IX CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS

A532
Anais do IX Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização IX Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, Jaqueline de Paula Leite Zanetoni e Sinara Lacerda Andrade Caloche – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-456-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br
Tema: Direito, Desenvolvimento e Cidadania

1. Pesquisa no Direito. 2. Universidade. 3. Pós-graduação. 4. Graduação. 5. Universalização do Conhecimento. I. IX Congresso Nacional da FEPODI (1:2022 : São Paulo, SP).

CDU: 34

IX CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 09 e 10 de dezembro de 2021, o IX Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram “Direito”, “Desenvolvimento” e “Cidadania”.

O evento foi realizado em parceria com o Ecossistema Ânima Educação e, contou, no geral, com 20 apoiadores diretos, sendo eles: 1. Instituto Sul-mato-grossense de Direito – ISMD (MS); 2. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS (MS); 3. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMS – PPGD/UFMS (MS); 4. Centro Universitário UNIFAFIBE – (SP); 5. Instituto Brasil – Portugal de Direito – IBPD (SP); 6. Universidade CEUMA (MA); 7. Escola Superior da Advocacia de Mato Grosso do Sul – ESA (MS); 8. Universidade Mogi das Cruzes – UMC (SP); 9. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI (SC); 10. Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (PR); 11. Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); 12. Universidade de Marília (SP); 13. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMAR – PPGD/UNIMAR (SP); 14. Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER (RS); 15. Instituto de Desenvolvimento Humano Global – IDHG (SP); 16. Liga Acadêmica de Direito Internacional da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – LADIN/UFMS (MS); 17. Liga Acadêmica de Direito Ecológico – LADE/UFMS (MS); 18. Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE); 19. Instituto Avançado de Ensino Superior e Desenvolvimento Humano – INSTED (MS) e; 20. Centro Acadêmico Luís Gama da UNIGRAN Capital – CALUG/UNIGRAN (MS).

No geral, foram realizados 5 (cinco) atos no decorrer do evento:

1. Mesa de abertura, composta por Orides Mezzaroba (Presidente do CONPEDI), Sinara Lacerda Andrade Caloche (Presidente da FEPODI), Vladmir Oliveira da Silveira (Coordenador do PPGD/UFMS) e Sandra Regina Martini (Coordenadora do PPGDH /UNIRITTER e representante do Ecossistema Ânima Educação). Na ocasião, ressaltou-se a importância da FEPODI para a qualificação da pesquisa em Direito no Brasil e reafirmou-se, também, o apoio institucional na organização dos próximos eventos.

2. Conferência de abertura “o Direito fraterno e a fraternidade do Direito”, ministrada pelo professor Eligio Resta, vinculado à Università degli Studi di Roma Ter. Como debatedoras, atuaram as professoras Sandra Regina Martini (UNIRITTER) e Janaína Machado Sturza

(UNIJUÍ). Destacou-se a importância da metateoria do Direito Fraterno na formação de um conceito biopólítico por excelência, que tem sido retomado atualmente com o significado de compartilhamento e de pacto entre iguais.

3. Painel sobre as “perspectivas e desafios do desenvolvimento sustentável e a proteção da natureza”, composto pelos professores Alberto Acosta (FLACSO), Mariana Ribeiro Santiago (UNIMAR) e Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS). Essa discussão, correlacionada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, tem se tornado tradição no âmbito da FEPODI enquanto uma de nossas pautas de preocupação.

4. Painel sobre a “importância da pesquisa e publicações no mestrado acadêmico”, composto por Felipe Chiarello de Souza Pinto (MACKENZIE), Viviane Coêlo de Séllos Knoerr (UNICURITIBA), Jonathan Barros Vita (UNIMAR) e José Querino Tavares NETO (UFG). Cada painelista trouxe uma contribuição essencial, que permeou debates desde as métricas relevantes a um programa de pós-graduação e sua avaliação, até práticas e iniciativas de sucesso que foram adotadas no decorrer da pandemia da Covid-19. Ao final, houve uma abordagem mais crítica no que diz respeito às técnicas avançadas de pesquisa em Direito e à ausência de preocupação com a legitimação do incentivo à ciência.

