XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

NATALIA MASCARENHAS SIMÕES BENTES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: William Paiva Marques Júnior; Carla Noura Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-840-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

O campo da produção acadêmica na área do Direito passa por transformações de várias ordens, sobretudo, do ponto de vista dos temas da agenda de pesquisa e das suas abordagens. Como uma área marcadamente interdisciplinar, com um diálogo intenso com as Humanidades que fundamentam o Direito, tais como: a Sociologia, a Filosofia e a Teoria do Direito, a Antropologia Jurídica, a História do Direito, as Relações Internacionais, os Direitos Humanos, o campo da pesquisa jurídica no Direito Internacional dos Direitos Humanos, sofre o impacto da mudança da agenda e das abordagens. Dito isto, se ressalta que o contexto da sociedade internacional contemporânea não é mais o do Pós-Guerra. No período após 1945, diante das atrocidades operadas pelo Nazismo, se fazia necessário criar uma institucionalidade internacional capaz de levar a cabo um projeto de cooperação fundamentado na paz, na democracia e nos direitos humanos. Como resultado desse objetivo, emerge a Organização das Nações Unidas (ONU) que, em sua Carta de 1945, elege os direitos humanos e a paz como temas centrais da agenda da organização, com impactos na produção documental e normativa. Nesse cenário, em 1948, é a aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento-símbolo que sintetiza os anseios da nova era. Entretanto, na década de sessenta do século XX, são afirmados dois Pactos, o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, anunciando as especificidades de um cenário internacional marcado pela polarização entre os Estados Unidos da América e a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), polarização que traduz a característica fundamental das relações internacionais a partir da segunda metade do século XX, até a queda do Muro de Berlim (1989) e a desintegração da então URSS (1991), não obstante, nesse período, ter ocorrido uma produção normativa e documental profícua voltada ao reconhecimento e à afirmação dos direitos humanos. Após 1989, um novo contexto emerge com o fim da Guerra Fria, marcado pela assunção de uma nova agenda internacional com reflexos na pesquisa acadêmica. Com a realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos e a aprovação da Declaração e o Programa de Ação de Viena, em 1993, novas centralidades emergem. É necessário mais que o reconhecimento dos direitos humanos no plano normativo. O desafio consiste na concretização, na efetivação desses direitos e sua incorporação nas ordens jurídicas domésticas, nos projetos constitucionais dos Estados. O Programa de Ação vai eleger a educação em direitos humanos como uma tarefa fundamental da ONU, como também, a necessária relação entre direitos e deveres para a realização da condição de cidadania. Da DUDH (1948) a Viena (1993), avanços ocorrem na afirmação e

no reconhecimento dos direitos humanos como um projeto a pautar as relações internacionais. Entretanto, as polarizações, as novas relações de força conflitantes no cenário global resultam em novas ordens de desigualdades e novas temáticas de pesquisa reclamam abordagens interdisciplinares e perspectivas antes não utilizadas no Direito. Simultaneamente, exigem posturas acadêmicas mais comprometidas com o método científico. Nesse âmbito, os textos reunidos no GT DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS representam os novos rumos do avanço da pesquisa jurídica voltada às temáticas que articulam o local e o global. Os deslocamentos e as articulações em rede expressam as características fundamentais do tempo presente. Após trinta anos da queda do Muro de Berlim, outros muros e outras fronteiras são erguidos, muitas das vezes invisíveis fisicamente, mas tão presente nos imaginários guiando as relações internacionais contemporâneas. Os temas relativos aos refugiados, às migrações são alçados ao primeiro plano de visibilidade na pesquisa jurídica. Países e regiões localizados nas margens, na periferia do sistema global passam a ser objetos centrais de pesquisa. As relações entre Economia e Direito reclamam novas abordagens e domínio de estado da arte. Abordagens multiníveis dos direitos humanos e os institutos jurídicos que, antes, estavam nas margens, passam a ser objeto de concentração. Questões que fazem emergir desafios ao pesquisador contemporâneo que precisa adquirir competências teóricas e metodológicas para o movimentar dentro do campo. Os artigos deste GT, sem dúvida, incitam reflexões e uma problematização sobre o campo da pesquisa jurídica na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dirceu Pereira Siqueira - UniCesumar

Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB

Natália Mascarenhas Simões Bentes - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O MÉTODO DINÂMICO DE INTERPRETAÇÃO E O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

THE DYNAMIC METHOD OF INTERPRETATION AND THE STRENGTHENING OF INDIGENOUS RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS

Heitor Antunes Milhomens

Resumo

O artigo traça a trajetória percorrida para o reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH. Demonstra-se como foi possível, partindo de um completo silêncio convencional a respeito do tema no Pacto de San José, de 1969, os direitos indígenas obterem um progressivo reconhecimento na jurisprudência da Corte Interamericana em meados dos anos 2000, notadamente através da adoção de um método dinâmico de interpretação que possibilitou uma abertura a fontes externas para ampliar as fronteiras de seu corpus iuris, que enfim permitiu declará-los internamente no sistema regional.

Palavras-chave: Povos indígenas, Direitos humanos, Sistema interamericano, Método dinâmico de interpretação, Internalização

Abstract/Resumen/Résumé

The paper traces the trajectory covered for the recognition of the human rights of indigenous peoples in the scope of the Inter-American System of Human Rights - IAS. Demonstrate how, based on a complete conventional silence on the subject in the Pact of San José (1969), indigenous rights were progressively recognized in the jurisprudence of the IACtHR in the mid-2000s, notably through the adoption of a dynamic method of interpretation that allowed an openness to external sources to broaden the borders of its corpus iuris, which finally allowed to declare them internally in the regional system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous peoples, Human rights, Inter-american system, Dynamic method of interpretation, Internalization

1 APRESENTAÇÃO

No presente artigo traçamos a trajetória percorrida para o reconhecimento dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, buscando responder à seguinte indagação: partindo de um completo silêncio convencional a respeito do tema no Pacto de San José, de 1969, como foi possível aos direitos indígenas obterem um progressivo reconhecimento na jurisprudência da Corte Interamericana em meados dos anos 2000?

Para responder tal indagação, inicialmente apresentamos a arquitetura sobre a qual foi erigido o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para compreender seu funcionamento.

