

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**Daniela Roveda**

**DIVERSIDADE CULTURAL E JUSTIÇA GLOBAL: ESTUDO ACERCA  
DO DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO NA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Santa Maria, RS  
2021



**Daniela Roveda**

**DIVERSIDADE CULTURAL E JUSTIÇA GLOBAL: ESTUDO ACERCA DO  
DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO NA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), sob Área de Concentração: “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase na Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização, como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Ademar Pozzatti Junior

Santa Maria, RS  
2021

Roveda, Daniela      Diversidade Cultural e Justiça  
Global: estudo acerca do Direito Internacional do  
Reconhecimento na Corte Interamericana de Direitos  
Humanos / Daniela Roveda.2021.  
160 p.; 30 cm

Orientador: Ademar Pozzatti Junior  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, RS, 2021

1. Direito Internacional do Reconhecimento 2. Corte  
Interamericana de Direitos Humanos 3. Direitos Humanos  
4. Diversidade Cultural 5. Direitos dos Indígenas I.  
Pozzatti Junior, Ademar II. Título.

Sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFSM. Dados fornecidos pelo autor(a). Sob supervisão da Direção da Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central. Bibliotecária responsável Paula Schoenfeldt Patta CRB 10/1728.

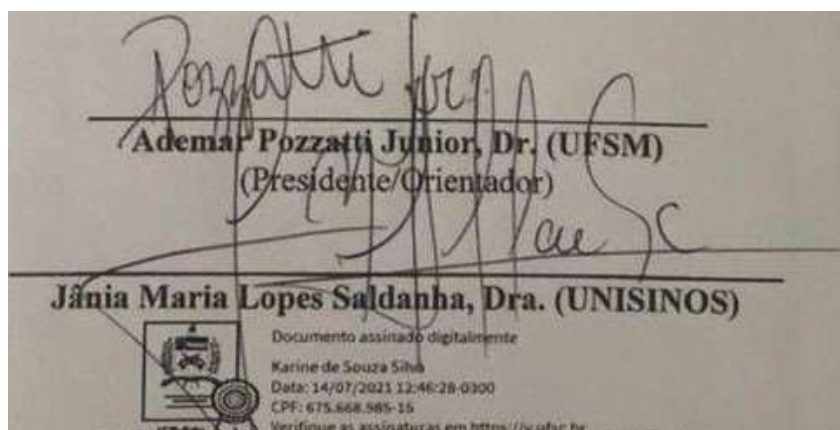
Declaro, DANIELA ROVEDA, para os devidos fins e sob as penas da lei, que a pesquisa constante neste trabalho de conclusão de curso (Dissertação) foi por mim elaborada e que as informações necessárias objeto de consulta em literatura e outras fontes estão devidamente referenciadas. Declaro, ainda, que este trabalho ou parte dele não foi apresentado anteriormente para obtenção de qualquer outro grau acadêmico, estando ciente de que a inveracidade da presente declaração poderá resultar na anulação da titulação pela Universidade, entre outras consequências legais.

Daniela Roveda

**DIVERSIDADE CULTURAL E JUSTIÇA GLOBAL: ESTUDO ACERCA DO  
DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO NA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), sob Área de Concentração: “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase na Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

**Aprovado em 26 de maio de 2021:**



**Karine de Souza Silva, Dra. (UFSC)**

Santa Maria, RS  
2021



## **DEDICATÓRIA**

*A Deus, toda honra e toda glória.  
(Romanos 11:36)*





## AGRADECIMENTOS

*Finalizo essa etapa transformadora do Mestrado com os sentimentos de realização e gratidão. Realização por reconhecer que temos a capacidade de escolher novos caminhos e que, com esforço e dedicação, eles estão ao nosso alcance. Gratidão por acreditar que seria possível.*

*Decidir ingressar no Mestrado após anos de trabalho intenso na advocacia, não foi tarefa fácil. Iniciar o caminho da vida acadêmica trouxe consigo desafios diários, que pude superar com dedicação e entrega.*

*Hoje, posso dizer que um mundo novo se abriu. As dificuldades foram degraus para uma nova caminhada em busca da realização pessoal e profissional, por acreditar que a educação transforma vidas.*

*Tudo isso também foi possível pelo apoio de pessoas que foram fundamentais para essa conquista, por isso, a vocês, minha eterna gratidão:*

