



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

BRUNA KELLY OLIVEIRA SOARES

**OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

FORTALEZA

2015

BRUNA KELLY OLIVEIRA SOARES

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Theresa Rachel Couto
Correia

FORTALEZA

2015

BRUNA KELLY OLIVEIRA SOARES

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Theresa Rachel Couto Correia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr^a. Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Esp. Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

S676d Soares, Bruna Kelly Oliveira.

Os direitos dos povos indígenas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos / Bruna

Kelly Oliveira Soares. – 2015.

55 f.; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.

Área de Concentração: Direitos Humanos.

Orientação: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia.

1. Direitos humanos. 2. Índios – Estatuto legal, leis etc.. 3. Índios. I. Correia, Theresa Rachel Couto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, minha força e minha luz, às minhas queridas mãe e irmã, Dora e Juliana, à minha tia Amabília, que me ajudam nas batalhas da vida e me apoiam sempre, ao Françuar, pelo carinho e compreensão, aos meus amigos e familiares, que contribuem para o meu crescimento como ser humano e à minha orientadora Theresa Rachel, pelos ensinamentos e auxílio na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Os povos indígenas, ao longo dos séculos, a partir da chegada dos colonizadores, lutam para a conservação de seu território, de sua identidade e de sua cultura, como coletividade que interage com o restante da sociedade nacional, mas se pretende perpetuar singular. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, idealizado no cerne da Organização dos Estados Americanos, desenvolve um importante papel na concretização dos direitos humanos, em especial dos direitos indígenas. Pretende-se, por meio deste trabalho, trazer ao debate os direitos dos povos indígenas reconhecidos tanto no âmbito internacional quanto nacional de algumas nações, como é o caso da Convenção n. 169 da OIT e da Constituição Federal de 1988 do Brasil, analisando como vem sendo construídos os direitos indígenas em nível de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os entraves a que esses direitos sejam observados no plano material. Para tanto, inicia-se com o histórico do SIDH e a descrição sucinta do processamento de casos na Corte. Após, trata-se dos direitos humanos, do direito humano de acesso à justiça, por ser este uma ponte para os demais, e dos direitos referentes à pessoa indígena e aos povos indígenas. Por fim, no intuito de alcançar a realidade, serão apreciados três casos representativos no SIDH sobre os direitos indígenas, descrevendo seu processamento e as considerações da Corte. Será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a casos processados na Corte, livros, artigos, legislação interna, declarações e tratados internacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos indígenas.

ABSTRACT

Indigenous peoples, over the centuries, from the arrival of the colonizers, fight for conservation of his territory, identity and culture, as a collectivity that interacts with the national society, but intends to perpetuate a different way of life. The Inter-American System for the Protection of Human Rights, created at the core of the Organization of American, develops an important work in the realization of human rights, particularly indigenous rights. It is intended, through this work, bring to debate the rights of indigenous peoples recognized both internationally and nationally of some nations, such as the Convention no. 169 of ILO and the Federal Constitution of 1988 of Brazil, analyzing how has been building indigenous rights in jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and barriers that those rights are observed in the material plane. Therefore, begins with the history of the ISHR and a brief description of the processing in the Court. After, will be analysed human rights and the human right of access to justice, because this is a bridge to the others, and about the rights of indigenous people and indigenous communitys. Finally, in order to achieve the reality, will be assessed three representative cases in the ISHR on indigenous rights, describing its processing and the considerations of the Court. Will be used bibliographical research methodology, by consulting the cases processed in Court, books, articles, domestic legislation, international declarations and treaties.

Keywords: Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Indigenous Rights.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Mapa da Nicarágua com a delimitação das áreas ocupadas pelas comunidades indígenas da Costa Atlântica	39
Figura 2 – Mulher Saramaka em sua residência	43
Figura 3 – Reunião dos líderes Xákmok Kásek com o Vice- presidente Juan Afara	47

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS	12
2.1	Organização dos Estados Americanos	12
2.2	Sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos	14
2.3	Corte Interamericana de Direitos Humanos	17
3	DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS	22
3.1	Direitos Humanos	22
3.2	Direitos Humanos das Comunidades Indígenas	27
4	ANÁLISE DE SENTENÇAS DA CORTE IDH	35
4.1	Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua (2001)	35
4.2	Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname (2007)	39
4.3	Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai (2010)	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem se concretizando como mais um importante instrumento de promoção e proteção dos direitos humanos. A partir desse contexto e do fortalecimento desse sistema, principalmente nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, emerge a necessidade de se conhecer mais profundamente esse mecanismo de efetivação de direitos humanos e como ele vem reafirmando os direitos dos povos indígenas, com presença tão marcante em vários Estados da América.

Com a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, muitas pessoas que foram vítimas de violação de direitos humanos ganharam mais um instrumento de tutela de seus direitos, em casos, por exemplo, nos quais o próprio Estado e o Poder Judiciário são transgressores de direitos reconhecidos em diversos tratados, declarações e convenções internacionais.

As comunidades indígenas sofrem violações cotidianas de seus direitos, como por exemplo, tentativas de genocídio, de extermínio de seu patrimônio cultural e ambiental, de apropriação de suas terras. Vários casos têm chegado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes a questões indígenas.

Os Direitos Humanos não são uma criação acabada, mas vêm sendo construídos e ampliados a partir das lutas e conquistas dos mais diversos atores sociais. Assim como outras minorias, os indígenas também buscam uma vida digna e a proteção de seus direitos, a preservação de suas tradições, de sua identidade, a demarcação e a conservação das terras em que habitam.

Ao contrário do que previam alguns estudiosos, a população indígena tem aumentado, tanto no Brasil como em outros países da América Latina. Apesar das dificuldades enfrentadas pelas comunidades indígenas, como a insuficiência de alimentação, habitações precárias ou ausência de políticas públicas de saúde a si direcionadas, várias tribos têm se perpetuado.

As pessoas indígenas estão presentes tanto nas áreas urbanas quanto nas zonas rurais, vivem na periferia das grandes cidades, trabalham para a agropecuária ou vivem em completo isolamento, sem interferências externas. A diversidade de culturas e línguas é imensa, uma riqueza ainda pouco valorizada. Todavia, muitas já foram completamente dizimadas, em nome do avanço do crescimento econômico da sociedade nacional.

De grande importância é a luta das comunidades que, ao verem seus direitos violados e, com o apoio de organizações sociais não governamentais, fazem-se ouvir

internacionalmente, levando suas demandas até o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já publicou algumas sentenças relacionadas aos direitos humanos dos povos indígenas e vem reafirmando seus direitos, garantindo reparações e supervisionando o cumprimento de suas determinações nos Estados condenados.

Vale ressaltar que os direitos dessas comunidades, ligadas material e espiritualmente à terra, perpassam os direitos humanos do modelo de sociedade ocidental, ganhando contornos específicos, por seu modo de vida coletiva e sua concepção diferente de vida digna. É necessário que as comunidades indígenas, cada vez mais, se organizem e lutem por sua autonomia e pela demarcação de seus territórios, pois essa é a única esperança para as futuras gerações.

A pesquisa sobre o tema no Brasil, se comparada a de países vizinhos, ainda tem bastantes caminhos a trilhar. Para difundir e ampliar o acesso à jurisprudência da Corte, em sua maior parte em espanhol ou inglês, a Secretaria Nacional de Justiça em convênio firmado com a Corte promoveu a tradução para a língua portuguesa dos casos mais emblemáticos, cuja publicação ocorreu em 2014.

A maior parte das informações apresentadas no quarto capítulo deste trabalho, a respeito dos casos na Corte, foi coletada dessa obra, intitulada Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas, que se encontra disponível, online, no sítio da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

O segundo capítulo é iniciado com um histórico sobre a Organização dos Estados Americanos, sobre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial, o SIDH. Trata ainda, no terceiro tópico, sobre o processamento dos casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O terceiro capítulo é dividido em dois tópicos, o primeiro referindo-se, brevemente, ao histórico e às características dos direitos humanos em geral, e o segundo tratando dos direitos humanos de proteção especial aos povos indígenas e tribais, quais sejam o direito à propriedade comunal e ao usufruto dos recursos naturais de suas terras, à preservação de suas instituições e de sua identidade, à autodeterminação, à saúde, à educação, à não discriminação, à cidadania, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação de sua cultura, língua, costumes e tradições, aos direitos políticos e à consulta livre, prévia e informada.

Para tanto, faz-se referência, principalmente à Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho Sobre Povos Indígenas e Tribais, ao Estatuto do Índio, à

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

No quarto capítulo, faz-se uma sucinta análise de três casos sentenciados em 2001, 2007 e 2010, respectivamente, o da Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, o do Povo Tribal Saramaka Vs. Suriname e o da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, escolhidos por sua relevância para a visibilidade das questões dessas populações e consequente aumento da preocupação internacional com os povos indígenas.

Descrevendo seu processamento na Corte, delimitando os direitos afirmados nesses casos e acessando informações acerca do cumprimento das sentenças nos Estados condenados, busca-se compreender a evolução da afirmação dos direitos dos povos indígenas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as dificuldades para que estes sejam implementados internamente nos Estados.

2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 Organização dos Estados Americanos

A OEA é um organismo regional que foi fundado em 1948, por ocasião da IX Conferência dos Estados Americanos, em Bogotá. Nessa mesma oportunidade, foi criado um documento específico sobre Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, um importante instrumento na defesa dos direitos do ser humano, em especial das minorias mais vulneráveis em nosso continente. Foi a partir dessa organização, no âmbito das Américas que se criou e desenvolveu um sistema interamericano de direitos humanos.

Sediada em Washington, D.C., a OEA é formada pelos trinta e cinco Estados independentes do continente americano, tendo concedido o estatuto de observador permanente a outros sessenta e nove Estados e à União Europeia. Seus principais pilares são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento. (OEA, 2015b).

Em relação à participação de Cuba nessa organização, em 03 de junho de 2009, foi adaptada a Resolução AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), a qual cessou os efeitos da Resolução de 1962 que excluía este país da participação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Restou acordado pela Assembleia Geral que o retorno da República de Cuba à OEA dependerá de pedido do Governo da República de Cuba e se realizará em

conformidade com as práticas, propósitos e princípios da organização. (OEA, 2015a). Porém, até o momento, não se tem notícia de seu efetivo retorno.

A OEA, como as demais organizações internacionais, é regida por uma Carta, que traz em seus primeiros artigos os propósitos essenciais de promover a paz e consolidar a democracia, bem como defende os princípios da boa-fé, da solidariedade e da justiça social, baseando-se nos direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo. É inegável sua importância para o fortalecimento da paz e da segurança e para a defesa dos direitos humanos no continente americano (GUERRA, 2013, p. 10).

Esta Carta apresenta os direitos e deveres dos Estados participantes da organização, estabelece as regras da sua estrutura orgânica, de ingresso na organização e de denúncia da Carta – quando o Estado deixa de ser membro da OEA, ou seja, regula a relação entre os países membros e a organização em si.

A Carta da OEA traz ainda, nos artigos 106 e 145, os marcos para a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que, hoje, atua conjuntamente com a Corte Interamericana, esta criada posteriormente, para a defesa e promoção dos direitos humanos no continente.

Artigo 106 Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

Artigo 145 Enquanto não entrar em vigor a Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos a que se refere o Capítulo XV, a atual Comissão Interamericana de Direitos Humanos velará pela observância de tais direitos. (OAS, 1948).

A OEA é dividida em órgãos, com funções específicas para o funcionamento adequado da organização, quais sejam a Assembleia Geral, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, os Conselhos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria-Geral, as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados.

Sydney Guerra (2013, p. 18-19) explica que o órgão principal é a Assembleia Geral, que é formada pelas delegações de todos os Estados membros, os quais têm direito a um voto cada. As reuniões ocorrem anualmente no período determinado pelo Regulamento, alternando-se a sua localização entre a sede dos Estados-membros. Permite-se ainda que o Conselho Permanente convoque períodos extraordinários de sessões.

2.2 Sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos

A positivação dos direitos humanos, em escala global, fortaleceu-se após a Segunda Guerra Mundial, dando origem ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse processo se deu de forma gradual, tanto no âmbito interno quanto internacional, sendo determinantes as lutas e os esforços de atores nacionais e internacionais, como as organizações sociais não governamentais, e a mudança de concepção acerca da soberania dos Estados, permitindo-se uma flexibilização desta, na tentativa de reduzir as violações de direitos.

