

**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 - Unicuritiba - 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 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)

**A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS POVOS
INDÍGENAS E TRIBAIS: UMA ANÁLISE DOS STANDARDS DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**THE RESIGNIFICATION OF THE RIGHT OF OWNERSHIP OF INDIGENOUS
AND TRIBAL PEOPLES: AN ANALYSIS OF THE STANDARDS OF THE INTER-
AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Renã Margalho Silva ¹
Horacio de Miranda Lobato Neto ²
Dafne Fernandez de Bastos ³

Resumo

O objetivo central do presente artigo é analisar como os julgados da Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) culminam no reconhecimento e evolução do direito a propriedade coletiva de povos indígenas e tribais. Como método, examinaremos as decisões da CIDH que inauguraram o reconhecimento e/ou estabeleceram algum contorno ao direito a propriedade comunal, sistematizando, ao final, um breve recorte do respectivo direito, pautado nos precedentes. O estudo concluiu que o direito a propriedade, classicamente entendido como um direito individual, no contexto dos povos indígenas e tribais, foi ressignificado pela CIDH para um status coletivista, com múltiplos modelos, possuindo interfaces com outros direitos humanos, vinculando os Estados ao seu reconhecimento, proteção e prevalência sobre a propriedade individual, delimitando hipóteses restritas de intervenção aos direitos territoriais, condicionada a participação ativa desses povos em todas as fases do processo, como a obrigatoriedade de consulta prévia e, em alguns casos, o consentimento prévio e a participação nos processos de planejamento e nos lucros.

Palavras-chave: Propriedade, Direitos humanos, Povos indígenas, Povos tribais, Propriedade coletiva

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this article is to analyze how the judgements of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) culminate in the recognition and the Evolution of the right to collective property of indigeous and tribal peoples. As methodology, we will examine the

¹ Professor de Direito Marítimo do Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar (CIABA) – Marinha do Brasil; Mestre e Doutorando em direito pelo PPGD/UFPA, bolsista Capes.

² Juiz de Direito, titular da 4ª Vara Criminal de Belém – Tribunal de Justiça do Estado do Pará; Mestre e Doutorando em Direito pelo PPGD/UFPA

³ Analista ministerial de Controle Externo no Ministério Público de Contas; Mestre e Doutoranda em Direito pelo PPGD/UFPA

decisions of the IACHR that inaugurated the recognition and/or established some standards to the property, systematizing, in the end, a brief cut of the respective right, based on the precedentes. The study concluded that the right to property, classically understood as an individual right, in the context of indigenous and tribal peoples, was re-signified by the IACHR to a collectivist status, with multiple models, having interfaces with human rights binding States to their recognition, protection and prevalence over individual property, delimiting restricted hypotheses of intervention to territorial rights, subject to the active participation of these peoples in all stages of the process, such as the obligation of prior consultation and, in some cases, prior consent and participation in planning processes and profits.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous people, Tribal people, Property, Collective property, Human rights

1. INTRODUÇÃO

A terra, entendida na contemporaneidade como propriedade, ao longo da história da humanidade ganhou múltiplas formas de utilização e reconhecimento jurídico, variando de acordo com a sociedade e o contexto histórico vivido.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948, consagrou, em seu artigo 17, a propriedade como um direito humano, estabelecendo que: “Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”. O respectivo texto foi influenciado pelo liberalismo, sob um suposto argumento de universalidade, excluindo outros modelos de propriedade que se pautavam na apropriação e utilização coletiva da terra e a sua interface com outros direitos.

Em que pese a falácia de universalidade da DUDH, somente após o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) foi possível uma interpretação ampliada e plural de alguns direitos humanos, considerando anseios de atores que eram invisíveis aos olhos destes instrumentos internacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foram normas de fundamental importância para o reconhecimento de uma realidade local, no contexto espacial do continente americano, que, até então, passava despercebido aos olhos do Direito Internacional. É neste contexto que a Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH), com base na universalidade dos direitos humanos, sob o prisma do multiculturalismo, inicia um ciclo de construção e evolução conceitual de alguns direitos, incluindo, neste rol, o direito a propriedade.

O objetivo central do presente artigo é a análise de como os julgados da Corte Interamericana de Direito Humanos culminam no reconhecimento e evolução do direito a propriedade coletiva¹ de povos indígenas e tribais.

Como método, examinaremos as decisões da CIDH que inauguraram o reconhecimento e/ou estabeleceram contornos ao direito a propriedade comunal a partir do ano de 2001², sistematizando, ao final, um breve recorte do respectivo direito, pautado nos precedentes.

¹ Utilizaremos, no presente artigo, os termos propriedade comunal, propriedade coletiva, território tradicional, terras tradicionais, territórios indígenas, territórios tribais, terras indígenas, terras tribais, dentro outros, como sinônimo.

² A Corte analisou ao menos nove situações relacionadas com o direito de propriedade e consulta prévia envolvendo alteração de territórios tradicionais: Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua (Sentença de 2001); Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname (sentença de 2005); Caso da Comunidade Indígena Yake Axa vs Paraguai (sentença de 2006); Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs Paraguai

O estudo concluiu que a CIDH promoveu uma ressignificação do direito a propriedade, com base no multiculturalismo, estabelecendo um modelo coletivo, com hipóteses restritivas de intervenção, sob a condição de participação ativa dos interessados em todas as fases do processo, com contornos que tendem a serem ampliados, atribuindo uma relação de dependência deste, com outros direitos humanos para comunidades indígenas e tribais.

2. A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS A PROPRIEDADE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos teve como contexto histórico catalizador, o fim da segunda guerra mundial e o trauma deixado. Pautada na ideia de uma suposta universalidade, sob pretensão de pontuar em um instrumento internacional os direitos inerentes a todos os humanos, criou-se o respectivo documento.

