pelos tribunais nacionais, da relação entre direito constitucional nacional e direito internacional: uma maior abertura ao direito internacional dos direitos humanos pressupõe uma maior recepção do sistema universal e da jurisprudência da Corte Interamericana, o que por sua vez promove um maior dinamismo dos diálogos com a corte regional.

O quadro abaixo mostra uma seleção das sentenças da Corte Interamericana sobre formas de discriminação racial estrutural cujos padrões normativos foram incorporados pelos tribunais constitucionais latino-americanos entre setembro de 2005 e setembro de 2012. Não se incluem sentenças interamericanas que são referenciadas em casos não relacionados com direitos de indígenas ou Afro-descendentes, tais como as decisões sobre abuso sexual por membros das forças armadas (Fernández Ortega e Rosendo Cantú), ou as sentenças sobre desaparecimentos (Moiwana, Chitay e Tiu Tojin). O caso Sarayaku também não foi incluído no estudo. Decisões dos tribunais constitucionais, citando várias sentenças da Corte Interamericana, estão localizadas na linha da sentença interamericana que incorpora o padrão normativo mais pertinente para tomar a decisão. O quadro inclui somente sentenças dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai e Peru.

Sentença da Corte IDH	Sentença da corte nacional que cita à Corte IDH	Questão da sentença nacional	Padrões interamericanos na sentença nacional
Awas Tingni (2001)	STF Brasil. Petição Nº 3388 RR -	Ação popular sobre demarcação de terras	Artigo 21 da CADH protege o direito de propriedade dos

Desapossamento de terras	Roraima, 19.03.2009 (“Caso Raposa Serra do Sol”), voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito.	indígenas; o STF não encontrou defeitos no processo administrativo de demarcação e concluiu que a reserva somente deve ser habitada por membros de povos indígenas.	membros de comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunitária, de acordo com sua abordagem coletiva e suas formas de ocupação tradicional.
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 00397 de janeiro 14, 2011.	Uma mulher que alega ser indígena processou o representante da associação da reserva indígena por desalojá-la do terreno da reserva que ela ocupou pacificamente durante anos. O Corte rejeitou o amparo porque o apelante não conseguiu demonstrar sua situação possessória e condição indígena, e lá derivar o direito invocado; a comunidade foi competente para dispor sobre a distribuição e uso da terra.	Artigo 21 da CADH protege o direito de propriedade dos membros de comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunitária, de acordo com sua abordagem coletiva e suas formas de ocupação tradicional.
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de Honduras. Recurso de Inconstitucionalidade 649-08, 08.02.2011.	Uma organização Afro-hondurenha instaurou recurso de inconstitucionalidade contra artigos da lei da propriedade de 2004, por submeter territórios ancestrais em processos de regularização envolvendo a apresentação de títulos, audiências, vistas, etc., quando a posse da terra deve ser a base para ser reconhecido pelo Estado. A Sala concluiu que o procedimento da lei é precisamente estabelecido para realizar a adequada delimitação e titulação das terras dos povos ancestrais.	Dever dos Estados de delimitar, demarcar e titular a propriedade comunal dos povos indígenas e Afro-descendentes, evitando assim que recebem concessões para terceiros mediante a exploração de bens e cursos localizados em uma área que possa corresponder-lhes, total ou parcialmente.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-698/2011.	Uma reserva indígena processou ao governo municipal por ter autorizado a construção de uma antena de comunicação em seu território ancestral, sem esgotar a consulta previa.	Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é uma mera questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual que eles devem desfrutar plenamente, até mesmo para preservar seu legado cultural e transmiti-lo as gerações futuras.

	<p>Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 07214, 30.05.2012.</p>	<p>Uma associação indígena processou a inconstitucionalidade de uma resolução administrativa do Cadastro Nacional por violar o direito indígena da propriedade por permitir a pessoas não-indígenas o registro de planos dentro dos limites de reservas indígenas, como se fossem proprietários, facilitando o desapossamento de terras.</p>	<p>Artigo 21 da CADH protege o direito de propriedade dos membros de comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunitária e titularidade coletiva da terra.</p>
	<p>Tribunal Constitucional da Bolívia. Voto dissidente do juiz Gualberto Cusi, Sentença Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 18.06.2012.</p>	<p>Ação de inconstitucionalidade contra a Lei 180/2011 (que declarou a intangibilidade do Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécuré - TIPNIS) e a Lei 222/2011 (lei de consulta para a construção de uma rodovia no meio do parque). O Tribunal declarou a constitucionalidade da Lei 180, condicionada ao cumprimento das normas internacionais sobre consulta prévia com os povos indígenas do TIPNIS e voto favorável sobre a inviolabilidade do território.</p>	<p>O voto dissidente da sentença boliviana cita Awás Tingni em relação ao conceito indígena de posse (que inclui elementos materiais e espirituais) e a correlação entre o direito à terra e a preservação do seu patrimônio cultural.</p>
<p>Yakye Axa (2005) Desapossamento de terras</p>	<p>Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de outros/ ação declarativa de certeza, 27.09.2005.</p>	<p>Caso promovido pela associação de comunidades de aborígenes Lhaka Honhat contra uma convocatória para uma consulta popular sobre o direito de propriedade comunal dos povos indígenas de suas terras ancestrais.</p>	<p>O Estado dever ter em conta as características específicas que diferenciam aos povos indígenas como um critério orientador para avaliar o alcance e conteúdo da Convenção Americana.</p>
	<p>Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo e a Producción/ amparo, 30.09.2008</p>	<p>A comunidade indígena Eben Ezer instaurou uma ação de amparo contra uma lei local que desafetada como reserva natural umas terras para colocá-las à venda por concurso público; a comunidade argumentou que sobreviveu graças aos recursos</p>	<p>Obrigação do Estado oferecer um recurso eficaz para membros de comunidades indígenas para solicitar reivindicações de terras ancestrais; correlação entre o direito à propriedade de terras ancestrais e a preservação da identidade cultural.</p>