Para Lima (2002, p. 5), nesse período,

Os direitos humanos passam, então, a ser uma verdadeira preocupação em escala mundial, o que impulsionou o processo da sua universalização e o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através de uma estrutura normativa que veio a permitir a responsabilização internacional dos Estados quando estes falharem em proteger os direitos humanos dos seus cidadãos. Passou-se a compreender que a soberania estatal, de fato, não pode ser compreendida como um princípio absoluto, devendo ser limitado em prol da proteção aos direitos humanos, haja vista esta ser um problema de relevância internacional.

Para Piovesan, foi justamente a universalização dos direitos humanos que permitiu a criação de sistemas internacionais de proteção desses direitos, a nível global e regional, os quais se complementam e são inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A nível global, constituiu-se a Organização das Nações Unidas e a nível regional, os Sistemas de Direitos Humanos da Europa, da América e da África.

Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos. [...] O elevado número de Estados-partes desses tratados simboliza o grau de consenso internacional a respeito de temas centrais voltados aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2005, p. 45).

Após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, um marco para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, foram celebrados ainda outros Dois Pactos Internacionais no ano de 1966, os quais compilaram em um deles os Direitos Civis e Políticos e no outro os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Embora a Organização das Nações Unidas não trate exclusivamente da defesa dos direitos humanos, possuiu um papel relevante para que o Direito Internacional além de intraestatal, também se aplicasse aos indivíduos dos Estados, dando-lhes prerrogativas para exigir tanto interno quanto internacionalmente a aplicação dos tratados internacionais sobre

direitos humanos. O indivíduo conquista a prerrogativa de ser sujeito de direitos no plano internacional.

A ONU, que encabeça o sistema global de proteção dos direitos humanos, através de sua estrutura e experiência, tem facilitado a realização de múltiplos atos internacionais (GARCIA, 2009, p. 24), tanto os elaborando no âmbito interno da Organização quanto participando na sua intermediação. Além disso, através de organizações, como a UNESCO e a OIT, vinculadas à ONU, direciona sua atividade à implementação, na prática, dos direitos sociais. Foi no âmbito da OIT, por exemplo, que foi criada a Convenção n. 169, bastante utilizada pelos defensores dos povos indígenas e tribais.

Em relação à imperatividade da Declaração de 1948, Emerson Garcia (2009, p. 30) esclarece que “a evolução do Direito Internacional permitiu que a Declaração se transmudasse de mera exortação moral em instrumento efetivamente vinculante dos Estados”, ou seja, torna-se *jus cogens*.

No âmbito regional também surgiram sistemas de proteção dos direitos humanos, complementares ao sistema global, titularizado pela ONU. Na Europa, com a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), em vigor desde 1953, a qual ampliou as garantias determinadas na Declaração de 1948, sendo submetida posteriormente a vários melhoramentos, tornando-se uma referência internacional; e com a Carta Social Europeia, em vigor desde 1965. (GARCIA, 2009, p. 38).

Em vigor desde 1986, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, celebrada pela Organização da Unidade Africana, trouxe uma novidade, o reconhecimento dos direitos dos povos. Nesse documento são contemplados direitos civis, políticos, sociais e dos povos, como o direito à existência e à autodeterminação, além do direito à paz e à segurança nacional e internacional. (GARCIA, 2009, p. 39)

No continente americano, na esfera da Organização dos Estados Americanos, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor a partir de 1978, foram reconhecidos os direitos essenciais do homem independente de sua nacionalidade, reafirmando-se o respeito à dignidade da pessoa humana e criando-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar casos em que os Estados-membros violassem a referida Convenção. (GARCIA, 2009, p. 36).

Tendo surgido na Organização dos Estados Americanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH trouxe, por meio de acordos firmados entre os países-membros, novos instrumentos de proteção e promoção dos direitos humanos.

Essas organizações têm, dentre outras funções, a de constituir uma última alternativa àqueles que tiveram seus direitos violados e não obtiveram auxílio em seu país, a nível interno, mesmo após percorrer todas as instâncias judiciais, seja o particular ou o próprio Estado o violador de direitos humanos.

O SIDH começou, formalmente, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também em 1948. O Sistema ainda conta com outros instrumentos além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são os Protocolos e Convenções sobre assuntos específicos. Dele também faz parte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, um dos três Tribunais regionais de proteção dos direitos humanos do mundo.

No Brasil, a prevalência dos direitos humanos destaca-se na Constituição Federal de 1988 nos Artigos 4^a, II, parágrafos 2º e 3º e no Artigo 7º do ADCT, *in verbis* “Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Percebe-se que, nos Anos 1990, tanto o Estado brasileiro quanto a sociedade civil começaram a aprofundar a compreensão da relevância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como via de efetivação de direitos.

O Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em 1992, promulgando-a por meio do Decreto nº. 678, e reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos como de jurisdição obrigatória em 1998. (BERNARDES, 2011, p. 135).

Nina Bernardes assegura que

A afirmação do compromisso interno com os direitos humanos e a adesão aos instrumentos internacionais permitiram o recurso a instâncias internacionais de monitoramento como mais uma ferramenta para a consolidação de uma cultura de respeito a direitos. [...] Com efeito, o envolvimento de atores brasileiros com o SIDH criou uma dinâmica interessante envolvendo Estado, organizações da sociedade civil e os órgãos do sistema. Decerto que a relação entre esses entes não é costumeiramente pacífica e harmoniosa, mas ainda assim pode proporcionar avanços interessantes na promoção dos direitos humanos, dependendo da configuração de poder do momento. (BERNARDES, 2011, p. 140).

Há muitos obstáculos a serem ultrapassados, como por exemplo, o descumprimento das determinações de órgãos internacionais como a CIDH e a própria Corte IDH e a não utilização direta dos parâmetros da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Poder Judiciário interno em seus julgados, conhecido como controle de convencionalidade, mesmo após a internalização da Convenção, no Brasil, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Mesmo a demora injustificada no cumprimento das decisões da Corte por parte dos Estados pode se revelar como mais uma espécie de violação perpetrada por estes.

2.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em síntese, é um tribunal vinculado à OEA, sediado em São José da Costa Rica, que visa à aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em casos que são a ela encaminhados, desde que o país envolvido no caso tenha aceitado se submeter a sua jurisdição.

As sessões da Corte ocorrem por períodos ordinários e extraordinários, possuindo uma Secretaria permanente, formada por um secretário e quatro advogados. (CORREIA, 2008, p. 121). É integrada por sete juízes escolhidos pelos Estados Partes da CADH, podendo ser indicado, ainda, um juiz *ad hoc* para julgar um caso específico, este sendo indicado pelo país acusado na demanda. Ela exerce duas funções: consultiva e contenciosa.

Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez, em votação secreta, e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. (GUERRA, 2013, p. 72).

Piovesan (2001, p. 238-239) explica que, no exercício da função consultiva, a Corte pode elaborar pareceres solicitados por qualquer membro da OEA, no que concerne à interpretação de tratados internacionais sobre proteção de direitos humanos ou em relação à compatibilidade de legislação interna do país requerente com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

Em relação à função contenciosa da Corte IDH, como afirma Piovesan,

[...], a competência da Corte para o julgamento de casos é, por sua vez, limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente. Reitere-se que apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo. (2006, p. 240).

O processo é iniciado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, à qual cabe verificar os requisitos de admissibilidade da petição – atualmente enviada eletronicamente, pelo sítio da CIDH na Internet –, requerer informações adicionais ao petionário, se necessário, e requerer informações ao Estado acusado de violação de direitos, bem como representar as vítimas no processo, caso este seja apresentado à Corte IDH.

Dispõe o Artigo 23.1 do Regulamento da CIDH:

Artigo 23.1 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ‘Pacto de San José da Costa Rica’ [...]. (OEA, 2009a).

Dependendo do resultado dessa análise, o caso poderá ser arquivado ou submetido à Corte IDH, por decisão fundamentada. Após essa análise, a Comissão ainda busca a solução amistosa do caso, e pode aplicar medidas provisórias, em situações de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas.

Ressalte-se o importante trabalho da Comissão nos acordos de soluções amistosas, os quais possuem elevado grau de cumprimento pelos Estados, como se depreende dos resultados da pesquisa feita por BASCH (2010, p. 20).

As medidas incluídas em acordos de solução amistosa aprovados pela CIDH são as que registram maior grau de cumprimento. Essas medidas foram cumpridas totalmente em 54% dos casos, a proporção mais elevada, ainda que não totalmente satisfatória. Em contraposição, somente 29% das medidas ordenadas pela Corte e 11% das medidas recomendadas em relatórios finais da Comissão foram totalmente satisfeitas.

O procedimento, na Corte, se divide em duas fases, a escrita e a oral. A fase escrita compreende a apresentação das petições perante a Secretaria da Corte, bem como o envio da contestação e das provas. O regulamento determina que as exceções preliminares somente podem ser exibidas no texto da contestação pelo Estado demandado. Antes do início da fase oral, as partes podem requerer ao Presidente a entrega de outros documentos escritos, cuja aceitação é discricionária deste.

A segunda fase, oral, é aberta pelo Presidente, o qual indica as audiências consideradas necessárias. As partes ao produzirem provas se responsabilizarão pelos custos de sua produção, bem como pelo comparecimento das testemunhas que indicarem. Perícias também podem ser expostas nas audiências. Geralmente, são ouvidas várias testemunhas e peritos *experts* no assunto do caso em análise, cuja audição ocorre na própria audiência, perante os juízes ou perante agentes dotados de fé pública.

Vale ressaltar uma importante alteração do procedimento, ocorrida em 2001, e disposta no Artigo 23 do Regulamento da Corte (OEA, 2009b), referente à participação das supostas vítimas, de seus familiares ou de seus representantes, os quais podem atuar de forma autônoma no processo, por exemplo, com a apresentação de petições, provas e manifestação oral nas audiências. Essa alteração foi de suma importância para que os juízes pudessem analisar o caso com mais precisão e para legitimar todo o processo, levando, inclusive, a que a própria sentença seja um dos meios de reparação para as vítimas.

Gustavo Vieira (2011, p. 268 e 271) destaca a relevância dos novos atores internacionais para o fortalecimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos. A partir de esforços constantes e mobilizações sociais contestatórias em âmbito internacional, os Estados Nacionais deixaram de ser os únicos atores no cenário mundial.

Ab initio, o sentido de ‘novos’ deve ser devidamente aquilatado. Não é de hoje que existem atores não-estatais atuando no cenário internacional, inclusive no âmbito jurisdicional. A diferença, todavia, a ‘novidade’ por assim dizer correlaciona-se com a maior envergadura e dimensão dessa intervenção, bem como nos aspectos qualitativos e de especialização profissional nessa seara. Nesse sentido, a partir dos anos 1990 nas Américas passarão a surgir mais de uma centena de entidades de diversos países interagindo na sistemática de direitos humanos e acesso à justiça na América Latina. É justamente nesse contexto que a jurisprudência da CORTE INTERAMERICANA, embora prevista desde 1969, instalada em 1978, e cuja primeira decisão contenciosa ocorre em 1987 passa a prosperar. (VIEIRA, 2011, p. 275).

Revela-se, portanto, a tendência regional de jurisdicinalização internacional. Ou seja, é também a partir da atuação desses novos atores, que operacionalizam os referidos sistemas, que se garante uma cidadania transfronteiras, efetivando o acesso à justiça.

Mesmo que não seja imprescindível a atuação dessas organizações sociais no sistema interamericano, por exemplo, percebe-se que elas estão presentes na maioria dos casos que são levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos. No Brasil, destaca-se a atuação do Grupo Tortura Nunca Mais, do Rio de Janeiro, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e da ONG Justiça Global.

Os ditos *novos* sujeitos internacionais estão paulatinamente construindo o sistema à medida que fazem uso dele, criando condições dialéticas em seus processos de interação internacional, as quais permitem que determinadas soluções de problemas sociais se solidifiquem e se institucionalizem juridicamente. (VIEIRA, 2011, p. 283, itálico do autor).

Há duas formas de prática dessas entidades, o assessoramento e a intervenção. Explica Vieira (2011, p. 276) que o assessoramento está ligado ao papel de *amicus curiae* perante o tribunal, amplamente utilizado no sistema interamericano, ao contrário do sistema jurídico interno, em que se restringe a casos mais complexos. Já a intervenção é uma atuação mais dinâmica e variada, relacionada à realização de denúncias, de forma isolada ou conjunta e à representação e à orientação das vítimas de violação de direitos humanos.

