

Direitos Indígena na América do Sul: Observância dos Parâmetros Interamericanos

Indigenous Rights in South America: Observance of the Interamerican Parameters

Gabriela Navarro¹

¹ Universidade Federal de Lavras, Lavras, Minas Gerais, Brasil. E-mail: gabrielabnavarro@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7411-3479>.

Marina Mejía Saldaña²

² Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, Argentina. E-mail: marina_mejia345@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0135-0390>.

João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo³

³ Universidad Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: joaomqfigueiredo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6947-7841>.

Artigo recebido em 31/01/2022 e aceito em 2/02/2022.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

O artigo analisa a proteção legal dos povos indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como o nível de observância desses parâmetros dentre os países da América do Sul. Ele analisa o reconhecimento judicial, constitucional e legal dos países que ratificaram a Convenção Americana, a Convenção n.169 da OIT e aceitaram a jurisdição da Corte. Objetiva-se detalhar o diálogo entre o sistema legal desses países e o SIDH, aplicando a teoria da cadeia de eficácia.

Palavras-chave: Povos Indígenas; Observância; Cadeia de Eficácia.

Abstract

The article details the indigenous legal protection within the Inter-American System of Human Rights, as well as the observance level within the South American countries. It analyses the judicial, constitutional and legal reality of the countries that ratified the American Convention, the International Labour Organisation Convention n. 169 and accepted the Court's jurisdiction. It aims to analyse the dialogue between those countries' domestic law and the System, applying the efficacy chain theory.

Keywords: Indigenous People; Observance; Enforcement Chain.



1 introdução

O presente artigo almeja analisar a observância, entre países da América do Sul, aos parâmetros jurisprudenciais desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos territoriais indígenas, consolidados no caso *Xucuru v. Brasil*.

A Corte vem construindo uma jurisprudência progressiva e transformadora de situações de marginalização e exclusão vivenciada por povos indígenas. O reconhecimento jurídico de direitos indígenas, contudo, não é novidade na América do Sul, já que a maior parte dos países reconhece o direito dos povos indígenas ao território, seja na Constituição ou por tratados internacionais. Ainda que não representem inovações jurídicas ao sistema doméstico, as decisões do sistema regional de direitos humanos cumprem o papel de reforçar demandas de movimentos sociais e órgãos de proteção indígena. Esse reforço jurídico torna-se importante já que se observa um contexto de acelerada pressão sobre recursos naturais e terras, provocando um crescimento exponencial nas violações ao direito à propriedade coletiva indígena e escalada na violência contra os povos indígenas (GLOBAL WITNESS, 2018; TAULI-CORPUZ, 2018).

O artigo adota a teoria da cadeia de eficácia desenvolvida por Calábria (2018). A eficácia de cortes internacionais seria dividida em cinco níveis: observância, aplicação, fortalecimento, implementação e adequação. Adota-se a primeira camada de eficácia, a observância. Trata-se de aderência espontânea por um país aos parâmetros da Corte regional, antecedendo uma decisão final ou caso contencioso que envolva o país (CALABRIA, 2018).

Para atingir o objetivo, o desenvolvimento de direitos territoriais na Corte Interamericana é apresentado (tópico 2), seguido pela apresentação do contexto internacional de reconhecimento dos direitos (tópico 3) e análise dos direitos constitucionais reconhecidos na América do Sul e status da ratificação da Convenção da OIT 169 (tópico 4). Ainda que constitucionalmente garantidos, os direitos territoriais são paulatinamente violados (tópico 5). O artigo conclui afirmando que a jurisprudência da Corte Interamericana consolida o reconhecimento doméstico de direitos territoriais indígenas e o analisa em relação ao seu reconhecimento presente, ou não nas cortes constitucionais na América Latina, fortalecendo atores sociais e governamentais que



atuam na disputa pela efetividade do direito à propriedade coletiva (tópico 6).

2 Direitos territoriais reconhecidos pela corte interamericana

A Corte Interamericana consolidou a mais progressista jurisprudência internacional vinculante em matéria de direitos territoriais indígenas, representando um modelo para tribunais e tratados ao redor do mundo, elogiada por diversos pesquisadores na área de direitos humanos (ANTKOWIAK; 2014; PASQUALUCCI, 2009; BURGORGUE-LARSEN, 20013; GILBERT, 2014).

Desde sua criação até o início de abril de 2020 a Corte decidiu catorze casos contenciosos envolvendo direitos territoriais indígenas, tendo sido reconhecido o direito à propriedade coletiva sobre territórios ancestrais¹. Como a Convenção Americana somente reconhece o direito à propriedade em uma perspectiva individual e não menciona nenhum direito indígena, a Corte utilizou métodos interpretativos extensivos para assegurar a proteção de direitos territoriais, como o princípio *pro homine*, o uso do direito consuetudinário indígena e a interpretação sistemática baseada no *corpus iuris* de direitos indígenas.

Assim, através da interpretação extensiva do artigo 21, a Corte reconheceu a proteção do vínculo indissolúvel entre comunidades indígenas e seus territórios ancestrais, reconhecendo o dever estatal de delimitar, demarcar, titular e sanear territórios tradicionais e ainda abster-se de qualquer ato prejudicial ao gozo da propriedade. O direito à propriedade coletiva inclui o direito aos recursos naturais indispensáveis à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Para a exploração de minérios, a Corte estabeleceu três salvaguardas procedimentais: o direito à consulta livre, prévia e informada, compartilhamento de benefícios obtidos e elaboração de estudo prévio de impacto socioambiental. O objetivo é garantir a continuidade cultural e física dos povos.

¹ Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), Moiwana vs. Suriname (2005), Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), Saramaka vs. Suriname (2007), Xámok Kásek vs. Paraguay (2010), Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), Operation genesis vs. Colombia (2013), Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano vs. Panama (2014), Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras (2015), Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras (2015), Kaliña y Lokono vs. Suriname (2015), Xukuru vs. Brazil (2018) e Lhanka Honhat vs. Argentina (2020).



A proteção do território é reforçada, ademais, pelo reconhecimento de outros direitos paralelos. Os povos indígenas devem ter acesso a recursos procedimentais para proteger sua propriedade, de acordo com os artigos 8 e 25 da Convenção, incluso o direito à personalidade jurídica coletiva (artigo 3 da Convenção). A Corte ainda reconheceu os direitos implícitos à identidade cultural e autodeterminação e reconheceu o direito à uma vida digna e o dever estatal de garanti-la. Nos casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* e *Xákmok Kásek*, as comunidades estavam deslocadas de seus territórios e vivenciando condições de miserabilidade.

Observa-se que há uma evolução no reconhecimento de direitos territoriais pela Corte. Primeiramente, a Corte reconheceu o direito à propriedade coletiva e aos procedimentos necessários para acesso ao direito (*Awás Tingni*, 2001). Em seguida, reconheceu-se que, em casos em que as comunidades indígenas estejam forçadamente fora de sua propriedade, o Estado tem a obrigação de garantir uma vida digna, assegurando direitos sociais básicos como saúde, educação e moradia (*Yakye Axa*, 2005). O próximo passo foi reconhecer que o direito à propriedade abrange os recursos naturais indispensáveis à sobrevivência dos povos indígenas, estabelecendo-se salvaguardas para exploração econômica pelo Estado ou terceiros (*Saramaka*, 2007). Finalmente, reconheceu-se o dever estatal de saneamento da propriedade em *Garífuna Triunfo de la Cruz* (2015). Os direitos implícitos à autodeterminação e à identidade cultural² foram reconhecidos respectivamente em *Saramaka* (2007) e *Kichwa de Sarayaku* (2012).