Em seguida, demonstramos como, diante do silêncio convencional sobre direitos indígenas, a adoção de um método dinâmico de interpretação pelos juízes possibilitou uma abertura do direito convencional à fontes externas, para ampliar as fronteiras do *corpus iuris* do SIDH, para enfim reconhecer internamente os direitos humanos dos povos indígenas independente de normatização interamericana própria.

Para qualificar o debate levantado, destacamos como o ativismo judicial empregado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos causou protestos e descontentamento dos Estados, que reagiram com a eleição de juízes de orientação doutrinária mais conservadora para a composição da Corte, ameaçando a futura manutenção de sua jurisprudência progressista.

Ao fim, evidenciamos que a organização do movimento indígena foi determinante para, após anos de lutas, ver reconhecidos seus direitos com maior força e em âmbito regional, através da positivação com a aprovação da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2016, minimizando alguns riscos de retrocesso que poderiam sofrer.

Para percorrer o trajeto de pesquisa acima proposto, utiliza-se o método lógico-dedutivo apoiado na revisão bibliográfica.

2 A ARQUITETURA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (adiante: SIDH) remonta à década de 1960, quando alguns dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (adiante: OEA), após anos de negociações, convencionaram sobre a necessidade de estabelecimento de mecanismos de promoção e garantia dos Direitos Humanos como alternativa eficaz à superação dos problemas históricos de violência, miséria, desigualdade e exploração que historicamente assolaram, sobretudo, os países latino-americanos. Assim, os Estados americanos reunidos em 22 de novembro de 1969 na cidade de San José da Costa Rica

aprovaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (adiante: CADH, Convenção ou Pacto de San José), instrumento legal que constitui-se pedra fundamental do SIDH. Atualmente, dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da OEA, 24 (vinte e quatro) países ratificaram a Convenção[1].

O Pacto de San José estruturou o SIDH a partir de um tripé que é composto por três entidade, a saber: (a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (adiante: CIDH ou Comissão); (b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos (adiante: Corte ou CorteIDH), e; (c) a Assembleia-Geral da OEA. A seguir analisaremos, ainda que de forma sucinta, as atribuições de cada uma destas instituições.

Composta por 07 (sete) membros eleitos pelos Estados para mandados de quatro anos e com direito a uma reeleição, a Comissão possui, dentre as funções estabelecidas no Artigo 41º da CADH[2], a atribuição de formular recomendações aos governos, preparar estudos e relatórios e atender à consultas dos Estados-membros sobre questões relacionadas aos Direitos Humanos. À propósito da Comissão, relata Flávia PIOVESAN (2000, p.34):

> Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão: fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anual à Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Mas a atuação da Comissão não se resume a atividades prospectivas. Numa espécie da atuação infrajudicial, compete a ela, o importante papel de receber e apurar denúncias formuladas por pessoas, grupos ou organizações não-governamentais sobre supostas violações

---

[1] Após a denúncia de Trinidad & Tobago e Venezuela, atualmente 22 países estão submetidos aos SIDH, a saber: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvado, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Cuba, excluída da OEA em 1962 - não pode participar do processo de aprovação da CADH – atualmente negocia seu reingresso e ainda não aderiu aos seus instrumentos. Estados Unidos, Canadá e a maioria dos países caribenhos de tradição *common-law* e que sofreram colonização anglo-saxã não ratificaram o instrumento. Podemos considerar, portanto, o SIDH como majoritariamente latino-americano.

[2] Artigo 41º. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:
a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º desta Convenção; e
g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

de direitos assegurados na Convenção ou mesmo em outros instrumentos de proteção dos Direitos Humanos. Recebida a denúncia, a CIDH deverá funcionar como uma espécie de mediadora em busca de uma solução amigável à questão. Não sendo possível alcançá-la, a Comissão redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões e, se entender pela existência da violação, pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas. Não sendo solucionado o assunto, a Comissão poderá levar a denúncia à conhecimento da Corte.

A CorteIDH é a instituição à qual reservou-se a função judicante dentro da estrutura do SIDH. Composta por 07 (sete) juízes eleitos pelos Estados para mandados de quatro anos e com direito a uma reeleição, a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetido exclusivamente pela Comissão ou por um Estado Parte. Sobre a Corte, GORESTEIN (2002, p. 95) aduz que:

> A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema por excelência. Enquanto os membros da Comissão são chamados de Comissários, os membros da Corte detêm o título de juízes; enquanto a Comissão elabora um relatório final com "recomendações", a Corte emite uma sentença "definitiva e inapelável", nas palavras da Convenção Americana. As sentenças da Corte são, ainda, obrigatórias, não podendo os Estados recusar-se a cumpri-las.

Além da sua função contenciosa, na solução de litígios, a CorteIDH possui função consultiva, a teor do Artigo 64.1 da CADH. Sendo a Corte o intérprete máximo da Convenção, cabe a ela emitir pareceres, ou melhor, opiniões consultivas com efeito vinculante (NEVES, 2016, P.255).

Complementando o tripé sobre o qual está erigido o SIDH, está Assembleia-Geral da OEA. Embora anterior à própria arquitetura do SIDH e sendo o plenário em que se aprovou o Pacto de San José, a Assembleia-Geral da OEA é o fórum no qual reúnem-se os representantes políticos de todos os Estados-membros, possuindo a atribuição legiferante em escala interamericana para a elaboração e aprovação de convenções, pactos e protocolos que regulamentem, dentre outros assutnos, os Direitos Humanos. Possui, ainda, a prerrogativa de eleger os comissários da CIDH e juízes da CorteIDH, o que lhe assegura o poder de orientar toda a estrutura do SIDH a partir das posições políticas negociadas e acatadas pela maioria dos Estados, que certamente exerce influência na indicação de candidatura e eleição de cada um dos mandatários.

Ressalta-se que o SIDH somente começou a operar efetivamente, em acordo com a arquitetura acima descrita, em 1979, quando a CorteIDH iniciou suas operações após a eleição, pela Assembleia-Geral da OEA, dos primeiros sete juízes americanos.

Compreendida esta estrutura sobre o qual foi erigido o Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do Pacto de San José, através da atuação da CIDH, CorteIDH e Assembleia-Geral da OEA, passaremos a analisar a evolução através da qual moldaram-se no âmbito americano os Direitos Humanos previstos na CADH, dando ênfase os direitos das minorias e grupos vulneráveis, principalmente dos povos indígenas, ante a ausência de um instrumento legal interamericano hábil a assegurar-lhes direitos fundamentais tomando em conta a suas especificidades até muito recentemente, com a aprovação da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (adiante: DADPI), em 14 de junho de 2016.