Imprescindível é também o fortalecimento da atuação dos defensores públicos no SIDH. Em 2009, a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), por meio de um convênio assinado com a Corte IDH, selecionou 21 Defensores de vários países do continente para trabalhar além de suas fronteiras pela defesa dos direitos humanos das vítimas que não tenham designado defensor, reforçando os laços de integração e solidariedade entre os Estados americanos.

A estrutura do sistema interamericano, no que se refere à Comissão e à Corte IDH, apresenta a dificuldade material da distância entre o juízo e os jurisdicionados, localizando-se a primeira em Washington DC. e sendo as sessões da segunda realizadas em São José da Costa Rica. Apesar dos avanços da informática e do peticionamento eletrônico,

são as organizações sociais e a AIDEF, em muitos casos, que exercem o papel de facilitar e custear o processo para as vítimas. E, ao fim do processo, a Corte determina que o Estado pague esses custos, com deslocamentos de pessoas e envio de documentos, por exemplo.

Os órgãos representantes do Brasil frente à Corte são a Secretaria de Direitos Humanos, ligada à Presidência da República – a qual atingiu o status de Ministério desde 2003 – e a Advocacia Geral da União. A Secretaria de Direitos Humanos é responsável, no âmbito interno, pela articulação com os atores brasileiros envolvidos no que se refere à efetividade e às consequências das decisões e medidas cautelares, por exemplo, coordenando as autoridades federais, estaduais e municipais; bem como participando das negociações amistosas dos conflitos levados à CIDH junto aos petionantes. (Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015). Já a AGU tem a função de levar os argumentos favoráveis ao Brasil como Estado acusado, defendendo-o no processo.

Em relação às decisões da Corte IDH, estas têm caráter obrigatório, a partir do momento em que o Estado reconhece a jurisdição obrigatória da Corte, e valem como título executivo, em caso de obrigação indenizatória. Como Esclarece Theresa Correia,

A Corte é instância judicial, mas suas sentenças não são punitivas. Procuram assegurar ações corretivas para as deficiências dos sistemas jurisdicionais nacionais. A correção tem sido igualmente determinada, pelo Estado, na forma de indenização às vítimas ou seus familiares. Essa indenização constitui a forma mais usual de reparar adequadamente o dano causado. (2008, p. 132).

Afirma Thalita Franco que a Convenção Americana permite aos Estados Partes condenados pela Corte adotarem, de forma discricionária, as medidas necessárias para o cumprimento da sentença, pois há casos em que a condenação implica uma série de realizações, como por exemplo, alterações legislativas, criação de políticas públicas.

Isso não quer dizer, todavia, que o cumprimento das decisões oriundas da Corte Interamericana possa ser encarado como mera faculdade. O suposto aqui é que os Estados possam dispor quanto à escolha dos métodos de implementação das sentenças, no sentido de dar cumprimento às medidas de reparação determinadas pela Corte IDH [...] (FRANCO, 2014, p. 39).

Posteriormente, é incumbência dos Estados condenados o envio de relatórios à Corte para que seja realizada a supervisão do cumprimento das decisões. A Corte IDH também solicita informações da Comissão e dos representantes das vítimas acerca do cumprimento dos dispositivos da sentença. Esses relatórios de supervisão são publicados, e o processo só é dado por encerrado, quando todas as medidas são executadas.

Contra as sentenças da Corte não cabe recurso, sendo admitido apenas pedido de interpretação, semelhante aos “Embargos de Declaração” utilizados no âmbito da Justiça brasileira, a ser requerido na Secretaria da Corte com a indicação precisa do sentido e do

alcance dos pontos da sentença cuja interpretação é solicitada. Tal pedido não suspende a execução da sentença, como disposto no artigo 59 do Regulamento da Corte (OEA, 2009b).

O Artigo 62.1 da CADH traz a previsão de que os Estados-partes, a qualquer momento, podem declarar que reconhecem como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação da CADH. E ainda o Artigo 68.1 determina o compromisso dos membros de cumprirem todas as decisões da Corte nos casos em que forem partes. (BRASIL, 1992).

As reparações a que os Estados-partes estão sujeitos englobam obrigação de indenização econômica às vítimas e seus familiares, reparações simbólicas, determinação de que o país investigue e responsabilize os agentes causadores das violações de direitos humanos e medidas de não repetição, como, por exemplo, desenvolvimento de políticas públicas, alterações legislativas e de entendimento dos tribunais superiores relativas ao caso e ao direito atingido analisados no âmbito da CIDH e da Corte IDH. (BERNARDES, 2011, p. 148).

Muitos países, no entanto, encontram dificuldades em executar principalmente as medidas de não repetição, seja por envolverem diversas esferas de poder, seja por atingirem interesses de grandes empresas, ou por falta de vontade política dos governadores de implementar programas eficazes de saúde pública, de educação, de conservação do meio ambiente, de redistribuição de renda e terras e de combate a todas as formas de discriminação na sociedade.

3 DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

3.1 Direitos Humanos

Os Direitos humanos são aqueles pertencentes a qualquer ser humano, independente de “raça”, sexo, idade, crença religiosa, origem, ou seja, são inerentes à espécie humana, de modo universal.

Os direitos humanos se referem, segundo Danielle Annoni (2008, p. 36), a todos os direitos do homem, mesmo que ainda não positivados, guardando relação com o direito internacional na medida em que o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos tem validade universal, ou seja, para todos os povos e tempos. Como ressalta Cançado Trindade (2014, p. 72),

A universalidade aqui considerada e afirmada não equivale à uniformidade e, tampouco é ameaçada ou debilitada pela ênfase maior em um ou outro direito, dependendo da sociedade ou da cultura. As três Convenções regionais - a Européia, a Americana e a Africana - de direitos humanos não proclamam os direitos humanos de europeus, de latinoamericanos ou de africanos, mas antes contribuem, cada uma a seu modo, à universalização dos direitos humanos.

Eles não nasceram todos de uma vez, como se poderia concluir, mas vêm surgindo e se fortalecendo ao longo das gerações por meio de sucessivas conquistas. Muitas vezes, somente após situações de calamidade, como as duas grandes guerras mundiais. Em relação a essa perspectiva, afirma Cançado Trindade que

Neste último meio século, tem sido nos momentos de crise que se têm logrado saltos qualitativos e avanços no campo dos direitos humanos. Assim, ocorreu após o holocausto da segunda grande guerra, com a adoção da Declaração Universal de 1948; assim foi ao final dos intensos e por vezes perigosos anos sessenta, com a avaliação global – dois anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos – da Proclamação de Teerã de 1968 [...] (2014, p. 74).

Referindo-se à evolução dos direitos humanos, Annoni (2008, p. 30) destaca que

O tema dos direitos humanos assumiu diversas teorias de conceituação e fundamentação ao longo dos séculos, tendo sido conhecido como direitos naturais nos séculos XVII e XVIII, os mesmos direitos que foram chamados de direitos públicos subjetivos pela doutrina alemã e francesa do século XIX e, ainda, convertidos em direitos humanos e fundamentais a partir das revoluções americana e francesa.

Segundo Fábio Konder Comparato (2008, p. 1), o que ocorreu foi uma afirmação histórica dos direitos humanos, tendo a dignidade da pessoa humana sido explicada e resgatada, sucessivamente, nos âmbitos religioso, filosófico e científico ao longo dos séculos, até chegar ao que hoje se entende por Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No campo das religiões, a partir da criação de uma fé monoteísta, na qual a figura humana, que ocupava um papel relevante na ordem da criação divina, passou a ser mais valorizada. Já na filosofia grega, com a reflexão do homem sobre si mesmo, mostrando, com essa possibilidade de autorreflexão, um destaque frente aos outros seres. E, por fim, na visão científica, o homem aparecendo como o ápice da cadeia evolutiva das espécies vivas. (COMPARATO, 2008, p. 4).

Grande importância, nesse contexto, tem, também, o surgimento da lei escrita. Observa-se, entretanto, que as normas jurídicas nunca alcançaram, nem lograram alcançar a amplitude da dignidade da pessoa humana.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, propriamente dito, e a universalização desses direitos começaram a se consolidar no segundo pós-guerra, com a elaboração de vários pactos e convenções e a realização de conferências, a nível mundial, sobre o tema.

O processo de universalização dos Direitos Humanos iniciou a sua fase legislativa com a elaboração de Pactos e Tratados que trouxeram caráter realmente normativo aos direitos consagrados, e de avaliação e reafirmação dos princípios através de Conferências Mundiais sobre Direitos Humanos. (LIMA, 2002, p. 4).

Garcia (2009, p. 45-47) defende que muitos desses atos internacionais têm um papel apenas declaratório, já que só proclamam, formalmente, valores já disseminados na sociedade internacional. Nesse caso, seu valor encontra-se em formar um núcleo mínimo intangível de direitos, à medida que se constroem e fortalecem os ideais comuns a todos os Estados.

Nessa perspectiva, os direitos humanos assumem a condição de *jus cogens*, o que leva à redefinição do conceito de soberania estatal, partindo-se da premissa de que o indivíduo, e não só o Estado, também é sujeito de direito internacional e admitindo-se até a intervenção externa quando o próprio Estado for violador de direitos. (LIMA, 2002, p. 4).

Esse tipo de intervenção, no plano material, sofre entraves, mesmo que se conceba que os direitos humanos são imperativos aos Estados. Além disso, percebe-se que aqueles que aceitam forças exógenas aplicando em seus territórios mecanismos de defesa de direitos humanos geralmente são os que menos os violam. Garcia (2009, p. 51) afirma que

Apesar da disseminação da concepção de que os direitos humanos devem ser imperativamente observados por todos os Estados, sua transposição à realidade fenomênica, longe de ser direcionada pela estabilidade e pela universalidade indissociáveis da perspectiva idealístico-formal, tem sido caracterizada por momentos de ruptura e por uma inegável limitação de ordem espacial. Nos Estados de reduzida tradição democrática ou naqueles assolados por constantes conflitos armados, a instabilidade política e a ausência de uma sólida ideologia participativa em muito contribuem para a não-sedimentação do respeito ao ser humano como um valor verdadeiramente fundamental.

Outro entrave é a dificuldade de implementação dos direitos sociais, que exigem ações positivas do Estado, como, por exemplo, investimentos financeiros e desenvolvimento de políticas públicas, comparando-os aos direitos de liberdade, que, na maior parte das vezes, requerem apenas uma atitude omissiva deste, maculando assim a indivisibilidade dos direitos humanos. (GARCIA, 2009, p. 55).

No intuito de superar essas contradições, Trindade (2013, p. 66) defende a necessidade de

[...] dotar os instrumentos e mecanismos de proteção existentes de maior eficácia, conceber novas formas de proteção [...], desenvolver a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos [e] fomentar as medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.

Por fim, uma questão que veio à tona inclusive durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, em Viena, foi a dificuldade de se conciliar a universalidade dos direitos humanos com os “particularismos regionais”. Para Trindade (2013, p. 68 e 70), esse ponto já foi bastante abordado nas discussões internacionais e deve ser tido como resolvido.

Ele defende que não se devem impor empecilhos à incorporação dos valores dos direitos humanos às diferentes culturas, nem serem determinadas formas de organização social ou uniformidade de políticas aos Estados, mas sim, a partir do respeito às diferenças, conseguir que as pessoas onde quer que se encontrem possam gozar dos direitos humanos.

Apesar das diversas classificações existentes e da ausência de unanimidade entre os doutrinadores, Danielle Annoni (2008, p. 43) destaca algumas características mais relevantes dos direitos humanos, quais sejam a universalidade, a indivisibilidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Flávia Piovesan também se refere a algumas dessas características ao analisar a evolução histórica dos direitos humanos: “A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.” (PIOVESAN, 2005, p. 45).

A universalidade dos direitos humanos é reconhecida em vários tratados e relaciona-se ao fato de que estes são inerentes ao ser humano independente de raça, credo, sexo, idade ou qualquer outra forma de distinção, em qualquer tempo e em qualquer parte do mundo. (ANNONI, 2008, p. 44).