5. Mesa de encerramento do evento, composta por Sinara Lacerda Andrade Caloche (Presidente da FEPODI), Jonathan Barros Vita (UNIMAR), Elisaide Trevisam (UFMS), Sandra Regina Martini (UFMS-UNIRITTER representando o Ecossistema Ânima Educação), Abner da Silva Jaques (Tesoureiro da FEPODI) e Jaqueline de Paula Leite Zanetoni (2ª Diretoria de políticas institucionais da FEPODI). No decorrer, foram: (i) tecidos comentários sobre o evento e sobre a e gestão em encerramento da FEPODI; (ii) apresentados dados e informações acerca da abrangência do evento; (iii) destinados agradecimentos aos docentes que participaram dos GT’s e que auxiliaram na avaliação textual dos resumos expandidos, bem como aos acadêmicos e instituições que concederam apoio ao evento; (iv) lida a ATA de eleição da nova gestão da FEPODI, para o biênio de 2022-2023, entre outros.

No que tange à submissão de resumos expandidos e à realização dos GT’s, destaca-se, mais uma vez, que a abrangência da FEPODI foi nacional, pois contemplou as cinco regiões do país, alcançando, no geral, 19 estados da Federação Brasileira. Isto, para nós, é muito significativo, na medida em que evidencia que a pesquisa científica não pertence a um estado ou uma região. É feita por todos, de todos e para todos.

Ao total, foram 113 trabalhos aprovados no evento, que envolveram 211 autores. Sendo eles, 42 doutores; 8 doutorandos; 22 mestres; 70 mestrandos; 3 especialistas; 4 especializandos; 5

graduados e 57 graduandos. Esses números mostram como é possível estabelecer uma relação de integração entre a graduação e a pós-graduação, para privilegiar a pesquisa sobre Direito no Brasil. Há, inclusive, uma valorização da produção ainda na graduação, que muito nos alegra justamente porque levamos essa como uma missão institucional.

Os trabalhos que compõem estes anais foram apresentados no decorrer dos dois dias, distribuídos em 13 GT's diferentes. Para tanto, foram fundamentais as contribuições oferecidas por todos os coordenadores, que sempre aceitam com disposição o convite da FEPODI para auxiliar os nossos acadêmicos na construção de seus trabalhos científicos. Foram concedidas dicas, menções e críticas construtivas que auxiliaram nos propósitos de formar pesquisadores e democratizar o conhecimento. São eles: 1. Vivian de Almeida Gregori Torres (UNIMEP); 2. Lucas Pires Maciel (UNITOLEDO); 3. Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS); 4. Joseliza Vanzela Turine (UFMS); 5. Jessé Cruciol Júnior (UFMS); 6. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (UNICURITIBA); 7. Olavo de Oliveira Neto (UFMS); 8. Ynes da Silva Félix (UFMS); 9. Aurélio Tomaz da Silva Brittes (UFMS); 10. Yuri Nathan da Costa Lannes (MACKENZIE); 11. Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima (MACKENZIE); 12. Caio Augusto Souza Lara (DOM HELDER); 13. Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti (UFCG - FACISA); 14. Andrea Flores (UFMS); 15. Rejane Alves Arruda (UFMS); 16. Silmara Domingues Araújo Amarilla (ESMAGIS/MS); 17. Regina Vera Vilas Boas (PUC/SP); 18. Reginaldo de Souza Vieira (UNESC); 19. Maria Esther Martinez Quinteiro (UFMS); 20. Ana Paula Martins do Amaral (UFMS); 21. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (CEUMA); 22. Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS – PUC/SP); 23. Daniel Barile da Silveira (UNIMAR); 24. Luciani Coimbra de Carvalho (UFMS); 25. Jonathan Barros Vita (UNIMAR); 26. Irene Patrícia Nohara (MACKENZIE); 27. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (FMU - UNIVEM); 28. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer (UNIMAR); 29. Fernanda Mesquita Serva (UNIMAR); 30. Sandra Regina Martini (UFMS - UNIRITTER); 31. Ulisses Schwarz Viana (IDP); 32. Elisaide Trevisam (UFMS); 33. Elaine Dupas (UFMS) e; 34. Jackson Passos Santos (PUC/SP).

