

PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO

LEGAL PLURALISM AND INDIGENOUS RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM

Bruno Barbosa BORGES¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2022.1424

RESUMO

A permeabilidade entre os sistemas jurídicos estaduais, regionais e universais de proteção dos direitos humanos está cada vez mais evidente, concretizando uma tendência de pluralismo jurídico num universo multinível de proteção aos direitos humanos. Por isso importa proceder à interpretação das normas constantes das constituições nacionais e dos tratados internacionais – ou seja, dos distintos sistemas de proteção de direitos humanos – à luz do princípio *pro persona*. Neste contexto a questão indígena destaca-se por sua complexidade e premente salvaguarda, haja vista os passados e atuais cenários de inúmeras violações. A cosmovisão indígena deve permear toda e qualquer aplicação dos mecanismos de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas. Com o objetivo de compreender melhor esse pluralismo na perspectiva de salvaguarda dos direitos indígenas, realizou-se um breve estudo sobre a constitucionalização desses direitos na América latina e sua interpretação no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Questiona-se: quais os principais direitos indígenas constantes nas constituições latino-americanas? Como Sistema Interamericano interpreta tais direitos à luz da Declaração e Convenção americanas? Quais os standards protetivos dos direitos indígena na região? Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e os procedimentos metodológicos foram o estudo dogmático jurídico e sistemático. Como resultado dessa pesquisa, constatou-se a existência de todo um *corpus iuris* interamericano que deve ser protegido, com fundamento no dever de harmonização imposto pela Convenção Americana, e realizado por meio do controle de convencionalidade.

Palavras-Chave: pluralismo jurídico – direitos indígenas – *corpus iuris* interamericano – controle de convencionalidade – Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The permeability between state, regional and universal legal systems for the protection of human rights is increasingly evident, materializing a trend of legal pluralism in a multilevel universe of human rights

¹ Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP (2017). Mestre em Direitos Humanos pela UMinho/PT (2011). Especialista em Sistema Interamericano pela UNAM/MEX (2018).

protection. Therefore, it is important to interpret the norms contained in national constitutions and international treaties – that is, the different systems for the protection of human rights – in light of the pro persona principle. In this context, the indigenous issue stands out for its complexity and urgent safeguard, given the past and current scenarios of numerous violations. The indigenous cosmovision must permeate any application of the mechanisms for protecting the human rights of indigenous peoples. In order to better understand this pluralism from the perspective of safeguarding indigenous rights, a brief study was carried out on the constitutionalization of these rights in Latin America and their interpretation in the Inter-American System for the Protection of Human Rights. The question is: what are the main indigenous rights contained in Latin American constitutions? How does the Inter-American System interpret these rights in light of the American Declaration and Convention? What are the protective standards for indigenous rights in the region? For that, the method of approach used was the deductive one and the methodological procedures were the juridical and systematic dogmatic study. As a result of this research, it was found that there is an entire inter-American corpus iuris that must be protected, based on the duty of harmonization imposed by the American Convention, and carried out through the control of conventionality.

Keywords: Legal Pluralism - Indigenous rights - Corpus Iuris - Conventionality Control - Inter-American system.

INTRODUÇÃO

O atual momento é de repensar os conceitos preexistentes à luz do pluralismo jurídico, sob a perspectiva do sistema multinível, marcado por permeabilidades das ordens universal, regional e estadual, capaz de fomentar os diálogos, tensões, interações, incidências e impactos mútuos e recíprocos.

O pluralismo jurídico estabelecido promove a ideia de que existe uma interação entre distintos ordenamentos, sem implicar numa restrita separação entre regimes jurídicos interno e internacional². De fato, “a pós-modernidade trouxe desafios globalitários e científico-tecnológicos que demandam soluções mais ousadas – posto que os novos riscos com que a sociedade se defronta não conhecem fronteiras e põem em causa a própria sobrevivência da humanidade”³.

Todas estas interações estão mergulhadas dentro de uma visão pluralista do direito, representativa da realidade jurídica contemporânea,

² BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público. 2008, p. 283–306. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 15 set. 2022.

³ SILVEIRA, Alessandra. Tocqueville e a indesejável obstinação pelos “destroços à margem”. Contributos para uma teoria da democracia constitucional europeia. Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2008.

composta por um emaranhado de sistemas jurídicos que potencialmente possuem diferentes soluções para problemas comuns⁴.

Diante do ambiente composto por uma pluralidade constitucional, o Estado encontra-se imerso na internacionalização dos processos de criação do direito. Os países latino-americanos não são exceção, pois é inquestionável a recepção cada vez mais vasta do direito internacional em seu direito interno⁵. É preciso reconhecer que as sociedades atuais são complexas, plurais, diversas, e essa diversidade e complexidade se projeta em seus ordenamentos jurídicos⁶.

O ordenamento jurídico não está composto exclusivamente por normas, a ele se incorporam conteúdos materiais vinculantes, como valores, objetivos e critérios jurisprudenciais que constituem o fundamento e os limites a aplicação e interpretação da norma e do Direito⁷.

Como acrescenta Carbonell

Tampoco hay un único centro productor de normas, no hay un único legislativo, no hay un único ejecutivo, no hay un solo órgano jurisdiccional. En este sentido las organizaciones centrales del Estado, a través de disposiciones constitucionales y utilizando carácter nacional y supranacional competencias legislativas, ejecutivas, judiciales o jurisprudenciales de control, transformando radicalmente la conformación, estructura y funcionamiento estatal⁸.

Assim, o sistema jurídico estadual está integrado aos sistemas regional e universal de proteção aos direitos humanos que se projetam simultaneamente no mesmo território formando todos juntos um sistema potencialmente integrado, com engrenagens que possibilitam a interconexão, comunicação e funcionamento conjunto⁹. Por consequência,

⁴ CREGO, María Díaz. Diálogo judicial. In: **Eunomía**. Revista em Cultura de la Legalidad, n. 09, out. 2015, mar. 2016. p. 289–299. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/.../1524>>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2014. Disponível em: <<https://www.unam.mx/>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁶ CARBONELL, José Carlos Remottí. Sistema Jurídico, Democracia y Constitucionalismo multinivel. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. (coord.). **Interconstitucionalidade e Interdisciplinarietà**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado. Uberlândia: 2015.