Muitas vezes a universalidade é confrontada com a questão do relativismo cultural, por exemplo, os costumes e tradições que colidem com os valores da dignidade da

pessoa humana ou a carência de recursos financeiros e estrutura alegada por alguns Estados para, assim, não implementarem políticas públicas que beneficiem a população.

No entanto, para Annoni “a maioria dos Estados reconhece a universalidade como característica essencial dos direitos humanos, recordando que são anteriores à criação e consolidação do Estado, e não estão, portanto, adstritos aos interesses políticos ou às disponibilidades econômicas”. (2008, p. 45).

A indivisibilidade dos direitos humanos está intrinsecamente ligada à sua interdependência, ou seja, um governo não pode implementar determinados direitos humanos, a sua escolha. Todos os direitos devem ter igual importância, mesmo que em determinadas situações, algum sofra limitação em detrimento de outro, visto que não são absolutos.

Também a indivisibilidade desses direitos foi reconhecida em vários atos internacionais, como na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de 1968, em Teerã, e na II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, em Viena. Annoni (2008, p. 47) sustenta que

A Conferência de Viena tentou fazer frente ao relativismo cultural como instrumento de limitação ao reconhecimento e efetivação dos direitos, sustentando que as práticas culturais, religiosas e históricas de determinada comunidade devem ser preservadas, desde que não violem os direitos humanos tutelados. Com efeito, a tensão existente entre universalismo e indivisibilidade dos direitos humanos, de um lado, e o relativismo cultural, de outro, somente gera preocupações quando ambos os lados adotam posicionamentos radicais e exacerbados.

A irrenunciabilidade é a proibição de que qualquer indivíduo renuncie aos próprios direitos, pois isso implicaria renunciar à condição de ser humano. (ANNONI, 2008, p. 48). Sendo assim, a pessoa humana pode renunciar ou dispor de determinados direitos, como os patrimoniais; mas, jamais de direitos humanos, como a vida ou a integridade físico-psíquica.

Por fim, as características da inalienabilidade e da imprescritibilidade dos direitos humanos significam que estes direitos não podem ser transferidos a outrem, sob qualquer forma, nem dependem de prazo para serem exigidos, tendo em vista a função que a jurisdição deve assumir de promotora e defensora dos direitos humanos.

Annoni assevera que: “De fato, a característica da inalienabilidade dos direitos humanos reporta-se ao seu conteúdo moral, pessoal, individual, inerente à sua condição de pessoa humana e que não podem ser alienados sob pena de se converter o seu titular em objeto”. (2008, p. 49).

O direito humano de acesso à justiça é um dos mais relevantes, tendo em vista que, através dele, outros direitos se concretizam. Seu reconhecimento deve muito ao relatório

de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, iniciado na década de 60 e concluído em 1978, relativo à evolução do conceito de acesso à justiça e às soluções práticas para a resolução dos problemas de acesso à justiça.

Percebe-se, na introdução desse relatório, que ainda está presente neste século XXI a mesma questão tratada por Cappelletti e Garth (1988, p. 3) – a necessidade de mudanças no sistema Judiciário.

Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.

Essa pesquisa foi financiada pela Ford Foundation e coletou dados em vários Estados, tendo dela participado, na América Latina, o México, o Chile, o Uruguai e a Colômbia. O Brasil não participou, tendo despertado para essa temática somente na década de 1980, em razão não desse movimento internacional de ampliação do acesso à justiça, mas devido à abertura política e social que acontecia internamente nesse período. Como esclarece Eliane Botelho Junqueira (1996, p. 2-3),

Invertendo o caminho clássico de conquista de direitos descrito por Marshall (1967), o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três ‘ondas’ do ‘access-to-justice movement’.

[...] Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro [...] tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais.

Por meio do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça pode se firmar e se ampliar, superando a fase do mero direito de petição, para significar também o acesso à advocacia gratuita para os necessitados, à celeridade processual, à imparcialidade dos magistrados, ao devido processo legal, à igualdade material das partes, à representação jurídica de interesses difusos e coletivos, fomentando assim reformas legislativas, institucionais, processuais e procedimentais.

No plano internacional, no pós-segunda guerra, também foi reconhecido ao indivíduo o direito de petição a organismos internacionais de proteção e defesa de direitos humanos, como os tribunais internacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito do continente americano, proporcionando novos instrumentos de acesso à justiça.

O indivíduo passou a ser reconhecido como sujeito de direitos, não só para garantir a sua dignidade, mas também como detentor de deveres, podendo ser submetido a punições pela violação de direitos humanos. (ANNONI, 2008, p. 82).

Ao ganharem status internacional, os Direitos Humanos modificaram a visão que os Estados possuíam sobre suas relações entre si, passando a destacar-se a necessidade de cooperação na busca da proteção de qualquer indivíduo em qualquer lugar. Annoni (2008, p. 84) acrescenta que essa cooperação deu origem a diversas organizações internacionais com o intuito de garantir direitos a todos e ao mesmo tempo fiscalizar os Estados e responsabilizá-los pelas violações desses direitos.

3.2 Direitos Humanos das Comunidades Indígenas

A América conta, na atualidade, com mais de quarenta milhões de indígenas (PREZIA; HOORNAERT, 2000, p. 240). Eles não formam uma homogeneidade, mas sim uma grande diversidade de línguas, tradições, formas de organização e cultura. Mesmo com todo esse contingente populacional, a história indígena é esquecida. Retrata-se o “descobrimento” da América pelos europeus, quando, na verdade, o que houve foi uma colonização dos povos que já residiam nestas terras, os quais sofreram com as doenças, a violência, a escravização, a catequização forçada.

O modelo europeu de organização social ainda é visto, por muitos, como o único aceitável e os povos indígenas como inferiores, atrasados. Pressupõe-se que os indígenas precisam desenvolver-se, evoluir até tornar-se igual ao restante da sociedade nacional. Para esse raciocínio, vincula-se o conceito de desenvolvimento somente à exploração da natureza e à mercantilização dos recursos naturais, de forma predatória (SCHETTINI, 2012, p. 64), quando, para as comunidades indígenas, conseguir desenvolvimento à custa da degradação ambiental é inútil.

Para tratar de direitos indígenas, inicialmente, é necessário desconstruir o estereótipo sobre o ser indígena e sobre sua forma de vida, abrir-se para compreender o outro. Os indígenas organizam-se de forma diferente do modelo de sociedade ocidental, mesmo se comparando as comunidades entre si, sua estruturação, suas relações de parentesco são instituídas diversamente.

O que os assemelha é seu estilo de vida comunitário, sua relação harmoniosa com a natureza, retirando desta, a partir de técnicas simples, o necessário para o sustento da comunidade. Possuir pouco não significa, necessariamente, carência, pois, em cada jornada de

pesca ou coleta, por exemplo, um grupo foi exitoso ao conduzir os suprimentos precisos. Além disso, os índios distribuem de forma mais equilibrada o tempo entre o trabalho e o lazer, detém uma relação espiritual com a terra e transmitem suas tradições para as novas gerações, essencialmente, através da oralidade. (JUNQUEIRA, 2008, p. 47).

No Brasil, a Lei nº. 6.001/73, o Estatuto do Índio, dispõe que índio é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. Esse diploma foi elaborado com fundamento na doutrina integracionista, ou seja, na concepção de que os indígenas estão em um grau inferior de desenvolvimento e passariam a um estágio mais elevado ao se integrarem à sociedade nacional. (BARRETO, 2014, p. 33-34).

O Estatuto do Índio estabeleceu uma divisão entre índios integrados e não integrados à comunhão nacional, sendo aqueles capazes civilmente e estes devendo ser assistidos pela FUNAI. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê, no artigo 232, a capacidade processual dos índios e de suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, os dispositivos do Estatuto que trazem essa divisão mostram-se inconstitucionais. (VILLARES, 2013, p. 60).

Além disso, o Código Civil de 2002 não traz no rol do artigo 4º os indígenas como relativamente incapazes, mencionando, no parágrafo único deste, que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Para Villares (2013, p. 61), não se deve confundir a tutela do direito privado com a proteção dirigida aos índios, sendo assim, “o índio tem capacidade plena, reconhecida constitucionalmente, mas [...] o instituto da tutela, tratado em separado da capacidade, como sempre deveria ter sido, continua a existir.”.

Há diversas críticas ao Estatuto do Índio, como, por exemplo, o fato de compreender o índio como silvícola, esquecendo o fato de que ele pode vir a residir nas cidades; ou que o índio deve conservar sua cultura inalterada, com o tempo, para manter sua identidade, o que não se verifica, na prática, em nenhuma sociedade, além de tratá-lo como relativamente incapaz, sendo, por isso, tutelado pelo Estado. (BARRETO, 2014, p. 38-39).

A necessidade de proteção não advém de incapacidade, mas sim de sua condição desvantajosa, fruto de séculos de opressão e dizimação. As comunidades indígenas precisam não de tutela por uma suposta incapacidade, mas de um dever de diligência por parte dos Estados para que seus direitos sejam respeitados e, ao mesmo tempo, serem consultados em questões a si referentes, podendo se organizar em associações ou qualquer outra forma de organização que quiserem, para exigirem do governo a implementação dos requerimentos da comunidade. (ANAYA, 2006, p. 193).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 modificou o paradigma a respeito da questão indígena, colocando no lugar do modelo da integração e da tutela-incapacidade a visão da interação, da tutela-proteção e do respeito à diferença. Ela reconhece, por exemplo, a capacidade das comunidades indígenas de pleitearem em juízo, sem intermediários e de se posicionarem sobre interferências governamentais ou privadas em seus domínios. (BARRETO, 2014, p. 42-43).

Para além das alterações das constituições políticas de vários países, expressando os direitos dos povos indígenas, tem grande relevância, no âmbito internacional, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, denominada Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (OIT, 1989). Esse tratado foi aberto para ratificações em 1989 e vigora no Brasil desde 2003. Ele reconhece, além dos direitos individuais, os direitos coletivos desses povos, como, por exemplo, o direito à propriedade comunal, à consulta prévia por meio de seus representantes e à preservação de seus costumes e instituições (ANAYA, 2006, p. 171).

Esse foi o primeiro instrumento internacional que previu a autodeterminação dos povos indígenas e tribais – mesmo não tendo fortalecido essa questão tanto quanto desejado – como fundamento para que estes possam exercer a cidadania, o autogoverno, assumir a gestão da comunidade, de acordo com sua cultura e costumes, sem esquecer que estes são titulares dos direitos humanos como qualquer pessoa, como o direito à liberdade, à igualdade, à saúde, à educação (BELTRÃO; BEGOT; LIBARDI, 2012, p.150).

Anaya aduz também a formação de um direito internacional costumeiro referente aos povos indígenas, tendo em vista que o conjunto de documentos e de jurisprudência internacional indigenista vem se tornando amplamente aceito na comunidade internacional, apesar de, muitas vezes, ser violado pelos próprios Estados ratificantes.

O conteúdo específico de uma nova geração de normas internacionais costumeiras referentes aos povos indígenas ainda está em evolução e permanece algo ambíguo. No entanto, seus elementos centrais são cada vez mais confirmados e se refletem no abrangente diálogo multilateral e nos processos decisórios focalizados em povos indígenas e seus direitos. (2006, p. 191).

Com fundamento na Convenção n. 169 da OIT, povos indígenas são aqueles que, estabelecendo-se ou não em tribos, seja qual for sua condição jurídica, descendem de populações que habitavam o país ou uma região pertencente ao país na época da conquista, colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou, ao menos, parte delas. E,

ainda a autoidentificação como indígena é considerada como critério fundamental para determinar a aplicação das disposições da referida Convenção.

Vale salientar a diferenciação que a própria Convenção faz entre povos indígenas e povos tribais. Os povos tribais se assemelham aos indígenas, sendo inclusive regidos pela mesma Convenção, em conjunto com estes, por também conservarem estruturas organizacionais diferentes do restante da sociedade, possuírem condições econômicas, sociais e culturais distintas da coletividade nacional. No entanto, não se confundem com os indígenas por não descenderem de comunidades pré-colombianas.

No terceiro capítulo, será realizado um estudo de caso sobre uma comunidade tribal, e não indígena, a Comunidade Saramaka, situada no Suriname. A relevância de se trazer o caso a lume está, justamente, na oportunidade de estabelecer um contraponto entre esta e as comunidades indígenas e perceber a grande semelhança entre os direitos violados dos indígenas e dos quilombolas, no caso dos Saramaka. A própria Corte IDH, ao analisar o caso Saramaka, destaca essa similitude e trata este povo, no corpo da sentença, como comunidade tribal, ao qual torna-se, portanto, aplicável a jurisprudência da Corte acerca da propriedade territorial indígena.

