

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO  
CONPEDI**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS II**

**DANIELA MENENGOTI RIBEIRO**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**TANIA LOBO MUNIZ**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Marcos Leite Garcia; Tania Lobo Muniz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-738-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II**

---

### **Apresentação**

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito deu enfoque à temática “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. Suas atividades se desenvolveram nos dias 20 a 24 de junho de 2023 e contou com inúmeros trabalhos que demonstraram, nessa vitrine, pesquisas oriundas de diferentes programas, permitindo a publicização e democratização do conhecimento e a ampla discussão, respeitosa, de diferentes pontos de vista pertinentes a objetos semelhantes, demonstrando a riqueza do conhecimento desenvolvido na nossa academia e, em especial, a diversidade que caracteriza o nosso país. Diversidade essa que é, também e sobretudo, uma riqueza que nos permite em um mesmo Brasil encontrar diferentes Brasis e perceber nuances e problemas tão distintos e tão próximos.

O Grupo de Trabalho (GT) em Direito Internacional dos Direitos Humanos II, coordenado por nós, ocorreu em 21 de junho, tendo como monitora a competente Lorene, e contou com a apresentação de 19 trabalhos, com objetos dos mais relevantes relacionados aos Direitos Humanos. As apresentações foram organizadas em quatro grupos, alinhados pela proximidade dos temas, que se conectaram e se complementaram, permitindo uma discussão enriquecedora.

Eis os trabalhos apresentados e seus respectivos autores:

Questões conceituais e teóricas e discussão de decisões e parâmetros das cortes:

A CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA E AS DECISÕES AUTOMATIZADAS: ESTUDO DE CASO “O SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL”, por Eduardo Lincoln Domingues Caldi e Zulmar Antonio Fachin;

A DINÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM CONCEITO EM MOVIMENTO?, por Alice Rocha da Silva e André Pires Gontijo;

APORTES CRÍTICOS DOS CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO AO DIREITO AO TERRITÓRIO ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA: HIPÓTESES DE JUS COGENS?, por Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque;

DIÁLOGO JUDICIAL SOBRE A LEI DE ANISTIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O STF E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, por Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque;

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, por Elenita Araújo e Silva Neta e Adrualdo De Lima Catã.

Questões relativas à Liberdade Religiosa:

LIBERDADE RELIGIOSA E A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: UM ESTUDO SOBRE A INFLUÊNCIA CANÔNICA NO DIREITO À VIDA, por Paulo Roberto Resende De Souza;

UM PARALELO DA POSIÇÃO DA ONU EM RELAÇÃO ÀS LEIS DE BLASFÊMIA E ÀS LEIS DE DISCURSO DE ÓDIO: DESAFIOS ATUAIS EM RELAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA, por Mariana Gouvêa de Oliveira;

LIBERDADE RELIGIOSA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS FRENTE A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA, por Paulo Roberto Resende De Souza e Renata Mantovani De Lima;

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A ATOS COMETIDOS POR ATORES ARMADOS NÃO-ESTATAIS NA PERSEGUIÇÃO DE MINORIAS RELIGIOSAS, por Mariana Gouvêa de Oliveira.

A respeito do Refúgio e dos Povos Indígenas:

CAMPOS SEM REFÚGIO: QUESTÕES DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES EM CAMPOS DE REFUGIADOS, por Luana Cristina da Silva Lima Dantas e Oswaldo Pereira De Lima Junior;

ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE AS MULHERES REFUGIADAS E A PINK TAX NO MERCADO DE CONSUMO DO BRASIL, por Adriely Alessandra Alves De Lima e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro;

A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS: OS DESAFIOS DO CONTEXTO MIGRATÓRIO NO BRASIL, por Adriely Alessandra Alves De Lima e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro;

A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS: UMA ANÁLISE DOS STANDARDS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, por Renã Margalho Silva, Horácio de Miranda Lobato Neto e Dafne Fernandez de Bastos;

JUSTIÇA ECOLÓGICA NA SUPERAÇÃO DA “INCAPACIDADE” INDÍGENA: DA TUTELA ESTATAL AO PROTAGONISMO INTERNACIONAL, por Adriana Biller Aparicio, Letícia Albuquerque e Isabele Bruna Barbieri.

E sobre a temática Ambiental e das “Smart Cities”:

BIODIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DO ACORDO KUNMING-MONTREAL, por Letícia Albuquerque, Adriana Biller Aparicio e Isabele Bruna Barbieri;

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO HUMANO À ÁGUA NO ÂMBITO INTERNACIONAL, por Fernanda Sales França de Farias;

MUDANÇA CLIMÁTICA E VIOLAÇÃO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: UMA RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA, por Joana D’Arc Dias Martins;

SMART CITIES E EDUCAÇÃO INTELIGENTE: ALÉM DO QUE SE VÊ, por Catharina Orbage De Britto Taquary Berino e Eneida Orbage De Britto Taquary;

SMART CITIES E LITÍGIOS: O CASO DE NOVA ORLEANS, por Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, Eneida Orbage De Britto Taquary.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho em Direito Internacional dos Direitos Humanos II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Daniela Menengoti G. Ribeiro, Universidade Cesumar (UniCesumar)

Marcos Leite Garcia, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Tania Lobo Muniz, Universidade Estadual de Londrina (UEL)

**APORTES CRÍTICOS DOS CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO AO DIREITO AO TERRITÓRIO ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA: HIPÓTESES DE JUS COGENS?**

**CRITICAL CONTRIBUTIONS OF THE RESTRICTION CRITERIA ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT CASES IN THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF INDIGENOUS PROPERTY: HYPOTHESIS OF JUS COGENS?**

**Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque**

**Resumo**

A partir do estudo empírico dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) que versem sobre o direito à propriedade, mas especificamente, o direito ao território indígena, o presente trabalho visa avaliar em que medida a CorteIDH admitiu a restrição desse direito pelo Estado. O objetivo é identificar quais os critérios restritivos consolidados pela CorteIDH na sua jurisprudência, como também, analisar a argumentação desenvolvida pelo tribunal de modo a considerar qual a natureza jurídica que esses critérios restritivos possuem, isto é, se constituem uma opinio iuris ou jus cogens para os Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Dentre a vasta jurisprudência da CorteIDH sobre direito ao território indígena, foram selecionados 04 (quatro) casos em que a CorteIDH julgou convencional a restrição a esse direito, a saber: Sarama Vs. Suriname; Moiwana Vs. Suriname; Yakye Axa Vs. Paraguai; Mercedes Julia Huenteeo Beroiza Y Outras Vs Chile. A metodologia utilizada foi a de análise de conteúdo. Os achados iniciais permitem concluir que, diante da evolução do conceito de regras jus cogens, tais critérios constituem hipóteses erga omnes no ordenamento jurídico internacional, devendo os Estados estarem internacionalmente obrigados a segui-los, sem acrescentar nenhum critério mais restritivo que os já delimitados pela CorteIDH, sob pena de responsabilização internacional por violação de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Propriedade indígena, Território, Corte interamericana de direitos humanos, Jus cogens, Opinio iuris

**Abstract/Resumen/Résumé**

From the empirical study of the cases of the Inter-American Court of Human Rights (CourtIDH) that deal with the right to property, more specifically, the right to indigenous territory, the present work aims to evaluate the extent to which the Court admitted the restriction of this right by the State. The objective is to identify the restrictive criteria consolidated by the IACHR Court in its jurisprudence, as well as to analyze the arguments developed by the court in order to consider what legal nature these restrictive criteria have, that is, if they constitute an opinio iuris or jus cogens for the signatory states of the American Convention on Human Rights (ACHR). Among the vast jurisprudence of the CorteIDH on

the right to indigenous territory, 04 (four) cases were selected in which the CorteIDH considered the restriction of this right to be conventional, namely: Sarama Vs. Suriname; Moiwana vs. Suriname; Yakye Axa vs. Paraguay; Mercedes Julia Huentao Beroiza Y Others Vs Chile. The methodology used was the content analysis. The initial findings allow us to conclude that, given the evolution of the concept of jus cogens rules, such criteria constitute hypotheses erga omnes in the international legal order, and States must be internationally obliged to follow them, without adding any more restrictive criteria than those already delimited by the CorteIDH, under penalty of international accountability for violation of human rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Indigenous property, Territory, Interamerican human-rights court, Jus cogens, Opinio juris

## 1 INTRODUÇÃO

A análise dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos revela-se um dos campos mais férteis para a análise do caráter evolutivo (e construtivo) do direito internacional dos Direitos Humanos, pois desenvolve interpretações judiciais a partir de parâmetros principiológicos que não se esgotam na mera transcrição literal dos Tratados Internacionais, mas em uma aplicação para além do texto, a qual, diante das nefastas violações, ouve a voz das vítimas por objetivar uma proteção *pró-homine* mais concreta e eficaz.

Daí porque, a análise da jurisprudência (e até mesmo de um único caso) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) deve ser realizada a partir de diferentes mecanismos que compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo como base a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que em que pese tratar-se de um dos maiores marcos do direito internacional público, não deve ser encarada como superior às outras fontes como opiniões consultivas, tratados internacionais, relatorias, votos dos juízes, por tratar-se de um norte, isto é, uma diretriz de construção dos julgamentos proferidos pela Corte IDH.

Por essas razões, discutir o sistema interamericano de Direitos Humanos exige muito mais que a simples leitura da CADH; faz-se necessário utilizar das diversas fontes do direito internacional público e de todos os instrumentos que este campo tão vasto oferece a fim de se alcançar uma análise plural e aí sim, compreender como esta egrégia Corte reconhece e fundamenta os princípios validados pela CADH.

Sendo assim, o estudo visado neste trabalho científico possui o fito de analisar se os critérios jurisprudenciais identificados nos casos já julgados pela Corte IDH que envolvem povos indígenas e versem sobre a violação e restrição do (seu) direito de propriedade constituem ou não novas hipóteses de *jus cogens*. E para isso, este trabalho se dividirá didaticamente em (1) uma breve dissertação acerca do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e das regras de *jus cogens*; (2) na análise sobre o direito de propriedade indígena a partir do estudo dos casos que tramitaram na Corte IDH ou na CIDH; (3) comentários dos critérios de restrição do direito de propriedade, extraídos da jurisprudência da Corte IDH e (4) numa (re)análise desses critérios afim de propiciar a discussão se eles constituem ou não novas hipóteses de *jus cogens*.

## **2 PRAGMATIZANDO: SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O ELEMENTO *JUS COGENS***

Antes de se adentrar na discussão acerca do direito de propriedade dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), faz-se mister tecer breves comentários sobre o funcionamento deste sistema através da distinção entre Comissão, Convenção e Corte Interamericana de Direitos Humanos e do atual entendimento e definição do elemento *jus cogens*.

Foi baseado na ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve se reduzir a soberania de um Estado, ou seja, a noção tradicional de soberania estatal sofreu (e sofre) um processo de relativização em detrimento da admissão de intervenções internacionais em prol da proteção dos direitos humanos, que no entendimento de Roberto Taiar houve a inclusão da “(...) dignidade da pessoa humana como característica inerente ao conceito de soberania” (TAIAR, 2010, p.308), que o SIDH surgiu como sistema normativo que internacionaliza as temáticas humanas no plano regional, especificamente na África, América e Europa, e como complemento jurídico ao Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, que nos dizeres de Flávia Piovesan “(...) os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional” (PIOVESAN, 2000, p.20).