Ademais, os valores ditos como universais são, em verdade, criação social de um grupo dominante de um sistema-mundo específico, onde o “universalismo europeu”, com o seu ponto de vista e suas doutrinas, se transformou em um universalismo global, o que justifica, por exemplo, a defesa dos direitos humanos dos inocentes e a exploração material pelos países considerados fortes. Neste sentido, para que determinados valores sejam tidos como verdadeiramente universais é preciso ir além do ponto de vista do forte. Necessita-se construir uma estrutura mais igualitária, que jamais foi alcançada no sistema mundo, a fim de que esses valores “do bem” possam ser definidos equitativamente por todos, a despeito de poderio econômico ou militar (WALLERSTEIN, 2007). Todorov (2012, p.88), seguindo a mesma linha de raciocínio, enfatiza que a “(...) ordem internacional não se torna melhor quando se deixa um grupo de países impor sem restrição a sua vontade a todos os outros”³.

Clavero (2014, p. 79) destaca que a “(...) *Declaración Universal no nace bajo ese signo de dignidad ni crece con algún desempeño de excelência*”, enfatizando que a própria criação da DUDH foi encabeçada, sob a alegação de suposta universalização dos direitos humanos, por um nicho restrito de Estados colonizadores, que se auto-outorgaram o título de

(sentença de 2006) Caso do Povo Saramaka vs. Suriname (sentença de 2007); Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (sentença de 2012); Caso da Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras (sentença de 2015); Caso de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras (sentença de 2015); Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname (sentença de 2015).

³ Tzvetan Todorov trata das chamadas 03 (três) “ondas” do messianismo político – guerras revolucionárias e coloniais; o projeto comunista; e impor a democracia pelas bombas – que convergem para um mesmo método de legitimação da ideia messiânica, qual seja a intervenção forçada, bem como a justificava de bem maior em face dos princípios da razão e da justiça. Todorov, por sua vez, assevera que os Direitos Humanos são valores universais, ademais, não podem ser utilizados de justificativa para conflitos messiânicos.

detentores do padrão universal (cultura, política, economia, costumes, etc) que deveria ser seguido. Neste sentido, os Estados, que representam quantitativamente a parcela minoritária, outorgaram-se o direito de representação e conhecimento, capacidade de custódia e outorga de direitos. O “todos” eram apenas alguns. A universalidade dos direitos humanos era uma hipérbole para definir os direitos de um grupo restrito e padronizado, no qual legitimava o dever de adequar outros grupos em desconformidade ao “molde universal”, validando comportamentos colonialistas de dominação e assimilação.

A Declaração Universal de Direitos Humanos não repercutiu em uma quebra brusca e imediata de paradigma, pouco representando, de forma concreta, para o reconhecimento dos direitos nela preceituados. As mudanças mais imediatas, derivadas deste instrumento, foram observadas diante da incorporação de valores estabelecidos pela DUDH, em Constituições dos Estados, sob diferentes interpretações e gradações, reconhecendo direitos e legitimando, sob justificação de observância aos direitos humanos, tratamentos discriminatórios em suas normas internas. Ademais, outros instrumentos internacionais, em diferentes intensidades, foram necessários para corrigir as falhas da “universalização de direito”, deslegitimando, do ponto de vista dos direitos humanos, a colonização (direta) interestados e intraestado, reconhecendo paulatinamente o direito de “todos” ser “parte do todo”, com suas peculiaridades e individualidades. (CLAVERO, 2014)

A linguagem clássica dos direitos humanos, exposto no texto da DUDH, não reflete mais o contexto geopolítico global, tampouco representa uma universalidade de valores. Em um mundo multipolar, com o surgimento de novas potências e o reconhecimento da existência de desigualdades e classes marginalizadas que até então eram invisíveis aos olhos dos direitos humanos internacional, com múltiplas culturas e diversos e variáveis ideias do que seria “viver bem”, mostra-se incompatível e soa hipócrita e pretencioso pautar valores de um determinado modelo político, como o liberalismo, ou de determinada religião, como o cristianismo, como universais.

No mesmo sentido, Hopgood (2014) destaca a existência de várias formas de ser moderno (múltiplas modernidades), que não estão alinhadas com as normas de referência dos direitos humanos universais e inalienáveis. Aponta que a distinção entre o Norte e o Sul Global representou um avanço, por expressar a desigualdade existente entre as duas regiões.

A tendência ao novo contexto de multipolaridade global, torna cada vez mais inviável a atuação eficaz dos, denominados por Rodríguez-Garavito (2014), Gatekeeping⁴,

⁴ A respeito dos Gatekeeping, o autor argumenta que são atores dispensam uma quantidade desproporcional de tempo e energia para manter as fronteiras tradicionais dos direitos humanos. Tal fenômeno acontece

necessitando de abordagens abertas e plurais. A diversidade do movimento contemporâneo de direitos humanos, com a vasta expansão de atores, linguagens, e valores, superam as fronteiras tradicionais. Diante do novo contexto, as fronteiras tradicionais devem (ao invés de reforçadas) se expandir para abarcar os novos atores, temas e estratégias que surgiram nas últimas décadas. Este novo modelo tem que atuar como um ecossistema, enfatizando as contribuições mais díspares dos diversos sujeitos que o integram, com as respectivas conexões e relações entre eles. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2014)

Como principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pós-DUDH, destacamos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC), ambos proclamados em 1966. Em âmbito regional, apontamos a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950), na Europa, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), proposta em 1969 e aprovada em 1978, a Carta Africana dos Direitos e dos Povos, proposta em 1981 e aprovada em 1986, e, por fim, a Carta Árabe de Direitos Humanos, datada de 1994. Esse movimento de reconhecimento em âmbito universal e regional, representa a busca, por parte dos Estados, pelo reconhecimento e estabelecimento de critério mínimos para a consolidação dos conceitos de liberdade e dignidade, considerando-os como pilares da sociedade nacional e internacional.