		naturais existentes em um dos lotes em jogo e o corredor ecológico que representa o restante.	
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça do Paraguai. Acordo e Sentença 243, 13.05.2008, voto do juiz Altamirano Aquino.	O Instituto Paraguai do Indígena instaurou uma ação de inconstitucionalidade contra dois autos judiciais que ordenaram o levantamento das medidas cautelares sobre terras da comunidade Ayoreo Totobiegosode (alguns dos seus membros são nômades e não contatados). Os juízes civis justificaram seus autos em 1) a ausência de um assentamento indígena, e 2) a passagem do tempo sem que o procedimento de restituição este concluído.	<p>O direito de propriedade comunal dos povos indígenas é pré-existente à estrutura mesma do Estado. Por esta razão, 1) a ausência de reconhecimento não implica a inexistência do direito; e 2) a demora ou a imposição de procedimentos excessivos para obter este reconhecimento constitui uma violação do direito e gera responsabilidade internacional do Estado.</p> <p>---</p> <p>O voto do magistrado Aquino ressaltou a natureza declarativa e não constitutiva da titulação, na medida em que as comunidades indígenas existem muito antes da validade jurídica das terras em termos de "propriedade". Como base para esta posição, ele citou as sentenças da Corte Interamericana contra o Paraguai. A Sala (composta por três juízes) votou contra esta posição.</p>
	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 0023-2009-PI/TC, 21.09.2010.	O Apu de umas comunidades Quechua solicitou a inconstitucionalidade de um decreto sobre áreas naturais protegidas (ANPs) por ter sido promulgado sem consulta prévia com os povos indígenas e por afetar seu direito coletivo ao território ancestral, pois o decreto não contempla o fato e a existência de comunidades nativas não intituladas no interior do NPA.	<ol style="list-style-type: none"> 1. A ausência de títulos oficiais em relação a territórios indígenas não implica a inexistência do direito. 2. Não sempre que estão em conflito os interesses territoriais privados ou estatais e os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, estes últimos prevalecem acima do primeiro. <p>-----</p> <p>O Tribunal declarou</p>

			improcedente a demanda por não encontrar que o decreto exigisse um envolvimento direto dos povos indígenas, por isso não foi necessária consulta prévia.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-282/2011.	120 famílias indígenas paeces e yanaconas deslocadas pela violência solicitaram a suspensão da ordem de despejo do terreno baldio onde se assentaram.	Dever estatal de garantir o bem-estar e a segurança dos povos indígenas, que são forçados a deixar seu território e se estabelecer nas margens do mesmo; se o retorno não é possível por razões objetivas, o Estado deve dar-lhes terras alternativas, escolhidas de acordo com a comunidade.
	Corte de Constitucionalidade da Guatemala, Gaceta 103, Expediente Nº 4238-2011, Sentença: 14.03.2012.	Ação de inconstitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, promovida pela Associação Sobrevivência Cultural, argumentando que as condições de acesso às frequências de rádio e televisão são desfavoráveis aos povos indígenas. A Corte não concedeu o amparo desde que o procedimento de acesso não faz distinções ou preferências baseiam em raça, cor, sexo, língua, etc., mas instou ao Congresso a emitir uma lei especial para acesso aos povos indígenas.	Dever estatal de proteger os direitos da CADH tendo em conta as especificidades dos povos indígenas, suas características sociais e econômicas e a sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.
	Tribunal Constitucional da Bolívia, Sentença Constitucional Plurinacional 0645/2012, 23.07.2012.	A comunidade indígena Takana La Selva denunciou o despejo e a destruição de vivendas e plantações em terras ocupadas em uma área da Concessão Florestal San Joaquín, argumentando que o despejo foi ordenado sem seu direito à consulta.	A exigência de acreditação da personalidade jurídica não constitui um requisito de habilitação para o exercício dos direitos dos povos indígenas; é um direito que operacionaliza seus direitos, que são pré-existentes à estrutura mesma do Estado e não desde o seu nascimento como pessoas jurídicas.
Yatama (2005) Regras desvantajosas em processos	Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. R. A., D. c/ Estado Nacional -	Negação de uma pensão de invalidez a uma boliviana que não teve a residência mínima de 20 anos exigida por lei para	Proibição de tratamento diferenciado com base exclusivamente em motivos ou fatores de discriminação que