*- Aos meus amados pais, Marizete Maria Roveda e Deonilso Francisco Roveda, pelo amor, incentivo e valores de caráter, respeito e responsabilidade com que basearam minha formação. Vocês são minha base e fortaleza.*

*- A minha amada irmã, Driéli Roveda, minha inspiração, que mesmo estando em outro continente sempre me incentiva na incansável busca por sabedoria e em ser uma pessoa melhor. Também agradeço pelo presente que me deste durante essa jornada, meu afilhado Isaac, luz das nossas vidas.*

*- As minhas amadas primas Raquel Strazzabosco Roveda, Rochelle da Silva de Oliveira, Taisa Scheffer Roveda e Marília Scheffer Roveda, por sempre estarem ao meu lado.*

*- Ao Professor Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo, que em uma conversa despreziosa me encorajou a ingressar no Mestrado e, também, pelo exemplo de sabedoria e humildade com que exerce a docência.*

*- Ao meu querido orientador, Professor Dr. Ademar Pozzatti Junior, pelo carinho, dedicação, paciência e entrega que demonstrou desde que ingressei no Mestrado, ao não medir esforços no meu auxílio e pela generosidade com que compartilha seu imenso conhecimento. És exemplo a ser seguido.*

*- Aos meus colegas de Mestrado, em especial ao grupo “Confraria”, Alisson, Raquel e Vanessa, pela amizade durante esse processo, o que tornou a caminhada mais leve.*

*- À Universidade Federal de Santa Maria e ao Programa de Pós Graduação em Direito, aos professores, em especial aqueles da Linha de Pesquisa 2, pela qualidade do curso e maestria com que tudo é conduzido. Pela oportunidade de fazer o Mestrado em uma universidade pública, gratuita e de qualidade.*



## EPÍGRAFE

*Definitivamente não somos iguais, e é maravilhoso saber que cada um de nós que está aqui é diferente do outro, como constelações. O fato de podermos compartilhar esse espaço, de estarmos juntos viajando não significa que somos iguais; significa exatamente que somos capazes de atrair uns aos outros pelas nossas diferenças, que deveriam guiar o nosso roteiro de vida. Ter diversidade, não isso de uma humanidade com o mesmo protocolo. Porque isso até agora foi só uma maneira de homogeneizar e tirar nossa alegria de estar vivos.*

*(Ailton Krenak)*



## RESUMO

### **DIVERSIDADE CULTURAL E JUSTIÇA GLOBAL: ESTUDO ACERCA DO DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Autora: Daniela Roveda

Orientador: Prof. Dr. Ademar Pozzatti Junior

O direito internacional, além de promover o desenvolvimento socioeconômico dos Estados do Norte global, serviu como instrumento propulsor e legitimador de diversas injustiças, especialmente aquelas relacionadas à opressão da diversidade cultural e de identidades, as quais guardam forte relação com a colonização. Nesse cenário, diversas leituras críticas e instituições do direito internacional contemporâneo têm proposto estratégias para tentar amenizar essas injustiças históricas, as quais foram e são cometidas contra os povos indígenas da América Latina, e estas instituições e leituras tem sido recentemente agrupadas como um regime do direito internacional do reconhecimento (DIR). A leitura crítica seminal de Emmanuelle Jouannet, que sistematiza o DIR, propõe entendê-lo a partir de seus três enfoques: a tutela jurídica da diferença, a positivação de direitos específicos para populações específicas e a reparação de danos históricos. Assim, a presente pesquisa investiga o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em aplicar o direito internacional do reconhecimento nas sentenças referentes a opressão da diversidade cultural e de identidades dos povos indígenas da América Latina. A delimitação do campo de pesquisa considerou o critério temporal, para selecionar as sentenças condenatórias proferidas no período de 2005 a abril de 2020, já que em 2005 foi publicada a Convenção para Proteção da Diversidade Cultural da UNESCO, documento internacional que organizou o regime jurídico internacional protetivo a diversidade cultural e de identidades. Este trabalho responde ao seguinte problema de pesquisa: como o direito internacional do reconhecimento, a partir dos enfoques propostos por Emmanuelle Jouannet, aparece na fundamentação das sentenças da CIDH sobre direitos de povos indígenas? Para tanto, o trabalho envolve a investigação empírica das sentenças da CIDH, tendo como método de pesquisa a abordagem dialética e, como técnica, a revisão bibliográfica e documental, além das análises quantitativas e qualitativas das sentenças condenatórias selecionadas. Como resultado, foram selecionadas 18 (dezoito) sentenças em que Estados foram condenados a medidas de reparação relacionadas tanto ao reconhecimento da diversidade cultural e identitária dos povos indígenas mas também para a preservação da memória para as presentes e futuras gerações, dando concretude, na realidade da América Latina, as frentes de atuação do DIR, tal como proposto por Jouannet. Este trabalho evidencia e discute as descobertas acerca das contribuições da atuação da CIDH para fortalecer o DIR. Percebe-se que a jurisprudência da CIDH desempenha papel crucial na efetivação da preservação da diversidade cultural e de identidades das populações indígenas, em harmonia com a concepção do DIR.