Outros instrumentos internacionais reconhecem direitos humanos específicos a determinados grupos marginalizados, com previsões específicas, que atribuem certas prerrogativas, pautadas na ideia de equidade, findando a redução e eliminação desta vulnerabilidade fática. Dentre outras várias normas internacionais que protegem crianças, refugiados, mulheres, idosos, entre outros, enfatizamos a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata exclusivamente sobre povos indígenas e tribais, onde observa que “(...) em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO, 1989), por estar ligada diretamente ao objetivo central deste artigo.

independentemente dos novos atores e teorias, terem destruído essa barreira. Rodríguez-Garavito aponta que os Gatekeeping perderam força, em decorrência da multipolarização global. Tais sujeitos, representado por um número limitado de “países administradores”, de acordo com a sua proposta, promoveriam e estabeleceriam a agenda internacional de direitos humanos, estabelecendo as respectivas prioridades. Conforme o autor, tal proposta está em desacordo com o atual contexto geopolítico.

O PIDCP (art. 5º), o PIDESC (art. 5º) e a CADH (art.29) foram instrumentos internacionais que tornaram possível uma interpretação ampliada e plural de alguns direitos humanos, trazendo em seus textos garantias de manutenção da diversidade cultural e direcionando a uma interpretação sistemática das respectivas normas internacionais, com outros dispositivos convencionais que versem sobre direitos humanos, vedando a restrição ou limitação destes, possibilitando a utilização da Convenção 169 da OIT como instrumento convencional interpretativo em diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os diversos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos vêm contribuindo bastante para o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos em âmbito internacional e interno, com destaque para o Alto Comissariado para Direitos Humanos, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ZÚÑIGA CARDOZA, 2010)

É nesse contexto de reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, em face do multiculturalismo, que a Corte Interamericana inicia um processo de evolução e ressignificação de direitos. O modelo liberal de propriedade é insuficiente e incompatível com a relação homem-terra e a interface com outros direitos humanos evidenciada em povos indígenas e tribais. A CADH e a Convenção 169 da OIT, no continente americano, representam um novo paradigma dos direitos humanos, ao reconhecerem uma realidade multicultural, que necessita de uma proteção própria. A nova ideia de universalismo deve buscar uma “(...) reflexão pós-colonial, e, sobretudo, da ‘decolonização’ do pensamento na América Latina, que gera a necessidade de repensar os institutos da modernidade a partir de realidades locais” (MOREIRA, 2017, p. 214/215). Nesse sentido:

(...) vislumbramos não apenas uma interpretação evolutiva nas decisões da Corte Interamericana, mas o início de um consenso em torno da consolidação de um direito de territorialidade que pressupõe a afirmação de um arsenal de direitos a ele intrínsecos que derivam de relação pluricompreensivas com o espaço e a natureza e que envolvem aspectos históricos, culturais, espirituais, ambientais e também econômicos. (MOREIRA, 2017, p. 217)

Portanto, “(...) não é possível impor definições de propriedade do direito romano a noções indígenas e tribais de imóvel” (ESTUPIÑAN SILVA; IBÁÑEZ RIVAS, p. 332). A “(...) a Convenção 169 da OIT é utilizada como instrumento interpretativo a partir de ditames previstos no art. 29 da CADH” (MOREIRA, 2017, p. 229), possibilitando a “(...) ressignificação do art. 21 e a nova composição de um conceito de função socioambiental da terra advêm do reconhecimento da conexão entre os elementos ambientais e culturais que o integram” (MOREIRA, 2017, p. 229)

A propriedade coletiva, neste contexto, necessita de uma prestação do Estado, assumindo um caráter de direito coletivo e essencial para o exercício de outros direitos. Em pouco (ou nada) se assemelha ao modelo liberal e individual de propriedade, tida como um direito de primeira dimensão, que necessitava apenas de uma obrigação negativa, de não interferência.⁵

3. OS STANDARDS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DIREITO DE PROPRIEDADE COMUNAL DE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se utiliza dos PIDCP, PIDESC, da CADH e da Convenção 169 da OIT para reelaborar o direito de propriedade para os povos indígenas e tribais. Rodríguez-Garavito (2011) destaca que as decisões judiciais podem gerar efeitos materiais e/ou simbólicos⁶, que consistem em mudanças de ideias, percepções e construções sociais coletivas relacionadas ao assunto do litígio, que podem ser tão ou mais importantes que os efeitos diretos.

Estes contornos estabelecidos pela CIDH “(...) *permite ensanchar las fronteras de la Convención para, em palavras de la profesora Burgorgue-Larsen, mantener la Convención em movimiento*” (ESTUPIÑAN SILVA; IBÁÑEZ RIVAS, p. 323).

Passamos agora para a análise dos precedentes inaugurais da CIDH que reconheceram direitos de propriedade coletiva a povos indígenas e tribais, com seus respectivos recortes e evoluções.

3.1. A resignificação da propriedade e a adoção do paradigma da propriedade comunal – caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua

O respectivo caso, tomando como referência central o objetivo do presente artigo, representa um dos mais importantes julgamentos da Corte IDH, pois amplia o direito à

⁵ É importante salientar que, tanto “(...) os direitos civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas” (Abramovich, 2005, p.195). Repropondo a divisão clássica dos direitos humanos, Abramovich (2005) destaca quatro níveis de obrigação: 1- respeitar (dever do Estado de não criar dificuldades para o acesso e o gozo do direito em questão); 2 – proteger (impedir que terceiros criem obstáculos para o acesso destes direitos); 3 – garantir (garantir que o titular do direito tenha acesso a este, quando não puder fazê-lo por meios próprios); e 4 – promover (dever do Estado de criar condições de acesso ao direito por seus titulares) (ABRAMOVICH, 2005, p. 194/195).