⁷ CARBONELL, op. cit., p. 213.

⁸ Ibid., p. 214.

⁹ Ibid., p. 219.

o pluralismo jurídico coloca em cheque o monopólio das instituições estatais como únicas autorizadas a criar o direito e a julgá-lo, pois reconhece outras fontes criadoras do direito e outras autoridades jurisdicionais encarregadas de sua aplicação¹⁰.

Aqui se encontra a questão indígena, “o modo pelo qual os povos indígenas da América concebem a comunidade, a relação com a natureza, o conhecimento, a experiência histórica, a memória, o tempo e o espaço”¹¹. Tal cosmovisão necessita ser analisada em sua complexidade, para ofertar um rico diálogo multicultural e efetivamente protetor dos direitos humanos dos povos indígenas.

Como aclara Boaventura:

lo que verdaderamente distingue las luchas indígenas de las restantes luchas sociales en el continente americano es el hecho de reivindicar una precedencia histórica y una autonomía cultural que desafían todo el edificio jurídico y político del Estado moderno colonial¹².

Nesse sentido, propõe-se no presente trabalho abordar brevemente a evolução dos direitos indígenas nas constituições nacionais latino-americanas e na jurisprudência do Sistema Interamericano, para então refletir sobre o imperativo de proteção do *corpus iuris* interamericano nessa matéria, com aplicação do denominado controle de convencionalidade.

1. DIREITOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES LATINO AMERICANAS

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nos diferentes sistemas de proteção e nas diversas constituições nacionais é

¹⁰ Corte Constitucional Equatoriana Sentencia N.o 113-14-SEP-CC - CASO N.o 0731-10-EP

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 60

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Deracho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, Quito, 2012. p. 12

fruto de longas e intensas lutas. Foram necessárias várias décadas, distintos movimentos e conjunturas históricas e políticas para que tais direitos de forma lenta e gradual fossem reconhecidos pelos Estados, tanto em âmbito internacional como constitucional¹³.

Tal reconhecimento vem de uma região que possui 826 povos indígenas, num total estimado de 58 milhões de pessoas, representando 9,8% da população total da região latino-americana¹⁴. A Comissão Econômica para a América Latina estima que existam ainda 200 outros povos indígenas em isolamento voluntário. O Brasil é o país com a maior diversidade de povos indígenas, seguido por Colômbia, Peru, México e Bolívia¹⁵. Todavia, é hoje o país com a mais baixa proporção de indígenas na América-latina, apesar de antes da invasão e conquista portuguesa, a princípios do século XVI, ter possuído uma população nativa por volta dos 5 milhões de habitantes¹⁶.

Nesse cenário, somente no início do século XX foram asseguradas por meio da entrada em vigor das novas constituições os primeiros direitos indígenas. Ao longo de todo o século vinte implementaram-se na região distintos programas de reforma agrária, com os quais se buscava uma distribuição mais justa da propriedade das terras. As demandas por terra e território, bem como as de autogoverno persistem até os dias atuais¹⁷.

Essas novas constituições, impulsionaram legislações, criação de ministérios, organismos estatais, defensorias indígenas e comissões especializadas em assuntos indígenas, possibilitando uma abordagem mais

¹³ OSUMA, Karla Quintana; MAAS; Juan Jesús Górgora. Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos. In: **Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: miradas complementarias desde la academia. Universidad Autónoma de México, 2017. p.01.

¹⁴ CEPAL. Comissão Econômica Para a América Latina. El impacto del Covid-19 en los pueblos indígenas de América Latina- Abya Yala. p. 13. 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion> . Acesso em: 01 out. 2022.

¹⁵ CEPAL. Comissão Econômica Para a América Latina. Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas. Santiago: ONU, 2006.

¹⁶ BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: un panorama**. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Nacional Indigenista de México 2a edición actualizada y aumentada, Bolivia, 2003; Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (México) y Editorial Abya-Yala (Ecuador), p. 87.

¹⁷ CEPAL. Comissão Econômica Para a América Latina. Los pueblos indígenas en América (Abya Yala) Desafíos para la igualdad en la diversidad. Santiago: ONU, 2017. p. 28-29.

adequada dos direitos a saúde, a educação, as terras e territórios, ao acesso e gestão de recursos naturais, dentre outros¹⁸.

Nesse lento processo de reconhecimento é possível a visualização de três grupos de países. O primeiro formado por Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai que não consagraram expressamente direitos indígenas em suas constituições. Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras formam o segundo grupo, com alguma proteção indígena pontual. Num terceiro grupo encontram-se países com extensa legislação indigenista em suas constituições, é o caso da Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela¹⁹.

Nesse último grupo percebem-se constituições que se responsabilizam com a garantia dos direitos indígenas, fixando normas protetivas de sobrevivência cultural e proteção às terras indígenas. Esse multiculturalismo constitucional é um fenômeno recente que se iniciou em 1986 com a promulgação das constituições guatemalteca e nicaraguense²⁰ e que impulsionou importantes reformas constitucionais.

Diante disso, se torna imprescindível para um estudo da questão indígena, a análise das constituições pertencentes a este terceiro grupo. Iniciando pela Constituição da Argentina reformada em 1994, que traz em seu artigo 75 inciso 17 a competência do congresso nacional de reconhecer a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos, garantindo o respeito a sua identidade, o direito a uma educação bilíngue e intercultural, com reconhecimento da personalidade jurídica dessas comunidades, a posse e a propriedade comunal das terras tradicionalmente ocupadas, e a garantia de consulta sobre a gestão de seus recursos naturais.

A Constituição Boliviana de 2009 apresenta uma linguagem inclusiva e atenta a realidade global ao consagrar que são fins e funções essenciais do Estado a igual dignidade das pessoas, das nações, dos povos e das comunidades, devendo fomentar o respeito mútuo e o diálogo intracultural, intercultural e plurilíngue (art. 9). Em seu artigo 1º expressa seu fundamento na pluralidade, no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, imersos num processo integrador do país.

De modo geral a Constituição boliviana, em diversos artigos 2, 30.2 (5) e (14), 119, 179, 190, 191, 192, 202.8 e 11, 265, 289, reconhece as instituições e autoridades indígenas, equiparando as jurisdições indígena

¹⁸ CEPAL, op. cit., 2017, p. 43.