Palavras-chave: Direito Internacional do Reconhecimento. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Diversidade Cultural. Direitos dos Indígenas.



## **ABSTRACT**

### **CULTURAL DIVERSITY AND GLOBAL JUSTICE: STUDY ABOUT INTERNATIONAL LAW OF RECOGNITION IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

AUTHOR: Daniela Roveda  
ADVISOR: Ademar Pozzatti Junior

International law, in addition to promoting the socioeconomic development of the states of the global North, served as a propelling and legitimizing instrument for various injustices, especially those related to the oppression of cultural diversity and identities, which have a strong relationship with colonization. In this scenario, several critical readings and institutions of contemporary international law have proposed strategies to try to alleviate these historical injustices, which were and are strongly committed against the indigenous peoples of Latin America, and these institutions and readings have recently been grouped as a regime of the international recognition law (DIR). Emmanuelle Jouannet's seminal critical reading, which systematizes the DIR, proposes to understand it from its three approaches: the legal protection of difference, the positivization of specific rights for specific populations and the repair of historical damages. Thus, this research investigates the role of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in applying the international law of recognition in sentences referring to the oppression of cultural diversity and the identities of indigenous peoples in Latin America. The delimitation of the research field considered the temporal criterion, to select the sentencing sentences handed down from 2005 to April 2020, since in 2005 the UNESCO Convention for the Protection of Cultural Diversity was published, an international document that organized the international legal regime protecting cultural and identity diversity. This work answers the following research problem: how does the international law of recognition, based on the approaches proposed by Emmanuelle Jouannet, appear in the foundation of the IACHR's judgments on the rights of indigenous peoples? To this end, the work empirically investigates the sentences of the IACHR that analyze indigenous issues, using the dialectic approach as the research method and, as a technique, the bibliographic and documentary review, in addition to the quantitative and qualitative analyzes of the selected sentencing sentences. As a result, 18 (eighteen) sentences were selected in which states were sentenced to reparation measures related to both the recognition of the cultural and identity diversity of indigenous peoples but also to the preservation of memory for present and future generations, giving concreteness, in reality Latin America, the DIR's action fronts as proposed by Jouannet. This work highlights and discusses the findings about the contributions of the IACHR's work to strengthen the DIR. It can be seen that the jurisprudence of the IACHR plays a crucial role in preserving the cultural diversity and identities of indigenous populations, and this work highlights and discusses the discoveries about its contributions to strengthen the DIR.

Keywords: International Law of Recognition. Inter-American Court of Human Rights. Human rights. Cultural diversity. Indigenous Rights.





## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Sentenças totais por ano (1987-2020): 350 sentenças.....	112
Gráfico 2 – Sentenças totais por país: 350 sentenças.....	113
Gráfico 3 – Sentenças totais por matéria (1987-2020).....	114
Gráfico 4 – Sentenças sobre diversidade cultural por ano (2005-2020): 18 sentenças.....	115
Gráfico 5 – Sentenças sobre diversidade cultural por país:18 sentenças.....	116
Gráfico 6 – Sentenças sobre diversidade cultural por matéria (2005 2020).....	117