eleitorais	Recurso de hecho, 04.09.2007.	os estrangeiros. A Corte Suprema adotou o conceito de discriminação da Corte Interamericana no parecer consultivo OC-18-2003 (condição jurídica e direitos dos migrantes não documentados), e concluiu que a exorbitância do termo tornava ilusório o direito à pensão e, portanto, declarou sua inconstitucionalidade.	conduzem à imparidade ou prejuízo.
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador. Sentença 29.07.2010, 61-2009.	Controle de constitucionalidade de dois artigos do Código Eleitoral, por alegada violação do direito de optar por um cargo público pois só é permitido votar por partidos, e não por candidatos individualmente considerados.	Membros de grupos específicos da sociedade, que podem ser excluídos de a participação política pôr o requisito da mediação dos partidos políticos, tem o direito de concorrer como candidatos, em conformidade com a lei, sem a mediação de partidos políticos.
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 18515 de dezembro, 3, 2009.	Demanda de inconstitucionalidade de dois artigos do Código Eleitoral por violar o artigo 23 da CADH por proibir certas atividades eleitorais de funcionários públicos durante seu mandato.	A previsão e aplicação de requisitos para o exercício dos direitos políticos não constitui, por si sós, uma indevida restrição dos direitos políticos. Esses direitos não são absolutos e podem estar sujeitos a limitações.
Sawhoyamaxa (2006) Desapossamento de terras	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 09.06.2010.		<ol style="list-style-type: none"> 1. A posse tradicional dos povos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título do pleno domínio que dá o Estado. 2. A posse tradicional confere aos povos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial da propriedade e seu registro. <p style="text-align: center;">-----</p> <p>O Tribunal citou também casos Awas Tingni e Yakie Axa.</p>
	Corte de Constitucionalidade da Guatemala,		O simples fato de que as terras alegadas estão em mãos privadas não é por si só um motivo

	Gaceta 100, Expediente N° 1101-2010, Sentença: 04.05.2011.		“objetivo e fundado” suficiente para negar prima facie as solicitações indígenas.
	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 00024-2009-PI, 26.07.2011.		O Apu de umas comunidades quechua solicitou a inconstitucionalidade de um decreto sobre a titulação de propriedades rurais, por ter sido promulgado sem consulta prévia com os povos indígenas. O Tribunal declarou a constitucionalidade condicional do decreto, desde que seja interpretado no sentido que exclui a sua aplicação aos povos indígenas; caso contrário, a regra deveria ter sido consultada.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-236/2012.	Uma entidade estatal se recusou a reconhecer competência a uma reserva indígena para exercer controle sobre a conduta dos membros de sua comunidade, relacionada com a violação de normas ambientais pôr a exploração madeireira ilegal. O Tribunal concluiu que havia um conflito de competência que deve ser resolvida a favor das autoridades indígenas.	Um município indígena instaurou um amparo contra uma instituição de registro por violar a propriedade indígena por registrar uma propriedade como doada a uma empresa de telecomunicações através de um procedimento de duvidosa legalidade.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-376/2012.	A comunidade negra de La Boquilla processou a direção marítima de Cartagena por violação de seu direito de consulta prévia, outorgando uma concessão em um setor próximo à praia que a comunidade ocupa ancestralmente.	O Apu de umas comunidades quéchuas solicitou a inconstitucionalidade de um decreto que promove o investimento privado em projetos de irrigação de terras não cultivadas, com exceção das que tenham títulos comunais, porque desprotege comunidades com posse ancestral que não tem títulos de terra e podem ser deslocadas por projetos de irrigação.
Saramaka (2007) Impacto diferenciado de	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 08349,	A recorrente tem uma parcela dentro dos limites de um parque nacional. Alega que certas obras para o cultivo de	A propriedade privada não é um direito absoluto, mas está sujeita a restrições, sempre que: a) foram previamente estabelecidas