3 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Orientada por uma tradição liberal que influenciou fortemente as forças políticas do Estados que compõe a OEA, a Convenção Americana de Direitos Humanos não contém nenhuma especificidade cultural, uma vez que fruto desses entes políticos. Assim, o SIDH foi inicialmente erigido sem que houvesse qualquer regulamentação em âmbito interamericano à adequada defesa dos direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis. A questão indígena era ainda mais negligenciada em razão da herança do pensamento eurocêntrico que considera os povos tradicionais em si com um problema enquanto não fossem assimilados ao seu modelo de sociedade[3].

De tal modo, parece-nos natural que as primeiras manifestações da CorteIDH não levassem em consideração particularidades sociais (ESTUPIÑAN SILVA; IBÁÑEZ RIVAS, 2014, P. 317), adotando uma técnica interpretativa exegética através da qual deveria prevalecer, ao fim, a vontade dos Estados, fonte de todo o poder político que sustenta o SIDH. Dessa forma, as primeiras respostas da CorteIDH à casos que envolviam interesses das populações indígenas, centraram-se em uma interpretação que considerava apenas a somatória de indivíduos, sem atentar-se ao seu caráter de povo ou às consequências de atos lesivos cometidos sobre o conjunto da comunidade.

Entretanto, com o amadurecimento do debate de Direitos Humanos, ao longo dos anos fortaleceu-se na CorteIDH, legítima intérprete da Convenção, o entendimento de que este modo

[3] Entendemos que uma busca legítima ao universalismo dos Direitos Humanos somente é possível se considerarmos a soma de todas as unidades de 'ser-humano' sem perder de vista o conteúdo cultural que cada um carrega. Com maestria, WALLERSTEIN (2007, p.63-84) nos chama a atenção de que paradoxalmente não há nada mais etnocêntrico que a pretensão ao universalismo, pois ao tentar afirmar valores universais a partir de sua construção moral, uma determinada sociedade invariavelmente acaba impondo a assimilação das demais – e a dominação não tolera ideias de paridade cultural.

interpretativo exegético até então adotado ofendia a própria *ratio legis* da CADH, que em seu art. 29[4] consagrou o princípio interpretativo *pro-homine* para vetar aos Estados, grupos ou pessoas qualquer ato que resultasse em supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades previstas neste mesmo instrumento de direito internacional. Assim, qualquer interpretação dada às disposições contidas na CADH deveria privilegiar a pessoa humana como destinatária final dos direitos ali elencados, favorecendo ao ser humano uma interpretação que garanta a sua proteção máxima.

Da contínua evolução no exercício interpretativo da Convenção pela CorteIDH, construiu-se uma nova técnica interpretativa, nominada de *método dinâmico de interpretação*. Segundo ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014)[5], o método dinâmico consiste em interpretar o direito aplicável no contexto e em estreita relação com a realidade do seu destinatário. Trata-se de uma técnica de olhar universal multicultural, a partir do qual exsurge teorias inovadoras para adaptar a CADH ao particularismo cultural. A adoção deste método em relação aos povos indígenas e tribais significa que a CorteIDH assumiu o desafio de proteger a especificidade sem abrir mão da universalidade dos direitos protegidos.

A adoção deste universalismo jurídico multicultural desdobra-se em duas facetas. Primeiramente, precedentes como Mayagna Awas Tingi[6], Sarayaku[7] e Saramaka[8] demonstram que a jurisprudência da CorteIDH é marcada pela abertura a fontes externas, como p. ex. a Conveção OIT 169/1989, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU e outros

---

4 Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

5 Não temos a pretensão neste artigo, em razão da limitação espacial imposta pelo meio, de esgotar a teoria do "método dinâmico de interpretação" apresentada pelas autoras, de modo que nos limitaremos a pontuar seus principais argumentos. Todavia, por ser um argumento central à compreensão do estudo que propomos, convidamos o leitor que não tenha prévio conhecimento do argumento à leitura da obra a que ora nos remetemos.

6 CORTEIDH. Caso da *Comunidad* Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 31 de agosto de 2001, e; CORTEIDH. Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 3 de abril de 2009.

7 CORTEIDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentença de Mérito e reparações, 27 de junho de 2012.

8 CORTEIDH. Caso do Pueblo Saramaka vs Suriname. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 28 de novembro de 2007, e; CORTEIDH. Caso do Pueblo Saramaka vs Suriname. Interpretação da Sentença, 12 de agosto de 2008.

instrumentos internacionais, mesmo que não tenham sido ratificado pelo Estado violador, bem como o direito interno aplicável caso a caso, num processo de enriquecimento do direito aplicável ao sistema interamericano de direitos humanos que permite alargar as fronteiras da CADH.

Ademais, a CorteIDH assume, ainda, uma posição pioneira nos sistemas internacionais de Direitos Humanos ao promover uma abertura ao universalismo jurídico que, além do direito positivo, abre espaço ao direito consuetudinário indígena e os princípios das comunidades tradicionais. Como se verifica nos casos Bámaca Velásquez[9], Yakye Axa[10], Sawhoyamaxa[11], Yatama[12] e Xámok Kásek[13], apresenta-se uma tendência em evocar a jurisprudência nacional e internacional em busca de um consenso jurídico universal. Em consonância com Convenção OIT 169/1989, a CorteIDH reconhece que a 'consciência da identidade cultural' é aspecto fundamental no momento de uma comunidade determinar-se indígena ou tribal, de modo que esta identidade comunitária é um fato histórico social que pertence à sua autonomia, não sendo atribuição do Estado ou tribunais determinar.

Como se vê, mesmo que na CADH não exista qualquer referência a termos como 'indígenas', 'tribais', 'populações tradicionais', 'minorias' ou 'grupos vulneráveis', a jurisprudência da CorteIDH se mostrou extremamente perspicaz em construir uma interpretação que promovessem o gozo de direitos fundamentais aos povos indígenas.

No que se refere aos direitos dos povos indígenas, a jurisprudência da CorteIDH evoluiu para apresentar duas categorias específicas: (a) a existência de direitos humanos tradicionais, já contemplados na Convenção Americana, que são interpretados a partir do método dinâmico multicultural para promover a proteção dos povos indígenas, e; (b) a criação e reconhecimento de novos direitos humanos indígenas, que não têm seu conteúdo e alcance determinado de forma expressa na CADH, cabendo à jurisprudência desenvolvê-los sociais (ESTUPIÑAN SILVA; IBÁÑEZ RIVAS, 2014).