## LISTA DE TABELA

Tabela 1– Sentenças condenatórias selecionadas.....	117
---	-----



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe  
Comissão – Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
CDI – Comissão de Direito Internacional  
Convenção – Convenção Americana de Direitos Humanos  
CDC – Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais  
CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos  
DADH – Declaração Americana dos Direitos do Homem  
DADPI – Declaração Americana dos Direitos de Povos Indígenas  
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos  
DUDC – Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural  
DID – Direito Internacional do Desenvolvimento  
DIR – Direito Internacional do Reconhecimento  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
ONU – Organização das Nações Unidas  
OSCE – Organização para a Segurança e Cooperação na Europa  
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento  
SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos  
TWAIL – Third World Approaches to International Law  
UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO 1 UM DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO PARA A SOCIEDADE GLOBAL .....</b>	<b>31</b>
1.1 A POLÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL .....	32
1.1.1 Direito internacional, indeterminação argumentativa e enviesamento estrutural.....	32
1.1.2 O direito internacional como projeto colonial: a tomada de consciência .....	41
1.2 DIREITO INTERNACIONAL, COLONIALISMO E JUSTIÇA GLOBAL.....	47
1.2.1 Direito internacional e in/justiça global: uma literatura em expansão .....	47
1.2.2 Critério de análise externo: análise moral institucional para a justiça global .	52
1.3 DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO .....	60
1.3.1 Do paradigma do reconhecimento ao DIR.....	60
1.3.2 O contorno jurídico do reconhecimento na sociedade global .....	69
<b>CAPÍTULO 2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM FOCO .....</b>	<b>79</b>
2.1 O PAPEL POLÍTICO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	79
2.1.1 Contexto de criação da CIDH, os seus limites e possibilidades.....	80
2.1.2 A consolidação da tipologia de vulnerabilidade pela CIDH.....	91
2.2 INVESTIGANDO EMPÍRICAMENTE O ACERVO JURISPRUDENCIAL DA CIDH: DESAFIOS E POSSIBILIDADES .....	101
2.2.1 Delimitação do campo da pesquisa empírica .....	101
2.2.2 Metodologia da pesquisa empírica .....	105
2.2.2.1 A dimensão material do reconhecimento .....	105
2.2.2.2 A dimensão processual do reconhecimento.....	109
2.3 ANÁLISE QUANTITATIVA DOS CASOS SELECIONADOS .....	111
2.3.1 Do panorama geral.....	112
2.3.2 Do panorama específico: casos selecionados.....	114
<b>CAPÍTULO 3 DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO COMO VETOR DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH .....</b>	<b>121</b>
3.1 O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE CULTURAL PELA CIDH.....	122
3.2 O RECONHECIMENTO BASEADO EM DIREITOS ESPECÍFICOS NA CIDH ....	135
3.3 A REPARAÇÃO DOS DANOS HISTÓRIOS NA CIDH .....	143
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>155</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>163</b>





## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, sobretudo hoje, é marcada por forte opressão da diversidade cultural e de identidades de indivíduos, comunidades e povos que compõe minorias sociais ou etnias, as quais foram frequentemente marginalizadas. Quando se trata da opressão da diversidade cultural, há que se reconhecer que ela se estende desde a colonização até os dias atuais na América Latina (QUIJANO, 2005). Com o passar do tempo, o relacionamento das instituições, tais como o Estado, as organizações internacionais e o direito de uma forma geral, com a diferença, sofreu severas transformações. Se inicialmente a diferença cultural era vista com olhos assimilacionistas, que as caracterizavam como transitórias e fugazes, já que os detentores de características diversas da cultura europeia eram considerados bárbaros, e como tal, não civilizados, hoje cada vez mais ganham força os movimentos pelo reconhecimento da diferença, a qual é tida como valor e vetor essenciais para a harmonia social e o desenvolvimento humano. As lutas por reconhecimento se manifestam nos mais diversos recantos do mundo, impulsionadas pela natureza intercultural das sociedades contemporâneas, e acabaram por irradiar efeitos no direito internacional, o qual, visto a partir de uma concepção crítica, é um regime constitutivo que agrega uma série de ações e instituições voltadas a tentativa de reparação das injustiças causadas aos povos minoritários ao longo da história. Se classicamente os pilares de uma sociedade internacional justa eram os valores da igualdade e liberdade, tal como preconiza John Rawls (2002, 2004), o que emerge hoje é a busca por uma sociedade que, além de justa, seja decente, ou seja, fundada no respeito pela diferença, conforme argumenta Emmanuelle Jouannet (2020, 2021).