¹⁹ BARIÉ, op. cit., 2003, p. 87.

²⁰ BARIÉ, op. cit., 2003, p. 87.

e ordinária. Para a solução de eventuais conflitos entre as jurisdições atribuída tal competência ao Tribunal Constitucional Plurinacional, indicando que para o cumprimento das decisões oriundas da jurisdição indígena suas autoridades poderão solicitar apoio dos órgãos do Estado.

A Constituição brasileira de 1988 assegura que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentro outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos e pela autodeterminação dos povos (art. 4º, inciso II e III). Apesar de possuir o português como língua oficial, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º). No § 1º do artigo 215 impõe o dever do Estado em proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas ocorre de forma ampla, num capítulo todo dedicado aos índios (art. 231 e parágrafos). Nele são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como o direito às terras que tradicionalmente ocupam, incluindo o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. A Magna Carta brasileira ainda avigora que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Na Magna Carta colombiana de 1991 não é diferente reconhecendo e protegendo a diversidade étnica e cultural da nação colombiana, e obrigando o Estado e seu povo a proteger as riquezas culturais e naturais do país (art. 07 e 08). Também ressalta que seu idioma oficial é o castelhano, mas que todas as línguas e dialetos dos grupos étnicos são também oficiais, garantindo ensino bilíngue nas comunidades com tradições linguísticas próprias (art.10). Interessante destacar o art. 96. 2 que garante a nacionalidade colombiana para os membros de povos indígenas que compartilhem territórios fronteiriços, e o art. que consagra a representatividade política das comunidades indígenas (art. 171 e 176).

Além disso, a Constituição colombiana em seu artigo 246 preceitua que as autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários à sua Constituição e leis; e que a lei estabelecerá as formas de coordenação da jurisdição indígena como sistema judicial nacional.

A Constituição Equatoriana de 2008 já em seu preâmbulo reconhece a diversidade de suas regiões, povos e culturas, sendo um estado

social pluricultural e multiétnico, para isso respeitando e estimulando o desenvolvimento de todas as línguas ancestrais dos povos indígenas (art. 1º). O texto máximo equatoriano repele toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminação ou segregação, reconhecendo o direito dos povos a autodeterminação (art. 4º inciso 6). Garante ainda a naturalização dos povos ancestrais em região de fronteira; o ensino conforme a diversidade do país, garantido por meio de um sistema educacional intercultural bilíngue (art. 68 e 69).

O Equador reconhece em seu artigo 84 amplo rol de direitos indígenas coletivos, relativos à sua identidade e tradições espirituais, culturais, linguísticas, sociais, políticas e econômicas, proteção às terras indígenas, com participação no uso, administração e conservação dos recursos naturais nelas existentes, respeito a medicina tradicional e representatividade em órgãos oficiais.

Destacam-se em seus artigos 57 e 171, o reconhecimento e garantia aos povos indígenas do direito a conservarem e desenvolverem suas próprias formas de convivência e organização social, e de exercício de sua autoridade. Nesse âmbito, o texto equatoriano expõe que as comunidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, aplicando normas e procedimentos próprios para a solução de seus conflitos internos, desde que não sejam contrários a Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais, sendo que a lei estabelecerá mecanismos de cooperação e coordenação entre a jurisdição indígena.

A Constituição da Guatemala de 1986 impõe sua proteção à identidade cultural ao reconhecer às pessoas e às comunidades o respeito aos seus valores, língua e costumes (art. 56). Dedicar espaço à proteção dos grupos étnicos, afirmando ser constituída por diversos grupos indígenas de ascendência Maya, garantindo assim, seu reconhecimento, respeito, e dever de promoção de suas formas de vida, tradições, formas de organização social, idiomas e dialetos (art. 66), incluindo nesse último, o ensino bilíngue (art.76) e a divulgação da própria constituição nas línguas nativas Quiché, Mam, Cakchiquel e Kekchí (art. 18 das Disposição Transitórias e finais). Igualmente protege as terras pertencentes às comunidades indígenas, mediante programas especiais e legislação adequada, para seu pleno desenvolvimento (arts. 67 e 68).

Logo no início a Constituição Mexicana de 1917 se declara de composição pluricultural, sustentada originalmente em seus povos indígenas, com amplíssimo rol de reconhecimento de direitos essenciais para sua determinação e autonomia. Quais sejam: definição de suas formas

internas de convivência e organização social, econômica, política e cultural, aplicação de seus próprios sistemas normativos, participação política, preservação de suas línguas e de todos os elementos de sua identidade e cultura, salvaguarda de suas terras, acesso à justiça, garantia de educação bilíngue, consulta aos povos indígenas, acesso a saúde aproveitando a medicina tradicional, igualdade para as mulheres indígenas e acesso aos meios de comunicação (arts. 2º, 27, 89, 115).

O Preâmbulo da Magna Carta nicaraguense de 1987 evoca a luta de seus antepassados indígenas, constituindo um Estado de natureza multiétnica (art. 8º) e reconhecendo a existência dos povos indígenas, o respeito a sua identidade, cultura, formas de organização social, propriedade comunal de suas terras, bem como seu uso e gozo (art. 5º). Assegura ainda aos povos indígenas o direito a uma educação intercultural em sua língua materna (art.121).

Esse mesmo reconhecimento é percebido na Constituição do Panamá de 1972 ao garantir que as línguas aborígenes serão objeto de especial estudo, conservação e divulgação, sendo dever do Estado sua promoção em programas de alfabetização bilíngue nas comunidades indígenas (art. 84 e art. 104). Do mesmo modo, também reconhece e respeita a identidade étnica dessas comunidades, com o compromisso de assegurar o desenvolvimento dos valores materiais, sociais e espirituais próprios de cada cultura (arts. 86 e 120), e garantindo também a participação política (art. 141).