O SIDH tem a Convenção Americana de Direitos Humanos como seu principal instrumento. Foi assinada na Costa Rica, em San José no ano de 1969, sendo que somente em 1978 passou a entrar em vigor, reconhecendo e assegurando direitos civis e políticos, além de estabelecer “um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia (...) que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana” (PIOVESAN, 2000, p.20).

No que tange a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a sua principal função é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América, por isso é considerada como um órgão conciliador, assessor, crítico e legitimador desta proteção. Tem sua normatividade advinda da CADH e da Carta da OEA, e que segundo Maria Galli e Ariel Dulitzky “(...) é um órgão central da Organização dos Estados Americanos (OEA) na supervisão e monitoramento do grau de cumprimento das obrigações internacionais pelos Estados-membros em matéria de direitos humanos no âmbito regional” (GALLI; DULITZKY, 2000, p.54). Além disso, é pela CIDH que as

denúncias são recebidas e protocoladas perante o SIDH, tendo em vista que é somente pela Comissão que um caso pode chegar a ser julgado e condenado pela Corte IDH.

A Corte Interamericana se diferencia da CIDH por dois principais motivos: (1) o primeiro consiste na sua função contenciosa, ou seja, é o órgão julgador do SIDH que ao verificar a violação de direitos humanos e comprovar sua competência em razão das partes, do objeto da denúncia e do tempo, pode responsabilizar internacionalmente aquele Estado que ratificou e reconheceu sua jurisdição; já o (2) segundo motivo, consiste na sua função consultiva, pois o único órgão competente para interpretar a CADH e emitir pareceres, ou melhor, opiniões consultivas com efeito vinculante é a Corte IDH.

Insta aduzir que por mais que a Corte IDH seja o órgão com função jurisdicional do SIDH, não se pode afirmar (para um melhor entendimento do próprio sistema) que seja superior à CIDH e assim subjugar suas funções, pois em que pese tratar-se de um sistema de proteção individual, o indivíduo não tem capacidade processual autônoma para litigar diretamente perante a Corte, logo é imprescindível a relatoria dos casos pela CIDH, ademais, no âmbito da sua função conciliadora, todas as atitudes de um Estado denunciado perante a CIDH é levada em consideração no seu julgamento na Corte IDH.

Instaurado o contexto no qual nossa discussão irá se situar, faz-se necessário entender a definição de *jus cogens* e o porquê dele ser o elemento central nessa (nova) análise dos critérios de restrição da propriedade indígena estabelecido pela jurisprudência da Corte IDH. O *jus cogens* é uma gama de princípios que apresentam especial força vinculante e obrigatória de caráter *erga omnes*, estando previsto nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

No entendimento de Theodor Meron, *jus cogens*

(...) é definido como um conjunto de princípios que resguarda os mais importantes e valiosos interesses da sociedade internacional, como expressão de uma convicção, aceita em todas as partes da comunidade mundial, que alcança a profunda consciência de todas as nações, satisfazendo o superior interesse da comunidade internacional como um todo, como os fundamentos de uma sociedade internacional, sem os quais a inteira estrutura se romperia. Os direitos humanos mais essenciais são considerados como parte do '*jus cogens*' (MERON, 1986 *apud* PIOVESAN, 2011, p.119).

Isto é, os princípios que são considerados como *jus cogens* têm força vinculante e superioridade dentre os demais, pois além de representarem a própria finalidade da proteção dos direitos humanos, são normas imperativas de direito internacional, ou seja, não podem ser desrespeitadas; seja o que for: tratados, relatorias, documentos ou opiniões consultivas, se estiverem contrariando *jus cogens* são considerados nulos.

Daí porque o entendimento vigente é que os Estados Partes que ratificaram a CADH, reconhecem a competência e o poder jurisdicional da Corte IDH e assumiram o compromisso de promover a proteção dos direitos humanos, devem respeitar e obedecer todos as normas imperativas de direito internacional, ou seja, as normas *jus cogens*, pois conforme explica Flávia Piovesan “é como se do Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)” (PIOVESAN, 2011, p.106).

Diante disso, além do caráter imperativo, tais normas não podem ter o seu conteúdo delimitado e quantificado, tendo em vista que por exercerem uma função de obrigação erga omnes dos direitos humanos, não há como prever quando uma violação irá ocorrer e, nem como esta violação irá macular (e o quanto maculará) a proteção do indivíduo; em outras palavras, com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, com a evolução dos conflitos e debates acerca da proteção dos direitos humanos, novas necessidades irão surgir, novas normas precisarão ser reconhecidas como hipóteses de *jus cogens* para que se constitua direito imperativo para os Estados, como o reconhecimento de uma proteção especial e obrigatória destinada à propriedade indígena.

### **3 O DIREITO DE PROPRIEDADE INDÍGENA NA CORTEIDH: ESTUDO DOS CASOS**

Da simples leitura do artigo 21 é possível constatar que a CADH não menciona expressamente a propriedade indígena, pois tal artigo somente faz uma abordagem genérica acerca do direito de propriedade, a saber

Direito à propriedade privada:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de 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.

Entretanto, por se tratar de povos indígenas, tal artigo deve ser analisado para além do texto, tendo em vista que por possuírem uma relação ímpar com o ambiente natural

em que habitam, entende-se que “território” é muito mais que uma propriedade com cunho meramente pecuniário, por constituir parte integrante da sua identidade e envolver mais do que as relações sociais ou manejos de sobrevivência, e sim, representar – e identificar - sua cultura, religião, espiritualidade, isto é, o seu “sagrado”.