Foi nesse cenário que, em 2011, Jouannet propôs uma nova leitura crítica do direito internacional para focar -ao lado da clássica estrutura – as possibilidades de agência que ele agasalha. Nas leituras críticas mais difundidas, o direito internacional era visto como um instrumento para legitimar os processos de expansão dos Estados do Norte e, por consequência, institucionalizar uma série de injustiças globais sentidas sobretudo nas nações colonizadas. De forma geral, tais injustiças foram efetivadas pela imposição dos valores da cultura europeia aos povos da América Latina, o que não só internacionalizou um modelo de desenvolvimento econômico, como dizimou quase por completo a identidade e diversidade cultural originárias da região. Ao invés de adotar uma postura cínica e aceitar (a pretensa irrelevância) do direito internacional na busca por justiça, Jouannet (2020) evidenciou a existência de um Direito Internacional do Reconhecimento (DIR) voltado às diferenças, o qual objetiva fornecer meios

para tentar reduzir ou reparar os danos culturais e identitários historicamente causados aos grupos hoje minoritários. Ela buscou formas de agência via direito internacional – e não em apelos morais – para as mudanças que pretende e, via de consequência, dar conta dessas injustiças.

Aliado a essa concepção, há a realidade dos povos da América Latina, que historicamente foram despojados de seus territórios, dos seus espaços de reprodução social e da sua própria cultura, cosmovisões e modo de vinculação com a natureza (CEPAL, 2019). Isso se deu através da imposição do padrão cultural europeu aos povos originários da América Latina, tidos por bárbaros e não civilizados, o que acabou por relegar os indígenas a sobreviverem à margem da sociedade ante a exclusão dos ‘diferentes’ que perdura ao longo da história, diante de uma estrutura estatal moldada para ignorar as suas singulares. Nesse espectro, já que a América Latina foi palco de vasta exploração colonial, as demandas jurídicas e morais relacionadas a justiça global, justiça aqui entendida como decência e não em sua concepção liberal, exigem que aqui sejam criadas estratégias jurisdicionais em busca de reconhecimento da diversidade cultural e de identidades, como forma de pelo menos amenizar os danos históricos cometidos aos povos tradicionais da região, com a finalidade de resgatar e preservar a memória dessas culturas para as presentes e futuras gerações.

Para dar conta desse entrecruzamento, esta pesquisa investiga como a “ideia” de DIR pode ser articulada na realidade latino-americana, com a finalidade de atender as reivindicações de reconhecimento das diferenças identitárias e culturais dos indígenas, na região. Para tanto, optou-se por investigar, a partir do método dialético, o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em aplicar o conteúdo normativo do DIR nas sentenças condenatórias relacionadas a violação da diversidade cultural e de identidade de povos indígenas. A escolha e delimitação do tema decorrem do desafio em verificar de forma empírica, “se” e “de que forma” o DIR aparece na fundamentação das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, e de que forma o histórico de violações a diversidade cultural e de identidades aos povos indígenas da América Latina ajuda a dar novos sentidos, usos e finalidades ao DIR. Assim a pesquisa visa responder ao problema da investigação: como o DIR, a partir dos enfoques propostos por Emmanuelle Jouannet, aparece na fundamentação das sentenças condenatórias da CIDH, relacionadas a opressão da diversidade cultural e de identidade dos povos indígenas? Para viabilizar o estudo, haverá a seleção geral das sentenças condenatórias emitidas pela CIDH, para após filtrar aquelas proferidas a partir de 2005, ano em que foi assinada a Convenção para Proteção de Diversidade Cultural, no âmbito da UNESCO, tido por marco temporal da institucionalização do DIR, segundo Jouannet (2020).

Para tanto, o estudo será efetivado em três capítulos, definidos de acordo com os objetivos específicos da investigação. No primeiro capítulo, será discutida a base teórica do estudo, o que será feito através da abordagem dialética e de pesquisa bibliográfica e documental. Será verificado, a partir de um exame crítico do direito internacional, que ele se perfaz em um campo de disputa política, e esta disputa opera, segundo Martti Koskenniemi (2011, 2018), tanto pela “indeterminação dos seus argumentos” quanto pelo “enviesamento estrutural” que opera. Ou seja, o objetivo dessa leitura crítica é demonstrar que o direito internacional serve para institucionalizar tanto os interesses dos atores dominantes da sociedade internacional, como as injustiças aos povos do Sul global (1.1). Aqui também será avaliada a contribuição da perspectiva decolonial do direito internacional para o objetivo da pesquisa, com o estudo de autores como Bhupinder Chimni (2018), Makau Mutua (2000) e Sundhya Pahula (2011). Além disso, pretende-se relacionar, sob o parâmetro da justiça global, a relação existente entre direito internacional e as formas de injustiças globais que marcam a sociedade contemporânea (1.2), para, só após, construir os contornos teóricos e conceituais do DIR. Essa construção terá como marco inicial a avaliação das bases morais do reconhecimento, em termos de indivíduos ou grupos, com fundamento nos estudos de Axel Honneth (2009) e Charles Taylor (2000) para após, estruturar a concepção jurídica do reconhecimento, com as ideias de Jouannet (2020, 2021). Sob o olhar da concepção jurídica do reconhecimento, será feito um apanhado das convenções e declarações internacionais que tratam sobre a proteção da diversidade cultural e de identidades, que dão sustentação a ideia jurídica do reconhecimento tal como proposto por Jouannet (2020, 2021) (1.3).