⁶ Para a corrente construtivista, a qual o autor se filia, quatro seriam os tipos de efeitos: i) efeitos materiais diretos (formulação de uma política ordenada pelo tribunal); ii) efeitos materiais indiretos (intervenção de novos atores no debate); iii) efeitos simbólicos diretos (reestruturação da cobertura da mídia); iv) e efeitos indiretos simbólicos (a transformação da opinião pública sobre o assunto).

propriedade, posto no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), atribuindo-o múltiplos significados, sob o prisma do multiculturalismo.

O caso “Comunidade Mayagna e Awas Tingni vs Nicarágua” foi julgado em 2001 e versou sobre a violação dos direitos territoriais das respectivas comunidades indígenas, em decorrência da concessão indiscriminada de outorga florestal pelo Estado da Nicarágua, em área ocupada pelos Mayagna, sem consulta prévia, além da ausência de medidas que efetivassem os direitos territoriais, incluindo o acesso aos recursos naturais, para ambas as comunidades indígenas que atuaram no polo ativo. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001)

O direito a propriedade, descrito no artigo 21 da CADH, passa a ser interpretado como “(...) bens que compõe o patrimônio humano” (MOREIRA, 2017, p. 102). A Corte IDH, na sentença, atribui um caráter comunal a propriedade indígena, conforme a tradição desta. É neste contexto que se firma o precedente que aponta uma relação de intercessão e interdependência entre os direitos ao território, a vida, a cultura e a religião. O território passa a ser visto como condição necessária de sobrevivência individual e coletiva da comunidade indígena, pois existe um sentimento de pertencimento mútuo, no qual os indígenas se sentem umbilicalmente ligados a este.

Vale ressaltar a ênfase a propriedade comunal como forma bastante adequada de cumprir a função social da terra.

Outro ponto que merece destaque é a caracterização do direito consuetudinário, no sentido de considerar o direito a propriedade indígena pré-constituído, independente de título. Ademais, a Corte IDH ressalta que a regularização da propriedade comunal por meio de documentos hábeis, é uma obrigação do Estado e condição necessária para o pleno gozo deste direito, e a sua omissão gera dano imaterial a comunidade indígena afetada, derivando no dever de indenizar, demarcar e titularizar o território tradicional, observando o direito consuetudinário da comunidade.

Em síntese, o caso “Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua” ampliou o conceito tradicional de propriedade, interpretando-a sob uma ótica coletiva, de propriedade comunal, legitimada pelo direito consuetudinário da comunidade indígena, que, por sua vez, estabelece uma relação umbilical com o território, de pertencimento mútuo, assumindo, ao mesmo tempo, o status *direito* (direitos territoriais) e de elemento necessário para o exercício de outros direitos humanos, atribuindo ao Estado, o dever de declarar, por meio de demarcação e titulação, o direito pré-constituído à propriedade coletiva.

3.2. A equiparação dos direitos territoriais indígenas e tribais - Comunidade Moiwana vs Suriname

O caso da Comunidade Moiwana vs Suriname, julgado em 2006, tratou sobre ataques sofridos pela comunidade N'djuka aroon de Moiwana pelo Exército do Estado em 1996, derivando em dezenas de mortes e deslocamento forçado dos sobreviventes, fato estes que careceram de investigação e sanção. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a)

O cerceamento territorial impossibilitou a adequada manutenção do modo tradicional de viver, impactando diretamente nos direitos culturais e religiosos daquele povo.

A comunidade N'djuka foi criada por pessoas escravizadas, trazidas forçadamente da África, que conseguiram fugir, organizando-se em diversas aldeias, com organização social própria. A Corte IDH os considerou como uma comunidade tribal.

Consideramos o ponto mais importante desta decisão, para a evolução da interpretação do direito a propriedade, a equiparação do direito territorial dos indígenas, com as comunidades tribais, firmando o entendimento que a relação territorial estabelecida por esses dois grupos é semelhante no que tange a forma de apossamento (comunal), a manutenção do modo tradicional de viver e a relação de religiosidade.

A Corte deixou claro que as construções jurisprudenciais que versem sobre territórios de povos indígenas ou tribais podem ser aplicadas a povos indígenas e tribais, além de reafirmar a relação de pertencimento com o território, atribuindo a comunidade o *status* de dona legítima das terras tradicionais, independente do título, atribuindo a obrigação ao Estado de promover a demarcação, titulação, com participação e consentimento informado das vítimas, e a garantia de segurança aos membros da comunidade que desejavam retornar ao território.

3.3. A presunção de predominância da propriedade comunal em face da propriedade individual e a possibilidade de entrega de terras alternativas – caso da Comunidade Yakye Axa vs Paraguai e Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá e seus membros vs Panamá

O caso em referência foi julgado em 2006 e trata da comunidade indígena Enxet de Yakye Axa, que, diante da ausência de garantia a propriedade ancestral por parte do Estado do Paraguai, foi exposta a grave situação de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b)

O Estado criou vários obstáculos para o reconhecimento da propriedade comunal, dificultando o reconhecimento da personalidade jurídica, a demarcação e a titulação do território.