Além da Convenção n. 169 da OIT, no âmbito internacional podemos citar ainda a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007). Nela, após mais de vinte anos de lutas pelo fortalecimento dos direitos indígenas e muita resistência de alguns países, mais especificamente Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália, cujos votos foram contrários à Declaração, foi reconhecido o direito à autodeterminação dos povos indígenas.

Esse direito relaciona-se com a autonomia e o autogoverno em assuntos internos, restando vedada sua interpretação para fins de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes, como estabelecido no Artigo 46 da Declaração.

Prevê a necessidade de consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas, antes que se adotem medidas legislativas e administrativas que os afetem. E acima de tudo, traz a pessoa indígena para o papel principal, para atuar junto com o Estado, na concretização de todos os direitos humanos reconhecidos no instrumento.

O direito à terra e ao usufruto dos seus recursos naturais é uma das questões indígenas mais importantes na atualidade, tendo em vista o significado que o território tem para essas comunidades. A terra, para os índios, não tem apenas valor comercial, mas é a base

material para sua sobrevivência e existência digna, para o desenvolvimento de sua religiosidade e espiritualidade, de sua cultura e das relações sociais em geral (VILLARES, 2013, p. 113).

A necessária demarcação de terras como mecanismo de proteção às comunidades não constitui direitos, mas apenas os declara, já que os índios têm direito originário sobre os territórios que tradicionalmente habitam, do qual retiram sua sobrevivência, mesmo que seja terra não edificada, independente de títulos.

Não se admite, nesse contexto, que sejam válidos títulos sobre terras indígenas, quer tenham sido tomadas ou cedidas, bem como não existe direito adquirido sobre elas, sendo quaisquer atos registrais nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos (VILLARES, 2013, p. 122).

No Brasil, as terras indígenas são de propriedade da União Federal, ou seja, são inalienáveis, imprescritíveis, contudo são as pessoas indígenas que usufruem da terra e de seus recursos e têm a sua posse permanente. A União Federal não pode dar às terras indígenas destinação diversa da prevista no Artigo 231 da Constituição Federal de 1988, devendo demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

De acordo com dados da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, hoje, existem no Brasil 462 terras indígenas regularizadas, em sua maior parte localizadas na Amazônia Legal, as quais representam em torno de 12,2% do território brasileiro. (FUNAI, 2015).

O processo de demarcação ocorre, em síntese, da seguinte forma: inicia-se o processo administrativo no âmbito da FUNAI, a qual dá prioridade aos casos em que haja conflitos, projetos de construção de obras ou constituição de áreas ambientalmente protegidas; são realizados estudos de identificação e delimitação do território; é aberto prazo para contraditório de ocupantes da terra ou dos demais entes federativos, Estados e Municípios; e encaminham-se os relatórios aprovados para o Ministro de Estado da Justiça. (VILLARES, 2013, p. 128).

Após, este analisa o processo, admitindo-o ou requerendo diligências. Caso o admita, expede portaria com efeito declaratório da terra como indígena. E, por fim, esse procedimento é concluído com a homologação do Presidente da República, por meio de decreto. A partir desse momento, são extintos os títulos de propriedade sobre essas terras. Os possuidores de boa-fé poderão pleitear à União Federal as benfeitorias úteis ou necessárias, e os não-índios serão notificados para deixarem a área. (VILLARES, 2013, p. 133).

No decorrer desse processo, muitos interesses entram em conflito, sendo interpostas inúmeras ações na justiça, retardando seu desfecho. O artigo 19, parágrafo 2º do

Estatuto do Índio prevê a possibilidade de interposição de ações petitórias ou demarcatórias, mas o que se vê, na prática, são, além destas, Mandados de Segurança contra atos da FUNAI, do Ministro de Justiça e do Presidente da República e Ações Populares.

Os Mandados de Segurança, muitas vezes, são rejeitados por falta da prova do direito líquido e certo, tendo em vista que a discussão sobre as terras indígenas exige elaboração de provas testemunhais e perícias antropológicas. Mesmo assim, por meio desta ação, já foram concedidas várias liminares sobrestando o processo de demarcação. Villares critica esse posicionamento do judiciário brasileiro pelo fato de que se transfere, erroneamente, a questão da demarcação da competência do Executivo para o Judiciário, a qual se prolonga demasiadamente no tempo, ameaçando o direito dos povos indígenas. (2013, p. 161).

Os povos indígenas têm direito também ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à ausência de intervenções externas em seu território, sejam de origem estatal ou privada, que venham a degradar a natureza. Não há mais dúvida em relação ao fato de que os recursos naturais das terras indígenas devem ser usufruídos exclusivamente pelas comunidades indígenas, no entanto, surge um conflito, quando estas se sobreponem a unidades de conservação, pois nestas, por regulamentação legal, são proibidas quaisquer atividades humanas de exploração.

Como clarifica Paulo Oliveira, nesse caso, deve ser aplicado o princípio da razoabilidade para se compatibilizar o direito ambiental e os direitos indígenas, ambos previstos, respectivamente, nos artigos 225 e 231 da Constituição Federal de 1988. Além disso, deve-se levar em consideração que muitas comunidades utilizam os recursos naturais para a comercialização, o que, se realizado de forma sustentável, fortalece o desenvolvimento destas, bem como contribui para a perpetuação de seu patrimônio cultural (2006, p. 109).

No Brasil, há muitas terras indígenas cuja delimitação coincide com áreas de conservação ambiental, regidas pela Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, ou se encontram localizadas na faixa de fronteira, definida pelo artigo 20, parágrafo 2º, CF/88 como a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, a qual, por ser zona de grande importância para a defesa nacional, tem sua ocupação regulada por lei específica.

Estas comunidades têm, assim, mais um obstáculo na demarcação de suas terras. Pode-se exemplificar a comunidade Raposa Serra do Sol de Roraima, a qual, além de estar situada na faixa de fronteira, sobreponhe-se ao Parque Nacional do Monte Roraima. Interessante esse caso, pois as comunidades que ocupam esse território têm o Monte Roraima como um

lugar sagrado, onde vivem seus deuses, sendo um motivo a mais para preservarem o local. Desse exemplo, infere-se a necessidade de análise caso a caso e da participação indígena no debate para resolução desses conflitos. (VILLARES, 2013, p. 198).

Outro direito também reconhecido às pessoas indígenas é o direito à conservação de sua cultura, língua, costumes e tradições. O direito à conservação da língua abrange, por exemplo, o direito de receberem educação tanto na língua nacional quanto na língua nativa. Ele está previsto tanto na Convenção n. 169 da OIT quanto na CF/88. Lúcia Jófej, exemplificando o que viria a caracterizar a cultura indígena, expõe

Aponta nessa direção a definição de patrimônio cultural indígena, cuja abrangência inclui os conceitos de patrimônio material (ou tangível) e imaterial (ou intangível), aí presentes todas as manifestações de expressão que fazem parte do universo cultural de um Povo Indígena: são nossos cantos e danças, as formas próprias de educação, as pinturas corporais de cada Povo, as técnicas artesanais herdadas dos ancestrais, inclusive a arte plumária, que traz significado e beleza aos nossos rituais. São ainda as rezas e os conhecimentos tradicionais dos pajés, a relação de espiritualidade que nos une aos nossos territórios tradicionais e tudo o que neles preservamos, porque são parte integrante do nosso universo cultural. (2006, p. 132).

Jófej esclarece, contudo, que não basta a preservação da cultura de um povo, é preciso também lhe dar meios de registrar a propriedade intelectual, de receber e partilhar entre a comunidade créditos por sua imagem e pela difusão de suas práticas artísticas, bem como de ter o direito a consentir ou não, de forma livre, prévia e informada sobre a utilização de seu patrimônio cultural, sob pena de esse Povo se ver diante de uma violação ou apropriação indevida de seu patrimônio cultural (JOFÉJ, 2006, p. 135).

Um direito com arcabouço legal ainda em construção é a cidadania da pessoa indígena. De início, esbarra-se com a dificuldade, no plano teórico, de identificar o indígena. Caso seja priorizada a autoidentificação como indígena em detrimento de outros fatores, podem ocorrer situações em que pessoas vão se reconhecer indígenas, mesmo não pertencendo a nenhuma comunidade, com o intuito de se beneficiar de projetos voltados a essa minoria. (GUARANY, 2006, p. 152-154).

Daí a importância de serem somados a este outros critérios de identificação, como, por exemplo, a descendência de populações pré-colombianas, a identificação do indivíduo pelo grupo étnico e a conservação de instituições sociais, econômicas, culturais, políticas ou parte delas. (GUARANY, 2006, p. 153).

Aos índios são garantidos todos os registros civis como certidão de nascimento, registro civil, certidão de óbito, passaporte, certidão de casamento. O registro administrativo realizado pela FUNAI também é importante, para que se tenha um controle maior sobre as

populações indígenas e suas necessidades, bem como para facilitar o posterior registro civil de identificação.

Em relação aos direitos políticos, Villares aponta que, atualmente, já se encontra pacífica a questão de que os indígenas podem exercer o sufrágio e candidatar-se, nas condições dos artigos 14 a 16 da Constituição Federal de 1988, bem como o dever do governo de instalar urnas eleitorais nas aldeias para facilitar a votação. Porém, o autor critica a posição do TSE de que o alistamento e o voto devem ser obrigatórios para os indígenas, pois violaria seus direitos e garantias fundamentais ao impor um comportamento estranho à sua cultura e organização cultural. (2013, p. 68).

No que concerne, ainda, ao serviço militar, o Ministério da Defesa editou a Portaria MD/EME 020, de 02 de abril de 2003, que prevê que os índios são nativos da terra e lhes são reconhecidos seus costumes, sua organização social, a língua, as crenças e as tradições, determina que os militares conheçam e respeitem seus hábitos, costumes e tradições e que a incorporação de jovens oriundos de comunidades indígenas no serviço militar inicial se realize somente se estes forem voluntários e aprovados no processo de seleção. (VILLARES, 2013, p. 71).

E por fim, de grande importância é o direito das pessoas e comunidades indígenas de serem consultados previamente e, de forma adequada, sobre decisões que os afetem, por exemplo, a exploração de recursos naturais e a realização de obras que atinjam seus territórios, direta ou indiretamente, a elaboração de planos de desenvolvimento, saúde e educação na comunidade indígena, a criação de reservas ambientais. Essa consulta deve levar ao conhecimento pleno da comunidade, sobre os efeitos do projeto, as vantagens e desvantagens. (COURTIS, 2009, p. 64).

Esse direito vem expresso nos artigos 6º e 15 da Convenção n. 169 da OIT, que determina, dentre outras coisas, que as consultas, na aplicação da Convenção, deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Dessa forma, se não for possível um acordo, a atuação do governo deve ser, não autoritária, mas razoável e proporcional, no intuito de reduzir os prejuízos socioambientais resultantes da concretização dos projetos.

Christian Courtis cita um caso relacionado à concessão de licença de exploração de hidrocarbonetos dentro do território da comunidade indígena U'wa, na Colômbia. A comunidade interpôs ação de tutela contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia Inc., o qual foi julgado pela Corte Constitucional do país.

A Corte “considerou violados os direitos à participação, à integridade étnica, cultural, social e econômica e ao devido processo da comunidade U’wa” e a sentença “ordenou a suspensão da licença ambiental e a realização de uma consulta devida”. (COURTIS, 2009, p. 65-66). Ou seja, a omissão da consulta ou seu cumprimento incorreto podem levar até mesmo à invalidação do ato realizado pela administração pública.

4 ANÁLISE DE SENTENÇAS DA CORTE IDH

Os casos analisados foram escolhidos por sua relevância para o fortalecimento dos direitos indígenas a partir da jurisprudência da Corte IDH, por sua localização espacial, numa tentativa de abranger diferentes circunstâncias no Continente Americano e ainda pela sua delimitação temporal, já que o intuito do trabalho também é observar a evolução dos direitos expressos nas sentenças publicadas.