O segundo capítulo será dedicado ao desenvolvimento da investigação empírica da atuação da CIDH na repressão das violações relacionadas a opressão da diversidade cultural e de identidades de povos originários da região. Na primeira parte, será discutido o papel político da atuação da CIDH, considerando a evolução do cenário vigente a época da sua criação, até à construção de uma tipologia de vulnerabilidade pela CIDH para efetivar a proteção aos direitos humanos de acordo com as especificidades culturais e identitárias da população da América Latina. (2.1). Essa tipologia serve de base para ponderar sobre o papel da atuação contenciosa da CIDH como instituição apta a auxiliar na tutela da diversidade cultural e identitária na região através da implementação das três frentes de atuação do DIR propostas por Jouannet (2020,2021).Vencida essa etapa, será então delimitado o universo da investigação empírica, com a fixação dos critérios exploratórios da pesquisa mediante uma breve revisão de trabalhos que, também sob o olhar empírico, avaliaram o conteúdo e impacto das sentenças da CIDH (2.2). Com essas premissas, a seção também visa consolidar a metodologia para a efetivação da

pesquisa empírica, com a fixação dos parâmetros processuais, os mecanismos de busca e os critérios para a delimitação do acervo pretendido. Após, será apresentado o levantamento quantitativo das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, onde a construção da aldeia investigada será levada a efeito mediante a intersecção das dimensões materiais e processuais dos julgados (2.3).

Por sua vez, o terceiro capítulo irá se debruçar sobre o estudo qualitativo das sentenças condenatórias selecionadas, as quais versam sobre a violação à diversidade cultural e de identidade de modo a aferir se a fundamentação das decisões apresenta elementos que se coadunem às frentes de atuação do DIR, propostas por Jouannet (2021, 2020). A delimitação da aldeia que será objeto da investigação qualitativa, terá por base a conjugação dos critérios material e temporal. Inicialmente, será aplicado o critério material, para selecionar os casos referentes a violações a direitos dos povos indígenas, conforme os casos indicados no sítio eletrônico da Relatoria de Proteção aos Direitos de Povos Indígenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão). No segundo momento, será aplicado o critério temporal, para selecionar as sentenças condenatórias proferidas entre os anos de 2005 à 2020, já que em 2005 foi publicada a Convenção para Proteção da Diversidade Cultural pela UNESCO, o qual representa o maior marco jurídico do DIR.

Após a consolidação da base empírica da investigação, será analisado qualitativamente como as frentes de atuação do DIR propostas por Jouannet (2020, 2021), aparecem nesses julgados. Assim, será investigado: o reconhecimento da diversidade cultural como um valor jurídico, com vistas a combater a dominação cultural associada a globalização (JOUANNET, 2020) (3.1); o reconhecimento dos direitos específicos aos povos indígenas, com vistas a preservar a identidade de grupos ou indivíduos (3.2), e o “reconhecimento dos erros cometidos no passado e a reparação de crimes históricos” (JOUANNET, 2020, p. 08) evidenciando os esforços para a reconstrução das identidades no tempo (3.3).

Assim, percebe-se que o DIR, como marco teórico do estudo, se reveste de um direito emergente na contemporaneidade que supera a clássica perspectiva liberal-formalista do direito internacional, evidenciando a pertinência e adequação deste estudo tanto à área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global como a linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos de mundialização” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Além disso, a importância da proposta se revela pelo ineditismo da temática nos termos em que fora proposta, uma vez que visa avaliar o papel da CIDH, na implementação do DIR na realidade da América Latina, reforçada pelo contexto da diversidade cultural como

elemento estruturante da região, aliada a histórica demanda por reconhecimento dos povos indígenas.