Nos GT's, exigiu-se, também, um elevado esforço de auxiliares na organização do evento: 1. Arthur Gabriel Marcon Vasques; 2. Bianca Silva Pitaluga; 3. Caroline Lopes Placca; 4. Cicília Araújo Nunes; 5. Diego Fortes; 6. Eric José Migani; 7. Elisangela Volpe; 8. Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves; 9. Henrique de Souza Wirz Leite; 10. Israel Aparecido Correa; 11. João Pedro Ignácio Marsillac; 12. João Pedro Rodrigues Nascimento; 13. Jônathas Willians; 14. Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino; 15. Larissa Saad; 16. Matheus Figueiredo Nunes de Souza; 17. Michel Ernesto Flumian; 18. Rafael Costa Cabral; 19.

Rafaela de Deus Lima; 20. Roseanny Expedito Leite Moura; 21. Suziane Cristina de Oliveira; 22. Thaís Fajardo; 23. Thális Alves Maciel; 24. Vanessa Siqueira Mello; 25. Vinícius Araújo Guedes e; 26. Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa.

O evento só foi possível graças à participação e ao apoio de todas essas pessoas, que confiaram no nosso trabalho.

Em mais uma edição, temos a satisfação em compartilhar com a comunidade acadêmica os anais de nosso evento. Embora seja apenas uma parcela do que representa a grandiosidade do IX Congresso Nacional da FEPODI, certamente os trabalhos ora divulgados transmitem elevado conhecimento e propiciam o incentivo à democratização da pesquisa e ao fortalecimento da ciência. Mais que isso, refletem a esperança na transformação social a partir da educação.

Que sigamos sempre caminhando e sonhando, cheios da esperança que haverá um momento em que a ciência será o centro das mais importantes decisões que são tomadas.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da FEPODI

Jaqueline de Paula Leite Zanetoni

Vice-presidente da FEPODI

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Ex-presidente da FEPODI (2020-2021) e Coordenadora-Geral do IX Congresso Nacional da FEPODI

DIREITO HUMANO AOS TERRITÓRIOS TRANSFRONTEIRIÇOS DOS POVOS INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DO IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA

HUMAN RIGHT TO THE TRANSBOUNDARY TERRITORIES OF INDIGENOUS PEOPLES FROM THE PERSPECTIVE OF THE IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE IN LATIN AMERICA

Elvis Gomes Marques Filho
Antônio Hilário Aguilera Urquiza [1]

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a proteção jurídica do direito humano aos territórios dos povos indígenas, diante do Ius Constitucionale Commune na América Latina, na região de fronteira Brasil-Paraguai. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo para análise dos dados coletados, através de pesquisa descritivo-exploratória. No processo de demarcação desses territórios, o Estado deve proteger os direitos dos povos indígenas, por intermédio do pluralismo dialógico e da harmonia com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os resultados desta pesquisa apontam que os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e espaços étnicos não são garantidos, o que promove a violação sistemática de suas culturas, costumes, organizações sociais, bem como de suas próprias existências.

Palavras-chave: Corte interamericana de direitos humanos, Povos tradicionais, Fronteiras

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the legal protection of the human right to the territories of indigenous peoples, before the Ius Constitucionale Commune in Latin America, in the Brazil-Paraguay border region. As for the methodology, it is a bibliographic and documental research. The hypothetical-deductive method is used to analyze the collected data, through descriptive-exploratory research. In the process of demarcating these territories, the State must protect the rights of indigenous peoples, through dialogical pluralism and in harmony with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The results of this research show that the rights of indigenous peoples over their social territories and ethnic spaces are not guaranteed, which promotes the systematic violation of their cultures, customs, social organizations, as well as their own existence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inter-american court of human rights, Traditional peoples, Borders