O caso da Comunidade Mayagna vs. Nicarágua foi o primeiro e mais emblemático, o único, dos 8 casos já sentenciados pertinentes ao tema, que foi cumprido integralmente. O segundo, o da comunidade quilombola Saramaka vs. Suriname, foi trazido a lume para estabelecimento de contraponto em relação ao reconhecimento dos direitos das comunidades tribais, as quais guardam grande similitude aos povos indígenas. E o terceiro, o da Comunidade Xámok Kásek foi selecionado pela atualidade da sentença e pela relevância, a nosso ver, de se ventilar a grave violação de direitos humanos impingida contra várias comunidades indígenas ocupantes do Chaco Paraguaio.

4.1 Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua (2001)

A Nicarágua é um país da América Central, que se localiza ao Norte da Costa Rica e tem seu litoral banhado tanto pelo Oceano Pacífico quanto pelo Oceano Atlântico. O seu litoral leste, a Costa Atlântica, sofreu a colonização britânica, marcada pelas alianças com os povos residentes, diferentemente do lado oeste, que foi colonizado pelos espanhóis, os quais dizimaram grande parte da comunidade nativa. (WILLIAMSON, 2010).

Até os dias atuais, ainda permanecem, não sem grandes dificuldades, várias comunidades indígenas habitando a Costa Atlântica do país, a qual é cobiçada, principalmente, pela indústria madeireira. As etnias que habitam essa região são os Rama, os Miskito e os Mayagna, dos quais saem ramificações. (MARTÍNEZ, 2013). Na região pacífica

e norte também se estabelecem comunidades, no entanto, estas estão mais ligadas à economia de mercado e aos padrões da cultura nacional.

A Comissão Interamericana recebeu uma denúncia em sua Secretaria, em 02/10/1995, oferecida pelo senhor Jaime Castillo, representante da comunidade Mayagna, contra o Estado da Nicarágua, motivada pela possível outorga estatal à empresa Sol de Caribe S.A. (SOLCARSA) de concessão de exploração de madeira nas terras da comunidade e pela falta de interesse do governo na demarcação destas, mesmo após vários requerimentos enviados pela comunidade.

Anteriormente, outra empresa, MADENSA, havia realizado atividade exploratória na região. A comunidade foi consultada, neste caso, e realizou um convênio com aquela. Porém, a concessão à empresa SOLCARSA foi outorgada sem consulta prévia à comunidade e, além disso, visava realizar uma obra de grande impacto, abrangendo sessenta e dois mil hectares das terras, o que provocou a reação dos Mayagna.

Na inicial, os peticionários solicitaram a aplicação de medidas cautelares pela Comissão, considerando a extrema gravidade e urgência, pois caso as atividades exploratórias da SOLCARSA fossem iniciadas, a comunidade sofreria danos irreversíveis. No entanto, esse pedido não foi deferido pela Comissão.

Mesmo após ser comunicado do trâmite do caso na Comissão, o Estado continuou a impulsionar o procedimento da concessão. E após três reuniões entre as partes e algumas tentativas de acordo, não se chegou a entendimento satisfatório.

No âmbito interno, em 27/02/1997, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Nicarágua proferiu decisão favorável à comunidade, declarando inconstitucional a outorga da concessão à SOLCARSA, pela ausência de requisitos formais na concessão. O Estado não suspendeu a concessão e buscou suprir os vícios de formalidade em questão. Nesse momento, a empresa já havia começado a exercer suas atividades nas terras indígenas.

Em 03/03/1998, a Comissão aprovou o relatório final nº. 27/98, concedendo à Nicarágua o prazo de dois meses para apresentar as informações sobre o cumprimento das seguintes determinações, em síntese: criar um procedimento que assegurasse o direito de propriedade à comunidade Mayagna e às outras comunidades da Costa Atlântica; suspender, imediatamente, as atividades relativas à concessão madeireira nas terras dos Awas Tingni, até que a questão da posse destas fosse resolvida; e iniciar um diálogo com os Awas Tingni para que se alcançasse uma solução amistosa.

Tendo em vista que a resposta do Estado não se mostrou satisfatória, pois este não iniciou, de fato, um diálogo com a comunidade, somente elaborando um projeto de lei sobre

as propriedades comunais indígenas e suspendendo a outorga da concessão, a Comissão, em 04/06/1998, apresentou o caso perante a Corte IDH.

A Secretaria da Corte, após exame inicial do caso, notificou o Estado para apresentar contestação, opor exceções preliminares e nomear sua representação. A Nicarágua nomeou como agente o senhor Edmundo Castillo, interpôs preliminar de não esgotamento dos recursos internos, conforme artigos 46 e 47 da Convenção e apresentou vários documentos anexos relativos à legislação nicaraguense.

Várias organizações apresentaram escritos na qualidade de *amicus curiae*: a Organização de Síndicos Indígenas do Caribe Nicaraguense (OSICAN), a Assembly of First Nations (AFN), a International Human Rights Law Group, o escritório de advocacia Hutchins, Soroka e Dionne e a National Congress of American Indians (NCAI). A participação de organizações como essas fortalece a legitimação do trabalho do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que exerce pressão social sobre os Estados denunciados.

Na primeira audiência realizada, a Corte rejeitou a exceção preliminar interposta pela Nicarágua. Na sessão sobre o mérito, realizada na sede da Corte, em 16, 17 e 18/11/2000, foram ouvidas as testemunhas e os peritos solicitados pela Comissão e pela Nicarágua e os designados pela Corte. Nessa mesma oportunidade, foram ouvidas as alegações finais das partes.

Pode-se depreender dos testemunhos e perícias que as terras são exploradas por toda a comunidade, ou seja, a propriedade é coletiva, sendo suas principais atividades a pesca, a caça e o cultivo da terra. A população que lá se estabeleceu é de cerca de mil habitantes. Apesar de não possuírem um título de propriedade, a tradição oral demonstra que a comunidade habita a região há mais de trezentos anos, possuindo um vínculo espiritual com esta e dela dependendo seu desenvolvimento cultural, religioso e familiar. Para os Mayagna, o território é sagrado, seus deuses habitam algumas colinas e nele foram enterrados seus antepassados.

As comunidades indígenas da Nicarágua possuem uma organização bem estruturada, com chefes responsáveis pela conservação das florestas, líderes escolhidos pelos membros adultos para representá-los, outros para administrar os conflitos internos e têm consciência de sua identidade, de suas origens e dos caminhos a percorrer para a sua sobrevivência e a das futuras gerações.

Após análise das provas documentais e orais, a Corte entendeu que houve violação ao artigo 25 da Convenção, que trata da proteção judicial, já que, mesmo após

interporem recursos no Poder Judiciário contra a outorga da concessão à empresa SOLCARSA e requererem a titulação de suas terras no Instituto Nicaraguense de Reforma Agrária INRA, a comunidade não obteve uma resposta garantidora dos seus direitos fundamentais. A própria Constituição Política do país, assim como a Lei nº 28, que regulamenta o Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, consignam os direitos das comunidades da Costa Atlântica sobre os territórios.

Já em relação ao artigo 21 da Convenção, que cuida do Direito à Propriedade Privada, a Corte entendeu que também houve sua violação. Nesse caso, a Corte ampliou o sentido da expressão “propriedade privada” para proteger o direito à propriedade comunal e ao seu reconhecimento jurídico, pois o pertencimento a que se refere a propriedade comunal das comunidades indígenas se centra no grupo, não nos indivíduos.

Em votação não-unânime, por sete votos contra um, tendo o juiz Montiel Arguello apresentado voto dissidente, a Corte Interamericana declarou que o Estado da Nicarágua violou os Artigos 1.1 - Obrigaçāo de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção -, 2 - Dever de adotar disposições de direito interno para garantir o exercício desses direitos e liberdades -, 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e determinou que o Estado pagasse uma indenização no valor de US\$ 30.000 dólares a título de gastos e custas dos peticionários e US\$ 50.000 dólares a título de reparação do dano imaterial sofrido pela comunidade Awas Tingni, valor que deveria ser convertido em obras e serviços de interesse coletivo em favor desta no prazo de doze meses.

Em votação unânime, a Corte decidiu que a Nicarágua deveria criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas do país, em conformidade com seus usos e costumes, inclusive da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, não praticando atos que prejudicassem o uso ou gozo dos bens desta e, por fim, remeter, à Corte, relatórios a respeito das medidas tomadas para dar efetivo cumprimento a todos os pontos resolutivos da sentença, a cada seis meses.

Há três relatórios referentes à supervisão do cumprimento da sentença pelo país condenado, dois deles datados de 2008 e o último de 2009. O que se depreende desses relatórios é que a Nicarágua deu cumprimento a todos os pontos da sentença. O Estado efetuou o pagamento das indenizações por meio de cheque e da construção de um albergue estudantil para os membros da comunidade Awas Tingni.

O país publicou, em 13 de dezembro de 2002, a Lei nº 445, a qual estabelece um procedimento específico e as competências institucionais para demarcação e titulação de terras dos povos indígenas e comunidades étnicas da Costa Atlântica e dos rios Coco, Bocay,

Indio e Maíz. As etapas referidas nesta lei são: a) solicitação de demarcação perante a Comissão Intersetorial de Demarcação e Titulação (CIDT); b) solução de conflitos; c) medição da terra e demarcação; d) titulação e; e) saneamento (tratamento de conflitos com terceiros não indígenas que possam estar na área reclamada).

E, finalmente, em 14 de dezembro de 2008, o Estado entregou ao senhor Jhonatan Malean, representante dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, o título de propriedade de 73.394 hectares.

Figura 1 – Mapa da Nicarágua com a delimitação das áreas ocupadas pelas comunidades indígenas da Costa Atlântica.



Fonte: WIKIMEDIA COMMONS (2006, online).

4.2 Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname (2007)

A comunidade Saramaka reside às margens do rio Suriname, que deságua no Oceano Atlântico, ao norte do país de mesmo nome. Sua economia é baseada na caça, na pesca, no cultivo e coleta de plantas, na extração de madeira e na venda de produtos extraídos da floresta. A comunidade se divide em doze clãs, cujos líderes locais são chamados de Capitães Chefes e a autoridade superior é conhecida como Gaa'man. Eles são descendentes de quilombolas, os quais foram captados na África, para serem escravos no Suriname, no período da colonização holandesa.

A maior parte da população do Suriname reside ao norte do país, região de planície. A comunidade tribal Saramaka se localiza próximo da capital do Suriname, Paramaribo. Vale destacar que o Suriname é um país multiétnico, formado por descendentes de imigrantes norte-indianos, crioulos, brancos, javaneses, indígenas, ameríndios e chineses.

A demanda em tela foi apresentada à Comissão Interamericana pela Associação de Autoridades Saramaka AAS e doze capitães Saramaka, em 27/10/2000, motivada pela não disponibilização de mecanismos de demarcação e titulação de terras indígenas e tribais pelo Estado do Suriname, nem de acesso efetivo à justiça para a proteção de direitos fundamentais. As terras dessa comunidade são pretendidas, principalmente, por madeireiras e mineradoras, já tendo ocorrido deslocamentos forçados dos grupos, inundações e desmatamento de áreas de floresta.

Em 23/06/2006, a Comissão submeteu o caso à Corte, por entender que as questões não haviam sido resolvidas mesmo após a aprovação de Relatório expedindo recomendações ao Estado denunciado.

Como já mencionado no Item 2.3, houve uma alteração do procedimento, ocorrida em 2001, e disposta no Artigo 23 do Regulamento da Corte que permite a participação das supostas vítimas, de seus familiares ou representantes de forma autônoma no processo. Deste modo, os representantes da comunidade apresentaram uma informação adicional à Corte, requerendo indenização pelos danos materiais sofridos com a construção de uma reserva hidrelétrica no seu território, na década de 60.

No entanto, como os representantes não podem adicionar novos fatos distintos dos apresentados pela Comissão e esta entendeu que este acontecimento era apenas um antecedente histórico, essas alegações não foram admitidas pela Corte.

O Estado arguiu sete exceções preliminares: I) falta de legitimidade dos petionários perante a Comissão; II) falta de legitimidade dos representantes perante a Corte; III) irregularidades no procedimento perante a Comissão; IV) descumprimento dos artigos 50 e 51 da Convenção Americana; V) não esgotamento dos recursos internos; VI) duplicidade de procedimentos internacionais e; VII) falta de competência *ratione temporis*. Todas foram rejeitadas.