Apontamos como os principais marcos evolutivos da respectiva sentença, sobre os direitos territoriais: 1 - a inter-relação estabelecida da violação dos direitos territoriais e a situação de vulnerabilidade que os indígenas se encontravam; 2 - o reconhecimento da personalidade jurídica como algo operativo, necessário para declarar o direito pré-constituído; 3 - a presunção de predominância da propriedade comunal sobre a propriedade privada; 4 - a possibilidade de limitação da propriedade comunal; 5 - a possibilidade de entrega de terras alternativas; 6 - a indicação da Convenção 169 da OIT como instrumento de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A respectiva comunidade indígena foi alocada em assentamentos da igreja anglicana. O acesso às terras tradicionais, para a realização de atividades de caça e extrativismo, cumulada com o baixo índice de empregabilidade dos seus membros, culminou na impossibilidade de práticas de subsistências tradicionais, o que derivou em grave situação de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, diante da ausência do acesso ao território tradicional e seus recursos naturais.

Os direitos territoriais já estariam constituídos, independente da formalização da comunidade como pessoa jurídica. O reconhecimento da personalidade jurídica seria apenas um instrumento para operacionalizar a declaração de um direito territorial (direito a propriedade comunal) pré-existente.

A Corte IDH entendeu que a uma presunção de predominância da propriedade comunal sobre a propriedade privada. Neste sentido, tem-se que limitar os direitos a propriedade privada, em prol do interesse coletivo, de preservar a diversidade cultural em uma sociedade democrática, reafirmando a relação território-cultura. Destaca ainda, que os particulares afetados devem receber uma justa indenização.

Contudo, a sentença apontou a possibilidade de limitação aos direitos territoriais das comunidades indígenas e tribais, quando o Estado, por motivos concretos e justificados, não puder devolver as terras para a comunidade esbulhada, devendo observar quatro parâmetros: 1 - a previsão legal da limitação ao direito territorial; 2 - a necessidade fática do ato de restrição; 3 - a proporcionalidade; e 4 - a finalidade do ato tem que estar vinculado a um objetivo legítimo de uma sociedade democrática.

A Corte IDH asseverou que, em face da impossibilidade da retomada dos territórios tradicionais, seria possível, excepcionalmente, a entrega de terras alternativas, em situações

devido a escolha das novas terras ser consensuada entre a comunidade afetada e o Estado, não existindo poder discricionário por parte do último, que, por sua vez, deve indenizar a comunidade e garantir que as terras sejam suficientes para a manutenção dos modos tradicionais de vida (MOREIRA, 2017).

Em relação a hipótese de impossibilidade de retorno as terras tradicionais, destacamos o caso “Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá e seus membros vs Panamá”, que versou sobre o deslocamento das terras, sem o pagamento de indenização. Os indígenas foram retirados, em 1970, de seu território tradicional para a construção de uma hidroelétrica. O acordo firmado entre o Estado e os indígenas previa, dentre outras medidas, o pagamento de indenização. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014)

Na presente demanda, o retorno ao território afetado, demonstrava-se inviável, em face do alagamento da área.

A Corte reafirmou o dever do Estado de indenizar os indígenas, vítimas do evento, além de estender o mesmo status protetivo das terras ancestrais, para as terras alternativas. Neste sentido, destacamos o §122 da sentença:

En consecuencia, con respecto a las obligaciones del Estado relacionadas con garantizar el goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras alternativas, el Tribunal establece que dichas obligaciones necesariamente deben ser los mismos que en los casos en los cuales la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible. En caso contrario, se limitaría el goce del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos Kuna y Emberá por no contar con una ocupación prolongada o relación ancestral con las tierras alternativas, cuando esa falta de ocupación es precisamente consecuencia de la reubicación realizada por el mismo Estado, por razones ajenas a la voluntad de los pueblos indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 42)

3.4. Direitos territoriais, marco temporal e possibilidade de reivindicação da propriedade comunal – caso Sawhoyamaxa vs Paraguai:

O respectivo caso tratou da omissão do Estado do Paraguai em atender as reivindicações territoriais da comunidade indígena Enxent-Lengua (Sawhoyamaxa), por período irrazoável, o que gerou esbulho e, por conseguinte, violação dos direitos territoriais, expondo-a a grave situação de pobreza, vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, afetando a sobrevivência do grupo, acarretando mortes de vários membros da comunidade. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006c)

A Corte IDH sentenciou o caso em 2006, reafirmando vários precedentes, definindo, de forma mais adequada e fundamentada, o contorno dos direitos territoriais em alguns

aspectos, os quais destacamos: 1 – o dever do Estado em observar um prazo razoável para a resposta das demandas territoriais; 2 – a posse do território como requisito (dispensável) de reconhecimento; 3 – a (in)existência de um marco temporal para o reconhecimento dos direitos territoriais.

Foi definido pela Corte, que o direito ao devido processo legal deve ser observado no processo administrativo, concluindo que o prazo transcorrido de 13 anos, sem o atendimento das demandas territoriais, está em desacordo com o princípio do prazo razoável (MOREIRA, 2017).

No que tange a descontinuidade da posse, o julgado traz importante evolução, posto que, ao reafirmar que a descontinuidade da posse não interfere no direito de recuperação das terras tradicionais, mesmo que estas tenham sido transferidas para terceiros de boa-fé, devendo o Estado reavê-las, ou entregar-lhes terras equivalentes, mediante a escolha consensual com a comunidade afetada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatizou que a alegação de sobreposição de propriedades privadas de terceiros de boa-fé, mesmo quando produtivas, não representa condição necessária para afastar os direitos territoriais indígenas e tribais⁷.

Em relação ao marco temporal, a Corte reitera o direito de recuperação das terras tradicionais, reafirmado a relação diferenciada com seus territórios, por parte destas comunidades, apresentando um vínculo religioso e/ou cultural, que supera a mera posse. Destaca ainda, que situações de esbulho, caracterizam um dano permanente, perdurando, desta forma, o direito de recuperação das terras tradicionais, enquanto existir o vínculo subjetivo da comunidade com a propriedade comunal.