No capítulo dedicado aos povos indígenas a Constituição do Paraguai de 1992 reconhece a existência dos mesmos (art. 62), garantindo seus direitos a identidade étnica, respeito ao seu habitat, autodeterminação (art. 143), respeito aos seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, respeito ao direito consuetudinário indígena (art. 63), proteção à propriedade comunal, proibição de remoção (art.64), garantia do direito a participação na vida econômica, social, política e cultural do país (art. 65), direito a educação em língua materna, incluindo como seu patrimônio cultural as línguas indígenas (arts. 77 e 140).

O respeito a identidade étnica e cultural também é protegida pela Constituição Peruana de 1993, que assegura o direito de todo peruano usar seu próprio idioma ante qualquer autoridade (art. 2 inciso 19), fomentando uma educação bilíngue e intercultural (art. 17), adotando como idiomas oficiais o castelhano, quechua, aimara e outras línguas aborígenes (art.48). Nesse sentido, protege ainda as terras indígenas, reconhecendo a

identidade, a personalidade jurídica e autonomia das comunidades nativas (art. 89), podendo exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial em conformidade com o direito consuetudinário e em respeito aos direitos humanos (art. 149).

Por fim, tem-se a Constituição da Venezuela de 1999 estabelecendo uma sociedade multiétnica e pluricultural (Preâmbulo), com respeito aos idiomas indígenas como parte do patrimônio cultural do país e da humanidade (art. 9). Elenca no Capítulo VIII diversos direitos indígenas, com o reconhecimento dos povos e comunidades indígenas, sua organização, cultura, usos, costumes, idiomas, habitat, direitos originários sobre as terras, direito a consulta em eventual exploração de suas terras, educação bilíngue e intercultural, respeito aos locais sagrados e sua medicina tradicional, proteção à propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas, participação política, dentre outros (arts.119 e seguintes). Dispõe também em seu artigo 260 que as autoridades dos povos indígenas poderão exercer sua jurisdição, segundo suas próprias normas e procedimentos, que somente afetem seus integrantes, e desde que não sejam contrários à constituição, às leis e a ordem pública.

Apesar de todo esse processo de constitucionalização dos direitos indígenas existir expressamente em diversas constituições latino-americanas, a efetividade dessa visão plural não depende somente da positivação nos ordenamentos jurídicos²¹. Esse processo de inclusão do indígena nas constituições nacionais vive contradições e retrocessos constantes²². São enormes as dificuldades dos indivíduos e povos indígenas para exercerem tais direitos.

As razões de tudo isso, são histórias, políticas, jurídicas, sociológicas e econômicas, basta recordar que muitos dos povos indígenas estão a ser expulsos de seus territórios, ricos em recursos naturais para atender a interesses empresariais, ou estatisticamente constatar que na grande maioria dos países latino americanos os povos indígenas se encontram imersos em um contexto de discriminação estrutural que impede ou ao menos dificulta o reconhecimento efetivo desses direitos²³.

Ademais, a recente crise sanitária e socioeconômica produzida pela pandemia do COVID -19 afetou intensamente os países da América Latina e escancarou suas profundas desigualdades. A histórica exclusão e marginalização política e econômica dos mais de 800 povos indígenas

²¹ BARIÉ, op. cit., 2003, p. 87.

²² CEPAL, op. cit., 2017, p.47.

²³ OSUMA, op. cit., 2017, p.01.

existentes na região acentuou-se devido as insuficientes repostas estatais à crise sanitária, em violação aos direitos indígenas constitucionalmente e convencionalmente assegurados.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO A DEFESA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Depois da Segunda Guerra Mundial os primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos a respeito dos direitos indígenas possuíam uma visão eurocêntrica, mas gradualmente o reconhecimento em diferentes instrumentos internacionais aliado ao desenvolvimento jurisprudencial foi dando maior conteúdo e alcance a esses direitos²⁴.

Nesse sentido, ressalta-se a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, que constitui um tratado internacional fundamental para o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, e do mesmo modo a jurisprudência do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos como enorme contribuição regional e internacional nessa matéria²⁵.

A Organização dos Estados Americanos tem desempenhado um protagonismo em matéria de direitos indígenas, primeiro nos anos oitenta com as primeiras decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e posteriormente, na década de 1990, com o desenvolvimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁶.

Em 1990 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos criou a Relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas; em 1997 apresentou ao Conselho Permanente da OEA um projeto de Declaração sobre direitos dos povos indígenas, e em 2016, após amplos debates e obstáculos os Estados membros aprovaram em Assembleia Geral da OEA a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, consagrando o primeiro instrumento da história da OEA que promove e protege os direitos dos povos indígenas das Américas²⁷.

Assim, tanto os informes da Comissão Interamericana, quanto as sentenças da Corte Interamericana, somadas a Convenção Americana de Direitos Humanos, à Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações

²⁴ OSUMA, op. cit., 2017. p.01.

²⁵ Ibid., p.01-02.

²⁶ CEPAL, op. cit., 2017. p. 30.

²⁷ Id.

Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e à Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas aclaram a existência de um *corpus iuris* em matéria indigenista.

Aliás o Caso Saramaka contra Suriname na Corte Interamericana foi a primeira sentença a nível internacional a referir-se expressamente ao direito à consulta, desencadeando importantes impactos em outros sistemas regionais e organismos internacionais²⁸.

De fato, o Sistema interamericano tem reconhecido reiteradamente inúmeros direitos indígenas, os quais passaremos a discorrer:

a) o direito à propriedade comunal dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais, tal conceito de propriedade emana de uma interpretação progressiva retirada do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecido como um direito coletivo, cujo exercício corresponderá a comunidade em seu conjunto, e ao mesmo tempo terá como beneficiários finais cada um dos indivíduos pertencentes a comunidade.

Para a Corte Interamericana:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁹.

b) a obrigação de saneamento, entendido pelo Corte como:

²⁸ OSUMA, op. cit., 2017. p.01-02.

²⁹ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) , par. 149.

la obligación del Estado de garantizar el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad indígena o tribal, para lo cual pueden adoptarse diversas medidas, entre ellas el saneamiento. En este sentido, para efectos del presente caso, el Tribunal entiende que el saneamiento consiste en un proceso que deriva en la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión³⁰.

c) o direito a consulta prévia, pelo qual os povos indígenas devem se pronunciar sobre questões que os afetem. Nesse sentido a Corte interpreta que:

si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros (...), debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social³¹.

d) o direito à vida digna, com fundamento no artigo 4º da Convenção Americana, tendo em vista a situação de extrema e especial vulnerabilidade em que se encontram na região latino-americana. Segundo a Corte:

la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles

³⁰ CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 181.