Nesse sentido, a Corte IDH vem se posicionando a favor de um direito de propriedade de interpretação extensiva por entender a intrínseca ligação desenvolvida pelos povos indígenas com os territórios que tradicionalmente ocupam e habitam e, inclusive, já se posicionou no sentido de interpretar o artigo 21 da CADH, “(...) à luz do contexto próprio das comunidades tradicionais, bem como de outras normas internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT – como direito comunal ou coletivo dos povos e comunidades indígenas” (AIDA, 2010, p.88). Além de também esclarecer (através de seus julgados) o caráter sagrado que as terras desses povos possuem como no Caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, o qual ensinou que

(...) o significado especial da terra para as comunidades indígenas em geral (...) implica que qualquer negação ao gozo ou exercício do seu direito territorial é prejudicial aos valores que são básicos aos membros das comunidades, que correm o risco de perder ou sofrer um dano irreparável à sua vida, identidade cultural e a herança cultural (...).  
(Tradução Livre)

Essa interpretação extensiva da Corte IDH não se exaure aí, pois a egrégia Corte entende que o conceito de propriedade (indígena) é amplo, abarcando como bens as coisas apropriáveis, assim como todo direito e interesse integrantes do patrimônio de uma pessoa (Caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*, 2008, par. 55), ou seja, a propriedade deve ser considerada de maneira autônoma e não restritiva, devendo-se valer de todos os instrumentos legais a sua disposição para garantir a proteção das mencionadas comunidades, tendo em vista os prejuízos sociais, ambientais e econômicos que elas vêm enfrentando (Caso *Moiwana vs. Suriname*, 2005).

Feito isto, passar-se-á, agora, a uma análise de casos já julgados pela Corte IDH nos quais fica claro (e mais justificado) a interpretação extensiva acerca do direito à propriedade indígena proposta pela própria Corte. Vejamos.

### 3.1 CASO SARAKA VS SURINAME

No presente caso, as vítimas solicitam à Corte IDH, a responsabilidade internacional do Estado do Suriname por não promover o reconhecimento ao uso e o gozo

do território ocupado e usado tradicionalmente pela comunidade Saramaka, além de ter violado o direito à proteção judicial ao não oferecer um recurso efetivo para a proteção judicial aos direitos fundamentais da Comunidade Saramaka, em especial o direito de possuir propriedade de acordo com suas tradições comunais.

Diante disso, a Corte IDH entendeu que a comunidade indígena Saramaka possuía uma ligação intrínseca com o seu território, uma espécie de ligação espiritual e que dessa forma, a terra ancestral possuía um papel de extrema importância para sua própria sobrevivência, uma vez que se apresentava como uma fonte necessária à continuação da vida e da identidade cultural dos membros daquela comunidade.

Entretanto, Corte IDH ainda se manifestou no sentido de que por mais que se reconheçam todas as especificidades da relação entre os indígenas e suas terras, o uso e o gozo destas poderão sofrer limitações, visto que o direito de propriedade não é absoluto. Mas, essa restrição somente será autorizada quando não implicarem na completa denegação da existência dos próprios indígenas, ou seja,

(...) em relação às restrições ao direito dos povos indígenas e tribais, especialmente o uso e aproveitamento da terra e dos recursos naturais que possuem tradicionalmente, um fator importante a se considerar, é se a restrição e esse uso implicarão na negação de tradições e costumes de modo que se coloque em risco a própria sobrevivência do grupo e seus membros. Ou seja, nos termos do artigo 21 da Convenção, o Estado poderá restringir o direito dos indígenas Saramakas a usar e gozar de suas terras, que tradicionalmente são titulares, e os recursos naturais que nelas estão disponíveis somente quando a restrição cumprir com os requisitos mencionados e também quando não implique na negação à sobrevivência como um povo tribal (Tradução Livre).

Quanto aos requisitos mencionados no excerto, são eles: (1) as restrições devem ter sido previamente estabelecidas em lei; (2) devem ser necessárias; (3) proporcionais e (4) devem ter como finalidade um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Neste caso, a Corte ainda levou em consideração o fato de o Estado ter a obrigação de consultar os povos indígenas e de obter o consentimento deles,

Em primeiro lugar, a Corte declarou que, para garantir a participação efetiva dos membros do povo Saramaka em planos de investimento ou desenvolvimento no seu território, o Estado tem o dever de consultar efetivamente a comunidade de acordo com seus costumes e tradições (supra par. 129) . Este dever exige que o Estado aceite e divulgue informações, e implica na comunicação constante entre as partes. Essas consultas devem ser feitas de boa-fé, mediante procedimentos apropriados e deve procurar chegar a um acordo (Tradução livre).

### 3.2 CASO COMUNIDADE MOIWANA VS. SURINAME

No Caso Comunidade Moiwana Vs. Suriname a Corte se posicionou no sentido de que em se tratando de Comunidades indígenas, em virtude de sua ancestralidade e suas práticas consuetudinárias na terra, bastaria que os integrantes da comunidade tivessem a posse do bem para que os mesmos fossem considerados proprietários da terra.

A Corte IDH levou em consideração o sofrimento pessoal ocasionado pelo afastamento de suas terras e impossibilidade de realizar seus rituais para os falecidos no massacre, além de separação dos membros de sua comunidade.

### 3.3 CASO COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAI

No Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai também é reforçado o entendimento pelo significado que a terra ancestral tem para as comunidades indígenas. Nisso, antes de encaminhar o caso para a Corte IDH, tentou a CIDH estabelecer medidas que tinham como fim serem “remédios” simples e efetivos para que se garantisse a proteção do direito ancestral à terra em favor dessas comunidades, bem como, medidas de proteção, com fins de garantia e prevenção contra fatos similares no futuro.

Insta salientar a importância das terras para essas comunidades, extraído do depoimento de Antonio Aylwin Oyarzún (“expert witness”),

(...) o conceito de "território indígena" não se refere apenas aos aspectos materiais, ligados a espaços físicos que pertenciam a seus antepassados e aos recursos nessas áreas, mas também para ‘não-material-político’, simbólico e componentes culturais. Eles também reconheceram que a ocupação indígena ancestral e uso da terra, território e recursos naturais dá origem a um "direito originário indígena" que é anterior ao dos Estados e o processo de colonização e, portanto, não pode ser extinto unilateralmente sem o consentimento dos povos indígenas (Tradução Livre).

