

Organização
Flávia Donini Rossito
Liana Amin Lima da Silva
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
Tiago Resende Botelho

QUILOMBOLAS E OUTROS POVOS TRADICIONAIS

CEPEDIS
Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho
CEP 80.230-100 - Curitiba - Paraná - Brasil
www.direitosocioambiental.org
contato@direitosocioambiental.org

Presidente

José Aparecido dos Santos

Vice-Presidente

Liana Amin Lima da Silva

Diretora Executiva

Flávia Donini Rossito

Primeira Secretária

Amanda Ferraz da Silveira

Segundo Secretário

Oriel Rodrigues de Moraes

Tesoureira

Jéssica Fernanda Maciel da Silva

Conselho Fiscal

Andrew Toshio Hayama

Anne Geraldi Pimentel

Priscila Lini

Conselho Editorial

Antônio Carlos Sant'Anna Diegues

Antônio Carlos Wolkmer

Bartomeu Melià, SJ (*in memorian*)

Bruce Gilbert

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Caroline Barbosa Contente Nogueira

Clarissa Bueno Wandscheer

Danielle de Ouro Mamed

David Sanchez Rubio

Edson Damas da Silveira

Eduardo Viveiros de Castro

Fernando Antônio de Carvalho Dantas

Heline Sivini Ferreira

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Joaquim Shiraishi Neto

José Aparecido dos Santos

José Luis Quadros de Magalhães

José Maurício Arruti

Juliana Santilli (*in memorian*)

Liana Amin Lima da Silva

Manuel Munhoz Caleiro

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Milka Castro Lucic

Priscila Lini

Rosemberth Ariza Santamaría

R835f Rossito, Flavia Donini *et al.*

Quilombolas e outros povos tradicionais/Flávia Donini Rossito, Liana Amin Lima da Silva, Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, Tiago Resende Botelho (org.). – Curitiba, PR: CEPEDIS, 2019.

356p. 20cm.

ISBN: 978-85-94360-12-0

1. Recursos biológicos. 2. Grupos étnicos e raciais. I. Flávia Donini Rossito. II. Liana Amin Lima da Silva. III. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega. IV. Tiago Resende Botelho. V. Título.

CDD 333.951

305.8

CDU 502/504(81)



CONSTITUCIONALISMO EM REDE: O DIREITO À IDENTIDADE CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS COMO FILTRO HERMENÊUTICO PARA TUTELA DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO DA TERRA

CONSTITUCIONALISMO EN RED: EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO FILTRO HERMENÉUTICO PARA LA TUTELA DE LA OCUPACIÓN TRADICIONAL DE LA TIERRA

Patricia Perrone Campos Mello¹
Juan Jorge Faundes Peñafiel²

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição de 1988 ou CF) assegurou aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam e determinou à União o dever de demarcá-las, protegê-las e de fazer respeitar todos os seus bens (art. 231). Previu, ainda, que a demarcação das referidas terras deveria ser concluída no prazo de cinco anos, a contar da promulgação da CF (art. 67, ADCT). Entretanto, passados mais de trinta anos, tal demarcação está, ainda, longe de ser concluída.

De fato, o reconhecimento do direito dos povos indígenas às suas terras encontra resistências e dificuldades de todas as ordens. São exemplos delas: os interesses de expansão de atividades econômicas sobre as áreas de tais comunidades (como o agronegócio, a mineração, a exploração de novas matrizes energéticas e da biodiversidade); a necessidade de ampliação da infraestrutura no interior do país (com a abertura de novas

1 Professora Doutora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Trabalho desenvolvido no âmbito do grupo de pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia”, do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Contato: pcamposmello@uol.com.br

2 Professor Doutor e Acadêmico Investigador da Faculdade de Direito da Universidad Autónoma de Chile. Trabalho desenvolvido no âmbito do Proyecto FONDECYT Iniciación N° 11161079.

Contato: juanjorgef@gmail.com

estradas e a passagem de redes de energia elétrica); a preocupação com aspectos de segurança nacional, sobretudo quanto aos povos indígenas que se encontram em faixa de fronteira, em que se teme o ingresso clandestino de estrangeiros por suas áreas; a apreensão quanto à manipulação de tais comunidades por interesses estrangeiros, para apropriação ilegítima de recursos naturais estratégicos que se encontram em suas terras; o ímpeto de expansão da cultura dominante e a incompreensão quanto à sua cultura; o desinteresse por suas vidas, a ignorância³.

Não bastassem tais circunstâncias, o momento atual apresenta um panorama ainda mais grave. Em primeiro lugar, o país enfrenta uma crise econômica sem precedentes e tem no agronegócio um grupo econômico muito relevante, responsável por parte substancial do seu produto interno bruto (PIB). Essa circunstância confere a esse grupo considerável poder de influência. E não há dúvida de que a expansão das atividades agrícolas, pecuárias e conexas disputa terras com povos indígenas e é limitada por suas áreas⁴.

Em segundo o lugar, o presidente da República recentemente eleito, declarou, em campanha, que, durante seu governo, não se demarcaria “um centímetro quadrado a mais de terra indígena” (LINDNER, 2018). Na sequência, um dos seus primeiros atos no governo consistiu na tentativa de retirada da competência para demarcações de terras da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), autarquia historicamente incumbida da matéria, e de entrega de tal atribuição ao Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento (MAPA), responsável pela promoção de interesses conflitantes (VIEIRA, 2019)⁵.

O novo governo tem se caracterizado, ainda, por um amplíssimo contingenciamento de verbas destinadas à proteção ambiental. Tal contingenciamento, além de poder impactar o *habitat* dos povos indígenas, expressa uma baixa inclinação do governo pela proteção de direitos, sobretudo

3 Parte desses elementos encontra-se retratada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular, Petição n. 3388, 19 de março de 2009).

4 Segundo dados do Governo Federal levantados em 2018, o setor agropecuário foi responsável por 23,5% do PIB brasileiro (GOVERNO DO BRASIL, 2018).