danos ambientais pela exploração dos recursos naturais e megaprojetos no território de comunidade afrodescendente	16.05.2008.	cana de açúcar em sua parcela estão paralisadas pelo Ministério do Meio Ambiente, em violação de seu direito de propriedade privada.	por lei; b) foram necessárias; c) proporcionais e d) para atingir um objetivo legítimo numa sociedade democrática.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-769/2009.	Membros da comunidade Bachidubi processaram várias instituições do governo que lhe outorgaram uma concessão a uma empresa de mineração dos EUA para operar uma mina de ouro no território indígena, sem o consentimento das comunidades indígenas e Afro-colombianas que seriam afetadas pelo impacto ambiental, pois a mina situa-se na cabeceira dos rios que servem como fonte direta de muitas comunidades.	<ol style="list-style-type: none"> 1. O Estado deve garantir que não outorgará concessões no território indígena até entidades tecnicamente capazes realizem estudos de impacto social e ambiental. 2. No caso de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena/tribal é necessário não só consultar aos povos indígenas, mas também ter seu consentimento prévio, livre e informado.
	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 03343-2007-PA/TC, 12.02.2009.	Demanda de amparo contra companhias de petróleo peruanas e estrangeiras por potenciais danos ao ecossistema (especialmente águas) de uma área de conservação regional (ACR) pela exploração de hidrocarbonetos. Pelo menos 64 comunidades nativas Cocama-Cocamilla e Chayahuita podem ser afetadas. O Tribunal Constitucional proibiu a realização de atividades exploratórias enquanto faltava um plano mestre com a possibilidade de explorar os recursos naturais do ACR, sujeito a normas ambientais e	<p>No caso de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena/tribal é necessário não só consultar aos povos indígenas, mas também ter seu consentimento prévio, livre e informado.</p> <p>-----</p> <p>O Tribunal Constitucional considerou que a participação e consulta dos povos indígenas legítima à ação governamental e privada, facilitando a atuação dos sujeitos envolvidos na exploração de recursos naturais.</p>

		às restrições previstas das ACR.	
	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 06316-2008-PA/TC, 11.11.2009.	<p>Uma associação que representa um conjunto de comunidades indígenas da Amazônia processou o Ministério de Minas e Energia, e a empresas petrolíferas por violar os direitos dos povos indígenas em isolamento voluntário (Waorani, Pananujuri e Aushiris) por realizar operações de exploração de hidrocarbonetos em seus territórios de trânsito.</p> <p>O Tribunal Constitucional declarou inadmissível o amparo por falta de evidências para provar a existência destes grupos na área dos contratos com as empresas de petróleo.</p>	<p>No caso de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena/tribal é necessário não só consultar aos povos indígenas, mas também ter seu consentimento prévio, livre e informado.</p> <p>-----</p> <p>O Tribunal Constitucional concluiu que esta norma se aplica mesmo para casos de afetação das comunidades em isolamento voluntário, porque o direito de consulta também se estende às comunidades, autoridades, associações e outras organizações que representam as comunidades vizinhas.</p>
	Tribunal Constitucional do Peru. Expediente N.º 05427-2009-PC/TC, 30.06.2010.	<p>A Associação Inter étnica de Desenvolvimento da Selva processou o Ministério de Minas e Energia pelo incumprimento parcial de seu dever legal de regulamentar o direito de consulta dos povos indígenas. O Tribunal considerou fundada a demanda.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Obrigação estatal de realizar a consulta informada e de boa fé com os povos indígenas durante os estágios iniciais do plano ou projeto de desenvolvimento ou investimento ou concessão extrativa, através de procedimentos culturalmente apropriados e que devem ter a intenção de alcançar um acordo. 2. O anúncio precoce proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para fornecer uma resposta adequada ao Estado. <p>O Estado deve garantir o conhecimento indígena sobre</p>

			possíveis riscos ambientais e para a saúde.
	Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-1045A/2010.	Representantes de um conselho comunitário Afrodescendente processaram as autoridades estatais por outorgar o direito de explorar um depósito de ouro para um particular em suas terras ancestrais sem o seu consentimento. O depósito é explorado à mão por comunidades negras aproximadamente desde 1636 e constitui a base de sua subsistência econômica.	No caso de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena/tribal é necessário não só consultar aos povos indígenas, mas também ter seu consentimento prévio, livre e informado.
	Tribunal Constitucional da Bolívia, Sentença Constitucional 2003/2010-R, 25.10.2010.	Demanda do Serviço Departamental de Caminhos (SEDECA) contra o representante do povo guarani Itika Guasu, alegando violação aos direitos de associação e trabalho, considerando que a comunidade guarani impediu o desenvolvimento de um acordo entre SEDECA e Petrosur SRL para realizar obras de reparação de caminhos em território Guarani. O povo guarani alegou que não se cumpriu com a exigência de consulta prévia.	No caso de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena/tribal é necessário não só consultar aos povos indígenas, mas também ter seu consentimento prévio, livre e informado.
	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença 12975 de setembro 23, 2011.	O líder comunitário de uma reserva indígena solicitou a declaração de inconstitucionalidade de uma ordem executiva sobre um projeto hidrelétrico que implica a inundação de uma percentagem das terras da reserva.	Os povos indígenas têm o direito de usar e aproveitar os recursos naturais que estão no seu território; o Estado pode restringir tal direito através de concessões para exploração e extração desses recursos somente: <ol style="list-style-type: none"> 1. Se o Estado assegura a participação efetiva e os benefícios dos povos indígenas, 2. Se executa ou supervisiona anteriores avaliações de impacto