É pertinente a análise de cada uma destas categorias.

3.1 Reconhecimento de direitos expressamente previstos na Convenção Americana

---

9 CORTEIDH. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Sentença de Mérito, 25 de novembro de 2000.

10 CORTEIDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 17 de junho de 2005.

11 CORTEIDH. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 29 de março de 2006.

12 CORTEIDH. Caso Yatama vs Nicaragua. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 23 de junho de 2005.

13 CORTEIDH. Caso Comunidad indígena Xámok Kásek vs Paraguay. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 17 de julho de 2008

Para entendermos a construção deste método interpretativo, tomemos por exemplo o reconhecimento do direito à propriedade, que na CADH está regulamentado no Artigo 21[14] apenas sob o prisma da propriedade particular privada. Todavia, não é possível impor as definições de propriedade da tradição romana às noções indígenas de propriedade comunal. A existência de uma propriedade comum, enquanto direito coletivo, embora não seja usual em nossa tradição jurídica, é totalmente coerente com a cultura e organização social dos povos indígenas (BURGER, 2014, p.227).

Deve-se levar em consideração, ainda, a sensibilidade da questão fundiária no modo de vida indígena a na forma como ela impacta no exercício de uma série de outros direitos. Nesse sentido, devemos destacar que a falta de acesso das populações indígenas às terras que tradicionalmente ocupavam é capaz de tornar impossível a estes povos a satisfação de suas necessidades básicas, através de seus próprios meios tradicionais, levando a "*uma situação de escassez extrema, traduzida em um quadro grave de desnutrição, de alta incidência de enfermidades evitáveis e de mortes causadas por estas",* conforme destaca COURTIS (2009, p.69).

Para realizar esta compatibilização entre a previsão normativa restrita da propriedade privada na CADH e a complexidade da propriedade indígena no caso concreto, a CorteIDH demonstrou uma peculiar habilidade em relacionar seu método interpretativo dinâmico com as normas gerais de interpretação dos trados, insertas na Conveção de Viena, privilegiando o método de interpretação teleológico. Assim, a interpretação da CADH pela CorteIDH se deu "*à luz de seu objetivo e finalidade*", como preceituado no artigo 31.1, *in fine*, da Convenção de Viena.

Ao realizar a sua interpretação dinâmica, o juiz recorreu à uma técnica interpretativa que é chamada por BURGORGUE-LARSEN (2014, p.119-123) de técnica de valorização da abertura normativa, e caracteriza-se pela adoção de uma interpretação permeada pelo enfoque do princípio *pro-homine* que proporciona uma abertura normativa significativa à fontes externas, que tem por objetivo principal interpretar tanto o conteúdo quanto o alcance dos direitos garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

[14] Artigo 21º - Direito à propriedade privada
1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Delimitar o conteúdo de um direito passa tanto pela definição das noções "indefinidas" como pela descoberta de uma ou várias novas dimensões, noções e/ou categorias deste direito e tal processo teve como consequência a extensão do campo de aplicação da CADH. Ao seu turno, identificar o alcance de um direito tem como pressuposto levar em consideração certos contextos específicos do continente latino-americano, uma vez que a Corte fará o possível para que a sua interpretação legítima possa conferir ao texto da Convenção um alcance concreto e efetivo no contexto eminentemente complexo e violento destes países.

Nesse sentido, a CORTEIDH (2001)[15], ao julgar o caso da *Comunidad* Mayagna Awas Tingni, *leading-case* para o desenvolvimento do conteúdo do direito à propriedade dos povos indígenas sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, a Corte afirmou, a partir do artigo 21 da Convenção, que o direito à propriedade "*inclui, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal*". Da mesma forma:

> existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunitária da propriedade coletiva da terra, no sentido que a propriedade desta não se centra num indivíduo, mas sim no grupo e na sua comunidade. Os indígenas, devido à sua própria existência, têm o direito de viver livremente nos seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental das suas culturas, da sua vida espiritual, da sua integridade e da sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é apenas uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem usufruir totalmente, inclusive para preservar o seu legado cultural e transmitir às gerações futuras.

Nota-se, portanto, que o resultado da adoção pela CorteIDH do método de interpretação dinâmica multicultura aberto a fontes externas não implica na criação de um novo direito. O que há é, tão somente, a interpretação de direitos humanos tradicionais contemplados na Convenção Americana sob uma ótica multicultural, que no caso indígena, abarca um universalismo jurídico que considera os princípios gerais de direito, outras normas convencionais universais e regionais, o direito positivo interno dos Estados e o direito consuetudinário indígena, bem como o seu modo de vida tradicional e sua cosmovisão característica.

Tendo em conta este método dinâmico de interpretação adotado pela Corte IDH, ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014, p. 317-324) ao realizarem vasta análise da jurisprudência produzida pelo juiz americano, catalogaram um total de 12 (doze) Direitos Humanos expressamente previstos na CADH e que foram analisados pela CorteIDH sob a perspectiva indígena-tribal. A saber: (a) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3) das comunidades tradicionais; (b) direito à vida digna (art. 4) levando em consideração a vulnerabilidade e risco dos indígenas/tribais; (c) direito à integridade pessoal (art. 5); (d)

[15] Caso da Comunidad Mayagna Awas Tingni, já citado. Tradução livre realizada pelo autor do presente artigo.

liberdade de consciência e de religião (art. 12); (e) liberdade de pensamento e expressão (art. 13) preservando seu próprio idioma e tendo acesso a intérpretes; (f) direito à proteção da família (art. 17) que envolve as diferentes gerações e a própria comunidade; (g) direitos da criança (art. 19) assegurando-se o seu desenvolvimento no ambiente natural e cultural de seu povo; (h) direito à propriedade (art. 21) sobre as terras ancestrais, recursos naturais e bens imateriais, enquanto bens comunais; (i) direito às garantias judiciais (art. 8) com fácil acesso à justiça; (j) direito de circulação e de residência (art. 22), devendo o Estado possibilitar o regresso seguro e digno das comunidades às suas terras tradicionais, (k) direitos políticos e a igualdade perante a lei (art. 23 e 24) permitindo-lhes acesso ao exercício pleno da participação política e de integrar os órgãos estatais, e; (l) direito à proteção judicial (arts. 2 e 25) através de um procedimento adequado para a demarcação e titulação das terras tradicionais.