Neste sentido, decidiu a Corte que a reivindicação dessa comunidade indígena é “(...) que o território é um lugar sagrado, o único lugar onde eles serão completamente livre porque essa é a terra que lhes pertence, o lugar onde eles podem recuperar sua existência, compartilhar cultura e alegria”, daí porque a necessidade de se adotar

(...) um conceito de direito de propriedade da terra diferente do conceito geral do direito à propriedade privada. (...) A terra torna-se mais uma vez uma fonte das comunidades indígenas. (...) Adotando critérios para avaliar o uso da terra, que são diferentes dos aplicados no direito privado e de direito agrário em si (Tradução Livre).

E ainda complementou ao constatar que

(...) O direito a terras ancestrais prevalece, (...) sobre o direito à propriedade privada. (...) Os direitos que, na situação específica da Comunidade Yakye Axa, estão intimamente ligadas à garantia de tal direito: o direito à vida, o direito à identidade étnica, o direito à cultura e recriá-lo, o direito de sobreviver como um Comunidade indígena integrada (Tradução Livre).

Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 16.4, entende que quando há impossibilidade de que essas populações retornem para os territórios das quais foram retiradas, elas deverão receber terras de qualidade e status legal, pelo menos, igual ao das terras antes ocupadas por eles, adequadas para prover suas necessidades atuais e futuras de desenvolvimento.

Ademais, quanto à compensação às comunidades, esta se dará através de terras alternativas, ou com base em uma compensação monetária justa, ou com base em ambos, não compreende um critério subjetivo do Estado, cabendo uma interpretação da Convenção 169 da OIT e da Convenção Americana, bem como, o consenso com as pessoas envolvidas na situação, que precisam estar de acordo, com seus próprios mecanismos de consulta, valores, costumes, e *customary law*. No presente caso, a comunidade negou o acordo com o Estado que lhe oferecia terras alternativas.

#### 3.4 CASO MERCEDES JULIA HUENTEAO BEROIZA Y OUTRAS VS CHILE

Esse caso trata dos membros do povo Mapuche Peheuenche da área do Bío Bío, que procuraram por via de petição encaminhada para a Comissão de Direitos Humanos impedir a construção de uma hidroelétrica pela Empresa Nacional de Electricidad S.A (ENDESA). A petição foi apresentada à CIDH quando a represa já estava 70% construída e a fundamentação consistia em evitar a ocorrência de danos irreparáveis aos seus direitos fundamentais e a proteção da área contra os danos iminentes.

Solucionado através de um acordo, que visava assegurar a unidade e a paz social assim como a ordem pública, tinha como objetivo a adoção de algumas medidas como o reconhecimento do povo como indígena, da sua importância cultural para a sociedade, estabelecimento de medidas que procurariam fortalecer a identidade cultural do Povo Mapuche Pehuenche, realização de medidas de preservação do setor do Alto Bío Bío.

Nesse acordo foram abordadas as garantias das comunidades à informação e a possibilidade de serem escutadas para fiscalizarem as obrigações ambientais assumidas

na construção da hidroelétrica, assim como, foi acordado que nenhum outro (mega) projeto seria construído no setor do Bío Bío e que determinadas medidas deveriam ser tomadas quanto aos processos judiciais destinados aos dirigentes indígenas que envolviam a construção da hidroelétrica e quais medidas deveriam ser tomadas para atender as insatisfações das famílias Mapuche Pehuenche afetadas.

No acordo definitivo, procurava-se reforçar a proteção jurídica dos povos indígenas estabelecendo como um dos seus pontos principais o reconhecimento constitucional dos povos indígenas existentes no Chile, a saber

O Governo do Chile está empenhado em insistir em uma reforma constitucional ao Congresso, e apresentará um novo projeto de lei. Esta nova iniciativa será acompanhada por um amplo processo de compreensão sobre o seu conteúdo, criando oportunidades para o diálogo e a convocação de organizações indígenas como partes diretamente interessadas e da sociedade chilena como um todo, a fim de chegar a um amplo consenso sobre o conteúdo.

Vê-se aí a força imperativa de a proteção especial concedida aos povos indígenas transformar-se em um compromisso estatal, tanto que a postura chilena foi a de adequação e mudança da normatização interna para com o entendimento internacional.

Entretanto, insta salientar que, ainda que a Corte IDH reconheça a proteção especial da propriedade indígena por conta das “(...) condições históricas de marginalização e discriminação sofridas, bem como, o nível especial de impactos suportados pelas violações dos seus direitos humanos”, além do desenvolvimento de projetos de exploração econômico-ambiental em seus territórios que agrava ainda mais essa situação, tal direito à propriedade não é absoluto, logo, pode até sofrer restrições e baseado nisso, a Corte IDH reconheceu em alguns julgados, quais os critérios que fazem essa restrição ser considerada legítima e justa.

#### **4 OS CRITÉRIOS PARA A RESTRIÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE INDÍGENA EXTRAÍDOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH**

Na tentativa de otimizar a proteção da propriedade indígena (alvo constante de violação estatal) frente ao crescente número de projetos desenvolvimentistas, baseado na máxima de que o direito à propriedade não é absoluto, a Corte IDH estabeleceu quais são os critérios que os Estados Partes devem obedecer para restringirem esse direito previsto

na CADH, sendo que por se tratar de povos indígenas a Corte IDH considerou algumas especificidades (por toda a motivação já discutida no tópico anterior).

Nos casos *Palamara Iribarne Vs. Chile*, *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua* e *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Equador*, a Corte IDH reconheceu três critérios gerais para avaliar a adequação da restrição ao direito à propriedade indígena, são eles: (a) razões de utilidade pública ou de interesse social; (b) pagamento de justa indenização; (c) concordância com parâmetros estabelecidas em lei; (d) diante da especial ligação cultural dos indígenas com suas terras, deve-se analisar ainda se tradições e costumes serão afetados de maneira significativa.