5 A providência foi veiculada pela MP 870/2019, rejeitada pelo Congresso. Entretanto, na sequência, foi reeditada pela MP 886/2019, suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6172, 6173 e 6174, 24 de junho de 2019.

quando puderem se colocar em tensão com o avanço da economia⁶. O quadro descrito demonstra, portanto, que, não bastasse a persistente resistência na efetivação dos direitos dos povos indígenas às suas terras, há, hoje, um substancial risco de retrocesso nessa matéria, que pode ameaçar a própria sobrevivência desses povos, como se demonstrará adiante. Esse contexto coloca ao jurista dois desafios: a busca por instrumentos que possibilitem o avanço na concretização de tais direitos e, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de mecanismos que permitam ampliar a capacidade de resiliência do sistema jurídico contra retrocessos. O presente trabalho defende que a concepção de um “constitucionalismo em rede” presta-se a ambos os fins.

Com o propósito de demonstrá-lo, o artigo segue a seguinte metodologia. Na Parte 1, esclarece que o direito dos povos indígenas à terra foi condicionado pela Constituição à ocupação tradicional do território por tais povos, e que parte das disputas na efetivação das demarcações relaciona-se justamente ao significado atribuído a tal ocupação tradicional. Na Parte 2, o trabalho aborda a ideia de *constitucionalismo em rede*, segundo a qual, em breves linhas, os direitos fundamentais devem ter seus conteúdos definidos tendo em conta: o direito internacional dos direitos humanos e o direito comparado. Na Parte 3, examina brevemente o direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas (DFICPI) na jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte IDH). Na conclusão, defende, então, com base no conceito de *constitucionalismo em rede*, que a ocupação tradicional dos povos indígenas deve ser interpretada à luz do DFICPI. Nesse sentido, acredita-se que a proposta aqui formulada oferece um marco normativo e hermenêutico objetivo, que favorece a concretização do direito dos povos indígenas à terra, o qual é, por sua vez, condição para a sua própria sobrevivência. A ideia de *constitucionalismo em rede* reforça, ainda, a capacidade de resistência do ordenamento contra eventuais retrocessos nessa matéria.

1 TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA

6 V. Sistema Integrado de Orçamento e Planejamento (SIOP). Disponíveis em: <https://www1.siop.planejamento.gov.br/QtvAJAXZfc/opendoc.htm?document=IAS%2FExecucao_Orcamentaria.qvw&host=QVS%40pqlk04&anonymous=true>. Acesso em 29 de maio de 2019.

Como mencionado acima, a Constituição de 1988 assegurou aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, CF/1988). Definiu, como terras tradicionalmente ocupadas, aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as *necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições* (art. 231, §1º, CF/1988). A tradicionalidade refere-se, portanto, ao modo de ocupação da terra, segundo a identidade coletiva de cada etnia e sua cosmovisão. Tem relação com determinada forma de estar no mundo e com a sua preservação, inclusive em perspectiva imaterial e espiritual (SILVA, 1993; BIGONHA, 2018, pp. 9-23; MAIA, 2018, pp. 9-23). Relaciona-se com o dever do Estado de proteger as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as produções artísticas, científicas e os espaços referentes a um grupo formador da sociedade brasileira (arts. 215 e 216, CF/1988).

A Constituição previu, ainda, que as terras indígenas constituem propriedade da União (art. 20, inc. XI, CF/1988), com direito de posse e usufruto permanentes em favor dos povos indígenas, aos quais cabem, com exclusividade, as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes⁷.

Ocorre que o conceito de tradicionalidade não parece estar, ainda, suficientemente consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). No julgamento histórico do *Caso Raposa Serra do Sol*, em que o Tribunal procurou se debruçar, com profundidade, sobre o regime constitucional de tutela dos povos indígenas, a tradicionalidade foi caracterizada como: a posse nativa, com caráter permanente, marcada por um sentido de continuidade etnográfica e por uma relação particular do povo com a terra, ligada à sua subsistência e à preservação dos seus costumes e ritos. O Tribunal ressaltou, contudo, que o marco temporal para a aferição da tradicionalidade seria a Constituição de 1988. Nesse sentido, esclareceu

⁷ CF/1988, art. 231: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [...]”.

que fariam jus à demarcação e ao usufruto exclusivo das terras aqueles povos que se encontrassem em sua posse, quando da entrada em vigor da Constituição⁸.

A determinação desse marco temporal gerou controvérsias sobre os direitos das comunidades que não se encontravam na posse das suas terras em tal marco, por terem sido removidas à força por terceiros (não índios) interessados em ocupá-las. Sobre essas comunidades, o próprio STF ressaltou, quando do julgamento do mesmo *Caso Raposa Serra do Sol*, que elas seriam titulares dos mesmos direitos ao usufruto da terra desde que: (i) fosse comprovado o desapossamento forçado, (ii) persistisse a busca por retornar à terra, bem como (iii) o vínculo tradicional com ela. Esse era inclusive o caso da comunidade indígena de tal caso específico, que teve seu direito à terra reconhecido, a despeito de não se encontrar no local quando da promulgação da CF. Veja-se, o que esclarece o julgado sobre o ponto:

11.2. [...] A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.

Portanto, em tal julgamento, o STF esclareceu que os povos indígenas que não se encontravam sobre as suas áreas quando da entrada em vigor da Constituição também fariam jus a elas, desde que a sua não presença resultasse, na expressão utilizada pelo acórdão, de “esbulho renitente”, ou seja: do desapossamento forçado, persistente, que não apenas se consumou, mas que segue impedindo o retorno da comunidade ao seu antigo território.

É justamente o conceito de “esbulho renitente” que tem sido fonte de interpretações e decisões contraditórias no âmbito do STF. Algumas dessas decisões, na prática, ensejam a recusa injusta do direito de diversas comunidades a retornar às suas áreas. É que alguns acórdãos do STF exigem, como condição para reconhecer a presença de esbulho renitente, que se comprove que o não retorno da comunidade indígena à área ocorreu por razões alheias à vontade da própria comunidade. E estabelecem que

⁸ Ação Popular, Petição n. 3388, 19 de março de 2009.

tal comprovação se dê por meio de: (i) prova de conflito fundiário atual ou (ii) ajuizamento de ação possessória por tais comunidades.