³¹ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna. op. cit, par. 143.

sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma³².

No que tange a proteção à vida, outra sentença que se destaca é sobre o Caso Comunidade Indígena Xákomk Kásek contra Paraguai, nela pela primeira vez em âmbito internacional se aborda o tema da mortalidade materna devido a extrema pobreza e a falta de adequada atenção médica, e o dever do estado em oferecer políticas públicas de saúde adequadas às mulheres indígenas³³.

e) o direito a não discriminação, pelo qual os Estados não podem submeter os indígenas a nenhum tipo de discriminação, devendo garantir o acesso a todos dos direitos fundamentais. Nesse ínterim, a Corte no Caso Comunidade Indígena Xákmok kásek contra Paraguai ressaltou que:

la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria³⁴.

f) o direito à liberdade de consciência e religião. Os povos indígenas possuem o direito à cultura e à sua identidade cultural (artigos 12 e 13 da Convenção Americana), e conseqüentemente a preservação de

³² CORTE IDH. Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), par. 147

³³ CORTE IDH. Caso da Comunidade Indígena Xákmok kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010 (mérito, reparações e custas), par 233.

³⁴ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok kásek, op. cit., par. 273.

suas crenças e lugares sagrados. Recorda a Corte no Caso Massacres de Rio Negro contra Guatemala que:

la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad, o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática³⁵.

g) o direito de participação política (artigo 23 da Convenção Americana), estabelece aos povos indígenas a garantia de participação nos processos de tomada de decisões acerca do desenvolvimento e outros temas que os afetam ou impactam em sua sobrevivência cultural. No caso mais representativo Caso Yatama contra Nicarágua a Corte reconheceu o direito dos povos indígenas em participar de maneira direta e proporcional na direção dos assuntos públicos do país.

Conforme a Corte:

el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas (...) puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención³⁶.

³⁵ CORTE IDH. Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 160.

³⁶ CORTE IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 225.

h) a proibição do deslocamento forçado, assegura aos povos indígenas o direito de permanecerem em seus territórios ancestrais, essa relação entre os indígenas e seu território é essencial para manter suas estruturas culturais e sua sobrevivência étnica e material, por isso,

el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación³⁷.

i) o direito a personalidade jurídica dos membros e povos indígenas, fundamentado no artigo 3º da Convenção Americana, é reconhecido essencialmente pela Corte ao considerar as comunidades indígenas de forma coletiva para exercer seus direitos coletivos e para serem enquadrados como vítimas de violações aos direitos humanos.

No Caso do Povo Saramaka contra Suriname, a Corte aclara tal entendimento:

el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva³⁸.

³⁷CORTE IDH. Caso Massacres de Rio Negro, op. cit., par. 177.

³⁸CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 174.

Tais direitos extraídos da jurisprudência da Corte Interamericana, somam-se às resoluções da Comissão Interamericana e aos direitos consagrados nas constituições latino americanas, bem como aos tratados internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas para consolidar um *corpus iuris* interamericano em matéria indigenista.

Considerando ainda o contexto da pandemia do COVID-19 destaca-se no Sistema Interamericano a emissão das Resoluções da Comissão Interamericana: nº 01/2020 Pandemia e Direitos Humanos nas Américas; nº 04/2020 Direitos das pessoas com COVID-19 e nº 01 2021 As vacinas contra o COVID-19 no marco das obrigações interamericanas de direitos humanos³⁹, e a Declaração nº-1 2020 da Corte Interamericana também relativa ao COVID-19 e direitos humanos⁴⁰.

Nesses documentos é possível extrair importantes standards protetivos de aplicação aos povos indígenas, procedentes desse *corpus iuris*, dentre eles estão: direito a informação sobre a pandemia em seu idioma tradicional; respeito, de forma irrestrita, ao não contato com os povos indígenas em isolamento voluntário; direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural, que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais; direito ao recebimento prioritário de vacinas em seus territórios, dado a situação de extrema vulnerabilidade; garantia de participação de suas entidades representativas, líderes e autoridades tradicionais em todo esse processo de combate à pandemia, a fim de assegurar a efetividade e adequação cultural das medidas, com respeito aos seus territórios e sua livre determinação.

Nesse sentido, a Comissão afirmou que:

historicamente, os povos indígenas e tribais têm sido sujeitos a condições de marginalização e discriminação, razão pela qual reitera que dentro do direito internacional em geral e no direito interamericano especificamente, é necessária proteção especial para que os povos indígenas possam exercer seus direitos plena e equitativamente com o restante da população. Além disso, pode ser necessário estabelecer medidas especiais de proteção para os povos indígenas, a fim de garantir sua

³⁹ CIDH. SACROI-COVID19. Sala de Coordinación e Respuesta Oportuna e Integrada. Disponível em: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp. Acesso em: 29 out. 2021.

⁴⁰ CORTE IDH. Centro de Información COVID-19 y Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/index.html>. Acesso em: 29 set. 2022.

sobrevivência física e cultural – um direito protegido em vários instrumentos e convenções internacionais⁴¹.

Estas são até o presente momento as principais contribuições do Sistema Interamericano à questão indígena. Todo esse arcabouço jurídico, somado a essa rica jurisprudência possuem uma inter-relação com instrumentos estatais, regionais e internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas e representam standards de proteção mínimos que não podem ser violados ou sofrer qualquer tipo de retrocesso.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO

A cada dia delinea-se um diálogo entre jurisdições no contexto interamericano. Esse diálogo apresenta especificidades que fazem das Américas “*el continente más abierto al derecho internacional de los derechos humanos*”⁴², onde a inter-relação entre direitos humanos e Constituição é singular no mundo. Os direitos fundamentais “*aparecen claramente conformados en sus atributos y garantías tanto por la fuente constitucional como por las fuentes del derecho internacional*”⁴³. Constitui-se uma verdadeira fusão num único sistema de direitos com fonte interna e internacional⁴⁴.