Tais elementos serão analisados, um a um, a partir de agora.

#### 4.1 RAZÕES DE UTILIDADE PÚBLICA OU DE INTERESSE SOCIAL

O próprio artigo 21 da CADH menciona que o direito à propriedade indígena pode ser subordinado ao “interesse social”. Entretanto, para a Corte IDH, as razões de utilidade pública e/ou interesse social compreendem todos os meios que propiciem um melhor desenvolvimento de uma sociedade democrática, logo, os Estados- Partes possuem o dever de utilizar todos os instrumentos ao seu alcance que menos afetem os direitos dos povos indígenas que impliquem em atitudes e obrigações adequadas à CADH.

Nesse sentido, dispõe a Corte IDH em sua Opinião Consultiva 6/86 que

[...] esta Corte tem interpretado as razões de alcance de interesse social disposto no artigo 30 da Convenção Americana (alcance das restrições), observando que “[o] requisito razões de interesse comum, segundo o qual as leis devem ser promulgadas significa que devem ser adotadas em função do *bem comum* (artigo 32.2 da Convenção), um conceito que deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública de um Estado democrático, cujo fim principal é *a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que permitam progredir espiritualmente e materialmente e alcançar a felicidade* (considerando a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem).

Isto é, a restrição ao direito de propriedade indígena, legalmente permitida, deve satisfazer “um interesse público imperativo” que não se limita ao simples cumprimento de uma finalidade útil e oportuna, mas na própria atuação estatal de verificar se a materialização da proteção dos direitos dos povos indígenas está sendo efetivada mesmo diante da restrição do seu direito e se há a menor intervenção possível na propriedade,

para que este termo de textura aberta (interesse social) não seja usado como forma de violar direitos humanos, como explicou a Corte IDH,

Assim, esta Corte tem entendido que os conceitos de ‘ordem pública’ ou ‘bem comum’, derivado do interesse geral, são invocados como fundamento para a limitação dos direitos humanos, logo, devem ser objetos de uma interpretação restritiva as ‘justas exigências de uma sociedade democrática’, que leva em consideração o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da Convenção (Tradução Livre).

Portanto, essa restrição somente pode ser autorizada quando o atendimento do critério “razões de utilidade pública e/ou interesse social” ocorrer de modo concreto e fundamentado para que não se permita que um conceito indefinido seja utilizado com o fim de desconsiderar direitos individuais e violar direitos das minorias pela simples (e errônea) ideia de que o interesse público não se confunde com os interesses pessoais e seja superior a eles, pois a proteção especial destinada (e reconhecida) à propriedade indígena, também, constitui um interesse público.

#### 4.2 PAGAMENTO DE JUSTA INDENIZAÇÃO

A mera restrição do uso e gozo de uma propriedade já é suficiente para que se gere o direito a uma indenização e tal exigência já é mencionada pelo artigo 21 da CADH.

A este respeito, a Corte considera que, nos casos de desapropriação, o pagamento de indenização é um princípio geral do direito internacional, que decorre da necessidade de se buscar um equilíbrio entre o interesse geral e o direito do proprietário, [...] logo esta deve ser adequada, rápida e eficaz (Tradução Livre).

Ocorre que, em se tratando de propriedade indígena o pagamento deve ocorrer, preferencialmente, por terras equivalentes as que foram restritas, a saber,

[...] a respeito do retorno dos povos indígenas aos territórios que foram restringidos, a Corte entende que se não é possível o retorno, [...] esses povos devem receber, em todos os casos possíveis, terras cujas qualidades e estatutos jurídicos são pelo menos iguais a terras que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades e que garantam o desenvolvimento do seu futuro. Quando os povos interessados preferirem receber uma indenização em dinheiro em espécie, deverá conceder uma indenização com garantias apropriadas (Tradução Livre).

Deste modo, resta claro que a Corte IDH entende que quando a indenização for em “terras”, estas devem estar condizentes com a continuação dos costumes e tradições da comunidade afetada, tendo em vista que em que pese a decisão (terras ou dinheiro em

espécie) ser do Estado, após efetivamente consultar os povos indígenas, esta não deve somente basear-se em aspectos econômicos, mas culturais, sociais e de modo que o impacto negativo dessa restrição seja o mínimo possível.

#### 4.3 CONCORDÂNCIA COM PARÂMETROS ESTABELECIDOS EM LEI

O artigo 21 da CADH assevera que o uso e o gozo, bem como a restrição, ao direito a propriedade deve estar subordinado à lei. Nesse sentido, o entendimento prevalecente na Corte IDH é que a lei pode até não prever todas as hipóteses possíveis em que o Estado poderá intervir na propriedade indígena, entretanto, deve haver parâmetros estabelecidos em lei que legitimem esta conduta estatal e, que não violem o direito dos povos indígenas.

A este respeito, a Corte tem considerado que não é necessário que todas as causas de privação ou restrição do direito de propriedade estejam previstas em lei, mas é necessário que essa lei e sua aplicação respeitem o conteúdo essencial do direito à propriedade privada. Este direito supõe que toda limitação deva ser excepcional. A excepcionalidade constitui ser que em toda medida de restrição deva ser necessária para a consecução de um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Logo, é necessário analisar a legitimidade da restrição, das “razões de interesse público”, dos processos que originaram esses parâmetros, ou seja, se tais parâmetros de restrição já previamente firmados em lei além de estarem em consonância com a finalidade de uma sociedade democrática estão de acordo com o objetivo e o propósito da CADH.