O caso *Xucuru v. Brasil* (2018) consolida o direito à propriedade coletiva. No mesmo sentido, *Kaliña y Lokono v. Suriname* (2018) consolida os parâmetros para exploração de recursos naturais em terras indígenas.

Finalmente, na mais recente decisão, *Lhaka Honhat v. Argentina* (2020), o tribunal entendeu que o artigo 26 da Convenção Americana foi violado, em relação aos direitos a um ambiente saudável, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural. É a primeira vez que o Tribunal analisa esses direitos autonomamente com base no artigo 26

² Para alguns autores, o direito à identidade cultural já havia sido reconhecido desde *Yakye Axa v. Paraguai* (2005). Contudo, em *Yakye Axa* a identidade cultural é meramente mencionado como um elemento integrante do direito à vida digna, e não como um direito singular. Pela primeira vez em *Kichwa de Sarayaku* (2012), a Corte realizou uma ampla revisão sobre o direito à identidade cultural e reconhece sua violação. (CHIRIBOGA, 2006; ODELO, 2012)



da Convenção Americana³.

Na ordem internacional, o reconhecimento de direitos territoriais e a imposição de deveres estatais de proteção e não intervenção na propriedade coletiva indígena pela Corte representou um avanço na luta indígena pelo reconhecimento de seus direitos.

3 Tratados e declarações de direitos indígenas reconhecidos pelo direito internacional

No Direito Internacional, o padrão de Estado-Nação desenvolvido não atribuía aos povos indígenas a condição de sujeitos de direitos, subjugando sua cultura como um “atraso” frente o Estado, por não condizerem com a proposta de civilização e progresso (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016).

Esse contexto, exemplificado pelo caráter privatista das primeiras codificações civis da América Latina, alterou-se apenas recentemente. Essa mudança veio com a redemocratização dos países da América Latina e o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a Corte Interamericana, gerando mudanças no Direito Interno e no Internacional.

A primeira mudança é no Direito Internacional, que apenas estudava a relação estabelecida entre os Estados, nas ideias de civilização e progresso (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016). Essa situação transformou-se quando instituições começaram a regular as relações estatais em prol de salvaguardar direitos dos cidadãos. Assim, criou-se o Direito Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Organização Internacional do Trabalho, abrangendo direitos humanos maiores.

Nesse sentido, surgiram declarações e tratados específicos, haja vista a movimentação pela descolonização dos territórios e a autoafirmação desses povos. A situação indígena, contudo, foi tardiamente observada dentro dessa dinâmica, tendo em vista dois elementos: a elaboração da Convenção 107 da OIT, de 1957, e a tutela dos povos originários pelas instituições estatais.

A Convenção 107 da OIT condicionava os povos indígenas a um direito à igualdade formal em relação aos outros cidadãos, desconsiderando suas condições de existência

³ O artigo 26 já havia sido utilizado em casos precedentes como reconhecimento da justiciabilidade direta de outros direitos sociais, como direitos trabalhistas e direito à saúde. O caso precursor foi Lagos del Campo v. Peru (2017). Para Mais sobre o tema, veja MORALES, 2019 e SÁNCHEZ, 2018.



diferenciadas, pois conferia ao Estado a tutela de seus direitos, com o objetivo da integração desses povos à sociedade para que alcançassem a igualdade.

A Convenção 107, apesar de ressaltar o dever de proteção para as comunidades indígenas, não continha proteções definitivas à autonomia destes e seus territórios, pois os atrelava à economia nacional e, por conseguinte, a nação única (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016), propiciando violações aos direitos dos povos indígenas. Isto se revela com os relatórios sobre a repressão na América Latina, como a Comissão Nacional da Verdade Brasileira.⁴

As mudanças na compreensão dos direitos indígenas geraram a Convenção 169 da OIT, que revisou o conteúdo desta convenção de 1957⁵. Essa nova convenção foi elaborada em 1989 e ratificada pelos diversos países ao longo dos anos 90 e 2000 e traz diferenças em relação à primeira. Essa última Convenção é muito importante na garantia de direitos indígenas, pois aboliu a ideia de integração porque a convenção atual passou a dar participação e poder à ideia de uma comunidade enquanto sujeito coletivo e autônomo.⁶

Nesse sentido, atribuiu-se importância ao desempenho de atividades econômicas, trabalhistas e de educação aos povos indígenas com, minimamente, uma

4 A título de exemplificação, mostra-se algumas constatações realizadas pela Comissão Nacional da Verdade Brasileira: **“Para tomar posse dessas áreas e tornar real essa extinção de índios no papel, empresas e particulares moveram tentativas de extinção física de povos indígenas inteiros – o que configura um genocídio terceirizado – que chegaram a se valer de oferta de alimentos envenenados, contágios propositais, sequestros de crianças, assim como de massacres com armas de fogo. [...] “A Fundação Nacional do Índio segue, de certa maneira, a prática do órgão antecessor, o Serviço de Proteção ao Índio. Mas “moderniza” esta prática e a justifica em termos de “desenvolvimento nacional”, no intuito de acelerar a “integração” gradativa: absorve e dinamiza aquelas práticas, imprimindo-lhes – a nível administrativo – uma gerência empresarial (Renda Indígena, Programa Financeiro do Desenvolvimento de Comunidades, etc.).(grifos nossos)**

5 Para os países que ratificaram a Convenção 169, a Convenção 107 encontra-se revogada. Contudo, a Convenção 107 continua vigente para aqueles países signatários apenas de seu teor, muito embora esteja fechada para novas ratificações.

6 Artigo 1º_1. A presente convenção aplica-se: **a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;** Artigo 6º_1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: **a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;** **b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;**



igualdade em relação aos outros segmentos sociais.⁷ Além disso, deu-lhes o direito à consulta em processos que tenham algum impacto no universo tradicional indígena, respeitando a forma de expressão dos povos originários, determinando formas de definir as instituições que os representaria, posteriormente delimitados por organismos internacionais (CALDERA, 2013).

Assim, em vez de uma homogeneização, embasa-se na ideia de diversidade.⁸ Apesar disso, há críticas porque nos estudos acerca da consulta prévia, questionou-se se a participação e a emissão de uma mera opinião ou de efetivo consentimento às propostas, condicionando a realização das ações de extração dos recursos das terras indígenas. Nesse sentido, a OIT, em 2003, não reconheceu o dever do Estado de considerar o consentimento dos povos indígenas para realizar as ações que, por consequência, atinja-lhes.

Os direitos indígenas aprofundam-se com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. A questão indígena já era uma preocupação na ONU desde 1971, quando o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) nomeou um Relator especial para Assuntos Indígenas. Um rascunho de uma declaração começou a ser elaborado durante os anos oitenta pelo Grupo de Trabalho de Populações Indígenas, órgão da Comissão da ONU em Direitos Humanos, mas somente foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2007 (TOMASELLI, 2016).

Essa declaração confere fundamentações consistentes para o reconhecimento das identidades indígenas pela *soft law*. Nesse sentido, a *soft law* tem suas vantagens, com um alto número de países signatários, a maior possibilidade de participação de atores não estatais em sua elaboração e a entrada em efeito imediata após sua assinatura, independentemente de ratificação (BARELLI, 2009).