[1] Orientador

1 INTRODUÇÃO

Os países da América Latina possuem sociedades caracterizadas por elevado grau de exclusão e violência, em regimes democráticos ainda em fase de consolidação. Outrossim, existe uma realidade comum que marca os Estados latino-americanos, integrando-os em busca de soluções para problemáticas similares. Isso porque a redemocratização fortaleceu a proteção de Direitos Humanos e fundamentais, mas não promoveu as reformas institucionais necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Na segunda metade do século XX, a América Latina foi marcada por regimes autoritários e consequentes violações de Direitos Humanos, além do agravamento das desigualdades econômica e social. Em meio a esse contexto, foi promulgada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em 1969.

A partir da adesão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), impulsionaram-se constantes diálogos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e as cortes nacionais dos países signatários da CADH. Por intermédio de um constitucionalismo transformador, erigiu-se o *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal), comprometido com a democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos.

O constitucionalismo transformador e o Icaal partem da compreensão de que os países que integram a América Latina possuem uma história e uma cultura compartilhadas, e, por conseguinte, problemáticas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum para combater as violações sistêmicas.

Diante dessa perspectiva, a Corte IDH exerce primordialmente duas funções, direcionadas à construção dialogada de um direito comum latino-americano: a harmonização do pluralismo jurídico existente, bem como a transformação das estruturas institucionais responsáveis pela violação de Direitos Humanos.

Para aprofundar a discussão sobre essa temática, o desenvolvimento deste resumo expandido se encontra dividido em três partes: primeira, o *Ius Constitucionale Commune* na América Latina, para proteção dos Direitos Humanos e fundamentais de povos indígenas; segunda, os significados sociais e culturais de territórios tradicionais na cosmografia dos povos indígenas, em contraponto à sua conceituação jurídico-normativa; terceira, as violações de Direitos Humanos decorrentes da inércia do Estado na demarcação das terras indígenas, em regiões de fronteira.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 *Ius Constitucionale Commune* na América Latina

A base do Iccal são os direitos fundamentais e humanos. Isso porque o conteúdo transformador das constituições provém principalmente das disposições sobre direitos fundamentais. Além disso, esses direitos são a chave para mobilização da sociedade civil. Ademais, são as sentenças judiciais sobre direitos fundamentais e humanos, frequentemente produto da luta de grupos sociais, que se utilizam do Iccal (VON BOGDANDY, 2015, p. 28).

As sentenças, medidas provisionais e opiniões consultivas emanadas da CADH compõem um *corpus iuris* voltado para a realidade latino-americana, emergente de conflitos apresentados por mecanismos de participação popular agregados ao processo judicial interamericano, como, por exemplo, as sessões públicas, as tomadas de depoimentos e as sessões itinerantes, sem desconsiderar a preservação das identidades nacionais dos sistemas jurídicos de cada Estado (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 315).

Somado a isso, o direito comum construído a partir da relação dialogada entre a CADH e os demais tratados regionais sobre Direitos Humanos, fornece as bases jurídicas para a construção de um constitucionalismo transformador, com vistas a concretizar os compromissos democráticos dos Estados signatários. De acordo com essa teoria, o Poder Judiciário tem um papel determinante na realização de transformações na estrutura político-social, que são capazes de colocar em prática os compromissos constitucionais firmados (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 303).

O constitucionalismo transformador promove uma transformação gradual das instituições estatais, por meio de um conjunto de ideias que combinam a supraestatalidade, o pluralismo dialógico entre ordens nacionais e internacionais e a atuação judicial, que serão brevemente abordadas a seguir (MELLO, 2019, p. 256).

Na América Latina, o aspecto supraestatal se desenvolveu no sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, composto pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela CADH ou Pacto de San José da Costa Rica, por seu Protocolo adicional de San Salvador, bem como pelos demais acordos internacionais celebrados, em âmbito regional. Esse sistema abrange, no plano internacional, a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte IDH (MELLO, 2019, p. 256).

No Iccal, o pluralismo dialógico se manifesta entre o sistema regional interamericano e outros sistemas regionais ou internacionais; entre o sistema regional e os nacionais; entre os

sistemas nacionais; e entre esses sistemas e a sociedade civil (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 304).