Em síntese, portanto, no entendimento de algumas decisões proferidas pelo STF, o esbulho renitente só estará configurado se houver registro de embates no campo, que retratem a tentativa dos indígenas de retornar à sua área, e o rechaço – geralmente violento – por parte daqueles que a ocupam, de modo a impedir tal retorno. O esbulho renitente poderá se configurar, ainda, no entendimento de tais decisões, caso as comunidades indígenas proponham ação judicial de manutenção ou reintegração na posse. Esse entendimento parece, portanto, *exigir que as comunidades indígenas que desejam recobrar suas terras procurem invadi-las, expondo a vida e a integridade física de seus membros a risco*; ou, ainda, que reajam ao desapossamento como o homem branco da cultura dominante o faria: *contratando advogado, ingressando em juízo e aguardando uma decisão judicial*⁹.

Tais decisões não problematizam essa interpretação à luz do risco à vida e à integridade física dos membros das aludidas comunidades, de seus eventuais traços culturais pacíficos e não afetos à violência, de sua dificuldade de acesso à assistência jurídica e ao Poder Judiciário, ou do fato de integrarem uma cultura absolutamente diversa, cujo universo cognitivo e existencial pode sequer considerar ou compreender a judicialização de conflitos como uma solução possível. Esses julgados simplesmente buscam caracterizar “a resistência” e o “desejo de recuperar a terra” do indígena à luz da cultura dominante, como se ele fosse um membro dela integrante, com pleno domínio de todos os seus processos. Nessas condições, grande parte dos comportamentos das comunidades indígenas não se prestam a configurar a existência de tentativa de retornar à área frustrada pelo possuidor.

Outras decisões entendem, ainda, que, se, uma vez desapossados, os indígenas permaneceram na área, prestando serviços para os novos possuidores, isso seria sinal de que, afinal, consentiram com o esbulho e,

9 Confira-se, a título ilustrativo, trecho de acórdão do STF na linha descrita acima: “3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento” (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 803.462, 09 de dezembro de 2014).

portanto, não mais resistem ou buscam recobrar a sua própria terra. Não se compreende a permanência do indígena na área como empregado como uma estratégia de resistência e de permanência¹⁰.

Entretanto, exigir conflito fundiário ou ação possessória de comunidades indígenas, como condição para reconhecer sua intenção de recuperar a terra, significa pretender interpretar seu comportamento à luz de elementos alheios à sua cultura. Trata-se, ademais, de interpretação que atribui uma carga probatória desproporcional a um grupo extremamente vulnerável, quando o dever de proteger e demarcar foi atribuído ao Estado. Obviamente, esse tipo de entendimento limita injustificadamente o direito de tais povos às suas terras. De fato, a efetivação dos direitos dos povos indígenas enfrenta objeções que, de modo geral, associam: (i) a dificuldade de compreensão e de empatia quanto a uma cultura absolutamente distinta (ii) à resistência de grupos poderosos à supressão de áreas que poderiam ser colocadas à disposição das mais diversas atividades econômicas (além de múltiplas demandas por instalação de equipamentos de infraestrutura, controle de interesses e de bens estratégicos e segurança nacional)¹¹.

2 CONSTITUCIONALISMO EM REDE

2.1 CONCEITO

A dificuldade de concretização dos direitos dos povos indígenas e os conflitos de interesses indicados acima não estão presentes apenas no Brasil. Ao contrário, constituem uma experiência comum aos mais diversos países da América Latina. Esses países, tal como o Brasil, constituíram o território de múltiplos povos indígenas, quando da chegada de portugueses e espanhóis ao continente. Em diversos deles e em virtude de uma colonização com características comuns, viu-se a formação de poderosas oligarquias locais, com considerável poder de influência. Diversas economias latino-americanas têm no agronegócio, na mineração, no petróleo e em novas matrizes energéticas atividades muito importantes para a sua economia. Todos esses países têm demandas latentes pela expansão da sua

10 V. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, 16 de setembro de 2014.

11 Para um exame dos elementos extrajurídicos no processo decisório das cortes, v. MELLO (2015).

infraestrutura. Portanto, discussões muito semelhantes àsquelas travadas no Brasil são enfrentadas nos demais países da região.

O reconhecimento de que a América Latina apresenta uma história comum, que resulta em questões e desafios próprios em matéria de direitos humanos, levou à criação de um sistema regional de proteção a tais direitos, em paralelo e sem prejuízo à adesão ao sistema universal de proteção. O sistema regional se compõe pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto de San José da Costa Rica”), por seu protocolo adicional (“Protocolo de San Salvador”) e por uma série de acordos celebrados em âmbito regional, como a recentemente aprovada Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹².

O sistema regional abrange, dentre outros atores, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A CIDH recebe petições individuais e interestatais acerca de violações a direitos humanos. Pode deferir medidas cautelares, produz informes e recomendações sobre violações aos Estados e tem competência para acionar a Corte IDH. A Corte, a seu turno, dispõe de jurisdição contenciosa e consultiva sobre violações a direitos humanos, julga tais violações, determina medidas e aplica sanções aos Estados¹³.

Ambos os órgãos têm uma vasta produção em matéria de direitos dos povos indígenas, em que se enfrentam questões comuns aos países da região como um todo. Nesse contexto, esse material constitui, ao menos, um marco sobre o significado e o alcance de direitos reconhecidos a tais povos na esfera internacional, mas que, de modo geral, também foram incorporados pelas diversas constituições dos Estados latino-americanos. Cada Estado latino-americano, a seu turno, tratou dos direitos dos povos indígenas em suas constituições, em sua legislação interna ou, ainda, em instrumentos internacionais aprovados em seu favor, e dispõe de cortes constitucionais e de supremas cortes com jurisdição sobre a matéria. Essas cortes interpretam e aplicam o direito dos povos indígenas com base nas normas domésticas e, ainda, com base no material produzido pela CIDH e pela Corte IDH. As cortes domésticas, por meio de controle

12 OEA, 2007.

13 Confira-se o artigo 62.3 e o artigo 64.1 da CADH.

de constitucionalidade, de legalidade ou, ainda, por meio do controle de convencionalidade são, assim, responsáveis pela produção de um estoque de decisões na matéria que, ainda que sejam referenciadas à legislação e à compreensão desenvolvida por cada país, aludem a direitos e a problemas comuns, enfrentados pelos Estados da região.