3.2 A criação de novos direitos, não expressamente previstos na Convenção Americana

Como se viu alhures, a adoção do método de interpretação dinâmica multicultural aberta permitiu precisar o conteúdo e o alcance de diversos Direitos Humanos tradicionais previstos na Convenção ao ponto de torná-los eficazes à adequada defesa dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais. Podemos, assim, considerar que este método alcançou resultados exitosos na medida em que provocou um aumento substancial do âmbito de aplicação da Convenção Interamericana às populações tradicionais.

Não bastassem tais avanços, BURGORGUE-LARSEN (2014, p.125) nos demonstra, ainda, que é possível ir além. Quando este método de interpretação dinâmica multicultural aberta se combina com técnicas específicas – a saber, as técnicas de integração e de combinação normativa – os resultados são ainda mais audaciosos, possibilitando uma verdadeira criação de novos direitos, independente da produção legiferante da Assembleia-Geral da OEA.

Entretanto, como modo de camuflar esta criação de novos direitos, a CorteIDH, com argúcia, os tem vinculado à um ou mais fundamentos jurídicos preexistentes na CAD, para que eles sejam trazidos ao *corpus iuris* latino-americano como uma espécie de 'revelação' de direitos que estariam consagrados implicitamente no texto convencional. Por tais razões o assunto é controverso e provoca intenso debate na doutrina e protesto dos Estados declarados responsáveis por sua violação.

Foi assim, por exemplo, que a CorteIDH inovou no ordenamento jurídico do SIDH para reconhecer aos povos indígenas o direito à consulta prévia, livre e informada. O exercício deste direito exige que, para se realizar a exploração das terras e recursos materiais e imateriais, de titularidade comum ou localizados no interior das terras tradicionalmente ocupadas pelos

povos indígenas, deve-se obter o seu prévio consentimento. Assim, o Estado e empresas deverão promover negociações, pautadas na boa-fé, junto aos representantes livremente escolhidos pelos povos indígenas afetados, através de sua consulta sistêmica – de acordo com os costumes e tradições do povo em causa –, em cada etapa do projeto de desenvolvimento e exploração dos recursos naturais, notadamente em projetos minerários e hidrelétricos, garantindo oportunidades reais para que os povos indígenas possam participar livremente e conhecer os riscos previstos nos estudos de impactos socioambientais resultantes do projeto, podendo apresentar seus pontos de vista e influenciar a tomada de decisões.

Ao julgar o caso Pueblo Saramaka[16], a CorteIDH sustentou a normatividade do direito à consulta livre, prévia e informada através de uma leitura conjunta dos Artigos 1.1, 2 e 21 da CADH e mais recentemente tem considerado que este direitos se trata, em verdade, de um princípio geral do direito internacional[17]. Tendo em vista que tal direito foi originariamente convencionado através da Convenção 169/OIT, a CorteIDH com tal argumento estendeu a todos os Estados que compõe o SIDH a obrigatoriedade de respeito em seu ordenamento jurídico interno do direito dos povos indígenas ao consentimento livre, prévio e informado, independentemente de um determinado Estado ter ou não aderido a este instrumento convencional alienígena.

A respeito desta técnica de criação de novos direitos desenvolvida no âmbito da CorteIDH, ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014, p. 324-326) identificaram 02 (dois) direitos de conteúdo e alcance próprios aos povos indígenas e tribais que, apesar de não encontrarem-se expressamente previstos no texto convencional, foram reconhecidos e nomeados pela Corte a partir da leitura conjunta de ao menos dois artigos da CADH, passando a integrar o *corpus iuris* interamericano.

Além do já citado direito à consulta livre, prévia e informada, a CorteIDH, utilizando-se dos mesmos métodos, reconheceu o direito à identidade cultural dos povos indígenas. Extraído a partir da leitura conjunta dos Artigos 1.1, 21 e 29.b, o direito à identidade cultural constiui-se em um direito humano fundamental e de natureza coletiva, que visa proteger os costumes, tradições, cosmovisão e modo de viver das sociedades tradicionais, devendo ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática.

---

[16] Caso do Pueblo Saramaka vs Suriname. Interpretação da Sentença, 12 de agosto de 2008. Série C, Nº 185, §§ 11 e 18.

[17] CORTEIDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentença de Mérito e reparações, 27 de junho de 2012. Série C, Nº 245, § 164.

4 ATIVISMO JUDICIAL DA CORTEIDH E RESISTÊNCIA SOBERANA DOS ESTADOS: CRISE NO SISITEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

A adoção pela CorteIDH do método dinâmico de interpretação, aberto a fontes externas ao ordenamento, capaz de acompanhar as tendências convergentes dos demais sistemas regionais e globais de proteção aos Direitos Humanos, por certo é capaz de manter viva a universalidade dos direitos tutelados, sem perder de vista as suas peculiaridades regionais. Este processo de expansão do direito aplicável ao SIDH permite alargar os horizontes da DADH para mantê-la em movimento, como um instrumento vivo.

Deve-se considerar que a construção deste método dinâmico de interpretação, multicultural e aberto a outras fontes, somente foi possível no âmbito da CorteIDH em razão da convergência da sabedoria e astúcia de juízes talentosos e que, além disso, adotavam posições doutrinárias semelhantes, garantindo muitas vezes a unanimidade – ou uma divergência pontual e restrita – de determinado argumento construído na jurisprudência da CorteIDH. Tendo em vista as possíveis filiações doutrinárias e como elas podem influenciar a construção doutrinária da CorteIDH, BURGORGUE-LARSEN (2014, p.113) aponta que:

> Um juiz formado de maneira "clássica" em direito internacional público – onde a soberania dos Estados é o vetor da análise positiva do direito internacional – não terá a mesma maneira de ver as coisas que um advogado sensível à tese do direito natural e/ou que outrora foi ativo (e possivelmente segue o sendo) nas atividades de proteção e promoção dos direitos humanos na qualidade de advogado comprometido – alguns diriam "ativista" –. Em consequência, as opções "doutrinárias" podem ter uma importância decisiva quando recordamos que a Corte é composta somente por sete magistrados eleitos para um mandado de seis anos, renovável uma única vez.[18]

Este ativismo judicial da CorteIDH mostrou-se eficaz em satisfazer a ausência de normas convencionais que objetivamente assegurasse o gozo de Direitos Humanos às minorias e grupos vulneráveis, notadamente aos povos indígenas e tribais, o que levou alguma segurança jurídica aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros, na medida em que pode orientar a solução de questões que, dada a complexidade e consequente desgaste político que poderiam causar, não possuíam qualquer regulamentação no *corpus iuris* interamericano ou nacional. Assim, entendemo que ativismo judicial da CorteIDH tenha até mesmo sido útil à alguns governos, na medida em que lhe retirou o peso e responsabilidade de formular decisões políticas sobre questões polêmicas que atrairiam os holofotes da sociedade. Deste modo, foi a partir da construção jurisprudencial da CorteIDH, por exemplo, que muitas cortes nacionais puderam decidir sobre conflitos que envolviam o direito ao reconhecimento, demarcação e titulação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

---

[18] Todas as citações da autora contida neste artigo são traduções livres do autor, realizadas a partir da obra original em idioma espanhol.