Em sua perspectiva vertical, o pluralismo dialógico pressupõe que as cortes domésticas considerem as decisões da Corte IDH como um elemento relevante a ser considerado em suas decisões. Ademais, pressupõe, por outro lado, que a Corte IDH incorpore, interaja e considere a jurisprudência das cortes domésticas em seu processo decisório, como elemento essencial à própria legitimidade dos seus julgados. Dessa forma, o pluralismo dialógico do Iccal implica a reciprocidade na troca e abertura de ambas as partes a diferentes perspectivas e argumentos (MELLO, 2019, p. 257).

No âmbito horizontal, por sua vez, esse diálogo deve se estabelecer igualmente entre as cortes nacionais dos distintos países da região, de forma que partilhem informações e pontos de vista sobre temas comuns. Essas cortes aplicam os mesmos dispositivos da CADH e demais acordos internacionais, e partilham de uma posição semelhante perante a Comissão e a Corte IDH (MELLO, 2019, p. 257).

Quanto à atuação judicial, as decisões da Corte IDH produzem um duplo efeito: subjetivo e objetivo. O primeiro determina a formação da *res judicata* entre as partes do caso, com eficácia direta e imediata. O segundo gera a *res interpretata*, que constitui patamar interpretativo mínimo da CADH, componente do *corpus iuris* do Iccal, com dever de observância pelos demais Estados da América Latina (MELLO, 2019, p. 258).

Dessa maneira, o Iccal promove o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e seu impacto transformador na região; a nível doméstico, decorre das cláusulas de abertura constitucional, que propiciam maior diálogo e interação entre a legislação interna e a estrangeira, em prol da defesa e promoção dos Direitos Humanos, em um sistema multinível; e, ainda, incentiva o fortalecimento dos povos indígenas na busca por direitos e justiça (PIOVESAN, 2017, p. 1360).

Deve-se ressaltar que o Iccal se afasta de uma proposta unificadora e hierarquizante para se aproximar de um processo de harmonização capaz de compatibilizar, de um lado, a fixação de patamares mínimos comuns de proteção aos Direitos Humanos, e de outro, o respeito à diversidade sociocultural dos povos indígenas. Trata-se, portanto, de um direito comum não homogêneo, estruturado a partir da CADH, em diálogos integrados com as constituições locais (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 304).

Dessa forma, o Iccal promove a fertilização cruzada, que viabiliza a disseminação de argumentos e fundamentos de jurisprudências regionais ou internacionais que influenciam os julgados proferidos por cortes nacionais, e vice-versa, com a possibilidade de a jurisprudência

de uma corte nacional orientar a corte de outro Estado (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 308-309). Dessa forma, Brasil e Paraguai tanto devem dialogar entre si, quanto com a própria Corte IDH, de modo a proteger a demarcação dos territórios tradicionais de povos indígenas transfronteiriços, resguardando-se a preservação de suas identidades culturais específicas.

Nesta perspectiva de proteção multinível, surge o pluralismo dialógico, que compreende a comunicação da Corte IDH com o ordenamento jurídico nacional, que se manifesta pelo controle da convencionalidade, e o diálogo com a sociedade civil, que confere ao SIDH uma legitimação social (PIOVESAN, 2017, p. 1373-1374).

Dessa forma, esses diálogos entre jurisdições são marcados pelo policentrismo, em virtude da diversidade de intérpretes dos Direitos Humanos para a construção de padrões regionais, através da integralidade, pois todas as cortes envolvidas podem figurar como origem ou destino desses padrões; da deliberação, em que a corte regional atua como um *primo inter pares* em uma rede deliberativa transnacional, e não como um órgão hierárquico; e da multidirecionalidade, pois as comunicações entre as cortes se realizam em diversos sentidos, da Corte IDH para as nacionais ou o inverso, ou ainda entre as cortes nacionais entre si (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 312).