⁷ Artigo 7o 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (grifo nosso)

⁸ Essa é a interpretação defendida por Shiraishi Nt: “Pelo visto, há uma mudança radical de por fim a qualquer forma que enseje algum tipo de tutela, sempre presente nos dispositivos jurídicos, que notadamente vêm esses povos e grupos sociais como sujeitos inferiorizados, incapazes de discernirem sobre seus próprios atos. No caso, o “princípio da igualdade” deve ser o pressuposto e não o objetivo a ser alcançado, pois a emancipação decorre do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolvem distintos sujeitos que conhecem perfeitamente as suas necessidades mais imediatas e mediatas.” (grifos nossos) (2004)



Por isso, a declaração é considerada o instrumento mais amplo e progressista em termos de reconhecimentos dos direitos dos povos indígenas (TOMASELLI, 2016; BARELLI, 2009). A Declaração reconhece o direito à autodeterminação e ao autogoverno (arts. 3 e 4) dos povos indígenas, assim como direito à demarcação e proteção de terras ancestrais (arts. 25 a 20), direito ao consentimento livre, prévio e informado (arts. 28 e 29), além de múltiplos direitos sociais e culturais, como educação, com a proteção das crianças indígenas e o ensino de suas tradições também para outros segmentos sociais; saúde; patrimônio cultural; o direito ao consentimento livre prévio e informado, avançando no direito à consulta.

Apesar disso, nota-se uma dificuldade na observância desses dispositivos. É importante observar as violações constantes aos povos originários, apesar das transformações do constitucionalismo latino-americano.

4 Direitos territoriais indígenas na América do Sul

O florescer de direitos indígenas constitucionais no cone sul veio com o período de redemocratização e pode ser distinguido em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, nas constituições promulgadas entre o fim dos anos oitenta e início dos noventa, as constituições reconheceram direitos básicos aos povos indígenas, incluindo o direito a territórios ancestrais e respeito à identidade cultural.

No final dos anos noventa e início do século XXI, há um giro transformador no reconhecimento de direitos indígenas, expressos nas Constituições da Venezuela, Bolívia e Equador, inaugurando o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. Essas três constituições reconhecem o estado plurinacional, valorizando o pluralismo jurídico e “reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios” (WOLKMER, 2011).

Com exceções, é unanimidade o reconhecimento do direito à identidade cultural bem como à posse ou propriedade dos territórios ancestralmente ocupados. A maior parte das Constituições também reconhece direito à participação prévia para exploração de recursos naturais em territórios indígenas, muito embora apenas Equador e Bolívia mencionem expressamente o direito à consulta livre, prévia e informada. Paraguai e Peru não reconhecem constitucionalmente o direito à consulta, mas a ausência é parcialmente



suprida pela ratificação da Convenção 169.

Em relação aos direitos procedimentais, há uma tendência no reconhecimento da personalidade jurídica coletiva (Brasil, Argentina, Guiana e Peru). Alguns países estabelecem parâmetros para participação política (Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai e Venezuela) e a jurisdição indígena é constitucionalmente reconhecida na Colômbia e no Equador. Por fim, reconhece-se o direito ao autogoverno na Bolívia, Colômbia, Equador e Paraguai (veja Tabela 1 no anexo).

De forma semelhante, praticamente todos os países sul-americanos ratificaram a Convenção OIT 169. Todos os países que ratificaram a Convenção asseguram a ela um status especial dentro do ordenamento jurídico, seja constitucional ou supralegal (veja tabela 2 em anexo).

No Brasil e no Chile, o status supralegal foi afirmado judicialmente face à ausência de disposição constitucional específica; nos demais países a própria Constituição assegura hierarquia privilegiada aos tratados de direitos humanos. Ainda assim, múltiplas cortes constitucionais latino-americanas reconhecem a hierarquia especial garantida à Convenção OIT 169 desde o início dos anos 2000. É o caso das cortes constitucionais da Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, Peru e Venezuela (OIT, 2009).

Em relação aos três países que não reconhecem direitos constitucionais territoriais, há diferenças em relação ao nível de proteção a povos tradicionais. O Chile, apesar da lacuna constitucional, ratificou a Convenção 169 (ainda que tardiamente, em 2008), possui legislação interna protegendo direitos indígenas (Lei 19.253/93) e conta com uma instituição específica para demarcação de terras, a CONADI – Corporação Nacional de Desenvolvimento Indígena (ANAYA, 2009; ALYWIN, 2004).

Suriname e Uruguai, contudo, não reconhecem constitucionalmente quaisquer direitos indígenas e não são signatários da Convenção 169. Enquanto no Suriname não há qualquer norma jurídica ou instituição assegurando direitos indígenas, no Uruguai a legislação infraconstitucional reconhece alguns direitos⁹. Ademais, enquanto o Uruguai se posicionou favoravelmente à Declaração da ONU dos Direitos dos Povos Indígenas, o Suriname foi um dos pouquíssimos países a votar contra.

De forma geral, na maior parte da América do Sul, o reconhecimento de direitos

⁹ A lei 18.589 de 2009 estabelece o dia da Nação Charrúa e da Identidade Indígena, reconhecendo e valorizando a identidade cultural indígena.



territoriais indígenas precedeu o reconhecimento na Corte Interamericana. Essa precedência no reconhecimento de direitos é reafirmada pela própria Corte, pois em três decisões o sistema jurídico doméstico foi mencionado como integrantes do *corpus iuris*, reforçando a interpretação extensiva que levou ao reconhecimento do direito coletivo à propriedade e do direito à consulta¹⁰.

Alguns países da América do Sul já foram condenados pela Corte Interamericana por violação de direitos territoriais indígenas. O Paraguai foi condenado nos casos *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaxa* (2006) e *Xákmok Kásek* (2010) por despossessão e violação do direito a uma vida digna; o Suriname foi condenado nos casos *Moiwana* (massacre e deslocamento forçado, em 2005), *Saramaka* (exploração madeireira, em 2007) e *Kalina y Lokono* (exploração de minérios, 2018); o Equador foi condenado em *Kichwa de Sarayaku* por exploração de petróleo (2012); a Colômbia foi condenada por deslocamento forçado em *Operação Genesis* (2013); e o Brasil foi condenado no caso *Xucuru* por ausência de saneamento (2018).

Nos casos contra Equador, Colômbia e Brasil, a Corte reconheceu a proteção jurídica doméstica de direitos indígenas, mas afirmou que nos casos em específico havia ocorrido desrespeito à legislação, violando os direitos territoriais. Finalmente, nos casos contra Suriname, a Corte ordenou a adoção de um arcabouço legislativo que reconheça o direito indígena ao território, assim como que preveja mecanismos processuais adequados para seu reclame.

5 Crescentes violações a direitos territoriais

Apesar dos avanços na legislação e jurisprudência, persistem violações dos direitos dessas comunidades. Não obstante seu reconhecimento, não é observado um exercício efetivo desses direitos. Segundo a Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, essas populações são historicamente sujeitas a discriminação estrutural e, devido à prevalência de interesses comerciais, as comunidades indígenas sempre foram vítimas de agressão ao procurar proteger suas terras (TAULI-CORPUZ, 2018). Isso levou a um aumento dos

¹⁰ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador; Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano v. Panama; Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras*



protestos dos povos indígenas e de seus defensores contra esses projetos que ameaçam a sobrevivência dessas comunidades (CIDH, 2019).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos indicou que o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas não é obtido para conceder concessões a empresas extrativas, e o Estado não controla esses projetos (CIDH, 2019).