Outro ponto que merece destaque é a vinculação estabelecida entre o direito a vida e o direito territorial. Revisando e criticando o entendimento firmado no caso *Yakye Axa vs Paraguai*, que inocentou o Estado pelas perdas das vidas, diante da grave situação de vulnerabilidade que a comunidade vítima do deslocamento forçado foi submetida, a Corte IDH, desta vez, responsabilizou o Estado do Paraguai pela perda das vidas, estabelecendo uma relação direta e indissociável dos direitos territoriais, com a manutenção do direito a vida e a identidade cultural.

⁷ Estendemos a fundamentação da respectiva sentença aos povos tribais, em face do entendimento de equivalência de direitos territoriais, fundamentado na inter-relação de outros direitos humanos, com o território, exposto no caso “Comunidade Moiwana vs Suriname”.

3.5. A possibilidade de limitação aos direitos territoriais – caso Povo Saramaka vs Suriname e Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador

A demanda “Povo Saramaka vs Suriname” versou sobre a omissão do Estado em adotar medidas efetivas, que reconhecessem e garantissem o direito de uso e gozo das terras tradicionais, a violação do direito a proteção judicial, em prejuízo ao Povo Tribal Saramaka, a ausência de efetivo acesso a justiça e ausência de adequação do direito interno para garantir os direitos supramencionados para as vítimas. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007)

O caso em questão também versou sobre os danos contínuos derivados da construção da hidroelétrica Afobaka, na década de 60, resultando na inundação de parte do território tradicional, o que acarretou prejuízo a subsistência, destruição de locais sagrados, impactos ambientais, deslocamento forçado das vítimas, dentro outros impactos, sem observar o direito de consulta prévia.

As vítimas alegaram ainda a ausência de reconhecimento da personalidade jurídica e a irregularidade das concessões de exploração de recursos naturais, dentro da propriedade comunal, sem a observância dos deveres de consulta prévia, participação da comunidade nos lucros e divulgação dos estudos prévios de impactos ambientais.

O Suriname, em sua contestação, tentou afastar o status de Povo Tribal, dos Saramaka. Interessante destacar a interpretação ampliada dada pela Corte IDH, ao apontar que o Povo Saramaka, em que pese não ser nativo, compartilha características similares com os indígenas, “(...) como ter tradições sociais, culturais e econômicas diferentes de outras partes da comunidade nacional, identificar-se com seus territórios ancestrais e estar regulados, ao menos de forma parcial, por suas próprias normas, costumes ou tradições” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 24). Tal interpretação reflete diretamente nos direitos territoriais de diversos grupos etnicamente diferenciados, na América do Sul.

Outro ponto que merece destaque, é que o Suriname não ratificou a Convenção 169 da OIT e não reconhece, no seu ordenamento interno, o direito a propriedade comunal dos povos tribais que habitam o seu território. Ademais, a Corte frisou que o respectivo Estado ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, com base na interpretação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), ao analisar as obrigações dos Estados Parte do PIDCP, com base no artigo 27, estabeleceu que “não se negará às pessoas que pertençam a estas minorias o direito que lhes corresponde, em comunidade com os demais

membros de seu grupo, a gozar de sua própria cultura, [a qual] poderá consistir em um modo de vida que está fortemente associado ao território e ao uso de seus recursos naturais” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 29), remetendo a interpretação do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos no sentido ampliativo do artigo 27 do PIDCP, e do artigo 1º do PIDESC, por parte do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Corte concluiu que:

A este respeito, em conformidade com o artigo 1º, em virtude do direito à autodeterminação dos povos indígenas, os povos poderão “determina[r] seu desenvolvimento econômico, social e cultural” e poderão “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais” para que não sejam privados de “seus próprios meios de subsistência”. Conforme o artigo 29.b da Convenção Americana, esta Corte não pode interpretar as disposições do artigo 21 deste instrumento no sentido de limitar o gozo e exercício dos direitos reconhecidos pelo Suriname nestes Pactos. A Corte considera que o mesmo raciocínio se aplica aos povos tribais devido às similares características sociais, culturais e econômicas que compartilham com os povos indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 29)

Neste sentido, foi reafirmado os argumentos do caso *Moiwana*, no sentido de equivalência da proteção dos direitos territoriais dos grupos indígenas e tribais.

A Corte também reconheceu frisou que a garantia de acesso aos recursos naturais é condição necessária para a efetividade dos direitos territoriais, reafirmando a sua interligação com outros direitos humanos. Frisa que a autorização de exploração de recursos naturais por terceiros, dentro dos territórios tradicionais, mesmo que não sejam tradicionalmente explorados, podem afetar outros recursos naturais necessários para a manutenção do modo tradicional de viver da comunidade indígena/tribal.

A Corte IDH reafirmou as hipóteses de limitação dos direitos territoriais, destacando: 1 - a possibilidade prevista em lei; 2- necessidade; 3 – proporcionalidade; 4 - fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. A Corte adicionou uma quinta hipótese que não estava prevista nos seus precedentes, a qual destacamos como uma das importantes evoluções deste julgado, o qual limitou a possibilidade de restrição do direito territorial dos povos indígenas e tribais, quando essa limitação negue a subsistência de um povo como tribal ou indígena.

Outro ponto que merece destaque na respectiva decisão é, em caso de restrição territorial, o dever de observância: 1 – da consulta prévia; 2 – participação dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais; e 3 – estudo prévio de impactos ambientais.