Entretanto, levando em conta o complexo equilíbrio de forças sociais, políticas e econômicas que atuam no campo da diplomacia e política externa, seria ingênuo esperarmos que este ativimo judicial da CorteIDH não gerasse descontentamento dos governos sob a alegação de desrespeito às suas soberanias.

Ao invadir a competência legiferante da Assembléia-Geral da OEA e proclamar novos direitos fundamentais às minorias e grupos vulneráveis, o ativismo judicial da CorteIDH e, além disso, proferir condenações contra os Estados por violarem justamente estes novos direitos, algumas rusgas ficaram bastante aparente, coincidência ou não, culminado numa crise interna no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Presenciamos em 2011 um movimento reformista em que Brasil, Equador, Peru e Venezuela propuseram medidas que buscava restringir os poderes da CIDH. O insucesso momentâneo da empreitada culminou com a denúncia da Venezuela ao Pacto de San José, ao qual não está mais vinculada desde 2013. Entretanto, os debates em torno do assunto ainda não foram superados, e o tema frequentemente volta à tona nas Assembleias da OEA[19].

É evidente que as crises no interior de um sistema são importantes, sobretudo para torná-lo mais forte. Todavia, momentos de crise são comumente usados para implementar retrocessos, motivo pelo qual requerem uma vigilância redobrada para a preservação de direitos.

Sobre os embates entre a CorteIDH e os Estados, BURGORGUE-LARSEN (2014, p.136) ressalta que:

> Em realidade, não são os métodos [interpretativos], e sim resultados pontuais que "irritam" certos governos. Ainda que democráticos, eles são, todavia, bastante frágeis, marcados por um presidencialismo débil (típico da história latino-americana) e propenso a flertar com o populismo.

Assim, as tensões entre os Estados-membros e o SIDH se agravam quando, por exemplo, as decisões da CorteIDH afetam questões sensíveis, que se encontram no centro da agenda política presidencial.

Para entender este fenômeno, não se pode perder de vista que, embora de um lado a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha historicamente adotado uma posição doutrinária de inclinações progressistas – que se reflete em sua jurisprudência através do método dinâmico de interpretação –, a arquitetura sobre a qual se erigiu o Sistema Interamericano de Direitos Humanos parece não lhe ter reservado tanta autonomia. O Pacto de

---

[19] Para melhor situar-se neste debate de crise política no Sistema Interamericano, recomendamos a leitura das revistas *Human Rigths Brief* (v. 19, n.2, 2013) e *Aportes DPLf* (n. 19, ano 7, 2014), ambas com distribuição *online*. Não daremos maior destaque às suas reflexões neste artigo, uma vez que tratam majoritariamente das propostas de reforma do ComitêIDH, enquanto que neste artigo optamos por analisar as implicações políticas sob interferência da CorteIDH.

San José, ao conceder à Assembleia-Geral da OEA a prerrogativa dos Estados-membros de indicar e eleger os comissários da CIDH e juízes da CorteIDH, demonstra claramente que o SIDH foi concebido à lógica de uma doutrina clássica de direito internacional público, em que suas ações deveriam ser construídas a partir da convergência de soberania dos Estados-membros.

Deste modo, a CADH garante aos países um confortável espaço de manobra política para que estes possam – com o decurso do tempo e consequente expiração dos mandatos – reconfigurar a composição tanto da CIDH quanto da CorteIDH, através da ascensão ao cargo de mandatários que se alinhem às ideologias que melhor atendam aos interesses da maioria das representações diplomáticas ali reunidas.

A divergência de opiniões é um acontecimento comum em qualquer fórum de tomadas de decisões colegiadas. A divergência interpretativa em julgamentos é, até certo ponto, corriqueira no dia-a-dia de uma corte judicial. No caso da CorteIDH, o voto em apartado dos juízes dissidentes foi a ferramenta escolhida pela CADH para dar publicidade às fundamentações desta dissidência. Mas, para além da função de promulgação da doutrina divergente, podemos obter numa análise detida do votos em apartado da CorteIDH um termômetro à indicar a tendência de mudança de orientação dos juízes americanos. Nesse sentido, não podemos deixar de dar o devido destaque à constatação de BURGORGUE-LARSEN (2014, p.140-141) de que, a partir de 2010, a Corte vem apresentando uma mudança na configuração dos votos em apartado. Enquanto tradicionalmente "*a maioria dos votos dissidentes anteriores se insurgiam contra a 'falta de audácia' da Corte, as recentes dissidências se ofendem, ao contrário, na maioria dos casos por seu 'activismo'".* A autora assinala como *turning point* deste movimento a ascensão dos juízes Pérez Pérez e Vio Grossi à Corte no ano de 2010. Devemos considerar, ainda, que a chegada de novos juízes em 2013 e 2016, transformou profundamente a orientação da CorteIDH.