#### 4.4 DIANTE DA ESPECIAL LIGAÇÃO CULTURAL DOS INDÍGENAS COM SUAS TERRAS DEVE-SE ANALISAR SE TRADIÇÕES E COSTUMES DA COMUNIDADE INDÍGENA SERÃO AFETADOS DE MANEIRA SIGNIFICATIVA

É cediço que o território pertencente aos povos tradicionais ultrapassa o valor patrimonial, pois como explica Eliane Moreira “(...) o conceito de território extrapola em muito o mero conceito de espaço abstrato para assumir a complexidade de relações culturais, sociais e políticas travadas pelos povos tradicionais que conferem a marca da territorialidade” (MOREIRA, 2013, p.113), logo, o direito à propriedade aqui discutido evolui-se para a forma como os povos indígenas se identificam.

Corroborando a este entendimento, preleciona a Corte IDH que

Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, e sim um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmitir às gerações futuras (Tradução Livre).

Neste sentido, deve-se levar em consideração o fato de a limitação do direito de propriedade dos povos indígenas ser ou não uma ameaça à sobrevivência desses povos, visto que como há uma relação de identidade por parte da comunidade indígena para com o seu território em que habita, nesta restrição deve ser levado em conta se os costumes e tradições serão prejudicialmente afetados e, além disso, também deve ser analisado se as terras que serão ofertadas a título de indenização estarão aptas a fornecer instrumentos que possibilitem a execução do próprio projeto de vida destas comunidades.

Por projeto de vida, a Corte IDH considera este como associado ao conceito de realização pessoal, que se sustenta nas opções que o sujeito tem para conduzir sua vida e alcançar o destino que se propõe, de modo que a liberdade de uma pessoa é afetada por essas opções de alto valor existencial (Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, 1998, par. 148; Caso *Gutierrez Soler Vs. Colômbia*, 2005, par.88).

Portanto, diante do exposto, deve-se demonstrar que a especial ligação desenvolvida pelos povos indígenas com os territórios que tradicionalmente ocupam e habitam não será afetada, pois, por mais que o desenvolvimento, as razões de interesse público, os parâmetros de concordância previstos em lei sejam respeitados, se a ligação especial com a terra não poder mais ser exercida, a propriedade indígena não será restringida, tendo em vista isso afetará o projeto de vida destas comunidades, bem como viola o direito à vida e é atitude contrária à CADH e à proteção especial destinada a essas minorias vulneráveis.

## **5 (RE)ANÁLISE DOS CRITÉRIOS: HIPÓTESES DE *JUS COGENS* ?**

No tópico anterior, analisamos os critérios para a restrição do direito à propriedade indígena, extraídos a partir da jurisprudência da Corte IDH, tendo em vista este ser um direito não absoluto.

Ocorre que, tais critérios devem ser novamente analisados, mas desta vez sob o entendimento de que os povos indígenas são seres simbióticos a um ecossistema e que assim como todos os outros fatores que integram o território que ali habitam, qual seja o rio, vegetação, terra, estes sujeitos de direito também o integram e o completam, isto é, eles necessitam estar nesse território para viver segundo as suas tradições e costumes,

bem como esse território precisa deles para “existir”, tendo em vista que não há aqui uma relação de exploração homem-natureza, e sim, há uma coexistência e uma relação de dependência, pois ambos são participantes e integrantes do mesmo ecossistema.

Tal relação faz com que seja destinada aos povos indígenas uma proteção especial que deriva da sua própria vulnerabilidade, e os critérios determinados pela Corte IDH são uma prova disso, pois em que pese esse direito não ser absoluto, a sua restrição deve ocorrer excepcionalmente, tanto é que em 30 de dezembro de 2009, foi publicado pela OEA o relatório intitulado “Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais” e em tal relatório fica claro que as comunidades indígenas tem direito a indenização por quaisquer danos que porventura venham a ser causados pela exploração de recursos naturais em suas terras.

Além disso, tal relatório ainda determina que a correta compensação a ser recebida por essas comunidades deve estar pautada nos critérios de significado e valor da perda daquelas terras; compensação esta que abarca tanto os danos materiais, quanto os danos imateriais causados.

Esse relatório é apenas um dos vários documentos existentes no ordenamento jurídico internacional que materializam a proteção especial destinada aos povos indígenas. Além desse relatório, é possível destacar também a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as Diretrizes Akwé:Kon que constituem garantias políticas e jurídicas aos direitos dos povos indígenas, ou seja, tais tratados e declarações demonstram que a própria força vinculante e obrigatória que esses direitos dispõe, além de configurarem como diretrizes principiológicas da relação Estado e povos indígenas.

Toda essa explicitação de documentos internacionais que se referem ao indigenato, faz-se mister, para que fique claro que a vulnerabilidade e a proteção especial conferida aos indígenas são normas imperativas de direito internacional e esse entendimento já é pacificado, tendo em vista que a cada dia são lhes reconhecidos mais direitos, além dos já existentes e que, portanto, constituem como um princípio *jus cogens* dada a sua natureza imperativa, vinculante e por gerar obrigações *erga omnes* aos Estados.

Todavia, o fato do instituto jurídico da proteção especial aos povos indígenas, em especial à propriedade indígena, ser considerado como um princípio *jus cogens* não diminui e nem anula as crescentes violações dos seus direitos, ao revés, impõe uma medida muito mais complexa, pois ao estado cabe analisar e sobrepesar como e quando

a propriedade indígena poderá ser restringida. Acontece que (na maioria dos casos) o estado pouco se importa com o direito dessas comunidades e, por isso, acaba perpetrando práticas que ainda as maculem.

Daí porque, diante de um conflito entre a restrição da propriedade indígena e a proteção especial destinada a esses povos, os critérios anteriormente analisados constituem como medidas razoáveis e equilibradas de materialização dessa norma imperativa, pois acabam atendendo o *melhor dos dois mundos*, visto que somente após o preenchimento de cada critério que o Estado estará legitimado a restringir uma propriedade indígena.