			<p>ambiental ou social e</p> <p>3. Se implementa medidas e mecanismos para garantir que essas atividades não produzem uma maior afetação.</p>
	<p>Tribunal Constitucional da Bolívia. Sentença Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 18.06.2012.</p>	<p>Ação de inconstitucionalidade contra a lei da intangibilidade do TIPNIS e do direito de consulta prévia para a construção de uma estrada no meio do território indígena. O tribunal declarou inadmissível a ação.</p>	<p>Obrigação de realizar consulta informada e de boa fé com os povos indígenas durante os estágios iniciais do projeto de desenvolvimento, investimento ou da concessão extrativista.</p> <p>-----</p> <p>No entanto, o Tribunal Constitucional da Bolívia modificou o padrão interamericano, estabelecendo que se for corrigida a omissão inicial emitindo uma lei obrigando a realizar uma consulta, tal regra não pode ser considerada inconstitucional porque concede eficácia ao direito, mesmo que tardiamente.</p>
<p>Xákmok Kasek (2010) Desapossamento de terras</p>	<p>Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-693/2011.</p>	<p>O povo indígena Achagua Piapoco processou empresas petrolíferas e dois ministérios por violar o seu direito de consulta prévia, no que diz respeito a execução de um projeto de gasoduto que atravessa o seu território. Parte do problema é que parte do território ancestral da comunidade não foi reconhecido. A Corte concedeu o amparo e ordenou, às instituições públicas relevantes para tomar ação apropriada, expandir o resguardo e recuperar as terras que estão em mãos privadas.</p>	<p>Negar o retorno de terras ancestrais exclusivamente com base no argumento de que estão em mãos privadas ou racionalmente exploradas representa uma violação dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado.</p> <p>-----</p> <p>Na sentença também se adotaram os padrões interamericanos de Awas Tingni, Yakye Axa e Saramaka sobre a ligação espiritual dos povos indígenas e tribais com o território.</p>
	<p>Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-513/2012.</p>	<p>Questionou-se a existência de um Conselho de Ação Comunal (liderado por indígenas evangélicos) no território de um resguardo por</p>	<p>A terra é a base fundamental da cultura, a vida espiritual e a sobrevivência econômica dos povos indígenas, então deve ser entendido como um elemento</p>

		<p>violar a autonomia de uma comunidade indígena quanto à gestão do seu território e se estabeleceram sem consulta prévia com a comunidade.</p>	<p>essencial da cultura indígena. ----- A Corte Constitucional também se congratulou com esta norma Interamericana citando as sentenças <i>Awas Tingni</i>, <i>Yakye Axa</i>, <i>Sawhoyamaxa</i>, <i>Saramaka</i> e <i>Moiwana</i>.</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: elaboração própria.

A reciprocidade nos diálogos

A Corte Interamericana não é legalmente obrigada a considerar, em suas decisões, a jurisprudência dos Estados membros. No entanto, em sua jurisprudência podem encontrar-se fortes indícios de uma certa deferência judicial para as decisões de tribunais nacionais cujas interpretações e padrões normativos são notáveis no contexto de um diálogo interamericano sobre questões e problemas comuns. Centrando a atenção nos diálogos sobre discriminação racial estrutural, a Corte Interamericana observou no caso *Sarayaku* que altos tribunais dos diferentes Estados membros da OEA têm introduzido padrões interamericanos sobre o direito de consulta prévia dos casos *Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* e *Saramaka*⁶¹. A Corte Interamericana fez uma revisão detalhada das regras constitucionais e legais na consulta na Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela e especificamente, citou várias decisões de tribunais latino-americanos que se referiram à consulta prévia à luz da Convenção 169 da OIT, incluindo:

1. Comunidade Indígena *Eben Ezer* c/ província de Salta, 30.09.2008, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina.
2. Acordo Nº 6 em autos “Comunidade Mapuche Catalán Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquen s/ acción de inconstitucionalidad”, 25.09.2010, Expediente No. 1090/04, do Superior Tribunal de Justiça de Neuquén.
3. Expediente Nº. 102.631, sentença 18.05.2012, da Sala Primeira da Suprema Corte de Justiça de Mendoza, Argentina.
4. Sentencia 0045/2006, 02.06.2006 e Expediente No. 2008-17547-36-RAC, sentença 25.10.2010, do Tribunal Constitucional da Bolívia.
5. Caso “*Joisael Alves e outros vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*”, 13.02.2007, Sentença Nº 027/2007/JCM/JF/MA, Processo Nº 2006.37.00.005222-7, Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara.

⁶¹ Cfr. Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, cit. supra, párr. 164.