Além disso, a situação dos defensores está mais ameaçada. Tanto o Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos como o Relator Especial sobre a questão das obrigações em matéria de direitos humanos relacionados ao gozo do meio ambiente falam de uma “crise global” de violência contra os defensores dos direitos humanos, e particularmente contra defensores dos direitos indígenas (FORST, 2016). O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre a questão dos direitos humanos, empresas transnacionais e outras empresas declarou que recebeu várias denúncias de homicídios, ataques e ameaças contra defensores de direitos humanos que defendem os direitos indígenas contra os flagelos cometidos por empresas extrativas (HRC, 2014).

Segundo a Global Witness, 164 defensores ambientais foram mortos em 2018 (GLOBAL WITNESS, 2019). Metade desses assassinatos ocorreu na América Latina, em parte devido à tradição dessa região do ativismo em direitos humanos. Estima-se que 28 defensores de direitos indígenas foram assassinados em 2019 neste território (CULTURAL SURVIVAL, 2019), considerando o Brasil como o Estado mais inseguro para esses defensores. A maioria dos assassinatos está ligada à mineração e petróleo, em segundo lugar ao agronegócio, em terceiro lugar à caça furtiva e, por último, à extração de madeira. A Coalizão contra a apropriação de terras relatou 65 casos de prisões arbitrárias e assédio judicial, 92 assassinatos e 46 casos de ameaças contra defensores ambientais e de direitos humanos no primeiro trimestre de 2019 (COALITION, 2019).

Igualmente, o trabalho dos defensores dos direitos indígenas é frequentemente criminalizado, situação cada vez mais frequente na América Latina (CIDH, 2015). Os países da região usam o direito penal em retaliação contra aqueles que expõem os efeitos adversos que estes teriam sobre a sobrevivência das comunidades indígenas. Rodolfo Stavenhagen, ex-Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas, destacou que a criminalização de atividades pacíficas de protesto com o objetivo de reivindicar direitos fundamentais das comunidades indígenas deve ser vista hoje como uma das falhas mais graves na defesa dos direitos humanos (STAVENHAGEN, 2004).



O protesto pacífico dos defensores dos direitos humanos é sancionado, recorrendo a figuras como instigação, desrespeito à autoridade ou terrorismo. Campanhas de difamação também são realizadas contra eles (STAVENHAGEN, 2004). Observa-se também que a declaração do estado de emergência que permite a suspensão das garantias é outra ferramenta utilizada para reprimir reivindicações sociais (ARTICLE 19, 2015). Dessa forma, acaba fragmentando as comunidades indígenas.

O sistema interamericano analisou o uso do crime de terrorismo para impedir as reivindicações dos povos indígenas. No caso *Norín Catrimán et al. vs. Chile*, a Corte indicou o padrão de aplicação do crime de terrorismo contra o povo mapuche. Essa situação também foi reconhecida pela Relatora Especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas das Nações Unidas, que denunciaram o uso do crime de terrorismo para dissuadir os membros do povo mapuche de seus protestos, destacando que as demandas sociais das organizações indígenas não devem ser criminalizadas (STAVENHAGEN, 2003).

Por sua parte, o Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos das Nações Unidas informou que as empresas privadas fornecem informações falaciosas para processar líderes indígenas e defensores dos direitos humanos (FORST, 2016). Segundo a Relatora sobre direitos indígenas, o judiciário costuma ser cúmplice ao permitir que essas demandas infundadas prosperem (TAULI-CORPUZ, 2018).

Com base no exposto, é evidente que é necessário tomar medidas para reverter a tendência de agressão contra defensores de direitos humanos indígena, pois, como Victoria Tauli-Corpuz, Relator Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, diz: "Se vamos salvar o planeta, temos que parar de matar as pessoas que o protegem".

6 observância na América do Sul: o controle de convencionalidade

6.1 controle de convencionalidade

Uma das formas de observância realizadas pelo Estado é o controle de convencionalidade, doutrina disseminada pela Corte Interamericana e definida como uma obrigação de qualquer agente estatal (principalmente cortes e juízes) de aplicar a Convenção Americana na interpretação doméstica de direitos (MAC-GREGOR, 2015). O



fundamento legal para a doutrina são os artigos da Convenção 1.1 (dever de respeitar direitos e liberdades), 2 (dever de adaptar sistema doméstico adequando-o à Convenção) e 29 (interpretação extensiva ou *pro personae*). Ainda, a doutrina está relacionada aos princípios da boa fé, efetividade e *pacta sunt servanda*, de acordo com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena (MAC-GREGOR, 2015; MAC-GREGOR, 2016).

A adoção da doutrina tem sido distinta de acordo com as cortes domésticas, com alguns países ignorando-a, outros confrontando-a diretamente e alguns adotando os padrões convencionais, promovendo uma heterogeneidade normativa na América Latina (TORELLY, 2017).

Em relação aos direitos territoriais, grande parte dos países sul-americanos já contava com regulamentação de direitos indígenas em seu ordenamento doméstico, muitos deles atribuindo ranking constitucional à Convenção OIT 169. Assim, o desenvolvimento da jurisprudência regional ocorre paralelamente à adoção de parâmetros normativos pelas cortes constitucionais (GONGORA-MERA, 2017). Alguns países mencionam expressamente as decisões da Corte (Argentina, Bolívia, Equador, Colômbia e Peru), enquanto outros adotam parâmetros muito próximos aos regionais, ainda que sem mencionar expressamente a Corte (Chile, Paraguai e Venezuela)¹¹.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina¹² decidiu favoravelmente a uma comunidade indígena no caso “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta”, decidido em 30 de setembro de 2008, mencionando amplo trecho do caso *Yakye Axa* sobre a relação entre identidade cultural e direito à propriedade coletiva, além de citar o caso *Awás Tingni*. A Convenção OIT 169 também é citada e a decisão foi unânime¹³.

O Tribunal Constitucional do Peru também dialoga com os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos pela Corte Interamericana. Em casos decididos, o Tribunal peruano

¹¹ Não encontramos decisões de cortes constitucionais reconhecendo direitos indígenas justamente nos países com menor proteção constitucional a direitos indígenas, Suriname, Guiana e Uruguai. A ausência de jurisprudência pode estar relacionada justamente à ausência de reconhecimento de direitos.

¹² A Corte Suprema Argentina possui um histórico de aceitação do princípio da convencionalidade, reconhecendo em diversos casos a vinculação das decisões da Corte ao ordenamento argentino, em que pese um momentânea alteração de posição em 2015, no caso *Fontevechia*. Para mais sobre a Corte Argentina, veja GONZALEZ-SALZBERG, 2011

¹³ Suprema Corte Argentina, Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo, Sentencia 30 de setembro de 2008, n. InternoC2124XLI. *Yakye Axa* já havia sido mencionado na Corte Suprema Argentina, ainda que apenas em um voto dissidente no caso “Comunidad Aborigene Lhaka Honhat c/ provincia de Salta”, exalado pelo Min. Carlos Fayat. _____. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y outro s/ acción declarativa de certeza. 27 de Septiembre de 2005, voto separado do Min. Carlos Fayat



reconheceu a relação imprescindível entre identidade cultural indígena e recursos naturais e que a ausência de título formal de propriedade não afasta a proteção jurídica a povos tradicionais, mencionando casos da Corte Interamericana (*Awás Tingni, Saramaka, Moiwana, Yakye Axa e Sawhoyamaya*¹⁴), citando a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas e a vinculação da Convenção OIT 169 e afirmando o dever de consulta prévia aos povos indígenas¹⁵. Essa reafirmação continuou a ocorrer em decisão posterior de 2011, reafirmando-as com os precedentes convencionais (*Sawhoyamaya*)¹⁶.