Em sua atual composição[20], a Corte está composta majoritariamente por juízes provenientes da magistratura nacional, com pouco ou nenhum ativismo junto à organizações de defesa dos Direitos Humanos, em contraponto à composições anteriores em que advogados com grande experiência da defesa de direitos humanos costumavam ser eleitos. Outrossim, a maioria

[20] Em sua atual composição, as sete cadeiras da CorteIDH estão ocupadas pelos juízes Roberto F. Caldas (Presidente. Origem: Brasil. Mandato: 2013-2018), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Vice-presidente. Origem: México. Mandato: 2013-2018), Humberto Antonio Sierra Porto (Origem: Colômbia. Mandato: 2013-2018), Eduardo Vio Grossi (Origem: Chile. Mandato: 2010-2015 e 2016-2021), Elizabeth Odio Benito (Origem: Costa Rica. Mandato: 2016-2021), Eugenio Raúl Zaffaroni (Origem: Argentina. Mandato: 2016-2021) y Juez, Patricio Pazmiño Freire (Origem: Equador. Mandato: 2016-2021).

dos juízes atuais possuem formação voltada às matérias de Direito Internacional Público, Direito Constitucional e Direito Penal, disciplinas que se alicerçam na supremacia do interesse público e prevalência da soberania estatal. Com a reforma majoritária da CorteIDH em 2016 – na qual Vio Grossi foi reeleito para novo mandato –, é importante manter-se atento à orientação doutrinária que será construída nos julgamentos vindouros.

5 POSSIBILIDADE DE OVERRULING NA CORTEIDH E O RISCO DE REGRESSO NO RECONEHCIMENTO DE DIREITOS.

Todavia, estas mudanças dão indícios da real possibilidade de um contra-ataque dos Estados-membros que, se levado às últimas consequências, pode causar a implosão de todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do próprio tripé de sustentação sobre o qual está erigido. A sucessiva eleição para a CorteIDH de juízes com uma posição doutrinária mais conservadora acabará, invariavelmente, por provocar uma mudança na orientação da jurisprudência da corte. O problema crítico da hipótese ora levantada reside na possibilidade lógica de que o abandono de um ativismo judicial de orientação progressista na CorteIDH – que parte da observância do princípio *pro-homine* para a construção do método dinâmico de interpretação –, acabe por reduzir ou mesmo inviabilizar o gozo de direitos fundamentais cujo o conteúdo e alcance foram determinados no seio desta interpretação evolutiva.

Ora, se por força do Artigo 67 da CADH a sentença proferida pela CorteIDH é revestida de caráter definitivo e inapelável, não há meios a de impedir a Corte de proferir decisões contrárias ao entendimento jurisprudencial outrora fixado, gerando um movimento de *overruling* dos precedentes, originado, mais do que em razões jurídicas, em uma mudança na orientação política dos juízes americanos eleitos.

Neste ponto, cumpre pontuar nossa posição de que o fenômeno de superação dos precedentes judiciais é saudável e desejável em um ordenamento jurídico, nacional ou internacional, que se pretenda pós-moderno e democrático, capaz de se reinventar e atender às constantes mudanças sociais que impulsionam a evolução humana. Assim, abrir espaço à superação dos precedentes consagrados na jurisprudência deve ser entendido como um método de interpretação evolutiva, através do qual a CorteIDH pode novamente alargar os horizontes da DADH para mantê-la em movimento, como um instrumento vivo e dinâmico. Tal possibilidade, portanto, encontra-se a princípio em perfeita sintonia com *método dinâmico de interpretação* defendido nos estudos de ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014) e BURGORGE-LARSEN (2014).

A hipótese de *overruling* que não se pode admitir – uma vez que portadora de toda a dinamite necessária à implodir o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ou qualquer outro ordenamento – é aquela que implique em retrocesso e corte aos direitos e garantias fundamentais, mutilando o *corpus iuris* de Direitos Humanos já reconhecidos no seio do SIDH em decorrência do exercício de um função interpretativa legítima das disposições convencionais pela CorteIDH, autêntica guardiã de tais direitos em âmbito regional.

As cortes constitucionais nacionais têm imposto barreiras à revogação e limitação de direitos (LANGFORD, 2009, p. 108-110), consagrando uma doutrina que revela um princípio de não-regresso em matéria de Direitos Humanos. Entretanto, não podemos nos afastar da constatação de que, embora odioso, no âmbito da CorteIDH a superação de precedentes para cassar direitos humanos é uma medida possível, uma vez que não existe no SIDH nenhum dispositivo dotado de efetividade a impedi-lo.

Assim, cumpre à doutrina comprometida com uma interpretação evolutiva permanente a árdua tarefa de construir e consolidar teorias e mecanismos para sepultar tal possibilidade. Esta preocupação, portanto, não nos parece ilegítima, desarrazoada ou decorrente de um completo devaneio maniqueísta que aguarda, a qualquer instante, a tomada do SIDH por forças ocultas que pretendam, incontinente, desmantelar os mecanismos de promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Ao contrário, o movimento visível das forças políticas nos demonstram que o mundo vive atualmente um movimento de fortalecimento dos partidos conservadores que discursam abertamente sobre restrição sobretudo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - DESC. A eleição de Donald Trump à presidência norte americana, o crescimento da intenção de voto em candidatos liberais em todo o planeta, o fechamento das fronteiras europeias aos refugiados de guerra, a radicalização no combate à propagação da fé mulçumana, dentre outras situações que ocupam os noticiários, são indicadores de que as doutrinas conservadoras de restrição aos direitos humanos se alastram em escala global para muito além de eventuais mudanças na orientação de juízes que passaram recentemente a integrar a CorteIDH.

A realidade brasileira não destoa a este cenário: (a) O crescimento das bancadas da bala, ruralista e religiosa no congresso nacional, que mutuamente se apoiam na aprovação de leis que restringem o gozo dos DESC; (b) o aberto enfrentamento do governo brasileiro à orientações emanadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos após a conclusão da ocorrência de graves violação de Direitos Humanos pelo Brasil em casos como a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, crise que teve como ápice o corte do repasse de verbas pelo governo brasileiro à manutenção das estruturas que compõe o SIDH, ironicamente sob a

presidência do Partido dos Trabalhadores, que sempre propagandeou ser um defensor aguerridos dos direitos e garantis fundamentais da pessoa humana, e; (c) a ocupação do poder por um governo que se denomina reformista e, carecendo de qualquer apoio popular, foi alçado à presidência da república através de um processo de *impeachment* desencadeado principalmente por questões econômicas, que foram reforçadas pela denúncia de crimes de responsabilidade cuja subsunção é extremamente controversa – em que pese às inescusáveis e sucessivas denúncias de saque ao erário e corrupção que eclodiam diariamente, minando a credibilidade da equipe política que cercava a presidente eleita – e agora utiliza-se convenientemente de um discurso que parte de uma estagnação econômica para justificar a a aprovação de insidiosas reformas trabalhistas e previdenciárias, enquanto a população que outrora tomou as ruas em busca de moralidade, agora se queda inerte.