6. Sentença do 10.08.2010 da Corte de Apelação de Concepción, Chile.
7. Sentenças T-129/11 e C-169/01 da Corte Constitucional da Colômbia.
8. Recurso de Amparo 2011-1768, 11.02.2011 e Sentença 2000-08019, 08.09.2000 da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica.
9. Caso Pantanos Secos de Pastaza, No. 222-2004-RA, Sentença 09.06.2004 e Caso Cine IMAX em la parroquia de Cumbayá, No. 679-2003-RA, da Corte Constitucional do Equador.
10. Apelação de sentença de Amparo, Expediente 3878-2007, 21.12.2009 da Corte de Constitucionalidade da Guatemala.
11. Amparo en revisión 781/2011, María Monarca Lázaro y otra, 14.03.2012, da Suprema Corte de Justiça do México.
12. Expediente N° 0022-2009-PI/TC e Expediente No. 03343-2007-PA/TC, do Tribunal Constitucional do Peru.
13. Expediente N° 2005-5648, 06.12.2005 do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela.

Esta tendência recente da Corte Interamericana a ser mais receptiva aos padrões normativos desenvolvidos a nível nacional (que, em muitos casos excedem os mínimos legais definidos pela Corte Interamericana), está oferecendo novos campos de bidirecionalidade e policentrismo na configuração dos padrões interamericanos.

CONCLUSÃO

As relações de poder na América Latina têm sido historicamente caracterizadas por um mercado viés elitista que se reflete na exclusão sistemática de diferentes grupos étnicos e o favorecimento contínuo de influentes atores privados/empresariais (locais e transnacionais) quando seus interesses entram em conflito com aqueles dos grupos marginalizados. Contemporaneamente, isso se traduz em graves violações aos direitos dos povos indígenas e Afro-descendentes no contexto de conflitos de terras e megaprojetos extrativistas e de infraestrutura. Apesar do panorama desolador que vivem diferentes povos indígenas e Afro-descendentes na região, nos últimos anos se deram algumas transformações significativas em termos de inclusão social e política. Estas mudanças ocorreram parcialmente pela judicialização de várias demandas desses grupos por condições mais igualitárias em múltiplas áreas (participação política nas decisões que lhes dizem respeito, reconhecimento da sua propriedade sobre territórios ancestrais, luta contra a discriminação racial, etc.). O processo de judicialização local destas exigências está diretamente ligado aos desenvolvimentos jurisprudenciais no âmbito interamericano. Para ilustração, basta citar a sentença “Raposa Serra do Sol” do Supremo Tribunal Federal do Brasil (Petição N° 3388 RR - Roraima, 19.03.2009, supracitado), que foi um caso de ampla visibilidade nacional pela extensão das terras

em questão e os interesses econômicos envolvidos. Na sentença, o Supremo Tribunal identificou 19 padrões normativos aplicáveis aos conflitos sobre terras indígenas com base em padrões interamericanos sobre o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva do território. O próprio STF citou o caso *Awas Tingni* como um exemplo de que a comunidade internacional não poupará esforços para tentar aplicar aos Estados membros as suas posições sobre direitos coletivos. As ambiguidades e dilemas derivados deste processo de judicialização local podem ser apreciadas em vários casos citados no quadro anterior; talvez o exemplo mais eloquente é o debate posterior à Sentença Constitucional Plurinacional 0300/2012 sobre o TIPNIS em Bolívia.

Não deveria surpreender que em tempos de alta demanda global por petróleo, minerais e outros bens primários, a instância interamericana passou a ser uma alternativa de resolução de conflitos em situações de grandes conflitos domésticos para os povos indígenas e Afro-descendentes (e ONGs relacionadas com a defesa dos seus direitos ou à proteção do ambiente). As vitórias judiciais de alguns povos indígenas e Afro-descendentes no sistema interamericano encorajaram outros grupos em situações semelhantes a judicializar suas demandas devido à falta de respostas das instituições nacionais, as quais, em numerosas ocasiões, abertamente tomam o partido dos empregadores, agroindustriais, e promotores nacionais e transnacionais de megaprojetos de energia e infraestrutura. Os caciques Yukpa da Venezuela, as lideranças indígenas do TIPNIS boliviano, os comuneros de Cañaris no Peru, e os mapuches do Sul do Chile, todos eles acusaram perante a Comissão Interamericana os respectivos governos de violar os seus direitos, e assim estes conflitos locais entram na agenda continental.

Em todo caso, no que se refere aos diálogos entre as cortes do sistema interamericano, o que ensinam todas estas decisões - independentemente de suas implicações socioeconômicas e políticas - é que vários tribunais nacionais têm em consideração os padrões normativos sentados pela Corte Interamericana para emitir suas decisões. Os diálogos entre as cortes se produzem efetivamente, mas a única maneira de torná-los visíveis é reunir as peças do quebra-cabeça; para fazer isso é preciso fazer análises jurisprudenciais com uma perspectiva regional, a fim de identificar essas interações e avaliar em conjunto as convergências ou divergências⁶². Até agora, a evidência indica que é um processo de múltiplas velocidades: existem tribunais nacionais que estão na vanguarda na produção de padrões normativos além do mínimo estabelecido internacionalmente e participam com maior fluidez nos diálogos com a Corte Interamericana. Em notável contraste, há cortes que se têm abtido de citar decisões dos tribunais de países vizinhos, ou quando o fazem, são geralmente monólogos com uma finalidade meramente retórica (por exemplo, reforçar um argumento com uma sentença estrangeira que empregou um raciocínio semelhante, ignorando outras alternativas no direito comparado) e com impacto muito limitado na resolução final. Existem também tribunais constitucionais nacionais que raramente citam a Corte Interamericana e mantêm práticas judiciais do século XIX, focadas no direito positivo nacional e impermeáveis às dinâmicas do