O uso do controle de convencionalidade na Bolívia é muito próximo ao caso peruano. O Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano reconhece o caráter vinculante das decisões regionais e dialoga com seus casos¹⁷. Nas palavras do Tribunal, “*as sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Derechos Humanos devem ser usadas para revelar a constitucionalidade de uma determinada norma legal*”¹⁸.

A sentença mais relevante exarada refere-se ao emblemático caso TIPNIS¹⁹. O Tribunal reafirma a proteção constitucional, reafirmando os direitos da Convenção OIT 169 e na Declaração da ONU de Direito dos Povos Indígenas e reconheceu a constitucionalidade das leis por unanimidade²⁰. O Tribunal também usou relatórios diversos da CIDH, informes do relator especial da ONU para Direitos Indígenas, a decisão da Corte Constitucional Colombiana n. T-129/2011, decisão do Comitê Tripartite do Conselho Administrativo da OIT e a decisão da Corte Interamericana em *Saramaka*.

Em matéria do direito à consulta, a jurisprudência mais progressista tem sido

¹⁴ Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 3343-2009-PA/TC, Jaime Hans Bustamante Johnson, 19 de fevereiro de 2009. Em sentido próximo, ver Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 6316-2008-PA/TC, Asociación interétnica de desarrollo de la selva peruana (AIDESP), 11 de novembro de 2009, voto singular do Mag. Landa Arroyo, mencionado parâmetros adotados em *Saramaka*.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 22-2009-PI/TC, Gonzalo Tuanama Tuanama e outros, 09 de junho de 2010.

¹⁶ Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 24-2009-PI, Gonzalo Tuanama Tuanama e outros, 26 de julho de 2011.

¹⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 2056/2012, Mag. Rel. Soraida Rosario Cháñez Chire, exp. N. 00213-2012-01-AIA, 16 de outubro de 2012 (reproduzindo *ipsis literis* grande trecho de Kichwa de Sarayaku); _____, Sala Primera Especializada, Sentencia 0572/2014, Mag. Rel. Tata Gualberto Cusi Mamani, exp. N. 02889-2013-06-AP, 10 de março de 2014 (com ampla e detalhada análise acerca da doutrina do controle de convencionalidade e vinculação das decisões da Corte regional);

¹⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 0079/2015, Mag. Rel. Macario Lahor Cortez Chavez, exp. N. 09543-2014-20-AIA, 09 de setembro de 2015. Original em espanhol, tradução nossa.

¹⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 0300/2012, Mag. Rel. Mirtha Camacho Quiroga, exp. N. 00157-2012-01-AIA e 00188-2012-01-AIA (acumulado), 18 de junho de 2012

²⁰ Para uma análise aprofundada do caso TIPNIS, ver LAING, 2014 e BOHR ILAHOLA, 2015.



exarada pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), a qual possui múltiplas decisões na área produzidas em aberto diálogo com a Corte Interamericana. A CCC possui consolidada jurisprudência em matéria de direitos indígenas, tomando por base a Convenção OIT 169 e os parâmetros da Corte Interamericana, mencionando repetidamente os casos *Awás Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* e *Xákmok Kásek* para interpretar o direito à propriedade e multiculturalidade, assim como a decisão *Saramaka*, no que tange ao direito à consulta²¹ e já citou o caso do Povo Xucuru²².

Observa-se a mais paradigmática decisão, a sentença T-129/11. A CCC reconheceu a proteção cultural e territorial de povos indígenas asseguradas tanto na Constituição como na Convenção OIT 169. A Convenção foi interpretada valendo-se da Declaração da ONU sobre Povos Indígenas e da interpretação realizada pela Corte Interamericana em *Saramaka*. Em nível de direito internacional, foram mencionados ainda relatórios emitidos pelo Relator da ONU para Direitos Indígenas, o sr. James Anaya. Por fim, a CCC reviu sua própria jurisprudência a respeito de direito à consulta, estabelecendo parâmetros específicos para a consulta. Os parâmetros estabelecidos na sentença T-129/11 tornam-se referência para múltiplas decisões posteriores.

É importante mencionar que a decisão colombiana oferece padrões mais protetivos a povos indígenas do que a própria Corte Interamericana. A Corte regional tem se referido à obrigação de consultar povos indígenas de boa fé, referindo-se a consentimento exclusivamente em *Saramaka* e apenas para projetos de grande impacto. Em contrapartida, a CCC entende como obrigatório o consentimento independentemente da dimensão do impacto causado pelo projeto. Esse pode ser um motivo pelo qual a CCC não menciona nenhum caso da Corte Interamericana relativo ao direito a consulta posterior a *Saramaka*, já que nenhuma delas refere-se à consentimento.

Um dos países com a mais avançada proteção aos direitos indígenas é o Equador. A reforma constitucional de 2008 foi revolucionária ao reconhecer o Estado como plurinacional e ao assegurar constitucionalmente valores indígenas, como *sumak kawsay* e a proteção à *pacha mama*. Ainda, tratados internacionais em direitos humanos são considerados supraconstitucionais, como é o caso da Convenção OIT 169 (WOLKMER;

²¹ Apenas a título de exemplo, mencionamos as seguintes decisões: CCC, Sentencia T-307/2018, Tercera Sala de Revision, Exp. T-3836834, 27 de julho de 2018; CCC, Sentencia T-766/15, Cuarta Sala de Revision, Exp. T-4327004, 16 de dezembro de 2015;

²² CCC, Sentencia T-153/19 Novena Sala de Revisión, Exp. T-7.056.143, 3 de abril de 2019



FAGUNDES, 2011). Ainda assim, a Corte Constitucional equatoriana tem referenciado as decisões do tribunal regional como parâmetro interpretativo para direitos territoriais. Ressalta-se, todavia, que as menções à Corte Interamericana são posteriores ao caso Kichwa de Sarayaku (2012), enquadrando-se, dentro da cadeia de eficácia, no nível de aplicação, e não observância.²³

Em relação ao Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), em geral, tem sido refratário aos novos entendimentos que cercam a questão indígena. Isso ocorre porque o STF atribui a tratados internacionais de direitos humanos o status de normas supralegais, submetendo os parâmetros jurisprudenciais da Corte a uma hierarquia inferior à Constituição. A primeira vez que o STF citou os casos indígenas da Corte Interamericana foi na ADI 3239 referente ao reconhecimento dos direitos quilombolas. Os casos Saramaka e Moiwana foram citados.

Contraditoriamente às situações dos direitos quilombolas, os parâmetros jurisprudências da Corte não são aplicados aos direitos dos povos indígenas. Ainda mais grave, há entendimento firmado pelo STF que ainda se utiliza de noções que correspondem ao pensamento integracionista da Convenção 107. Em 2009, no julgamento da petição n. 3.888 relativa à constitucionalidade da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, esse viés pode ser identificado na relatoria do ministro Carlos Ayres Britto²⁴. O ministro reiterou que a garantia constitucional e o conceito de tradição, que embasa a posse perpétua desses povos, teria, como limite temporal, a data de promulgação da Constituição de 1988, sob a justificativa de que poderiam ocorrer fraudes, ignorando o critério de ancestralidade. A decisão fixou dezenove restrições à terra indígena que não foram precedidas de qualquer consulta aos povos interessados²⁵.