Nessa medida, pode-se afirmar que a CIDH, a Corte IDH e as cortes constitucionais e supremas cortes dos países latino-americanos constituem atores que interpretam, reformulam, decidem e, portanto, produzem direito (PIZZOLO, 2017) em matéria de tutela aos povos indígenas. Pode-se afirmar, ainda, que os tratados internacionais, as decisões internacionais, o direito positivo de cada país e a jurisprudência das suas cortes de mais alta hierarquia formam um corpo jurídico em matéria de direito dos povos indígenas (AYLWIN, *et al*, 2013; OLVERA, GUERRERO, 2017, pp. 39-60). Não há perfeita convergência entre decisões internacionais e nacionais, ou entre as decisões proferidas pelas cortes domésticas. Entretanto, há múltiplos atores refletindo e decidindo acerca de um mesmo tema, sem que a manifestação de qualquer deles represente a última *ratio* ou a verdade final acerca de como a questão deve ser tratada.

É nessa medida que se pretende falar aqui de *constitucionalismo em rede*¹⁴. A rede a que se faz alusão é composta pela CIDH, pela Corte IDH e, ainda, por cada corte constitucional ou suprema corte dos diversos países que integram o sistema regional latino-americano. A concepção de um *constitucionalismo em rede* pressupõe, em primeiro lugar, a consciência de que os diversos atores ou pontos da rede enfrentam problemas semelhantes. Por isso, a observação sobre as respostas dadas a tais problemas por cada qual desses atores constitui um elemento importante a ser levado em conta, a título de informação, para resolver os próprios problemas.

Nenhum ator está obrigado a decidir de forma idêntica. Entretanto, todos devem engajar-se, com seriedade, em conhecer os pontos de vista dos demais integrantes da rede e, em caso de divergência, demonstrar porque a solução dada ao tema não é a mais adequada ao seu caso. Com o tempo, essa interlocução permite a construção de entendimentos comuns e convergentes a respeito de uma mesma matéria. Os entendimentos comuns funcionam como um mecanismo indutor da concretização dos direitos.

14 Em sentido semelhante (ainda que não necessariamente idêntico): Bustos (2012, p. 33), BUSTOS (2005), WALKER (2002) y MONTALVÁN (2014).

O *constitucionalismo em rede* pode ser definido, portanto, como o processo pelo qual múltiplos atores, que se sujeitam a ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas jurídicos semelhantes, se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos¹⁵. Essa compreensão permite que os membros da rede fortaleçam progressivamente a proteção dos direitos fundamentais, em suas respectivas ordens jurídicas, por meio de uma estratégia comum de defesa de tais direitos, articulada “em rede”. É o que se demonstrará a seguir.

2.2. DIMENSÕES VERTICAL E HORIZONTAL

O *constitucionalismo em rede* pode se estabelecer tanto em uma perspectiva vertical quanto em uma perspectiva horizontal. Na *dimensão vertical*, o *constitucionalismo em rede* se estabelece com relação às cortes internacionais a que os Estados tenham aderido e cuja jurisdição tenham reconhecido. No sistema interamericano, a rede, em sua dimensão vertical, se estabelece por meio da interação entre as jurisdições domésticas de cada Estado e os entendimentos manifestados pela CIDH e pela Corte IDH, acerca do alcance de um determinado direito.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade constitui um elemento fundamental para tal diálogo. Por meio do controle de convencionalidade, as cortes domésticas promovem uma releitura do alcance e do significado dos direitos previstos nas constituições e ordenamentos nacionais, à luz do alcance e do significado conferido aos mesmos direitos no plano internacional. O controle de convencionalidade, em diversas jurisdições, tem sido responsável por importantes avanços na tutela de direitos fundamentais (FERRER MAC-GREGOR, 2008; HENRÍQUEZ, MORALES, 2017).

É que, se, por um lado, a afirmação internacional de um direito suscita discussões sobre particularidades culturais das ordens domésticas e sobre temas relacionados à legitimidade democrática do direito; por outro lado, o distanciamento e o deslocamento cultural da corte internacional permitem que ela, como ator externo, enxergue e revele “pontos cegos”, que as cortes nacionais, até mesmo em virtude de condicionamentos culturais,

15 Em sentido análogo v.: SLAUGHTER (2005), BOGDANDY (2015), NEVES (2009).

eventualmente não foram capazes de enxergar. Como esclarece Marcelo Neves: “todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação”. No entanto, e aí está o valor epistêmico do *constitucionalismo em rede*, “o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro” (NEVES, 2009, pp. 297, 298).

Entretanto, a interlocução entre corte internacional e cortes domésticas não se constrói apenas com base em convergências. Na medida em que os países latino-americanos aderiram ao sistema interamericano e, sobretudo, a partir do momento em que aceitaram a jurisdição da Corte IDH como obrigatória, devem atribuir à *ratio decidendi* de suas decisões força impositiva própria. Há, portanto, um ônus argumentativo reforçado para que se afastem de tal *ratio decidendi* e risco de, ao fazê-lo, sujeitarem-se à sua responsabilização na esfera internacional. Há que se reconhecer, contudo, que a concepção de um *constitucionalismo em rede* refuta a afirmação da preponderância absoluta do direito internacional sobre o direito doméstico (assim como também refuta o provincianismo constitucional que recusa considerar a compreensão internacional de um dado direito no processo decisório constitucional).

No que respeita à *dimensão horizontal* do *constitucionalismo em rede*, o diálogo se estabelece entre cortes de dois ou mais Estados, tendo por objeto decisões sobre questões comuns enfrentadas por ambos os ordenamentos. À semelhança do que ocorre na perspectiva vertical, a observação e o conhecimento das reflexões de outras ordens nacionais acerca de problemas comuns também permitem encontrar “pontos cegos”, que o observador nacional não enxergou. Permitem, igualmente, reconhecer “dentro da ordem do outro, elementos que possam servir para sua auto-transformação” (NEVES, 2009, p. 276), abrindo caminho para uma rica fertilização cruzada entre cortes latino-americanas¹⁶, por meio da citação recíproca de decisões, e favorecendo a migração de ideias constitucionais dentro da região¹⁷, através do aproveitamento recíproco de soluções oferecidas por outras cortes¹⁸. Idealmente, o *constitucionalismo em rede* deve

16 Sobre fertilização cruzada, v. VARELLA (2012, pp. 216-220), JACOBS (2003).

17 Sobre o conceito de migração de ideias, v. CHOUDHRY (2009), PERJU (2012, pp. 1304-1327).

18 Defende-se, inclusive, que esses mecanismos são responsáveis pelo desenvolvimento de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. V. BOGDANDY, 2015;

se estabelecer em ambas as dimensões – vertical e horizontal – potencializando o intercâmbio e o diálogo entre ordens distintas, produzindo uma transição da unidade interpretativa para a pluralidade interpretativa (PIZZOLO, 2017, pp. 33-37).