A sustentação de um Estado mínimo requer que o afastamento das nuances sociais e culturais da sociedade em prol do universalismo, e nesse sentido WALLERSTEIN (2007, p.76) nos alerta que é necessário ter *"cuidado com os falsos deuses dos supostos universalismos que não só mascaram as estruturas de poder e suas desigualdades como são os principais promotores e mantenedores das polarizações imorais vigentes"*.

Todos estes fatos estão aí para demonstrar com clarividência solar que crises, sobretudo políticas e econômicas, sempre foram um conveniente pano de fundo para a cassação de direitos sociais, de forma que a contínua militância na positivação e não-regresso em questões de direitos humanos é uma luta que não pode arrefecer.

6 CONCLUSÃO

Para alcançar um nível de proteção mais efetivo aos Direitos Humanos, sobretudo para minorias e grupos vulneráreis, e que esteja cada vez menos suscetível a turbulências políticas e econômicas, o movimento indígena nos mostra que é necessário ir além da mera construção de um método de interpretação dinâmica e judicialização de direitos fundamentais, seja em jurisdição nacional ou internacional.

Verificamos que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ainda pode ser muito suscetível a estas oscilações políticas, com riscos reais de regresso, não importa o nível de refinamento na interpretação do Pacto de San José que se tenha obtido no âmbito da CorteIDH.

Assim, mostrou-se muito valiosa a contínua luta das organizações indígenas americanas, seja através de sua representação perante a CorteIDH, seja através de negociação política e debate junto aos governos nacionais e respectivas representações diplomáticas no

âmbito da Assembleia-Geral da OEA, que culminou pela aprovação da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 14 de junho de 2016.

Atravessando uma trajetória de reconhecimento e declaração de direitos às avessas, o SIDH partiu do reconhecimento jurisprudencial dos direitos indígenas para uma ulterior positivação. Esta conquista marca o alcance de um nível maior de proteção, com fortalecimento dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas na medida em que os torna menos suscetíveis à crises políticas e decorrentes *overrulings* na CorteIDH, em comparação à situação anterior em que seus direitos, carentes de uma positivação, somente passavam a integrar o *corpus iuris* interamericano a partir do seu reconhecimento na jurisprudência.

Uma análise superficial da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas nos demonstra que todos os 14 direitos humanos reconhecidos na jurisprudência da CorteIDH através da adoção do método dinâmico de interpretação, conforme o levantamento de ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014), estão presentes em seu texto. Além dos 12 Direitos Humanos tradicionais já previstos na CADH e que foram somente interpretados pela CorteIDH à luz do multiculturalismo para contemplar a proteção dos povos indígenas, o direito à consulta livre, prévia e informada e o direito à identidade cultural – verdadeiramente criados no seio do SIDH através da jurisprudência da Corte – encontram-se hoje positivados.

De mais a mais, ações como a mobilização social, a estruturação de organizações não-governamentais, a formulação de campanhas de conscientização e de pressão política, dentre outros, são fatores indispensáveis à conquista de direitos e acabam por gerar, além do empoderamento, um sentimento de apropriação e legitimidade daqueles direitos conquistados (BURGER, 2014, p. 230)

Naturalmente, observa-se haver uma variação entre o nível de delimitação do conteúdo e alcance destes direitos conforme são protegidos pela jurisprudência da CorteIDH e na forma em que foram positivados na DADPI. Esmiuçar esta variação no conteúdo e alcance dos direitos humanos dos povos indígenas é uma tarefa necessária, mas que demanda um estudo e pesquisa amplos que não cabem nos estreitos limites metodológicos deste artigo, mas que a pesquisa acadêmica deve encarar nos próximos anos.

Todavia, se não podemos considerar a DADPI um documento convencional que assegura os direitos indígenas da forma mais ampla, devemos ter em mente que é uma norma interamericana que garante direitos mínimos e que resultou de um consenso entre especialistas, ativistas e delegações diplomáticas.

Embora ainda dependa de ratificação dos Estados para que entre plenamente em vigor, a aprovação da DADPI em 2016 soma-se, ainda, à aprovação a Declaração das Nações Unidas

sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 e da Convenção Nº 169 da OIT, de 1989, coroa uma árdua e longa jornada de construção de um *corpus iuris* internacional de proteção aos direitos fundamentais dos povos indígenas do continente americano, na formatação de um *ius gentium* que remonta à 1514, quando o frade dominicano espanhol Bartolomé de las Casas inaugurou um movimento de reconhecimento de direitos dos povos indígenas americanos contra a assimilação e extermínio do invasor europeu (WALLERSTEIN, 2007, p.29-61).

A positivação de direitos indígenas no âmbito do SIDH é através da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia-Geral da OEA é o primeiro passo efetivo para reconhecer seus direitos indistintamente em qualquer pedaço de chão do continente que ancestralmente ocupam e que originalmente não conhecia fronteiras nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AYLWIN, José. Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 285-314.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, Povos & Cidadanias Indígenas: Inscrições Constitucionais e Direitos Étnicos na América Latina. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 251-284.

BURGER, Julian. La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 220-250.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 12, n. 1, p. 105-162, 2014.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 10, jun. 2009, p. 53-81.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 316-356.

GARCIA SERRANO, Fernando. La participación política del movimento indígena ecuatoriano; balance crítico (1990-2007). In CHENAUT, Victoria; GÓMEZ, Magdalena; ORTIZ, Héctor; SIERRA, María Teresa (Coords.). **Justicia y Diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización**. México/Ecuador, Ciesas/Flacso, La Casa Chata, 2011, p. 219-235.

GORENSTEIN, Fabiana. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Loyola, 2002.

HENNEBEL, Ludovic. La Convención Americana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de los pueblos indígenas. **Boletín mexicano de derecho comparado**, v. 43, n. 127, p. 131-177, 2010.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 11, dez. 2009, p. 99-133.

MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: 2007.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Interpretando a Interpretação? Uma Análise da Racionalidade Jurídica das Sentenças Proferidas nos Casos sobre Propriedade Comunal da corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 2, n. 1, p. 249-264, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. In **Texas Law Review**, n. 89, 2011, p. 1669-1698.

SALAZAR, Katya (Org.). **Aportes DPLf.** Number 19, year 7, April 2014.

SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 391-408

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007.

WASHINGTON COLLEGE OF LAW. **Human Rigths Brief.** v. 19, n.2, 2013.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, Junho de 2010.