Importante mencionar as considerações da Corte a respeito das exceções quinta e sexta. A quinta exceção preliminar, relativa ao não esgotamento de recursos internos, foi rejeitada porque o Estado não a apresentou na primeira oportunidade de manifestação, renunciando a ela, tacitamente. Além disso, o Estado que alega esta espécie de exceção deve

especificar quais recursos internos não foram utilizados pelo peticionário e demonstrar que são aplicáveis e efetivos.

A sexta exceção preliminar se referia a peticionamentos da comunidade na Organização das Nações Unidas e a outro caso, da Comunidade Moiwana vs. Suriname, já sentenciado pela Corte IDH. Após análise das provas documentais, a Corte entendeu que não havia duplicidade de procedimentos internacionais, visto que para tal, os casos deveriam ter identidade de partes, de objeto e de fundamentação jurídica, o que não ocorreu.

As petições apresentadas perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU somente tinham o intuito de contribuir para a avaliação da situação geral dos direitos humanos no Suriname, com a finalidade de publicação de relatórios. E o caso da Comunidade Moiwana não guardava identidade de partes com o caso do Povo Saramaka.

Na análise do mérito da causa, a Corte considerou que, inicialmente, a Comunidade Saramaka não é nativa da região, seus antepassados foram trazidos como escravos da África, no período da colonização. Porém, a Comunidade, cuja estimativa populacional está entre 25.000 e 34.000 membros, dividida em doze clãs de linhagem materna, guarda similitude aos povos indígenas, tendo em vista ser um povo tribal, manter tradições culturais, sociais e econômicas distintas dos outros nacionais, identificar-se de forma especial e espiritual com seu território e possuir um direito consuetudinário próprio.

A Corte entendeu que o Suriname violou o Artigo 21 da Convenção ao não garantir o direito à propriedade das terras em que essa comunidade habita. A legislação do Suriname não reconhece o direito dos povos indígenas e tribais sobre a propriedade comunal, garantido-lhes apenas certos “interesses” sobre esta, um privilégio no uso da terra, o qual se mostra precário e provisório.

A Corte determinou que o Suriname promovesse a delimitação, demarcação e titulação do território Saramaka, num prazo de três anos, e se abstivesse de realizar atos ou estimular que terceiros, sob a chancela do Estado, agissem, de modo a afetar o uso e gozo desses territórios pela comunidade, a não ser que esta livremente o consentisse.

Em relação aos recursos naturais existentes no solo habitado pelos Saramaka, o entendimento firmado na Corte é de que se permite a adoção de limites e restrições ao seu uso. Portanto, pode o Estado restringir o uso dos recursos naturais do território por povos indígenas e tribais, desde que o procedimento ocorra por meio de lei, seja proporcional e necessário à coletividade e com a consulta ou o consentimento prévio das comunidades atingidas pelo projeto, obra ou concessão.

Ressalte-se que o consentimento da comunidade se mostra necessário quando a obra possa causar um grande impacto negativo sobre o meio ambiente, levando, por exemplo, à diminuição de fontes de alimentos, migração, degradação de fontes de água, desorganização social e comunitária. Além disso, é imprescindível um estudo prévio de impacto sócio-ambiental, que a restrição imposta pelo Estado não leve à negação da subsistência desses povos e que, de alguma forma, eles também sejam beneficiados com a atividade desenvolvida, por exemplo, por meio de participação nos lucros.

No caso em tela, além da violação do Artigo 25 sobre a Proteção Judicial, pela ausência de recursos efetivos que garantissem os direitos humanos dos povos indígenas e tribais no Suriname, a Corte também notou a necessidade do reconhecimento da personalidade jurídica dessas comunidades, como prevê o Artigo 3 da Convenção Americana, para possibilitar à comunidade, como coletividade, gozar de outros direitos, bem como ter legitimidade para exigir esses direitos, judicialmente.

Apesar de não haver tomado qualquer medida legislativa ou administrativa para reconhecer a personalidade jurídica da comunidade, o próprio Estado denunciado questionou a legitimidade dos doze Capitães Chefes para peticionar à Comissão ou representar, mesmo no âmbito interno, este povo, alegando que a autoridade representativa dos Saramaka seria o Gaa'man. Essa controvérsia se mostra como mais um obstáculo ao acesso à justiça por este grupo em situação de vulnerabilidade.

Portanto, a Corte decidiu, por unanimidade, além das reparações supramencionadas, que o Estado do Suriname pagasse a título de indenização por danos materiais, o valor de US\$ 75.000 dólares e, por danos imateriais, a soma de US\$ 600.000,00 dólares, os quais deveriam ser depositados em um fundo de desenvolvimento comunitário. Ressalte-se a importância dessa forma de reparação, já que a Corte, anteriormente, apenas deferia indenizações com beneficiários individuais.

Três anos depois, em 2010, foi publicado o primeiro relatório de supervisão do cumprimento dessa sentença pela Corte, seguido de outros dois relatórios, em 2011 e 2013. E o caso ainda não foi encerrado. Conclui-se que a República do Suriname continua perpetrando a violação de direitos rechaçada pelo órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Como esclarece Assis Oliveira (2012, p. 48-49),

Por um lado, a posição do Estado do Suriname de negação do reconhecimento identitário e de direitos coletivos ao povo Saramaka, desconhecimento intencional do conteúdo material e procedural estabelecido na Sentença e manutenção de práticas violadoras à Sentença durante período de cumprimento, revelam a reprodução de práticas coloniais, pautadas em valores etnocêntricos e racistas que

inviabilizam a percepção satisfatória do ‘outro’, pois o comprehende apenas como opositor à soberania política estatal, ao desenvolvimento socioeconômico capitalista e à manutenção do *status quo* jurídico nacional.

De outro ponto, a posição da Corte, dos representantes da vítima e da Comissão está alinhada em torno de três conceitos centrais no debate dos novos rumos sóciojurídicos da diversidade cultural: autonomia político-territorial, participação social e cidadania diferenciada.

Em relação aos pontos resolutivos da sentença, o país apenas cumpriu integralmente o resarcimento dos gastos e custas dos peticionários e a tradução e publicação da sentença, e cumpriu parcialmente o ponto referente à criação do fundo de desenvolvimento comunitário.

Infelizmente, o que se noticiou no último relatório, de 2013, foi a pressão exercida pelo Estado para que algumas lideranças Saramaka renunciassem à representação perante a Corte Interamericana e a realização de um projeto de exploração mineral concedido à empresa IMAGOLD nas terras Saramaka.

Figura 2 – Mulher Saramaka em sua residência.



Fonte: FLICKR (2009, online).

4.3 Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai (2010)

Este caso foi apresentado à Comissão, em 15/05/2001, pelos senhores Oscar Ayala Amarilla e Julia Cabello Alonso, integrantes da organização Tierraviva aos Povos Indígenas do Chaco, em nome e representação dos membros da Comunidade Indígena Xákmok Kásek do Pueblo Enxet-Lengua e de seus membros.

A demanda se relaciona à responsabilização internacional do Estado do Paraguai por não promover a demarcação das terras da comunidade, requerida administrativamente desde 1990, e pela violação de vários direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o direito à vida, a garantias judiciais, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à propriedade privada, aos direitos das crianças, todos em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 – Obrigação de Respeitar os Direitos – e 2 – Dever de Adotar Disposições de Direito Interno – da referida Convenção.

Após constatar o descumprimento do Relatório de Mérito, pela análise das informações emitidas pelo próprio Estado e pelos peticionários, a Comissão, em 02/07/2009, decidiu submeter essa demanda à jurisdição da Corte. Tendo os representantes das vítimas, em seu escrito de petições, argumentos e provas, acrescido aos direitos supostamente violados o artigo 5 da Convenção – Direito à Integridade Pessoal.

Foram ouvidas várias testemunhas e peritos de ambas as partes do processo, cujas declarações foram prestadas perante um agente dotado de fé pública, além da realização de audiência e do recebimento de extensa documentação e alegações da CIDH, dos representantes e do Estado.

Verificou-se que a comunidade Xákmok Kásek tem caráter multiétnico, é ocupante da região ocidental do Chaco paraguaio e formada pela união de pessoas dos povos Sanapaná e Enxet (Lengua ou Enxet-Sul), os quais possuem afinidade linguística, geográfica e étnica. Desde 2008, a comunidade, formada por cerca de 66 famílias, encontra-se assentada em terras cedidas pela comunidade Angaité, numa área de 1.500 hectares.

De acordo com as informações periciais, percebe-se que a situação dessa comunidade se assemelha aos casos já decididos pela Corte referentes às comunidades Yakyé Axa e Sawhoyamaxa, também situadas no Paraguai. São povos originariamente nômades, que se deslocavam pelo território de maneira radial ou circular, seguindo um ciclo ou período anual, vivendo da caça, coleta, pesca e cultivo de pequenas hortas.

Atualmente, após a colonização do Chaco paraguaio, tornaram-se sedentárias, principalmente devido ao avanço da fronteira agropecuária, com a venda de dois terços do

Chaco pelo governo, entre os anos de 1885 e 1887, e à atuação de missões religiosas anglicanas. A área reivindicada pela comunidade, à época do processo na Corte, fazia parte de fazendas privadas, de propriedade de Eaton e Cia. S.A. e da Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee Ltda.

Em 2008, a Presidência da República do Paraguai declarou uma área sobreposta à reivindicada pelos Xákmok Kásek como Área Silvestre Protegida, por um período de cinco anos, sem consulta à comunidade e de forma unilateral, estabelecendo restrições de uso e de domínio, entre as quais se encontra a proibição da ocupação do terreno, caça, pesca e coleta. Contra esse ato, a Comunidade interpôs Ação de Inconstitucionalidade, a qual até o momento de publicação da sentença de mérito pela Corte ainda estava suspensa.

A Corte considerou que o Estado não garantiu à Comunidade o direito à propriedade comunal sobre as terras tradicionalmente ocupadas e que, durante os vinte anos de duração do processo administrativo de demarcação, não buscou efetivamente concretizá-lo, o que restou demonstrado, principalmente pelos longos períodos de inércia ante a complexidade do caso e a perpetuação de violação de direitos a esses povos, pondo em risco inclusive sua sobrevivência.

Além disso, através dos estudos técnicos realizados na área e da história de ocupação dos atuais membros da comunidade e de seus ascendentes, considerou legítimo o pleito da porção de 10.700 hectares, nos arredores do Retiro Primero (Mompey Sensap) e do Retiro Kuñataí (Makha Mompena), por ser a mais apta para o assentamento e desenvolvimento da comunidade.

No Paraguai, há inúmeras dificuldades impostas pela própria legislação interna e pelos funcionários das instituições competentes para a demarcação das terras indígenas. A Lei n. 904/81 que estabelece o Estatuto das Comunidades Indígenas, juntamente com o Estatuto Agrário, por exemplo, determina que somente terras não exploradas economicamente podem ser expropriadas, e desde que haja acordo de vontades entre proprietários e indígenas. Por isso, a Corte IDH compreendeu que houve violação aos artigos 8.1 e 25 da CADH que expressam, respectivamente, os direitos a garantias judiciais e à proteção judicial.

A falta de um território para se estabelecer com dignidade afeta a efetivação dos demais direitos dos membros dessa comunidade. Observou-se, por exemplo, que a própria integridade cultural destes foi ameaçada, pois, muitos dos rituais de passagem para a vida adulta, os que envolvem sua religiosidade ou o enterro e reverência aos falecidos deixaram de ser praticados, pois necessitam de determinadas plantas ou locais para sua realização.

Na escola da comunidade, com condições bastante precárias, sem merenda escolar ou material didático, estava sendo ensinado somente o currículo escolar previsto pelo governo, em castelhano ou guarani, perdendo-se a língua enxet. O posto de saúde mais próximo localizava-se a 75 km da comunidade. As crianças não receberam as vacinas conforme as determinações internacionais, muitas sendo vítimas fatais de doenças como tétano, pneumonia, tuberculose, anemia, coqueluche e quadros graves de desidratação.

O local onde a comunidade se encontrava não tinha acesso à água de rios ou lagoas. Os indígenas eram proibidos de criar gados e de realizar caça. O governo juntou aos autos documentos comprovando remessas à comunidade de alimentos e água, no entanto, muito aquém do necessário para o mínimo existencial. Contudo, o que a comunidade Xákmok Kásek almeja é manter sua sobrevivência de forma autônoma, desde que lhe sejam dadas condições físicas para tanto.