2.3. FUNÇÕES

O *constitucionalismo em rede*, em um mundo cada vez mais integrado, cumpre múltiplas funções: (i) cria mecanismos de troca de informações e de cooperação entre os distintos atores da rede; (ii) impõe uma postura de abertura ao diálogo; (iii) desenvolve mais elevados standards; (iv) cria incentivos entre os integrantes para buscar a boa reputação e evitar má reputação; (v) amplia o alcance da regulação dos direitos para países com práticas mais débeis; (vi) reforça mecanismos de resiliência contra retrocessos; e (vii) permite a criação de mecanismos de monitoramento.

De fato, no que respeita à *troca de informação e à cooperação entre cortes*, a concepção de um *constitucionalismo em rede* orienta cada qual dos atores que integram a rede a que, quando estiverem diante do julgamento de casos inéditos e/ou difíceis, investiguem se outros atores da mesma rede enfrentaram discussões semelhantes, favorecendo o apoio técnico mútuo. A cada novo caso, pode-se verificar como a mesma questão foi solucionada em outras jurisdições e aquelas soluções que produziram resultados positivos. Nessa medida, cada corte funciona como um laboratório que experimenta decisões que podem ser adotadas ou aprimoradas por outras cortes.

A prática de consultar as respostas oferecidas pela ordem internacional e pelas distintas ordens nacionais a um mesmo conflito impõe uma postura de *abertura dos diversos atores da rede ao diálogo*. De modo geral, a postura das cortes diante do direito internacional e do direito comparado pode ser de resistência, de convergência ou de engajamento argumentativo (JACKSON, 2005; JACKSON, 2006). A postura de *resistência* é marcada pela recusa em considerar julgados de outras ordens em seus processos decisórios, em razão de preocupações que envolvem a legitimidade democrática do direito, o papel identitário da constituição e a possibilidade de uso seletivo de precedentes estrangeiros. A postura de

convergência se expressa pela ampla aceitação do direito internacional e do direito estrangeiro como elemento para argumentação e fundamentação das decisões. Por fim, o modelo de *engajamento argumentativo* implica em reconhecer ao direito internacional e ao direito comparado valor informacional e eficácia persuasiva¹⁹. Segundo esse modelo, não há obrigação de convergir com as soluções produzidas por cortes internacionais ou por cortes constitucionais de Estados da mesma região. Todavia, quando as cortes trabalham “em rede” e reconhecem valor ao que os demais atores da rede produzem, é importante ter em conta seus argumentos e pontos de vista nos seus múltiplos processos decisórios.

Esse último modelo concilia, portanto, o reconhecimento de uma dimensão universal dos direitos humanos, com uma dimensão particular, inerente a cada povo, acerca dos mesmos direitos. Com base nele, as cortes têm o dever de enfrentar argumentativamente o alcance dado a determinados direitos por outras ordens, quer para acolhê-los na mesma medida, quer para conferir-lhes tratamento distinto. O modelo de engajamento argumentativo é aquele que melhor se ajusta à concepção do *constitucionalismo em rede*.

Com o tempo, o intercâmbio e o diálogo entre cortes permitem o *desenvolvimento de standards* de “defesa em rede”. Ainda que não haja uma perfeita convergência entre todos os membros da rede, determinados entendimentos acerca do alcance e das implicações de certos direitos se consolidam na jurisprudência da maioria dos países. Essa consolidação passa a expressar o entendimento dominante sobre o tema e, por isso, se afirma como um critério objetivo para a concretização dos direitos humanos.

A definição de *standards* de “defesa em rede”, cria, ainda, *incentivos para buscar progressivamente níveis mais altos de cumprimento no âmbito da rede*. De fato, a consolidação do alcance de determinados direitos constitui um elemento indutor da concretização de direitos, com base nos mesmos *standards*, em ordens mais frágeis, que integram a rede e que não desejam ser percebidas como atrasadas ou menos protetivas. O mesmo mecanismo funciona, ainda, como *elemento de resiliência*. Uma vez consolidado determinado standard de proteção no âmbito da rede, eventuais retrocessos tornam-se mais evidentes e produzem má reputação.

19 Sobre eficácia persuasiva, v. MELLO, 2008, pp. 62-69.

A clareza com que se pode evidenciar o retrocesso e a perspectiva da má reputação também funcionam como um elemento inibidor de recuos na proteção de direitos humanos.

Na mesma linha, a concepção de um *constitucionalismo em rede* enseja a *criação de mecanismos de monitoramento recíproco*, possibilitando uma vigilância permanente acerca de como cada ordem doméstica está implementando seus direitos.

O *constitucionalismo em rede* opera, portanto, como um *soft power* em matéria de proteção aos direitos humanos. Cria pontes e conversações verticais e horizontais, envolvendo ordens internacionais e domésticas. Permite observação, intercâmbio e aprendizado recíproco. Abre caminho à consolidação de uma regulação comum e de *standards* de proteção articulados *em rede*, favorecendo a progressiva adoção de níveis mais altos de concretização de direitos humanos e estabelecendo mecanismos de resiliência ao retrocesso em ordens sob ameaça. *Nesse contexto, cada corte, cada decisão, cada ordenamento constitui um elemento integrante da rede; a fragilidade transitória de um de tais elementos é contida, estabilizada e compensada pelos demais.*

É justamente no contexto do marco descrito acima que o presente trabalho propõe que o conceito de tradicionalidade da ocupação (art. 231, CF/1988) seja interpretado à luz do direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas, tal como desenvolvido pela Corte IDH e incorporado por diversas ordens sujeitas à sua jurisdição. O alcance do direito fundamental à identidade cultural encontra-se, ademais, amplamente consolidado na jurisprudência da Corte como uma espécie de *filtro hermenêutico*, que deve conduzir a interpretação de todos os demais direitos de titularidade de tais povos. Em torno desse direito construiu-se um conjunto de decisões que estabelecem *standards* de proteção *em rede* na matéria e que, por conseguinte, devem ser considerados pelo STF. Passa-se, assim, ao exame do direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas na jurisprudência da Corte IDH e às implicações do seu alcance para a interpretação da tradicionalidade da posse indígena pelo STF.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS COMO FILTRO HERMENÊUTICO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Podemos definir o direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas (DFICPI) como o direito destes povos a viver livremente, de acordo com a sua cultura, espiritualidade e cosmovisão. Trata-se de um *direito matriz* que compreende as pretensões: à proteção do seu patrimônio cultural tangível ou intangível, à sua memória histórica e à sua identidade atual; à proteção dos seus conhecimentos, língua, crenças, artes, moral, religião, formas de justiça e de organização; e, ainda, ao respeito à diferença em suas relações com outros grupos da sociedade (FAUNDES, RAMÍREZ, 2019; DEL CARPIO, 2014, pp. 48-49; RUIZ, 2006, pp. 43-69).