²³ Em um caso decidido em 2014, analisou-se a aplicação de penalidade pela justiça indígena ao cometimento de um homicídio. A Corte equatoriana valeu-se dos parâmetros regionais de interculturalidade, valorização da identidade indígena e direito à identidade cultural, mencionando múltiplos casos da corte. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 113-14-SEP-CC, Caso n. 0731-10-EP, 30 de julho de 2014). Em outra decisão do mesmo ano referente a direitos territoriais, a corte equatoriana reconheceu e aplicou as regras de interpretação da propriedade coletiva indígena estabelecidas em Awás Tingni e Sawhoyamaxa (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 141-14-SEP-CC, Caso n. 0210-09-EP, 24 de setembro de 2014). Por fim, em 2017, os casos Saramaka e Kalina y Lokono foram mencionados a respeito do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 001-17-PJO-CC, Caso n. 0564-109-JP, 08 de novembro de 2017).

²⁴ Em particular, o ministro afirma estar vigente uma “era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro”. Ainda, o ministro usa a denominação em desuso “aborígene”.

²⁵ A Corte Interamericana é mencionada em voto separado do juiz Menezes de Direito, em que o caso Awás Tingni é citado como reconhecimento do direito à propriedade dos povos indígenas.



Em casos indígenas, apenas em duas decisões monocráticas recentes o STF citou o precedentes interamericanos: na decisão de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.062, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, relativo a inconstitucionalidade da transferência da competência de demarcação das terras indígenas e de outros assuntos referentes aos povos indígenas do Ministério da Justiça para os Ministérios da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento e o da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; e a Medida Cautelar em Ação Rescisória de processo judicial de demarcação de terras que não contou com participação indígena.²⁶

Em síntese, apesar de algumas menções aos instrumentos jurídicos ratificados pelo Brasil, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração Universal dos Povos Indígenas e a própria jurisprudência da Corte, ressalte-se que a Suprema Corte Brasileira se utilizou dos parâmetros convencionais, mas como um argumento persuasivo para sustentar outros argumentos.

6.2. Observância dos parâmetros convencionais por entes estatais e atores sociais

O controle de convencionalidade é frequentemente associado ao Poder Judiciário, mas controle também pode ser visto nas atuações de demais órgãos estatais, os quais podem tanto propor o controle ao Judiciário ou confrontar órgãos e entes do pacto federativo na defesa de direitos territoriais (MAC-GREGOR, 2017).

Em relação a direitos procedimentais indígenas, aponta-se a celebração de um acordo internacional entre diversos países denominado “Regras de Brasília sobre acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade”, que estabelece princípios para facilitar o acesso à justiça em relação às condições de vulnerabilidade que alguns povos sofrem. O acordo foi elaborado por um grupo de trabalho composto pelas seguintes organizações: Conferência Judicial Ibero-americana, Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). O acordo adota parâmetros estabelecidos pela Corte em sua jurisprudência territorial frente ao aparato judicial estatal

²⁶ STF, Pleno, ADI – MC 6062 (1 Agosto 2019); STF, Mon. Luis Roberto Barroso, AR - MC 2761 (5 Novembro 2019).



(IBEROAMERICANA, 2013; RIBOTTA, 2012). No manual comentado de aplicação das Regras de Brasília, seu teor é interpretado a partir da jurisprudência da Corte Interamericana, citando diversos casos territoriais (MARTÍN, 2018).

Em relação a atuação dos órgãos estatais, tem-se como exemplos brasileiros o Ministério Público Federal, provocando o Poder Judiciário sobre os direitos territoriais indígenas no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte em que se almejava a demarcação de terras indígenas previamente à implementação do projeto²⁷ e a Defensoria Pública da União, que foi *amicus curiae* no processo do Xukuru vs Brasil, em favor da comunidade indígena.

Os exemplos argentinos consistem na participação do “Defensor del Pueblo de Argentina” e do Ministério Público da Nação Argentina, tanto no caso da Comunidade Indígena Iwi Imemby expressando que a Corte Interamericana “*supõe uma garantia maior tanto para o reconhecimento quanto para o exercício e a implementação desses direitos*”²⁸, como no “dictámen”: “Comunidad Toba c/ Provincia de Formosa s/ Amparo” - CSJ 528/2011, citando os casos da “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” e “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”.

Uma iniciativa supranacional foi a organização da publicação “Estandares regionales de actuación defensorial em processos de consulta previa de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru”, fortalecendo padrões mínimos do direito à consulta. Ambos os documentos mencionam a jurisprudência da Corte em matéria de direito à consulta (ALMENARA; LINARA, 2017).

Esse protagonismo de defensorias públicas se explica pelo acordo com a Corte Interamericana para representar as vítimas em sede judicial na Corte Interamericana, atribuindo um maior acesso à justiça a esses grupos vulneráveis²⁹.

A jurisprudência da Corte Interamericana também delineou o conteúdo dos

27 MPF-PA, ACP 0000655-78.2013.4.01.3903, petição inicial, 19 de abril de 2013. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/atuacao-do-mpf/acoes-coordenadas-11/dia-do-indio/docs_dia-do-indio/acp-0000655-78-2013-4-01-3903-belo-monte-protexcao-territorial/view. Acesso em 10 de abril de 2020.

28 Defensor del Pueblo de la Nación. Afectación a Derechos de una comunidad aborigen. Actuación nro. 1331/14 7 de Septiembre de 2016, folio nro. 10. Original em espanhol. A tradução pertence a mim.

29 Acordo feito entre a Associação Interamericana de Defensorias e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para a representação dos grupos vulneráveis. Disponível em: <http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1402684164Acuerdo%20final%20OEA%20AIDEF.pdf>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.



processos de consulta indígena. Em uma solicitação feita à Biblioteca do Congresso Nacional do Chile sobre a origem da consulta dos povos indígenas a respeito da modificação do “Ley General de Urbanismo y Construcciones” (Boletín N°11175-01), a “asesoría técnica parlamentaria” cita o caso “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” para estabelecer que a consulta às comunidades indígenas em casos como o presente seja uma obrigação internacional (BCN, 2019).

Além da influência em órgãos estatais, há um impacto da jurisprudência da Corte no trabalho de Organizações não-Governamentais trabalhando na proteção de direitos humanos. Há uma vasta bibliografia relacionando essa interação, tanto no sentido de fortalecimento das demandas sociais (CAVALLARO, 2002; SOLEY, 2019), formação de redes internacionais de direitos humanos (KECK; SIKKINK, 2018) e ainda influência dos movimentos sociais no cumprimento de decisões (CAVALLARO; BREWER, 2008), mas pouco tem sido escrito em relação ao tema de direitos indígenas, com exceção de trabalho desenvolvido pela Open Society Foundations (2017).

Exemplo dessas atuações é a missão internacional promovida por organizações chilenas, denunciando abusos contra o povo Mapuche e o uso de leis antiterroristas para criminalizar suas reivindicações legítimas por suas terras ancestrais, numerosos casos foram citados da Corte Interamericana a apoiar as alegações contra a repressão às reivindicações sociais (INFORME FINAL DE LA MISIÓN INTERNACIONAL A CHILE, 2020).

Com isso, mostram-se alguns exemplos de observância da Corte, em um rol que não é exaustivo, tendo em vista que o objetivo é apenas mostrar boas práticas de relacionamento entre o Estado e a Corte Interamericana, para além da presença do Poder Judiciário.

7 Considerações finais

O presente artigo apresentou a influência dos parâmetros jurisprudenciais criados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos territoriais nos sistemas legais na América do Sul.