As constituições nacionais latino-americanas incluíram em seus processos de redemocratização cláusulas de abertura aos direitos humanos. A origem dessas cláusulas advém do texto da Emenda IX⁴⁵ da Constituição norte americana de 1791 que dispõe “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others*

⁴¹ CIDH. Resolução 35/2020. Medida Cautelar n° 563-20. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye’Kwana em relação ao Brasil. 17 de julho de 2020. Par. 40

⁴² BURGORGUE-LARSEN, **El diálogo judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. Porrúa: México, 2013, p. 218.

⁴³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: **Estudios Constitucionales**, ano 9, n° 2, 2011. p. 21. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art02.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2022.

⁴⁴ *Ibid.*, 2011, p. 21.

⁴⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. In: **Revista IIDH**, v. 46. 2007, p. 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22024.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

retained by the people". De tal modo, expõe a não exauribilidade dos direitos expressos na Constituição, garantindo a conexão entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.

Para além dessa abertura ao direito internacional dos direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos latino-americanos, soma-se o artigo 2 da Convenção Americana com sua obrigação de adequação e harmonização dos ordenamentos dos Estados-partes, por meio da adoção de medidas legislativas ou de outra natureza, incluindo aqui, se necessárias, reformas constitucionais, ou através do dever dos órgãos jurisdicionais ou de quaisquer autoridades estatais dentro de suas competências, de respeitar e garantir os direitos convencionalmente assegurados, bem como, cumprir as sentenças e respeitar as jurisprudência emanadas da Corte interamericana, em sua função contenciosa e consultiva⁴⁶.

A junção desses elementos faz com que os direitos assumam dois níveis de proteção: o constitucional e o convencional, o nacional e o internacional, levando juízes nacionais e interamericanos a se mover em uma mesma direção. Constrói-se uma perspectiva dialógica de cooperação coordenada e construtiva. Ocorre um duplo movimento de constitucionalização dos direitos assegurados pelo sistema interamericano, e ao mesmo tempo a internacionalização do direito constitucional⁴⁷.

Tal entrelaçamento foi acordado pela ratificação da Convenção Americana, e com isso, os Estados-partes aceitaram soberanamente a construção desse diálogo. Desenvolvido num ambiente orquestrado pela Convenção Americana, o diálogo se manifesta na constante busca da harmonização dos ordenamentos internos ao interamericano.

Ressalta-se que o ordenamento interamericano não se restringe à Convenção, se expande a jurisprudência da Corte e a outros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, conformadores do bloco de convencionalidade, alcançando mesmo, todo um *corpus iuris* interamericano a se projetar nas constituições nacionais.

Por sua vez, as jurisdições domésticas estão constituídas pela incorporação do direito convencional ao direito interno. Os juízes nacionais devem aplicar e interpretar a Convenção Americana de direitos humanos, o bloco de convencionalidade e o *corpus iuris* interamericano. Para se alcançar essa harmonização é imprescindível dialogar com a Corte,

⁴⁶ ALCALÁ, op. cit., 2011, p. 19-20.

⁴⁷ ALCALÁ, op. cit., 2011, p. 25.

bem como, respeitar a interpretação autêntica atribuída por ela, além de ser fundamental acompanhar a dinamicidade no tempo de tais interpretações⁴⁸.

Em suas interpretações a Corte Interamericana estabelece o standard mínimo, impulsionando um diálogo permanente entre as jurisdições internas e interamericana na busca de standards de proteção cada vez mais elevados. Portanto, o diálogo na região revela-se totalmente indispensável para o correto funcionamento tanto dos sistemas jurídicos nacionais, como do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos⁴⁹.

Consagra-se a este modo, o Controle de convencionalidade no Sistema Interamericano, exercido pela Corte Interamericana, com jurisdição internacional vinculante aos Estados-partes, e também pelas jurisdições internas, praticado por juízes nacionais empoderados como juízes descentralizados do sistema interamericano na defesa dos direitos humanos, no âmbito doméstico. Ambos inaplicarão normas e/ou interpretações de direito interno colidentes com o bloco de convencionalidade, buscando sempre a concretização dos princípios da progressividade e *pro persona*⁵⁰.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade “*exige que los jueces interamericanos y nacionales, en adición estos últimos al tradicional control de constitucionalidad, examinen la compatibilidad entre las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”⁵¹, e a respectiva jurisprudência interamericana.

A análise da convencionalidade possui assim dois sentidos, de um lado pode ser exercido pela Corte Interamericana, como órgão máximo do sistema convencional de direitos humanos, num controle concentrado, estendendo-se do mesmo modo a juízes nacionais e qualquer autoridade pública estatal, num controle difuso de convencionalidade. Por outro lado, impõe invalidar normas, atos e interpretações contrários ao sistema

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI. Luiz Guilherme. MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.p. 483.

⁵¹ DULITZKY, Ariel E. El Impacto del Control de Convencionalidad. Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. p. 533. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2022.

convencional e fazê-los operar em conformidade com o mesmo⁵², “*naturalmente, con respeto al derecho (doméstico o internacional) más favorable a la persona*”⁵³.

4. O PRINCÍPIO PRO PERSONA

Emanado do objeto e fim dos tratados internacionais que asseguram e garantem os direitos humanos está o estruturante princípio *pro persona*. Este princípio determina que a interpretação deve otimizar a garantia, efetividade e gozo dos direitos humanos em seu conjunto, dando preferência sempre a interpretação que mais fortemente implemente sua eficácia jurídica, bem como àquela que proteja tais direitos com maior amplitude⁵⁴.

Logo quando existirem distintas interpretações possíveis de uma norma jurídica deve-se escolher a mais protetora ao titular de um direito humano, ou ainda, quando em um caso concreto puder ser aplicado duas ou mais normas, o intérprete deverá escolher igualmente a mais protetora⁵⁵.

Aliás, o princípio *pro persona* é um critério hermenêutico que orienta a aplicação de todos os direitos humanos: no reconhecimento de direitos protegidos, deve ser utilizada a norma mais ampla ou a interpretação mais extensiva. E, quando se trata de normas que implicam restrições permanentes ao exercício dos direitos ou à sua suspensão extraordinária, deve ser escolhida a interpretação mais restritiva, para que não haja ampliação das restrições estabelecidas⁵⁶. Assim, o princípio *pro persona* “*coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*”⁵⁷.