As Constituições de países da América Latina estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem esse diálogo entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente na seara dos Direitos Humanos. Por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5.º, § 2.º, consagra que os direitos e garantias fundamentais não excluem os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2017, p. 1374-1375).

O SIDH promove, assim, a abertura ao diálogo entre jurisdições mediante as regras interpretativas do artigo 29 da CADH, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima, em virtude do princípio *pro persona*. Isso porque os tratados de Direitos Humanos fixam parâmetros protetivos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto máximo. Outrossim, as cláusulas de abertura constitucional e o princípio *pro persona* compõem as duas bases que fomentam o diálogo sobre Direitos Humanos entre a Corte IDH e os sistemas jurídicos internos. No SIDH, este diálogo é caracterizado pelo controle da convencionalidade, de forma difusa e concentrada (PIOVESAN, 2017, p. 1376).

Nessa perspectiva, o princípio da norma mais favorável à vítima, disposto no artigo 29 da CADH, estabelece que devem prevalecer interpretações domésticas quando forem mais protetivas, ou menos restritivas, para os Direitos Humanos de povos indígenas. Dessa forma,

de um lado, os Estados podem expandir a proteção aos direitos humanos por meio das normas nacionais, e, de outro, não estão autorizados a utilizar a CADH para fundamentar restrições ao Direito Humano aos territórios indígenas. Em decorrência da aplicação desse princípio, os patamares mínimos de proteção aos Direitos Humanos, provenientes do controle de convencionalidade, colocam como figura central o ser humano (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 317-318).

2.2 Conceituações dos territórios tradicionais de povos indígenas

Os povos tradicionais podem ser definidos pela ligação intensa com os territórios ancestrais; pela autodeterminação e pela identificação pelos outros como grupos culturais distintos; por uma linguagem própria, muitas vezes diferente da nacional; pela presença de instituições sociais e políticas próprias e tradicionais; e por sistemas de produção principalmente voltados para a subsistência. São exemplos de populações tradicionais: as comunidades quilombolas, caiçaras, sitiantes e roceiros tradicionais, ribeirinhos, pescadores artesanais, grupos extrativistas e indígenas. Como exemplos de populações não-tradicionais citam-se os fazendeiros, veranistas, comerciantes, servidores públicos, empresários, empregados e madeireiros (DIEGUES, 1999).

A cosmografia dos povos indígenas inclui seu regime de propriedade, os vínculos afetivos que mantêm com seu território específico, a história da sua ocupação guardada na memória coletiva, o uso social que dá ao território e as formas de defesa dele. O território indígena é simbólico, um espaço de referência para a construção de identidades. Por conseguinte, esse território é o chão somado à população indígena, isto é, uma identidade, o fato e o sentimento de pertencer àquilo que nos pertence. O território é a base do trabalho, da residência, das trocas materiais e espirituais e da vida, sobre os quais ele difunde (LITTLE, 2001).

O conceito de territorialidade é tão fundamental que a partir dele os povos indígenas definem a sua identidade. Dessa forma, os direitos territoriais indígenas abrangem, assim, os direitos culturais indígenas, por significarem a possibilidade de reproduzir hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte e artesanato (SOUZA FILHO, 1998).

Os povos indígenas *Kaiowá*, que ocupam as regiões transfronteiriças do Brasil-Paraguai, referem-se ao espaço ocupado por suas comunidades como *tekoha*. Etimologicamente, *Teko* é o sistema de valores éticos e morais que orientam a conduta social, ou seja, tudo o que se refere à natureza, condição, temperamento e caráter do ser e proceder

desse povo. *Ha* indica a ação que se realiza. Assim, *tekoha* pode ser entendido como o território no qual a comunidade *Kaiowá* vive de acordo com sua organização social e sua cultura, isto é, de acordo com seus usos, costumes e tradições (OLIVEIRA, 2009).

Em âmbito internacional, o reconhecimento da identidade indígena foi reforçado pela adoção do Convênio 169 da OIT, em 1989, pela Declaração das Nações Unidas acerca dos Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, e pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2016, dos quais o Brasil é signatário. Essas normas internacionais garantem que os indígenas têm direito a exercer e a gozar plenamente de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos no direito internacional, sem nenhum tipo de obstáculos ou discriminação (BRAGATO; BIGOLIN NETO, 2017).