O nível de controle de convencionalidade nos países da América do Sul varia muito. Enquanto alguns países, como Bolívia, Colômbia e Peru, possuem um longo e consolidado diálogo com a Corte Interamericana, outros países têm ignorado as



evoluções jurisprudenciais regionais (como o Paraguai e o Chile). Em uma posição intermediária, há países que muito embora citem a jurisprudência da Corte regional, esta parece não ter um impacto substancial no reconhecimento de direitos (como a Argentina e o Brasil).

A análise proposta trouxe duas observações para a construção teórica da cadeia de eficácia. A primeira delas é que a separação entre observância e aplicação pode não ter tantos efeitos práticos, como o caso colombiano demonstra. As referências da CCC à Corte regional não sofreram alteração alguma após o julgamento do caso Operação Genesis contra a Colômbia, de forma que a eficácia dos parâmetros regionais especificamente nesse caso parece estar desconectada da existência de decisão contra o país em questão.

Uma segunda consequência da análise dos casos territoriais para a cadeia de eficácia é apresentar cenários de evolução no reconhecimento de direitos simultâneos em vários países e internacionalmente, afastando uma interpretação de que o impacto da Corte Interamericana sobre o ordenamento jurídico doméstico seria unilateral.

De qualquer forma, a Corte Interamericana fortaleceu órgãos de proteção indígena e influenciou Cortes constitucionais para adoção de parâmetros interpretativos. Em um momento de grande pressão sobre povos tradicionais, a atuação da Corte Interamericana como aliado na transformação de situações fáticas de exclusão torna-se indiscutivelmente necessária.

Referências bibliográficas

ALEIXO, Mariah Torres; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. **Convenção 169 da OIT em disputa: consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas**. 2014. 17 fls. 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Alexo29RBA-GT.48.pdf. Acesso em: 10 de Março de 2020.

ALMENARA, M. B.; LINARES, C. C. (ed.). Buenas prácticas en procesos de consulta previa identificadas por las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Federación Iberoamericana del Ombudsman: Lima, 2017.

ANAYA, James. **La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior**, A/HRC/12/34/Add.6 14 de septiembre 2009.



ANTKOWIAK, Thomas. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the inter-american court. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, 33 /1, p. 113–187, 2014.

ARTICLE 19. **A Deadly Shade of Green: Threats to Environmental Human Rights Defenders in Latin America** London, 2016.

AYLWIN, José. La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y al território. In AYLWIN, Jose (ed.) **Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno**. Instituto de estudios indígenas: Santiago, 2004. 279-290.

BAILO, Gonzalo L.; DE VIOLA, Ana María Bonet; MARICHAL, Maria Eugénia. Bienes Comunes en los Primeros Códigos Civiles Latinoamericanos. **Revista Direito GV**. São Paulo, V.14, N.2, mai-ago 2018. p. 775 - 803. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0775.pdf>. Acesso em: 16 de Março de 2020.

BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 58, no. 4, 2009, pp. 957–983.

BCN. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Consulta previa indígena y medidas legislativas: estándar internacional y práctica nacional. Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional Forestal, enero 2019.

BOHRT IRAHOLA, Carlos. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS. **Rev. Jur. Der.**, La Paz, v. 2, n. 3, p. 59-82, dic. 2015. Disponível em http://www.scielo.org/bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102015000200007&lng=es&nrm=iso. Acesso em 06 abr. 2020.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. 416 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2). Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 12 de Março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/DF. Procedimento para Identificação, Reconhecimento, Delimitação, Demarcação e Titulação das Terras Ocupadas por Remanescentes das Comunidades dos Quilombolas. Ato Normativo Autônomo. Art. 68 do ADCT. Direito Fundamental, Eficácia Plena e Imediata. Invasão da Esfera Reservada a Lei art. 84, IV e VI, “a”, da CF. Inconstitucionalidade Formal. Relatora: Ministra Rosa Weber. 01 de Fevereiro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em 02 de Abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular - PET 3388/RR. Ação Popular relativa a Demarcação de terras indígenas na área Raposa Serra do Sol. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 01 de Julho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 15 de Março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.062/DF. Transferência da Competência da Demarcação das terras indígenas e de assuntos dos povos originários para o Ministério da Agricultura, Pecuária



e Abastecimento e para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Inconstitucionalidade Formal e Material. Relator: Ministro Roberto Barroso. 29 de Novembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389836>. Acesso em: 02 de Abril de 2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité, **Revue française de droit constitutionnel**, 2014/4 (n° 100), p. 831-863.

_____. The rights of indigenous peoples. In: Burgorgue-Larsen, L.; Úbeda de Torres, A.; García Ramírez, S.; Greenstein, R. (Org.). **The Inter-American Court of Human Rights: Case law and commentary**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2013.

CALDERA, Cristóbal Carmona. **Tomando los Derechos Colectivos en Sério: el Derecho a Consulta Previa del Convenio 169 de la OIT y las Instituciones Representativas de los Pueblos Indígenas**. Revista *Ius et Praxis*, Año 19, Nº 2, 2013, pp. 301 - 334. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art09.pdf>. Acesso: 02 de Março de 2020.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **American Journal of International Law**, v. 102, n. 4, p. 768, 2008. doi:10.2307/20456681.

CAVALLARO, James Louis. Toward Fair Play: A Decade of Transformation and Resistance in International Human Rights Advocacy in Brazil. **Chicago Journal of International Law**, Vol. 3, No. 482, 2002.

CIDH. **Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015.

CIDH. **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176 29 septiembre 2019.

COALITION AGAINST LAND GRABBING. **Defending Commons' Land and ICCAs**: January-April 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2NNbCFG>

CULTURAL SURVIVAL. **En memoria a los 28 defensores de los derechos indígenas asesinados de 2019-** America Latina, 28 de enero de 2020. Disponível em: <https://www.culturalsurvival.org/es/news/en-memoria-los-28-defensores-de-los-derechos-indigenas-asesinados-de-2019-america-latina>

FORST, Michel. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders**. A/71/281 3 August 2016.

GILBERT, Jeremie. Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land. **SUR - International Journal on Human Rights**, 2014.

GLOBAL WITNESS. **Enemies of the state?** 2019. Disponível em: <https://bit.ly/33qXatf>

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. Von BOGDANDY, Armin; MORALES; Mariela Antoniazzi; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Ius constitutionale commune em América Latina: textos básicos para su comprensión**. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law: Querétaro; Heidelberg, 2017. 323-370



HERRERA, Juan. Binding consent of indigenous peoples in Colombia. an example of transformative constitutionalism. In WRIGHT, Claire; TOMASELLI, Alexandra (Eds.). **The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America: inside the Implementation Gap**. London: Routledge (Routledge Studies in Development and Society), 2019. pp. 41–57.

HINOSTROZA, J. A.; CANALES, E. M.; MAITA, I. P. El largo camino hacia la titulación de las comunidades campesinas y nativas, informe de Adjuntía N° 002-2018-DP/AMASPPI/PPI. Defensoría del Pueblo: Lima, 2018

HINOSTROZA, J. A.; RUEDA, N. H. A. Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa. Defensoría del Pueblo: Lima, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. UN AVANCE EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. (EL EFECTO 'ERGA OMNES' DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 2, p. 695-712, 2013. Disponible em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200018&lng=es&nrm=iso>. acceso em 06 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200018>IBEROAMERICANA, XIV Cumbre Judicial. 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Revista Jurídica, v. 1, n. 1, p. 111-132, 2013.