A Corte IDH sustenta que o direito à identidade cultural é um direito fundamental de natureza coletiva, de titularidade das comunidades indígenas²⁰, relacionado à sua sobrevivência como povo e à proteção da vida dos seus membros. É um direito de base religiosa, cultural, espiritual, imaterial, ligado essencialmente às terras que habitam e a seus territórios²¹. Tais povos constituem uma coletividade, baseada em um modo de viver que só pode ser preservado se lhes forem asseguradas suas terras e sua cultura, com as quais existem em relação de interdependência. Esse alcance atribuído ao DFICPI pela Corte IDH é convergente com o significado e o alcance da proteção constitucional conferida aos povos indígenas no Brasil, nos termos do art. 231 c/c arts. 215 e 216 da CF e presta-se a reforçá-la.

Pode-se, ainda, extrair da jurisprudência da Corte IDH a compreensão de que o DFICPI funciona como um *filtro hermenêutico* em matéria de direitos dos povos indígenas (SARMENTO, 2004, pp. 154-156; SCHIER, 1999; BARROSO, 2001, pp. 5-37), impondo uma interpretação sistemática e evolutiva de tais direitos, que inclui a recepção, pelo ordenamento doméstico, dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que os irradia a todos os âmbitos do ordenamento jurídico positivo, gerando uma ressignificação do ordenamento infraconstitucional sobre a matéria e uma verdadeira recompreensão intercultural dos direitos fundamentais (FAUNDES, 2015, pp. 108-130). O DFICPI é, mais que um direito em particular, o fundamento e um vetor interpretativo dos

20 Caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador, 12 de junho de 2012. Para uma extensa revisão da jurisprudência de la Corte IDH sobre o direito à identidade cultural v. FAUNDES, VALLEJOS (2019).

21 A jurisprudência da Corte Interamericana estende a interpretação do conceito de “terras” indígenas ao de “território” com forte conteúdo antropológico, como habitat (BERRAONDO, 2006).

outros direitos (RAMIREZ, 2019). Nesse sentido, a Corte IDH esclareceu, no *Caso Sarayaku Vs. Ecuador* (2012):

[...] o direito à identidade cultural é um direito fundamental de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática [...] por meio de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades indígenas protegidos pela Convenção e pelos ordenamentos jurídicos internos.²²

Dessa forma, a Corte reconheceu expressamente o direito à identidade cultural como um direito amparado pela CADH. Consolidou esse direito como pressuposto/condição e marco de interpretação dos demais direitos dos povos indígenas assegurados pela CADH. Esclareceu, ademais, que os povos indígenas têm uma conexão intrínseca com seu território e com os recursos naturais que tradicionalmente utilizam, que é alcançada pela proteção ao direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH, cujo uso e gozo é necessário para garantir a “sua sobrevivência física e cultural, assim como o desenvolvimento e a continuidade da sua cosmovisão”, de tal forma a que possa continuar vivenciando seu modo de vida tradicional e sua identidade cultural... sejam respeitadas e garantidas pelos Estados²³.

A Corte IDH destacou, ainda, no *Caso Povo Xucuro v. Brasil* (2018), que o Estado tem uma obrigação de atuação diligente em favor dos povos indígenas e de seus membros, que deve ser realizado através de medidas efetivas, que assegurem “seu modo de vida tradicional, conforme a sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas²⁴”.

Nesses termos, a interpretação dialógica da tradicionalidade da ocupação da terra, tal como prevista na Constituição brasileira, com base no DFICPI, implica reconhecer que a denegação ou postergação indefinida da demarcação das suas terras põe em risco e afeta o direito à vida e à própria sobrevivência dos povos, comunidades e seus membros. Logo, a demarcação de terras indígenas integra o núcleo indisponível do DFICPI, porque, em concreto, a partir da demarcação – como medida estatal

22 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, p.66, parr. 213, livre tradução.

23 Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 27 de junho 2012, párr. 40.

24 Caso Pueblo Indígena Xucuro y sus miembros Vs. Brasil. 5 de fevereiro de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (parr. 188).

concreta e efetiva – se logra assegurar o direito às terras tradicionais de que dependem a vida e a sobrevivência dos povos indígenas.

À luz deste marco, compete, ainda, ao Estado tutelar o DFICPI porque a obrigação de assegurar esse direito o obriga a implementar medidas concretas e eficazes para sua proteção e assegurar seu exercício, em seus aspectos materiais e intangíveis (ambientais, sociais, culturais, políticos, econômicos, entre outros), em suas dimensões coletivas ou individuais. Compete, portanto, ao Estado concretizar e concluir as demarcações das terras indígenas.

CONCLUSÃO

Definimos o *constitucionalismo em rede* como o processo pelo qual múltiplos atores (entre eles diversas cortes), que operam em ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas semelhantes, se engajam em uma dinâmica de mútua observação, intercâmbio e diálogo, construindo compreensões e soluções comuns sobre o significado e a efetivação de determinados direitos. Esclarecemos que tal rede pode ser desenvolvida em duas dimensões. Na dimensão vertical, cortes domésticas estabelecem um diálogo com cortes internacionais. Na dimensão horizontal, as cortes de um país interagem com as cortes de países vizinhos, trocando informações e experiências. Demonstramos, que essa forma de atuar *em rede*, em matéria de direitos fundamentais, produz importantes efeitos sistêmicos sobre os integrantes da rede: estabelece *standards* de proteção; favorece o avanço na efetivação de direitos, em ordens jurídicas mais débeis; e reforça a resiliência contra retrocessos.