⁶² Como exemplos deste tipo de análise podem ser mencionados: Aguilar Cavallo, 2012 e Binder, 2010.

direito internacional. O Tribunal Constitucional do Chile representa um exemplo bem estudado desta prática pouco aberta à jurisprudência estrangeira (cfr. Peña Torres, 2012; Galdámez Zelada, 2012). Em qualquer caso, uma tendência convergente não é inevitável nem irreversível; por distintos fatores os tribunais e instituições nacionais podem variar seu grau de seguimento e cumprimento de ordens e padrões da Comissão e a Corte Interamericana. O sistema está sempre sujeito a sofrer retrocessos em casos pontuais altamente sensíveis aos países membros. A reação do Brasil contra a concessão de medidas cautelares da Comissão Interamericana em 2011 em favor dos povos indígenas afetados pela construção da usina hidrelétrica de Belo Monte ilustra bem este aspecto.

No que se refere aos diálogos que ocorreram em torno de questões relacionadas com as desigualdades estruturais e a discriminação racial na região, as sentenças apresentadas mostram, em geral, uma tendência convergente em torno de diversos padrões normativos da Convenção 169 da OIT que foram adotados pela Corte Interamericana e os tribunais nacionais. De uma perspectiva global, se consideramos à lista de países que ratificaram a Convenção 169⁶³, pode-se concluir que, embora esses padrões não sejam exclusivos da América Latina, eles são, de fato, muito característicos da região, o que é relevante tendo em vista o conceito de *ius constitutionale commune regional*. No futuro, será necessária uma análise mais detalhada de cada padrão normativo e uma avaliação de suas vantagens e riscos⁶⁴, assim como o efetivo grau de convergência. Por exemplo, a efetiva convergência de normas sobre consulta prévia é relativa pela configuração mesma do procedimento. Em todo caso, é essencial o estudo do artigo 21 da Convenção Americana, que resultou no reconhecimento de uma natureza particular do direito de propriedade dos povos indígenas e Afro-descendentes sobre seus territórios ancestrais pela interpretação “evolutiva” da Corte Interamericana. Este padrão interamericano ilustra como, por meio de diálogos policêntricos sobre direitos coletivos dos povos indígenas e Afro-descendentes, surgem padrões normativos que já não se restringem aos acordos políticos dos Estados nos tratados interamericanos, mas vão além da proteção mínima. Isso é um efeito direto da natureza dialógica e descentralizada do processo. Ao contrário dos tradicionais processos de recepção vertical do direito internacional no século XX (focados na observância de normas mínimas internacionais), os diálogos entre as cortes no início do século XXI estão expandindo o âmbito de aplicação para além daqueles mínimos e estão produzindo padrões normativos conjuntamente, à luz do princípio para o homem. Alguns dos padrões normativos citados (como por exemplo, o dever do Estado de obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas no caso de planos de desenvolvimento ou investimento no território indígena que podem ter um grave impacto para a sobrevivência do povo indígena) eram praticamente impensáveis nos anos sessenta, quando se negociou a Convenção Americana.

⁶³ Quase todos os países da América Latina ratificaram Convenção 169; fora da região foi apenas ratificada pela Dinamarca, Espanha, Ilhas Fiji, Holanda, Nepal, Noruega e a República Centro-Africana.

⁶⁴ Vários estudos já têm apontado as deficiências de algumas normas da Convenção 169 da OIT em termos de exclusão e territorialização de identidades, cfr. v.gr. Costa, 2012; Bocarejo, 2011; Ojeda, 2012.

O fato de ter alcançado estes padrões normativos apesar dos contínuos ataques ao sistema interamericano, as limitações orçamentarias dos órgãos do sistema, as fraquezas dos sistemas judiciários latino-americanos, e as difíceis condições sócio-políticas em que funciona o direito na região, é um indicador da autoridade discursiva que ganhou a Corte Interamericana e o potencial do diálogo entre os tribunais do sistema interamericano como uma busca coletiva de soluções aos enormes desafios e necessidades específicas de sociedades marcadas pela exclusão e a desigualdade.