ILO. **Application of Convention n. 169 by domestic and international courts in Latin America: a casebook**. ILO: Geneva, 2009.

INFORME FINAL DE LA MISIÓN INTERNACIONAL A CHILE, 24 de enero de 2020. Disponible em: https://www.iwgia.org/images/publications/new-publications/Informe_Final_-_Mision_de_Observacion_a_Chile.pdf

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. Transnational advocacy networks in international and regional politics. **International Social Science Journal**, v. 68, 227-228, p. 65–76, 2018.

LAING; Anna F. Resource Sovereignties in Bolivia: Re-Conceptualising the Relationship between Indigenous Identities and the Environment during the TIPNIS Conflict **Bulletin of Latin American Research** Volume34, Issue2 April 2015 Pages 149-166

LANDA, Cesar Arroyo. **Derecho a la Consulta Previa: derechos colectivos de los pueblos indígenas u originario**. Ministério da Cultura; PNUD: Lima, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Conventionality control: the new doctrine of the inter-American Court of Human Rights**, Symposium The Constitutionalization of international law in Latin America, *Ajil Unbound*, v. 109, p. 93-99, 2015

MARTÍN, Joaquín Delgado. Guía comentada de las Reglas de Brasilia: Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Eurosocial: Madrid, 2019.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela; CLERICO, Laura (Ed.). **Interamericanización del derecho a la salud: Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro, 2019.

MPF. Seminário na PGR discute direitos indígenas e demarcação de terras, 26 de abril de 2017, online. Disponible em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/abril/seminario-na-pgr-discute-direitos-indigenas-e-demarcacao-de-terras/>. Acesso em 10 de abril de 2020.



_____. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. Working Papers on European Law and Regional Integration nº 22 Madrid, 2014.

_____. O Ministério Público Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinam documento para troca de informações, 06 de Junho de 2016, online. Disponível em: [p://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-corte-interamericana-de-direitos-humanos-assinam-documento-para-troca-de-informacoes](http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-corte-interamericana-de-direitos-humanos-assinam-documento-para-troca-de-informacoes). Acesso em: 10 de Abril de 2020.

_____. Reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombola. Brasília: MPF, 2018. OPEN JUSTICE INITIATIVE. **Strategic Litigation Impacts: Indigenous Peoples Land Rights**. Open Society Foundations; New York, 2017.

PASQUALUCCI, J. M. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Wisconsin International Law Journal**, 27 / 51, p. 51–98, 2009.

HRC. **Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations**. A/HRC/26/25, 5 May 2014, 69-70.

RIBOTTA, Silvina. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. **Revista Electrónica Iberoamericana**, v. 1988, p. 0618, 2012.

RUEDA, A. M. A.; ALMENARA, M. B. (ed.). **Estandares regionales de actuación defensorial em processos de consulta previa de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru**. Defensoría del Pueblo: Lima, 2017.

SÁNCHEZ, Lucas. **Der IAGMR und WSK-Rechte: Eine wegweisende Rechtsprechungsänderung**, 20 ago. 2018.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, n.o 3 jul-dez 2004 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27227.pdf>. Acesso: 14 de Março de 2020

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people** E/CN.4/2004/80 26 January 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mission to Chile**, E/CN.4/2004/80/Add.3 17 November 2003.

TAULI-CORPUZ Victoria. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights**. A/HRC/39/17 September 2018.

TOMASELLI, Alexandra. **Indigenous peoples and their right to political participation: International law standards and their application in Latin America**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

UFPE. **A Faculdade de Direito do Recife e a Defensoria Pública da União realizam seminário sobre a litigância estratégica Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, 22 de Novembro de 2017, online. Disponível em: <https://www.ufpe.br/ccj/informes/>



/asset_publisher/hQUi8Q51DUkU/content/litigancia-estrategica-perante-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-23-e-24-de-novembro/40703. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

_____. **Minicurso sediado na Faculdade de Direito do Recife aborda o Sistema interamericano e o caso do Povo Xukuru com a Participação da Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, ONG's e de membros da comunidade indígena Xukuru**, 08 de Maio de 2019, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/agencia/noticias/-/asset_publisher/VQX2pzmP0mP4/content/minicurso-aborda-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-e-o-caso-do-povo-indigena-xukuru/40615. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

ZIMMERMANN, Taciano Scheidt; JR., Arno Dal Ri. **Ressignificações do Conceito de “Nacionalismo” entre a Origem e a Decadência da Convenção n. 107 da OIT**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 155-189, jan./jun. 2016.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, n.o 3 jul-dez 2004 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27227.pdf>. Acesso: 14 de Março de 2020

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people E/CN.4/2004/80** 26 January 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mission to Chile**, E/CN.4/2004/80/Add.3 17 November 2003.

TAULI-CORPUZ Victoria. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights**. A/HRC/39/17 September 2018.

TOMASELLI, Alexandra. **Indigenous peoples and their right to political participation: International law standards and their application in Latin America**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

UFPE. **A Faculdade de Direito do Recife e a Defensoria Pública da União realizam seminário sobre a litigância estratégica Sistema interamericano de Direitos Humanos**, 22 de Novembro de 2017, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/ccj/informes/-/asset_publisher/hQUi8Q51DUkU/content/litigancia-estrategica-perante-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-23-e-24-de-novembro/40703. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

_____. **Minicurso sediado na Faculdade de Direito do Recife aborda o Sistema interamericano e o caso do Povo Xukuru com a Participação da Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, ONG's e de membros da comunidade indígena Xukuru**, 08 de Maio de 2019, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/agencia/noticias/-/asset_publisher/hQUi8Q51DUkU/content/litigancia-estrategica-perante-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-23-e-24-de-novembro/40703.



/asset_publisher/VQX2pzmP0mP4/content/minicurso-aborda-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-e-o-caso-do-povo-indigena-xukuru/40615. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011.

ZIMMERMANN, Taciano Scheidt; JR., Arno Dal Ri. **Ressignificações do Conceito de “Nacionalismo” entre a Origem e a Decadência da Convenção n. 107 da OIT**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 155-189, jan./jun. 2016.

Sobre os autores

Gabriela Cristina Braga Navarro

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo, Franca, SP, Brasil; doutora pelo Departamento de Direito da Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt, Hessen, Alemanha; professora de Direito Administrativo e de Direito Ambiental na Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil. Autora do livro “Hermeneutica filosófica e direito ambiental”, publicada pela Editora IDPV. Autora de diversos artigos publicados nas áreas de direito indígena e direito ambiental. Atualmente trabalhando no projeto “Indigenous rights in the Inter-American System of Human Rights jurisprudence”, em que analisa o impacto da jurisprudência territorial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o ordenamento jurídico de países na América Latina. E-mail: gabrielabnavarro@gmail.com

Marina Luz Mejía Saldaña

Advogada pela Universidade Católica Argentina, e mestra em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela City, University of London. Sua tese de mestrado estudou os direitos dos povos indígenas e a apropriação de sua propriedade intelectual. Foi Visitante Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Co-autora do livro “Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica - Comentada y anotada. Con mención de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. E-mail: marina_mejia345@hotmail.com

João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; integrante do Programa de Extensão da Universidade Federal de Pernambuco “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos”; ex-bolsista de Pesquisa pela FACEPE pelo período de agosto de 2018 a agosto de 2019 e ex-integrante do Laboratório de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – no ano de 2018. E-mail: joaomqfigueiredo@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