Não se limitando a estabelecer a necessidade de consulta prévia, a Corte IDH definiu o método que esta deve seguir, necessitando observar três pilares: 1 – participação dos povos

afetados no plano de desenvolvimento de seu território; 2 – a consulta deve ser ativa, de boa-fé, segundo os costumes e tradições dos povos afetados; 3 – deve ser divulgado, de forma clara e acessível, todos os riscos do empreendimento. No mesmo julgado, a Corte estabelece a diferença entre consulta prévia e consentimento prévio, determinando que, nos casos em que grandes planos de desenvolvimento afetem diretamente os territórios tradicionais, estes necessitarão de consentimento livre, prévio e informado.

A sentença destacou ainda que o Estudo de Impacto Ambiental e Social deve ser elaborado com independência e supervisão do Estado, de tal modo que observe, respeite e não inviabilize o modo tradicional de viver.

Ainda sobre o dever de consulta prévia, destacamos outro importante caso do “Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador”, que teceu novos delineamentos a consulta prévia. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012)

Em síntese, no respectivo caso se refere a concessão de autorização concedida pelo Estado do Equador para a uma empresa petrolífera privada, para a exploração e extração do mineral em terras indígenas, sem a realização de consulta prévia e consentimento prévio, submetendo a comunidade a risco, em decorrência da forma de exploração, com utilização de explosivos, limitando a circulação e o exercício do modo tradicional de viver.

No referido caso, a Corte IDH, a corte reafirmou vários dos direitos firmados no caso “Povo Saramaka vs Suriname”, incluindo os delineamentos sobre o dever do Estado de realizar consulta prévia, acrescentando que o dever de comprovação da realização deste requisito, conforme estabelece os *standards* internacionais⁸, é do Estado, reprovando expressamente a delegação da consulta prévia a uma empresa privada.

3.6. A obrigação de saneamento do território e o conflito de direitos coletivos (territoriais vs ambientais) - caso da Comunidade Garífunha de Punta Piedra vs Honduras e caso dos Povos Kaliña e Lokomo vs Suriname

Os casos da “Comunidade Garífunha de Punta Piedra vs Honduras” e “Povos Kaliña e Lokomo vs Suriname” foram sentenciados em 2015. O primeiro versou sobre a titulação de uma área, sem o devido saneamento do território tradicional, que era alvo de ocupação por terceiros não-indígenas. Já o segundo caso, tratou de ausência de legislação interna do Estado, que reconhecesse a personalidade jurídica dos indígenas, a violação do direito de propriedade,

⁸ Standards se referem a uma definição legal, sustentada por princípios, que, por sua vez, resultam do processo de interpretação de uma norma ou de um tratado internacional.

por ausência de reconhecimento, sobreposição de propriedades particulares e reservas legais e ausência de consulta prévia.

No caso da “Comunidade Garífunha de Punta Piedra vs Honduras”, a Corte IDH firmou o entendimento que não basta o Estado conhecer formalmente a propriedade comunal, mas é de sua responsabilidade o saneamento da área, devendo remover quaisquer interferências sobre o território tradicional, possibilitando, desta forma, seu uso e gozo. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015a)

Já o caso “Povos Kaliña e Lokomo vs Suriname” envolvia a ausência de legislação interna que reconhecesse a personalidade jurídica dos indígenas, a concessão de direitos de exploração de minério em terras tradicionais, a sobreposição de propriedades privadas individuais e áreas de proteção ambiental e a ausência de consulta prévia e consentimento prévio. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015b)

Neste julgado, a Corte reafirmou o direito de reconhecimento da personalidade jurídica, impondo ao Estado, a obrigação de adequação de sua legislação interna, além de reiterar a necessidade da consulta prévia, observando os *standards* internacionais.

O ponto que merece destaque na evolução do direito a propriedade é a análise do conflito entre dois direitos coletivos, a preservação do meio ambiente e direitos territoriais. Neste sentido, o julgado destaca que existe uma compatibilização entre ambos os direitos coletivos, visto que a relação com a natureza, por parte desses povos, se mostra harmônica, contribuindo de forma positiva para a preservação ambiental⁹. A Corte frisou a necessidade de participação efetiva da comunidade na elaboração de políticas que envolvam o seu território, de garantia do uso e gozo do território e no recebimento de benefícios derivados da conservação, enfatizando que as práticas tradicionais devem ser respeitadas e preservadas sempre que compatíveis com a preservação do meio ambiente.

Outra questão que merece destaque é a condenação do Estado de evitar que os agentes privados cometam danos aos direitos humanos e, quando forem cometidos, castigarem os responsáveis. A mineradora não observou a consulta prévia e a realização de

⁹ Diante da relação de dependência com a natureza, e técnicas de manejo, desenvolvidas historicamente pela comunidade, é comum que o apossamento coletivo dos recursos naturais seja feito de forma sustentável. Em alguns casos são observados benefícios ambientais, derivando em uma relação de interdependência entre a comunidade e a natureza. Diante da ocupação e técnicas de manejo desenvolvidas historicamente, a própria comunidade estabelece regras para a exploração dos recursos naturais, legitimadas pelo direito consuetudinário. Tais características são atribuídas a chamada posse agroecológica, que consiste na soma do apossamento coletivo e individual (familiar), onde se emprega trabalho na terra (território), explorando-a de forma sustentável, baseada no uso coletivo dos recursos naturais, por meio do agroextrativismo, reguladas, no âmbito da comunidade, por normas de direito consuetudinário, observando a função econômica e social, tutelando, simultaneamente, interesses culturais e ambientais (BENATTI, 2007).

estudos de impactos ambientais e sociais, descumprindo o plano de manejo imposto, alterando bruscamente o meio ambiente do local e limitando o modo tradicional de viver das vítimas, em decorrência de práticas que envolviam explosivos, excesso de ruídos e trepidações, restringindo o acesso dos indígenas em algumas áreas.