JURIDICALIZATION OF STRUCTURAL DISCRIMINATION AGAINST INDIGENOUS PEOPLES AND AFRO-DESCENDANTS IN LATIN AMERICA: CONCEPTUALIZATION AND TYPOLOGY OF AN INTER-AMERICAN DIALOGUE

Abstract

This paper analyses three mechanisms of interpretive convergence through which a significant number of Latin American courts have adopted similar or compatible normative standards on structural discrimination against Afro-descendants and Indigenous Peoples: 1) parallel convergence between the Inter-American Court and Latin American constitutional courts by embracing the normative standards of ILO Convention 169; 2) monologues of Latin American constitutional courts; and 3) polycentric dialogues on Inter-American Court' normative standards regarding structural discrimination. This paper is divided into three parts. The first introduces the concepts of "dialogue" and "parallel convergence" in the framework of human rights systems. The second part offers a typology of dialogues within the inter-American system, explaining, inter alia, the concept of polycentric dialogue. The last part provides evidence of polycentric dialogues on structural discrimination in the inter-American system.

Keywords: structural inequalities, racial discrimination, inter-American system, jurisprudential dialogues, polycentric dialogues.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico**. Doxa 8, p. 23-38, 1990.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. **Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas**, em: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 3-84, 2012.

BAZÁN, Víctor. **Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico**. *Revista de Derecho Público* 127, p. 7-30, 2011.

BINDER, Christina. **¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías**, em: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 159-188, 2010.

BOCAREJO, Diana. **Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político**. *Revista Colombiana de Antropología*, 47, 2, p. 97-112, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **De la internacionalización del diálogo entre los jueces**, em: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, p. 231-264, 2013.

BUSTOS GISBERT, Rafael. **Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección de los derechos en Europa**, em: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional - Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, vol. IX, p. 753-775, 2008.

COSTA, Sérgio. **Freezing Differences: Law, Politics, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America**, em: Araujo, K.; Mascareño, A. (eds.): *Legitimization in World Society*. Farnham: Ashgate, p. 139-156, 2012.

ESCOBAR-GARCÍA, Claudia. **¿Constitucionalismo global? Vicisitudes y contingencias del proceso a partir de algunas experiencias en América Latina**. *Dikaion*, 26, 21, 1, p. 79-118, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. **El uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por el Tribunal Constitucional de Chile: Más derecho comparado y menos diálogo interjudicial**, em: Nogueira Alcalá, Humberto (coord.): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia – Cecoch, p. 139-190, 2012.

GARCÍA ROCA, Francisco et al. (coord.). **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas/Aranzadi, 2012.

GLENN, H. Patrick. **Persuasive Authority**. *McGill Law Journal*, 32, p. 261-299, 1987.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. **Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas**, em: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 403-430, 2010.

_____. **Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication**, San José (CR): Inter-American Institute of Human Rights, 2011.

_____. **Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales**, em: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.):

Derechos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, p. 312-337, 2013.

_____. **Diálogo Coevolutivo**, 582-584; **Diálogo Policéntrico**, 586-589, em: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Figueroa Mejía, Giovanni; Martínez Ramirez, Fabiola (eds.): *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, vol. 1, México: UNAM, 2014.

GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL SOBRE LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA DECLARACIÓN Y EL PROGRAMA DE ACCIÓN DE DURBAN. **Thematic discussion on structural discrimination: definitions, approaches and trends**, Declaración del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Ginebra, outubro 11-22, 2010.

MCCRUIDEN, Christopher. **A Common Law of Human Rights?** *Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, p. 499–532, 2000.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto. **Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales**, em: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.): *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, p. 112-140, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia**. *Ius et Praxis (Talca)*, 9, 1, p. 403-466, 2003.

_____. **El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno**. *Estudios Constitucionales*, 9, 2, p. 17-76, 2011.

_____. (coord). **El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos**. Santiago de Chile: Librotecnia – Cecoch, 2012.

OJEDA, Diana. **Green pretexts: Ecotourism, Neoliberal Conservation and Land Grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia**. *Journal of Peasant Studies*, 39, 2, p. 357-375, 2012.

OIT. **Application of Convention No. 169 to Indigenous and Tribal Peoples by Domestic and International Courts in Latin America – A Case Book**. Ginebra: OIT, 2009.

PEÑA TORRES, Marisol. **La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por parte del Tribunal Constitucional de Chile**, em: Nogueira Alcalá, Humberto (coord.). *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia – Cecoch, p. 113-138, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano**, em: Bogdandy, Armin von et al. (coord.): *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 349-373, 2012.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **The Typology of Transjudicial Communication**, *University of Richmond Law Review*, 29, p. 99-137, 1994.

_____. **Judicial Globalization**. *Virginia Journal of International Law*, 40, 1103-1124, 2000.

_____. **A Global Community of Courts**. *Harvard International Law Journal*, 44, 191-219, 2003.

_____. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

VAN COTT, Donna Lee. **The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más allá del diálogo entre Tribunales:** Comparación y relación entre jurisdicciones. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

YOUNG, Ernest. **Foreign Law and the Denominator Problem.** Harvard Law Review, 119, p. 148-167, 2005.

WEILER, Joseph H.H. **The Transformation of Europe.** Yale Law Journal, 100, p. 2403-2483, 1991.

Trabalho enviado em 03 de março de 2015.

Aceito em 25 de abril de 2015.