A Corte IDH articula os Direitos Humanos com o respeito à diversidade cultural e social, bem como os compatibiliza com as ordens jurídicas paralelas dos povos indígenas, o que é demonstrado, principalmente, pelo art. 21 da CADH.

> La Corte recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2018).

A referida Corte possui relevantes decisões no que diz respeito ao Direito Humano aos territórios dos povos indígenas. Dentre os quais, pode-se citar o caso da comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni* vs. Nicarágua, em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. A Corte IDH afirmou ainda que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de possessão e produção, mas um elemento material e espiritual de preservação de sua cultura (PIOVESAN, 2017, p. 1365-1366).

Outro caso é o da comunidade indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguai, no qual a Corte IDH condenou o referido Estado por violar os direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial, em virtude da não garantia do direito de propriedade ancestral, o que afetaria diretamente seu direito à identidade cultural desses povos tradicionais. A Corte IDH destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de possessão não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, tendo em vista que a relação de pertença não é individual, mas coletiva. Somado a isso, ainda afirmou o dever do Paraguai em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, considerando suas idiossincrasias, bem como suas características socioculturais e vulnerabilidades, respeitando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes desses povos, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando, por exemplo, a demarcação de suas terras, de acordo com as suas próprias definições de territórios tradicionais. Acrescenta-se, ainda, o caso da comunidade indígena *Yakye Axa* vs. Paraguai, na qual a Corte afirmou que a ruptura da relação simbiótica dos povos indígenas com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações (PIOVESAN, 2017, p. 1366).

2.3 Violações do Direito Humano aos territórios tradicionais de povos indígenas transfronteiriços

Os Direitos Humanos e fundamentais protegidos pelo Iccal, apesar de seu caráter universal, possuem uma série de características específicas. Primeira, a importância das grandes injustiças, sobretudo a violência. Isso explica por que inovações latino-americanas foram acolhidas internacionalmente, tais como a proteção especial dada aos povos indígenas. Segunda, outra característica que justifica a necessidade de desenvolvimento do Iccal explica-se pela exclusão que diversos grupos vulneráveis sofrem na América Latina. Terceira, o elemento emblemático dos Direitos Humanos nos países latino-americanos é a ênfase dada à dimensão coletiva e à proteção dos direitos fundamentais (VON BOGDANDY, 2017, p. 28-30)

Ocorre que os países da latino-americanos são marcados pela discriminação racial estrutural. No tocante aos direitos dos povos indígenas, esse cenário pode ser visualizado pelos padrões de impunidade sistemática decorrentes das barreiras socioeconômicas e culturais no acesso à justiça e à falta de eficácia das medidas de proteção adotadas pelo Estado; pela criminalização dos protestos, bem como a perseguição e o assédio das lideranças indígenas; e a inércia estatal diante de projetos econômicos derivados do capitalismo selvagem que invadem

os territórios indígenas através de atos ilegais de mineração, exploração de petróleo e madeira, instalação de agroindústrias e hidrelétricas, por exemplo (GÓNGORA-MERA, 2017, p. 336).

Além disso, na América Latina, as relações de poder têm se caracterizado historicamente pela exclusão sistemática dos povos indígenas e pelo favorecimento contínuo de interesses empresariais (locais e internacionais), em especial quando os objetivos destes entram em conflito com os daqueles povos tradicionais. Ao se manter inerte ou ao incentivar essa economia predatória, o Estado promove graves violações dos direitos das populações indígenas, em especial em conflitos de terra e projetos extrativistas, em regiões de fronteira (GÓNGORA-MERA, 2017, p. 366).