Pelos relatórios apresentados, a Corte constatou que muitos membros da comunidade não tinham registros civis, mesmo alguns que já haviam falecido, os quais, portanto, não tiveram reconhecida sua personalidade jurídica. A personalidade jurídica, direito previsto no artigo 3 da CADH, implica a capacidade de ser titular de direitos e deveres; sua ausência contribui para a vulnerabilidade do indivíduo perante o Estado e os particulares.

Diante da análise dessas provas, a Corte declarou por sete votos contra um que o Estado do Paraguai violou o direito à propriedade comunitária, às garantias judiciais, à proteção judicial, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à vida, consagrados respectivamente nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 3 e 4.1 da Convenção Americana; e, por unanimidade, que foram violados os direitos da criança e da integridade pessoal, consagrados nos artigos 19 e 5.1, respectivamente.

Em relação às reparações determinadas pela Corte, têm-se que, como medidas principais, o Estado deverá, no prazo de três anos, devolver aos membros da Comunidade Xákmok Kásek os 10.700 hectares reclamados por esta; no prazo de um ano, a partir da notificação da Sentença, realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional; dar publicidade, através de uma emissora de rádio de ampla cobertura na região do Chaco, ao resumo oficial da Sentença; e prover de imediato os membros da Comunidade de bens e serviços adequados de água, educação, assistência sanitária e acesso à alimentação necessária para sua subsistência.

Deverá, ainda, pagar uma compensação de US\$ 10.000,00 dólares por danos materiais e US\$ 260.000 dólares por danos imateriais para a Comunidade e da quantia total de US\$ 25.000,00 dólares a serem repassados à ONG Tierraviva; e criar um fundo de

desenvolvimento comunitário com o depósito de US\$ 700.000,00 dólares destinados, entre outras coisas, para a implementação de projetos educacionais, habitacionais, de segurança alimentar e de saúde, assim como de fornecimento de água potável e a construção de infraestrutura sanitária, em benefício dos membros da Comunidade.

Em relação ao presente caso, ainda não foram publicados relatórios de supervisão de cumprimento de sentença pela Corte. No entanto, por meio de consulta a notícias no sítio da ONG Tierraviva, nota-se que o caso ainda não foi totalmente resolvido. O Estado não cumpriu todas as determinações no prazo estabelecido na Sentença e a Comunidade ainda não recebeu suas terras ancestrais. Em março deste ano, as lideranças indígenas reuniram-se com o Vice-presidente Juan Afara. Este alegou que os processos administrativos para a entrega das terras estão em andamento e serão, em breve, concluídos. (TIERRAVIVA, 2015).

Figura 3 – Reunião dos líderes Xákmok Kásek com o Vice-presidente Juan Afara.



Fonte: TIERRAVIVA (2015, online).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos são uma construção histórica das sociedades. Cada sociedade, em sua época, vai acrescentando novas percepções sobre a pessoa humana e compreendendo que todos, sem distinção, precisam usufruir de determinados direitos e cumprir certos deveres, para ter uma existência digna e para a conservação dos recursos naturais.

As pessoas que foram denominadas povos indígenas, a partir da colonização das Américas pelos europeus, eram comunidades que habitavam estas terras de maneira livre e foram, paulatinamente, sendo dominadas pelos colonizadores. Mesmo com ausência ou insuficiência de recursos, esses povos lutam para perpetuar suas tradições e culturas, seu modo de ver o mundo. Eles vêm organizando-se, buscando informações, utilizando as novas tecnologias da comunicação a fim de fazerem ouvir sua “voz”.

De grande importância teve o desenvolvimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da OEA, com a criação de declarações protetoras dos direitos humanos, ratificadas pela maior parte dos países do continente americano. Esse sistema se fortaleceu nos anos 1990, com a maior participação dos indivíduos que tiveram seus direitos violados, bem como das organizações não governamentais, e com a onda de redemocratização que percorreu vários países da América Latina.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal da OEA que têm por função a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tornou-se a última alternativa para aqueles que sofrem violação de direitos por parte de particulares ou dos próprios Estados. Ocorre, em relação aos indígenas, principalmente, a violação dos direitos à propriedade comunitária, às garantias judiciais, à proteção judicial, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à educação, à saúde e à consulta livre, prévia e informada.

Analizando a jurisprudência da Corte relativa aos direitos indígenas, nota-se que houve evolução no que concerne à aplicação das indenizações, as quais, antes eram pagas somente de forma individual, e passaram a ser direcionadas à comunidade como um todo, por exemplo, com a criação de fundos de desenvolvimento comunitário.

Na análise dos casos, observa-se que a Corte, entendendo que houve violação ao artigo 21 da Convenção, Direito à Propriedade Privada, ampliou o sentido da expressão “propriedade privada” para proteger o direito à propriedade comunal e ao seu reconhecimento

jurídico, pois o pertencimento a que se refere a propriedade comunal das comunidades indígenas se centra no grupo, não nos indivíduos.

Além disso, a Corte sempre reitera que as comunidades indígenas precisam da delimitação, titulação e demarcação de suas terras, para que assim possam exercer os demais direitos que possuem. E, sendo assim, os governos precisam desenvolver e melhorar a legislação referente à demarcação de terras indígenas, bem como tornar o procedimento administrativo mais célere.

É comum que as áreas requeridas pelas comunidades indígenas sejam zonas de conflito de interesses pela presença de recursos naturais almejados por grandes empresas, como mineradoras, madeireiras, indústria agropecuária, além do interesse governamental de construir usinas hidrelétricas, vias, ferrovias. Esse é um dos fatores que atrasam ainda mais a resposta dos requerimentos de demarcação.

Defende-se, contudo, que o impacto social e ambiental desses empreendimentos e o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras ancestrais, bem como seu direito à consulta prévia devem se sobrepor a esses interesses. A transferência de comunidades para áreas alternativas, prática comum em nosso país, deve se tornar exceção.

A Corte, em todas as sentenças abordadas neste trabalho, faz referência, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, à legislação interna do país acusado de violação de direitos humanos e tratados internacionais da ONU. Também colhe provas periciais, testemunhos. Nesse ponto, importante ressaltar o trabalho da Comissão na representação das supostas vítimas, colhendo informações, documentos e legislações pertinentes, além dos excelentes resultados alcançados com as Soluções Amistosas.

Dos três casos abordados no trabalho, somente o primeiro deles, na Nicarágua, teve o cumprimento integral da sentença, com a efetiva demarcação e titulação das terras indígenas, após o prazo estabelecido pela Corte. Nos outros dois, constata-se que as indenizações em dinheiro foram pagas, mesmo que parcialmente, no entanto, a demarcação das terras não foi concretizada.

A Corte ainda encontra bastantes dificuldades em fazer cumprir suas decisões, apesar do seu caráter obrigatório, a partir do momento em que o Estado submete-se à sua jurisdição. Além dos relatórios de supervisão, o único meio de pressão por ela exercido é, conforme artigo 65 do Pacto de São José da Costa Rica, a indicação dos Estados que não tenham cumprido suas sentenças na Assembleia Geral da OEA.

Ainda há muito a ser feito, para que os governos efetivamente cumpram o artigo 3.1 da Convenção n. 169 da OIT: “1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.”.

REFERÊNCIAS

ANAYA, S. James. **Os direitos humanos dos povos indígenas.** In Ana Valéria et al. *Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença.* Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. Coleção Educação para Todos, 2006. p. 167-203.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. 343 p.

BARRETO, Hélder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. 1. ed. (ano 2003), 6. impr. Curitiba: Juruá, 2014. 152 p.

BASCH, Fernando et al. **A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos:** Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento de suas Decisões. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos. Conectas Direitos Humanos*, v. 7, n. 12, jun. 2010. p. 9-35. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/12/02.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

BELTRÃO, Jane Felipe; BEGOT, Marjorie; LIBARDI, Estella. **Povos indígenas e o direito à diferença:** Colonialismo Jurídico *Versus* Pluralidade de Direitos. In Annoni, Danielle (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos.* São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 121-160.

BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional:** Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos. Conectas Direitos Humanos*, v. 15, dez. 2011. p. 134-156. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/15/miolo.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 mar. 2014.

_____. **Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 06 jan. 2015.

_____. **Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577 p.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos.** Curitiba: Juruá Editora, 2008. 286 p.

COURTIS, Christian. **Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina.** Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, Conectas Direitos Humanos, v. 6, n. 10, jun. 2009. p. 52-81. Disponível em: <<http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/pdfs/edicao-2014210143821636-21645440.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

FLICKR. **Saramaka Village Home.** Foto tirada em 23 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/goldmanprize/3881382485/in/photostream/>>. Acesso em: 07 maio 2015.

FRANCO, Thalita Leme. **Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:** identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro. 2014. 149 p. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais. Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-25112014-191635/pt-br.php>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

FUNAI. **Demarcação de Terras Indígenas.** 2015. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terrass-indigenas>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos:** Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 197 p.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena.** In Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. Coleção Educação para Todos, 2006. p. 146-166.

GUERRA, Sidney César Silva. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2013. 205 p.

JOFÉJ, Lúcia Fernanda. **A proteção legal do patrimônio cultural dos Povos Indígenas no Brasil.** In Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. Coleção Educação para Todos, 2006. p. 122-145.

JUNQUEIRA, Carmem. **Antropologia indígena:** uma nova introdução. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2008. 106 p.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo.** Revista de Estudos Históricos, n. 18. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996/2. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencias-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

LIMA Jr., Jayme Benvenuto (Org.). Manual de Direitos Internacionais - Acesso aos Sistemas global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Publicação do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP). 2002. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso-aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2015.

MARTÍNEZ, Arquimedes Hernández. **Actuales Pueblos Indigenas de Nicaragua**. Vianica.com. 2013. Disponível em: <<https://vianica.com/sp/go/specials/32-actuales-pueblos-indigenas-de-nicaragua.html>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

OAS. Carta da Organização dos Estados Americanos. 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch15>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. **Estados Membros**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/estados_membros/>. 2015a. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. 2015b. Acesso em: 14 jan. 2015.

OEA. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. 2009a. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em 15 mar. 2015.

_____. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. 2009b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

OIT. Convenção n. 169. Sobre Povos Indígenas e Tribais. 1989. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/conven%C3%A7%C3%A3o_B5es/WCMS_236247/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Sensibilidade jurídica e embate colonial**: análise do caso Saramaka Vs. Suriname. Revista Direito e Práxis, v. 4, n. 1, UERJ. Rio de Janeiro: 2012. 28 p. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3081/2507>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas.** In Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. Coleção Educação para Todos, 2006. p. 102-121.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 06 abr. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 31 mar. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos.** Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005. p. 43-55. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral). **Código de direito internacional anotado.** São Paulo: DPJ Editora, 2008. 1530 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. 526 p.

PREZIA, Benedito; HOORNAERT, Eduardo. **Brasil indígena:** 500 anos de resistência. São Paulo: FTD, 2000. 263 p.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Participação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/participacao-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

TIERRAVIVA. **Burocracia estatal dilata la adquisición de tierras para Xákmok Kásek.** Asunción – Paraguay: 11 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.tierraviva.org.py/?noticia=burocracia-estatal-dilata-la-adquisicion-de-tierras-para-xakmok-kasek>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos vulneráveis como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013).** Fortaleza: IBDH/IIDH/ SLADI, 2014. 364 p.

VIEIRA, Gustavo. **Acesso à justiça no sistema interamericano.** Revista Direito e Sensibilidade. v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/enedex/article/view/4361/3659>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** 1. ed. (ano 2009), 2. impr. Curitiba: Juruá, 2013. 350 p.

WILLIAMSON, Marcos. **Formación y Dinámicas Territoriales en las Regiones Autónomas Indígenas:** Contexto, desafíos y oportunidades desde los procesos de

capacitación. Proceso de demarcacion y diagnosticos con pueblos indigenas. Iniciativa Colaborativa de Diálogo e Investigación sobre Dinámicas Territoriales en Centroamérica. Puerto Cabezas: URACCAN, 2010. Disponível em: <http://www.prisma.org.sv/fileadmin/usuarios/documentos/eventos_desarrollo/RAAN/procesos_demarca.ppt>. Acesso em: 19 mar. 2015.

WIKIMEDIA COMMONS. **Mapa Miskito.** Mapa enviado em 16 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Mapa_Miskito.png>. Acesso em: 07 maio 2015.