Nesse contexto, propomos que a interpretação e aplicação do direito dos povos indígenas à sua terra no Brasil – e mais notadamente o conceito de tradicionalidade da sua ocupação indígena, previsto na Constituição de 1988 – sejam construídos à luz da jurisprudência da Corte IDH sobre os direitos dos povos indígenas, já que, em ambos os casos, doméstico e internacional, se enfrentam problemas e desafios semelhantes, relacionados a uma região com traços históricos e culturais comuns. Ressaltamos, então, a existência de uma categoria central na jurisprudência da Corte IDH a ser considerada pelo STF, em matéria de direito dos povos indígenas, a saber: o direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas.

O DFICPI é uma categoria ampla, que se entrelaça com o princípio da dignidade humana e com o direito à vida, e que determina que: (i) os direitos dos povos indígenas devem ser interpretados à luz da sua cosmovisão e dos elementos imateriais de suas formas de vida, religiosidade e cultura; (ii) em tal interpretação, deve-se ter em conta que seu *habitat*, compreensivo de suas terras e recursos naturais, é imprescindível para a preservação da sua cultura e, portanto, para sua sobrevivência como povo; e (iii) o Estado tem um dever de atuação diligente nesta matéria, cabendo-lhe desenvolver medidas efetivas para assegurar a referida sobrevivência como povo.

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, o DFICPI opera, simultaneamente, como um direito autônomo e como *filtro hermenêutico*. Nessa última função, condiciona a interpretação de todos os demais direitos dos povos indígenas, produzindo uma espécie de filtragem do seu significado à luz da ideia de identidade cultural.

A adesão à perspectiva do *constitucionalismo em rede* em matéria de direito à terra indígena, e a adoção do DFICPI como *filtro hermenêutico*, implicam reconhecer que eventual decisão judicial sobre a tradicionalidade da ocupação indígena, em caso de povos indígenas desapossados de suas terras, deve ter em conta se, *à luz do modo de ser, perceber e vivenciar a realidade de uma comunidade*: (i) persiste a vontade da coletividade de regressar às terras perdidas; (ii) persiste o elemento externo que a impede de fazê-lo; (iii) persiste o *vínculo imaterial com a terra*. Devem-se considerar como elementos essenciais para tal análise os vínculos imateriais com a terra na *perspectiva identitária e cultural da própria comunidade*.

REFERÊNCIAS

AYLWIN, J.; MEZA-LOPEHANDÍA, M.; YAÑEZ, N. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM Ediciones - Observatorio Ciudadano, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n.

225, 2001.

BERRAONDO, Mickel. Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. In: BERRAONDO, Mickel. (coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto, 2006.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino et ali. Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas: uma análise sob as luzes da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: ANPR, 2018.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. *RDA*, v. 269, 13-66, maio/ago 2015.

_____; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Textos Básicos para su Comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular, Petição n. 3388. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 01 de julho de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16/09/2014. Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2014, Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 803.462. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 09/12/2014. Diário de Justiça Eletrônico de 12 de fevereiro de 2015, Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6172, 6173 e 6174. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 24/06/2019. Diário de Justiça Eletrônico de 27 de junho de 2019, Brasília.

BUSTOS, Rafael. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

_____. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México Porúá, 2012.

CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad (Sumo) *Awas Tigni* Vs. Nicaragua (2001). 31.8.2001.

_____. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay (2005), 6.2.2006.

_____. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya* Vs. Paraguay (2006), 29.3.2006.

_____. Pueblo Indígena *Kichwa* de *Sarayaku* Vs. Ecuador (2012), 27.6.2012.

_____. Caso Pueblo Indígena *Xucuru* y sus miembros Vs. Brasil (2018), 5.2.2018.

DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2014.

FAUNDES, Juan Jorge. A. Convenio n°169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio. *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*, 2015. Disponible em: <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos/62-informes-academicos-indigena/379-tendencias-y-debates-en-materia-de-propiedad-y-derecho-al-territorio>. Acceso em 5 abr. 2019.

_____. B. Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Justiça do Direito*, v. 29, n. 1, 2015. pp. 108-130.

_____; RAMÍREZ, Silvina. INTRODUCCIÓN: El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos. In: FAUNDES Juan Jorge y RAMÍREZ Silvina (Edts.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago. Universidad Autónoma de Chile, 2019.

_____; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (Edts.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes, plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar. 2008.

GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman, 2013. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Papers. 125.

GOVERNO DO BRASIL. *Agronegócio impulsiona avanço do PIB do 1º trimestre, aponta IBGE*. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2018/05/agronegocio-impulsiona-avanco-do-pib-no-1-trimestre-aponta-ibge>> Acesso em: 27 de maio de 2019.

HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.

_____. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.

JACOBS, Francis G. Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice. *Texas International Law Journal*, v. 38, n. 3, p. 547-556, 2003.

LINDNER, Julia. “Quando vi entidades ambientais criticando Ricardo Salles, falei ‘acertamos’”, diz Bolsonaro. *Estadão*, São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível: em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quando-vi-entidades-ambientais-criticando-ricardo-salles-falei-acertamos-diz-bolsonaro,70002643857>> Acesso em 27 de maio de 2019.

MAIA, Luciano M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília:

ANPR, 2018.

MELLO, Patricia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTALVÁN, Digno José. El concepto de pluralismo constitucional y sus distintas interpretaciones. 2014 Disponível em: <https://www.academia.edu/23572945/El_concepto_de_pluralismo_constitucional_y_sus_distintas_interpretaciones>. Acesso em: 28 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas. 13 de setembro de 2007

NEVES, Marcelo. Do Diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, pp. 193-214, jan/mar 2014.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLVERA, Jorge; OLVERA, Julio; GUERRERO, Ana Luisa (coord.). *Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos*. México: UNAM, CIAC, 2017, p. 39-60.

PERJU, Vlad. Constitutional borrowing and transplants. In: *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PIZZOLO, Calogero, 2017. *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires, Porto Alegre, ASTREA

RAMIREZ, Silvina. La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas. In: FAUNDES, Juan Jorge, RAMÍREZ, Silvina (Edts.) *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019.

RUIZ, Osvaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. n°5, ano 3. 2006, pp. 43-69.