4. CONCLUSÃO

Com a evolução dos direitos humanos, graças a elaboração de novos instrumentos internacionais após a DUDH, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que possibilitaram (além da criação) a reinterpretação do direito a propriedade, sob uma perspectiva multicultural, resgatando e reinventando conceitos ofuscados pelo modelo de propriedade liberal.

O direito a propriedade, tradicionalmente positivado como individual, ganhou um *status* de direito coletivo, no contexto dos povos indígenas e tribais, graças a interpretação sistemática inter-convencional, que reconheceu diversos contextos do direito a propriedade, que, por sua vez, possuía interfaces com o exercício de outros direitos humanos.

A propriedade tradicional passou a ser vista como espaço de vida coletiva, pois, mais que um direito, é condição essencial para uma vida digna por parte dos integrantes dessas comunidades tradicionais, agregando diversos valores que transcendem o mero interesse patrimonial. É nela que ele reside, que ele explora, que ele conserva, que ele cultua, com vínculos históricos, culturais, religiosos, econômicos, de subsistência. O território está, neste contexto, está muito mais ligado a dignidade.

A CIDH promoveu uma ressignificação do direito a propriedade, atribuindo um *status* protetivo diferenciado a propriedade coletiva. O seu reconhecimento, a sua proteção diferenciada, a sua prevalência sobre a propriedade individual, a delimitação das restritas hipóteses de intervenção ao direito territorial, a obrigatoriedade de consulta prévia e, em alguns casos, consentimento prévio, e a participação nos processos de planejamento e nos lucros, representaram um avanço considerável, em âmbito internacional, para o reconhecimento do direito de propriedade.

Neste sentido, é reconhecido internacionalmente, sob o olhar dos direitos humanos (CADH, PIDCP, PIDESC e Convenção 169 da OIT), uma multiplicidade de modelos de propriedade, atribuindo a chamada posse/propriedade tradicional, como um modelo de apossamento coletivo, que deve ser reconhecido e protegido como um direito a propriedade

pré-constituído, que independe de título, ampliando o modelo civilista de propriedade individual-patrimonial. Este modelo de posse/propriedade coletiva reconhecido pela Corte apresenta interfaces com outros direitos humanos, tendo uma importância presumidamente maior que modelo individual de propriedade, prevalecendo, em caso de conflito, sobre esta, atribuindo-se ao Estado, o dever de reconhecimento, saneamento e proteção do território tradicional. Sua reintegração, em caso de esbulho, só pode ser limitada diante da observância cumulada dos seguintes requisitos: 1 – previsão legal da limitação ao direito territorial; 2 – necessidade fática do ato de restrição; 3 – proporcionalidade; 4 - a finalidade do ato tem que estar vinculado a um objetivo legítimo de uma sociedade democrática; 5 – a limitação territorial não pode negar a subsistência de um povo como indígena/tribal. A constituição do direito territorial se dá com o apossamento da terra e dos recursos naturais, constituindo-se, em caso de esbulho, como dano permanente, enquanto perdurar o vínculo tradicional com a terra, devendo, qualquer tipo de interferência neste direito, ser precedida: 1 – da consulta prévia; 2 – participação dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais; e 3 – estudo prévio de impactos ambientais. A consulta prévia, por sua vez, deve observar os seguintes requisitos: 1 – participação dos povos afetados no plano de desenvolvimento de seu território; 2 – a consulta deve ser ativa, de boa-fé, segundo os costumes e tradições dos povos afetados; 3 – deve ser divulgado, de forma clara e acessível, todos os riscos da medida que poderá acarretar a limitação dos direitos territoriais. Há, nos casos das posses tradicionais, uma presunção de relação harmônica e sustentável com o meio ambiente, que vincula o Estado a promover a proteção ambiental em compatibilidade com os direitos territoriais, quando estes se mostrarem harmônicos.

Por fim, e ressignificação do direito a propriedade tende a ser ampliada e constantemente redefinida e reafirmado, por meio de novos casos que serão levados a Corte IDH e novos instrumentos internacionais que versem sobre o tema, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, que servirão de subsídios interpretativos para ampliar o alcance dos direitos humanos.

REFEFRÊNCIAS

BENATTI, J. H. Posse agroecológica e manejo florestal. Curitiba: Juruá, 2007.

CLAVERO, B. Derecho global. Por una historia verosimil de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 08set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2006a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_esp.pdf>. Acesso em: 10.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay, 2006b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf>. Acesso em: 15.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay, 2006c. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 22.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 22.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 30.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá, 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf>. Acesso em: 19.set.2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 2015a. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnribpajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 17.abr.2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, 2015b. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnribpajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf>. Acesso em: 14.abr.2023.

ESTUPIÑAN SILVA, R.; IBÁÑEZ RIVAS, J. M. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, J. F., et al. **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: Red DHES, 2014. p. 301-336. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf>. Acesso em: 07.abr.2023.

HOPGOOD, S. Desafios para o Regime Global de Direitos Humanos: os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para a mudança social? **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 70-79, jun-dez 2014. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur20-pt-stephen-hopgood.pdf>>. Acesso em: 30.mar.2023.

MOREIRA, E. C. P. **Justiça socioambiental e direitos humanos**: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO. Convenção nº 169, 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 30.mar.2023.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. O futuro dos direitos humanos: do controle à simbiose. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 515-526, jun-dez 2014. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur20-pt-cesar-rodriguez-garavito.pdf>>. Acesso em: 30.mar.2023.

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

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

ZÚÑIGA CARDOZA, R. A dicotomia jurisdicional entre direito interno e direito internacional em matéria de direitos humanos. **Meritum**, Belo Horizonte, 5, n. 2, Julho/dezembro 2010, p. 125-159.