No Brasil, o Projeto de Emenda Constitucional nº. 215/2000 se constitui como uma ameaça à proteção dos Direitos Humanos dos indígenas, ao pretender restringir as futuras demarcações de territórios mediante aprovação pelo Congresso Nacional, com a observância da efetiva ocupação pelos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, vedando a ampliação das demarcações já realizadas, retirando o usufruto exclusivo dos indígenas sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes e permitindo parcerias para fins de exploração econômica com não-indígenas, bem como a permuta destas terras (BRAGATO; BIGOLIN NETO, 2017).

A judicialização dessas violações sistemáticas de Direitos Humanos dos povos indígenas, no contexto do constitucionalismo em rede, promovido pelo pluralismo dialógico do Iccal, têm conduzido a decisões das cortes nacionais em harmonia com a jurisprudência da Corte IDH. No Brasil, cita-se como exemplo o julgamento "Raposa Serra do Sol" pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que definiu 19 padrões legais aplicáveis aos conflitos por terras indígenas com base nos parâmetros normativos estabelecidos nas sentenças interamericanas sobre o Direito Humano dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais. Na oportunidade, o STF citou o caso *Awas Tingni* vs. Nicarágua como exemplo de que a comunidade internacional não deve poupar esforços para proteger a propriedade ancestral dos povos indígenas (GÓNGORA-MERA, 2017, p. 366).

A negativa ou inércia dos Estados brasileiro e paraguaio diante do Direito Humano dos povos indígenas aos seus territórios tradicionalmente ocupados afeta a própria possibilidade destes de existirem, incorrendo em etnocídio e, em especialmente em conflitos de terras, no crime de genocídio, ao manterem os indígenas em locais reduzidos ou improvisados, potencializando as suas vulnerabilidades e promovendo as violações sistemáticas de seus direitos fundamentais, enquanto aguardam as demarcações de seus territórios.

3 CONCLUSÃO

O Iccal possui relevância na proteção dos territórios transfronteiriços dos povos indígenas, ao promover o diálogo entre jurisdições e a prevalência do princípio *pro persona* em um sistema multinível. Dessa forma, os Direitos Humanos e fundamentais dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais são protegidos para além das fronteiras entre os países latino-americanos. Assim, os indígenas que integram a região limítrofe entre Brasil e Paraguai podem dialogar com a Corte IDH e com os próprios Estados, e estes devem, em esforço conjunto, proteger os direitos aos territórios tradicionais desses indígenas, em harmonia com o direito comum da Corte interamericana.

Os atos simbólicos de reconhecimento de violações, e mudanças constitucionais e legislativas do países latino-americanos têm de fato concretizado a função transformadora desencadeada pela Corte IDH. Ocorre que a referida Corte supranacional não pode ter um protagonismo isolado, mas deve impulsionar um diálogo constante com as cortes constitucionais dos Estados, e, principalmente, com os povos indígenas, especialmente na demarcação de seus territórios tradicionais, para que ocorra a efetiva proteção de seus Direitos Humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRAGATO, Fernanda Frizzo; BIGOLIN, Pedro. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 156-195, mar. 2017.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil : o ius constitucionale commune na américa latina tem uma contribuição a oferecer ? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6144. Acesso em: 27 out. 2021.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendentes en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Orgs.). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Primera edición: febrero de 2017. México: Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Párrafo n. 115.

DIEGUES, Antônio Carlos *et al*. *Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil*. São Paulo: NUPAUB/USP, 1999.

LITTLE, Paul E. *Amazonia*: territorial struggles on perennial frontiers. Baltimore, Md: Johns Hopkins University Press, 2001.

OLIVEIRA, Jorge Eremites de. *Ñande Ru Marangatu*: laudo percial sobre uma terra kaiowa na fronteira do Brasil com o Paraguai, em Mato Grosso do Sul. Dourados: UFGD, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da corte interamericana de direitos humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na américa latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005. Acesso em: 27 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029. Acesso em: 27 out. 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *As Novas Questões Jurídicas nas Relações dos Estados Nacionais com os Índios*. Rio de Janeiro: Apresentação no Seminário Bases para uma nova política indigenista, 1998. Disponível em: http://laced.etc.br/site/arquivos/05-Alem-da-tutela.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13–66, 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594. Acesso em: 27 out. 2021.