SARMIENTO, Daniel. *Derechos Fundamentales e Relaciones Privadas*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Dissertação (Tese de Livre-docência), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VIEIRA, Anderson. Com Funai no Ministério da Justiça e Coaf na Economia, MP 870 é aprovada em comissão mista. *Senado Notícias*, Brasília, 09 mai 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/09/com-funai-no-ministerio-da-justica-e-coaf-na-economia-mp-870-e-aprovada-em-comissao-mista>. Acesso em 30 de maio de 2019.

WALKER, Neil. The idea of Constitutional Pluralism. *EUI Working Paper*, Florencia, 2002.



QUILOMBOLAS E OUTROS POVOS TRADICIONAIS

Organização

Flávia Donini Rossito

Liana Amin Lima da Silva

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Tiago Resende Botelho

QUILOMBOLAS
E OUTROS POVOS
TRADICIONAIS



PUCPR

GRUPO MARISTA

Grão-Chanceler
Dom José Antônio Peruzzo

Reitor
Waldemiro Gremski

Vice-reitor
Vidal Martins

Pró-Reitora de Graduação
Maria Beatriz Balena Duarte

Pró-Reitora de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
Paula Trevilatto

Pró-Reitor de Missão, Identidade e Extensão
Ir. Rogério Renato Mateucci

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito
André Parmo Folloni



Livro publicado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
Chamada CNPq/FINEP/FNDCT 06/2018, processo 403993/2018-0



Livro publicado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
Edital 21/2016, Auxílio 0081/2019, Processo 88881.290198/2018-01

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Flávia Donini Rossito, Liana Amin Lima da Silva,
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega e Tiago Resende Botelho 9

A EFETIVAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NO ESTADO DO PARÁ: UMA ANÁLISE À LUZ DO PROTOCOLO DE CONSULTA PRÉVIA DA COMUNIDADE QUILOMBOLA DO ABACATAL

Adhara Abdala Nogueira Pereira, Emanuela da Conceição Cardoso e
Ygor de Siqueira Mendes Mendonça 13

ASPECTOS SOCIOAMBIENTAIS E JURÍDICOS DA INSTALAÇÃO DA PCH NO VÃO DE ALMAS, NO QUILOMBO KALUNGA EM CAVAL- CANTE, GOIÁS

Andrea Gonçalves Silva e Cleuton César Ripol de Freitas 35

CONSULTA PRÉVIA E INFORMADA: CONVENÇÃO 169 DA OIT E APLICAÇÃO NO BRASIL

Ariane Miwa Miake e Caio Vitor de Souza 59

AGRICULTURA ORGÂNICA CERCADA POR AGROTÓXICOS: OS DESAFIOS DA COMUNIDADE QUILOMBOLA DEZIDÉRIO FELIPPE DE OLIVEIRA EM DOURADOS/MS

Franciele Roberto Caramit Baltha, Regiane Elvira Riquena Barbosa da Paz
e Verônica Maria Bezerra Guimarães 73

PROTOCOLOS QUILOMBOLAS DE CONSULTA PRÉVIA E SUA NATUREZA JURÍDICA VINCULANTE

Guilherme Oliveira Silva e Liana Amin Lima da Silva 93

O TERRITÓRIO QUILOMBOLA ÁGUAS DO VELHO CHICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E OS PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS DE CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS QUILOMBOLAS

Jeferson da Silva Pereira 109

O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E OS PROTOCOLOS DE CONSULTA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E TRADICIONAIS NOS MUNICÍPIOS DE MOJU E ABAETETUBA NO ESTADO DO PARÁ Johny Fernandes Giffoni	125
O DIREITO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS À AUTODETERMINAÇÃO NA COVENÇÃO 169 DA OIT: DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO Juliete Prado de Faria e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega	147
O PECADO DE NASCER NEGRO NO BRASIL: A URGENTE NECESSIDADE DA QUEBRA DE PARADIGMAS Marcelo Alves da Silva e Viviane Simas da Silva	163
INTERPRETAÇÃO INTERCULTURAL DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA A PARTIR DE UMA EXPERIÊNCIA DE ACESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR NO OESTE DO PARÁ André Freire Azevedo e Ciro de Souza Brito	183
A LIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA FUNDADA NA PROTEÇÃO DO BEM CULTURAL COM BASE EM COMUNIDADES TRADICIONAIS FAXINALENSES Anna Carolina Lucca Sandri e Verônica Akemi Shimoida de Carvalho	207
PROTOCOLO JURUNA DE CONSULTA PRÉVIA FRENTE AOS EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICO E MINERÁRIO NA AMAZÔNIA: CASO BELO MONTE E BELO SUN Geovan Mendes e Liana Amin Lima da Silva	233
PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS DE CONSULTA PRÉVIA NO ESTADO DO PARANÁ Juliana Taques Spina e Liana Amin Lima da Silva	247
A EXTENSÃO ACADÊMICA COMO FERRAMENTA MEDIADORA ENTRE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E O ACIONAMENTO DE DIREITOS ATRAVÉS DA VISIBILIZAÇÃO DE IDENTIDADES ÉTNICAS NO VALE DO JEQUITINHONHA (MG) Gilberto Amorim Correa Chaves, Lana Isabela Santos Felismino e Marina Rocha Pêgo	261

O CAMPESINATO BRASILEIRO E SUA RESISTÊNCIA E (RE)CRIAÇÃO
NO CAMPO BRASILEIRO

Ariane Kalinne Lopes de Souza e Rabah Belaidi 285

TRAJETÓRIA CAMPONESA: DO ÊXODO RURAL À RECONSTRUÇÃO
DA IDENTIDADE MEDIADA PELA EDUCAÇÃO

Maria Wanda de Alencar e Valter Roberto Schaffrath 301

CONSTITUCIONALISMO EM REDE: O DIREITO À IDENTIDADE
CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS COMO FILTRO HERMENÊUTICO
PARA TUTELA DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO
DA TERRA

Patricia Perrone Campos Mello e Juan Jorge Faundes Peñafiel 317

A (IN) EXISTÊNCIA DO DIREITO DE VETO DOS POVOS INDÍGENAS
E TRIBAIS NA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL
DO TRABALHO: UM MECANISMO INTEGRACIONISTA?

Gabriel Dourado Rocha 341