⁵² SAGUÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo. México: UNAM. 2010, p. 414. Disponível em: www.juridicas.unam.mx. Acesso em: 08 out. 2022.

⁵³ SAGUÉS, op. cit., 2010, p. 414.

⁵⁴ CAVALLO, Gonzalo Aguilar; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. In: Revista de Derecho Público - Vol. 84, 1º Sem. 2016, p. 16.

⁵⁵ CARBONELL, Miguel. La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades. 2012.

⁵⁶ PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. p. 163. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵⁷ Id.

Cabe ressaltar também que a constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos por meio de princípios e critérios hermenêuticos vem materializando nas Constituições nacionais os princípios *pro persona* e *pro libertatis*, reconhecidos por exemplo no artigo 29 da Convenção Americana da Direitos Humanos, ou ao menos, sendo utilizados pela jurisprudência nacional⁵⁸.

Por isso, é possível afirmar que todos os Estados partes do Sistema Interamericano estão vinculados ao princípio *pro persona* em virtude da norma específica do art. 29 “b”⁵⁹ da Convenção Americana, reforçada pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, nos respectivos artigos 5⁶⁰.

No Sistema Interamericano gradativamente o princípio *pro persona* assume ainda roupagem direcionada para fortalecer as competências da Corte Interamericana e das instituições do sistema regional para melhor proteger os direitos humanos, tornando-se uma regra metodológica para orientar a escolha de normas e interpretações que protejam grupos em situação de vulnerabilidade contra arbitrariedades estatais⁶¹.

Em suma, o princípio *pro persona* como essência de toda a exegese do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶², implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao ser humano⁶³.

⁵⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. p. 172. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

⁵⁹ Artigo 29: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

⁶⁰ Artigo 5º: 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidas no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

⁶¹ LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio *pro persona* na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais Internacionais**: extensão e limite de sua jurisdição. Belo Horizonte, 2018, p. 415.

⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

⁶³ Id.

Tanto é que os tratados internacionais de direitos humanos e as Constituições nacionais formam uma unidade capaz de alcançar uma interpretação integrada, harmônica e cosmopolita entre as normas, devendo utilizar para isso, o princípio *pro persona*, na busca do nível de proteção mais elevado⁶⁴.

Não obstante, a transcendência desse princípio vai mais além de ser um critério de interpretação, se constituindo em uma verdadeira garantia de interpretação constitucional dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, ao possibilitar a maior proteção possível, ao mesmo tempo em que permite que os direitos humanos permeiem e resplandeçam em todo o ordenamento jurídico⁶⁵.

Vinculado ao princípio *pro persona* encontra-se o princípio da primazia da norma mais favorável que defende a escolha no caso de conflito entre a norma internacional e a norma nacional aquela mais benéfica.

Nessa lógica, o ministro Celso de Mello expõe que

os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (...) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica⁶⁶.

A maioria dos tratados sobre direitos humanos incluem uma cláusula segundo a qual nenhuma disposição convencional pode prejudicar a proteção mais ampla oferecida por outras normas de Direito interno e de Direito Internacional⁶⁷. A Corte Interamericana já expressou que, "*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado*

⁶⁴ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*. In: **Transformative Constitutionalism in Latin America**: observations on transformative constitutionalism. Oxford: United Kingdom, 2017.

⁶⁵ CASTILLA, Karlos. El principio *pro persona* en la administración de justicia. In: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Nº 20. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5861/7767>. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁶⁶ STF. HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23 set. 2008, Segunda Turma, DJE de 06 de fev. 2009.

⁶⁷ NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: IIDH. Estudios Básicos de Derechos humanos Tomo I, San José, 1994. p. 26.

*internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*⁶⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, é possível estabelecer a conexão entre as constituições nacionais que consagram os direitos dos povos indígenas com todo o arcabouço jurídico interamericano em matéria indigenista. Tanto é que a Convenção Americana, em seu bloco de convencionalidade, entrelaça-se às normas da Convenção 169 da OIT, à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como aos direitos reconhecidos pelos Estados em suas constituições nacionais, leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, conformando todo um *corpus iuris* que define as obrigações dos Estados partes da Convenção Americana. Tal *corpus iuris*, encontra-se, desde de 2016, fortalecido pela aprovação da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁶⁹.

O *corpus iuris* em matéria indígena, encontra-se aclarado por sucessivas decisões da Corte Interamericana, envolvendo a Guatemala (Massacres de Rio Negro; Chitay Nech; Tiu Tojín; Masacre Plan de Sánchez; Bámaca Velázquez); o Suriname (Aloeboetoe; Moiwana; Saramaka), o Paraguai (Yakye Axa; Sawhoyamaxa; Xákmok Kasek), o México (Rosendo Cantú; Fernández Ortega), a Nicarágua (Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Yatama), Honduras (López Álvarez), a Colômbia (Escué Zapata), Perú (Cayara), o Ecuador (Kichwa de Sarayaku), e o Brasil (Xucuru e seus membros).

O que se busca com o *corpus iuris* é tê-lo como parte de um processo cultural, que se insere nas constituições, e se compatibiliza com os elementos estruturais do Estado Constitucional, como a dignidade humana, democracia, divisão de poderes, sociedade pluralista, sem, contudo, desconsiderar também as particularidades de cada uma das nações, como parte importante de uma diversidade cultural viva. Representa o elo entre a força “sugestiva” dos textos constitucionais

⁶⁸ CORTE IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC/5, 13 de nov. 1985, par. 52.

⁶⁹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03; Casos: Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras; Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil.

transformadores latino-americanos, com a força “produtiva” dos processos desenvolvidos por seus intérpretes, para permitir o vindouro desenvolvimento do Estado constitucional e convencional como obra de todos e de cada povo⁷⁰.

Daí o dever de harmonização entre todos esses distintos documentos jurídicos nacionais e internacionais, por meio do controle de convencionalidade, imposto aos Estados partes pelo artigo 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos humanos.