Ou seja, os critérios de restrição da propriedade indígena estabelecidos pela Corte IDH não funcionam somente como diretrizes, ou melhor, o “norte” da atuação estatal, mas como instrumentos de materialização da proteção *pró-homine* compatíveis com os fins de uma sociedade democrática, bem como com a própria CADH, recebendo, portanto, o status de *jus cogens* para que os Estados a eles se subordinem por representar (o seu não atendimento) uma afronta ao direito da responsabilidade internacional.

Insta aduzir ainda que, o fato desses critérios estarem sendo interpretados como regras de *jus cogens*, não acarreta na banalização de tal instituto, mas uma proposta de ampliação do seu conteúdo material e normativo diante da própria evolução da sociedade e da eficaz proteção aos direitos humanos, sendo isso uma interpretação evolutiva das regras de *jus cogens*, e nesse sentido, ensina Maués que

[...] a Corte IDH acentua a importância da interpretação evolutiva dos instrumentos de proteção no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa interpretação seria consequente com as regras gerais de interpretação dos tratados consagradas na Convenção de Viena de 1969 e permite abordar os tratados de direitos humanos como “instrumentos vivos”, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais (2007, p.128).

Logo, ao se (re)analisar os critérios identificados nos casos já julgados pela Corte IDH que versem sobre a restrição ao direito de propriedade indígena, deve-se entender que tais critérios constituem instrumentos da proteção especial conferida a essas comunidades, ou melhor, como “instrumentos vivos”, devendo ser considerado como (novas) hipóteses de *jus cogens*, pois além de representarem o desenvolvimento jurisprudencial do entendimento da Corte IDH, trazem para o plano prático uma análise realista desse direito, tendo em vista que não limita por completo o direito ao

desenvolvimento e a atuação estatal, mas estabelece parâmetros plausíveis que buscam o equilíbrio na relação Estado e povos indígenas e são claramente aplicáveis.

## 6 CONCLUSÃO

O objetivo a que este trabalho se propôs foi o de analisar se os critérios já consolidados nas sentenças prolatadas pela Corte IDH, em casos que versem sobre a restrição ao direito de propriedade indígena, constituem como hipóteses de *jus cogens* no ordenamento jurídico internacional, logo, devendo os Estados soberanos a eles estarem internacionalmente obrigados a obedecer e respeitar sob pena de responsabilização internacional por violação de direitos humanos.

Com esta meta-trabalho, após metodologicamente dimensionar este estudo a partir de tópicos elucidativos sobre (1) a análise pragmática acerca do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e do *jus cogens* através de seu conceito e disposições; (2) uma suma teórico-procedimental sobre o direito de propriedade, mas especificamente a proteção da propriedade indígena, a partir do estudo dos casos que tramitaram na Corte IDH e na CIDH; (3) análises e comentários a respeito dos critérios de restrição do direito de propriedade, extraídos da jurisprudência da Corte IDH e concluir (4) pela nova análise desses critérios que nos leva a entender que tais parâmetros constituem em novas hipóteses de *jus cogens*, logo, possui força imperativa e vinculante sobre a atuação estatal.

O âmago desta pesquisa científica se encontra(ou), portanto, no olhar de importância que se deve dar à tentativa, cada vez maior, de efetivar os direitos humanos e, sendo assim, entender que a legislação pátria – com a abertura constitucional e com a pactuação de tratados internacionais (neste caso, os que regem a América Latina) – a quando da não resolução dos casos e tutela efetiva do cidadão a partir das disposições do ordenamento brasileiro, é interdependente dos tratados internacionais, sobretudo os ratificados pelo Brasil, e, neste caso, senão a Convenção Interamericana e, submissão punitiva, a partir da Convenção, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo ser compatíveis com as regras de *jus cogens*, por conglobarem princípios, costumes e normas de grande relevância para os entes em âmbito internacional.

Em suma, concluímos que os critérios aqui estudados e identificados funcionam como novas formas da limitação estatal em face da efetivação dos direitos dos povos indígenas, por trazerem um ar mais “real” e menos abstrato de como essa proteção deve se consolidar, além disso, trazem consigo um caráter imperativo e vinculante que os torna hipóteses materializadas de *jus cogens*, fazendo com que os Estados tenham seus poderes

limitados como forma de garantia da tutela dos vulneráveis, em especial, dos povos indígenas.

## REFERÊNCIAS

AIDA. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. [S.l]: [s.n], 2010.

COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname**. Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Julgamento em 15 de junho de 2005.

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Mercedes Julia Huenteao Beroiza y outras vs Chile**. Preliminares, Mérito, Reparação e Custas.

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo**. Supra nota 84, párr. 142.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 17 de Junho de 2005.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua**. Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Salvador Chiriboga vs. Equador**. Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Julgamento em 06 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Saramaka vs. Suriname**. Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Julgamento em 28 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, **Länsman y otros vs. Finlandia**. Sentença de 8 de novembro de 1994.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Caso Chaparro Álvarez y Lapo**. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 17 de Junho de 2005.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gutierrez Soler Vs. Colômbia. Reparaciones y Costas**. Sentença de 12 de setembro de 2005.

GALLI, Maria Beatriz e DULITZKY, Ariel E. **A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos**

**humanos.** In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAUÉS, Antonio Moreira. **O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Revista do Ministério Público do Estado do Pará/ Ministério Público do Estado do Pará. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI – Agência de Comunicação Ltda, 2007.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto Moreira. **Direitos dos povos tradicionais: afirmação e aplicação.** In DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (org.) Direito, políticas públicas e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém, PA: Cesupa, 2013.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto San José da Costa Rica. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 10 de novembro de 2013.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT/Organização Internacional do Trabalho.** Brasília. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos.**

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos.** In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TAIAR, Rogerio. **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.** São Paulo: MP Editora, 2010.