O *corpus iuris* fruto do diálogo interno-interamericano estabelece standards mínimos, e não a proteção máxima. Os Estados podem e devem garantir níveis cada vez mais elevados de proteção às pessoas sujeitas a sua jurisdição. Portanto, o propósito do controle de convencionalidade não é impor uma visão homogênea sobre direitos humanos no Sistema Interamericano, mas sim impulsionar os níveis de proteção aos direitos humanos.

Diante dessa realidade, parece certo e inexorável constatar a existência de vários centros de decisão política que transcendem ao Estado e que acabam por vincular tanto os poderes públicos como os cidadãos; e que o pluralismo jurídico estabelece a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para alcançar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos.

A proteção legal dos povos indígenas requer uma perspectiva multinível de proteção, sem implicar em uma restrita separação entre regimes jurídicos interno e internacional. A Constituição deve agora entrelaçar-se com textos e costumes de aspecto global e regional, num processo de acoplamento de ordenamentos jurídicos. Novos modelos multiníveis de tutela desvelam-se e são fortalecidos em uma interessante articulação dialógica entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.

Não se pode desconsiderar que o tema dos direitos indígenas demanda um estudo complexo, um exame profundo das cosmovisões indígenas, e um constante diálogo intercultural. A Convenção Americana, tal como as Constituições, ou até mesmo os costumes são vivos e, portanto, passíveis de alterações para seu necessário desenvolvimento a luz dos tempos presentes. Sendo assim, salvo as comunidades indígenas em

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. (coord.). Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996.

isolamento, todos os povos sofrem direta e indiretamente influências e vivenciam experiências de inter-relação.

Quando da análise da jurisdição ordinária, tem-se uma clareza maior entre quais são os direitos e deveres, uma vez que esta pertence ao mesmo universo cultural a que pertencem a Constituição, a Convenção e os tratados internacionais de direitos humanos, o que facilita sua interpretação e adjudicação jurídicas. No caso da jurisdição indígena, a complexidade é infinitamente maior, pois pertence a um universo cultural total ou parcialmente distinto, daí que uma subordinação politicamente correta da justiça indígena a Constituição, Convenção e tratados internacionais de direitos humanos, implica necessariamente uma abordagem intercultural⁷¹.

Considera-se oportuno recordar que, em conformidade com os artigos 24 (igualdade perante a lei) e 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos dos povos indígenas. Porém, para garantir efetivamente esses direitos, ao interpretar e aplicar a normativa interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral, e que compõe sua identidade cultural.

Enfim, os direitos dos povos indígenas, impõe um conjunto de obrigações positivas e negativas aos Estados. Dentre as obrigações positivas está a identificação e preservação dos territórios indígenas; a delimitação e demarcação das terras; a adoção de medidas legislativas ou de outra índole necessárias para o reconhecimento, proteção, garantia e efetividade dos direitos indígenas; bem como a garantias judiciais que se façam necessárias para verificação de violação e eventual reparação desses direitos. No que tange às obrigações negativas, ressalta-se o dever dos Estados de abster-se de realizarem atos que afetem a existência da cultura e identidade indígenas.

⁷¹SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. (ed.). La Paz: Ediciones Abya Yala, 2012.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno.

In: **Estudios Constitucionales**, ano 9, n° 2, 2011. Disponível em:

<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art02.pdf>.

_____. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI. Luiz Guilherme. MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2014. Disponível em: <<https://www.unam.mx/>>.

BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: un panorama**. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Nacional Indigenista de México 2a edición actualizada y aumentada, Bolivia, 2003: Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (México) y Editorial Abya-Yala (Ecuador).

BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público. 2008, p. 283–306. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. In: **Revista IIDH**, v. 46. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22024.pdf>.

BURGORGUE-LARSEN, **El diálogo judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos**. Porrúa: México, 2013.

CARBONELL, José Carlos Remotti. Sistema Jurídico, Democracia y Constitucionalismo multinivel. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. (coord.). **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**. Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado. Uberlândia: 2015.

CARBONELL, Miguel. La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades. 2012.

CARVALHO, Lucinana Coimbra de; CALIXTO, Angela Jank. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. In: Revista de Derecho Público - Vol. 84, 1º Sem. 2016.

CEPAL. Comissão Econômica Para a América Latina. El impacto del Covid-19 en los pueblos indígenas de América Latina (Abya Yala). 2020. Disponible em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion>.

_____. Comissão Econômica Para a América Latina. Los pueblos indígenas en América (Abya Yala) Desafíos para la igualdad en la diversidad. Santiago: ONU, 2017.

_____. Comissão Econômica Para a América Latina. Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas. Santiago: ONU, 2006.

CIDH. Resolução 35/2020. Medida Cautelar nº 563-20. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'Kwana em relação ao Brasil. 17 de julho de 2020.

CIDH. SACROI-COVID19. Sala de Coordinación e Respuesta Oportuna e Integrada. Disponible em: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp.

CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Caso da Comunidade Indígena Xákmok kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. Centro de Información COVID-19 y Derechos Humanos. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/index.html>.

CORTE IDH. Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones).

CREGO, María Díaz. Diálogo judicial. In: **Eunomía**. Revista em Cultura de la Legalidad, n. 09, out. 2015, mar. 2016. p. 289–299. Disponible em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/.../1524>.

DULITZKY, Ariel E. El Impacto del Control de Convencionalidad. Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible em: <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>.

FIGUEIREDO, Marcelo. O meio-ambiente e a biodiversidade como Direitos Humanos no cenário supranacional: uma visão latino-americana que postula por uma integração global do tema. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 111–142.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. (coord.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996. p.151–185.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune. In: **Transformative Constitutionalism in Latin America**: observations on transformative constitutionalism. Oxford: United Kingdom, 2017, posição 11459–11989.

OSUMA, Karla Quintana; MAAS; Juan Jesús Górgora. Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos. In: **Colección**

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. Universidad Autónoma de México, 2017.

SAGUÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo. México: UNAM. 2010. Disponible em: www.juridicas.unam.mx.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, Quito, 2012, p. 11-48.

_____. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. (ed.). La Paz: Ediciones Abya Yala, 2012, p. 13-50.

_____. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

SILVEIRA, Alessandra. Tocqueville e a indesejável obstinação pelos “destroços à margem”. Contributos para uma teoria da democracia constitucional europeia. Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2008.