## CAPÍTULO 1 UM DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO PARA A SOCIEDADE GLOBAL

O direito internacional e a sociedade global têm passado por transformações ao longo dos anos. Concebido inicialmente como instrumento para regulamentar as relações mútuas entre Estados, o direito internacional clássico advogava uma pretensa neutralidade em relação às suas escolhas políticas domésticas. No entanto as suas formas institucionalizaram grandes injustiças na sociedade internacional, especialmente aos povos antigamente vistos como “não civilizados”. Dentre as transformações da segunda metade do século XX, o direito internacional dos direitos humanos passou a substancializar valores relacionados a liberdade e a igualdade, e encampar a finalidade de remediar algumas injustiças globais provocadas pela colonização. Dessa forma, se o direito internacional nasceu e se desenvolveu para institucionalizar, e com isso legitimar, os interesses dos países do Norte, interesses estes que foram encampados por uma vasta literatura acadêmica cujo *locus* de enunciação era a matriz cultural de poder colonial, nas últimas décadas tem se desenvolvido vasta literatura crítica no campo, de modo tanto a demonstrar como o direito serviu – e serve - como instrumento para satisfação dos interesses de países europeus, como a provocar novas narrativas dos acontecimentos globais, a partir dos olhares dos colonizados e oprimidos.

Nessa perspectiva, se é verdade que a expansão do direito internacional foi em grande monta causadora de injustiças globais (ANGHIE, 2006), e que ele ainda hoje age como tal (POGGE, 2004), também é necessário reconhecer que tem emergido novos ramos do direito internacional para tratar essas injustiças. Por exemplo, para Jouannet (2021), as desigualdades socioeconômicas têm sido enfrentadas pelo Direito Internacional do Desenvolvimento (DID), enquanto a opressão da diversidade cultural e de identidades tem sido enfrentadas pelo Direito Internacional do Reconhecimento (DIR). Essas novas vertentes, ou ramos, do direito internacional tem surgido para se contrapor às mazelas herdadas do período colonial, na tentativa de amenizar os danos causados aos povos marginalizados ao longo da história.

Nesse sentido, esse primeiro capítulo do trabalho se ocupa da delimitação conceitual da pesquisa, através do debate entre as categorias de análise que relacionam a demanda por reconhecimento à justiça global e de contextualizar a temática a partir de literaturas críticas do direito internacional. O objetivo desse marco teórico é justamente localizar o DIR no âmbito das concepções críticas do direito internacional tal como operado pelo projeto historiográfico de Koskenniemi (2001). Do mesmo modo, também merece destaque os *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), abordagens que permitem construir narrativas

próprias dos países do Sul Global, a exemplo dos projetos críticos desenvolvidos por Chimni (2018), Mutua (2000) e Pahuja (2011), dentre outros. Esta primeira empreitada será conduzida através da pesquisa bibliográfica e análise documental.

O capítulo será dividido em três seções. A primeira se ocupa em debater a política do direito internacional a partir da historiografia crítica, onde será entendido que ele não é um dado, mas um construído, e como tal, pode ser reconstruído para implementar as mudanças que se pretende na sociedade internacional (1.1.). A segunda seção se ocupa da institucionalização da justiça global, com a finalidade de identificar a relação do direito internacional com as injustiças globais (1.2.). À terceira seção cabe apresentar os contornos conceituais e jurídicos do DIR, no contexto do paradigma do reconhecimento que se desenvolve no pós-Guerra Fria (1.3.). Esses são os elementos que irão fornecer a base teórica da investigação, de modo a emprestar as categorias de análise que serão objeto da investigação empírica (Capítulo 2) e debate (Capítulo 3) das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que operacionalizam o DIR.

## 1.1 A POLÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Pensar a política do direito internacional permite identificar que ele, como instrumento que é, é intrinsecamente político, e, justamente por isso, foi historicamente usado para institucionalizar os interesses dos atores dominantes da sociedade internacional. Esta primeira sessão quer justamente mostrar como o direito internacional é um campo de disputa política, tanto pela “indeterminação dos seus argumentos” quanto pelo “enviesamento estrutural” que opera (Item 1.1.1) bem como pela maneira que ele foi historicamente utilizado para institucionalizar injustiças no Sul Global (item 1.1.2).

### 1.1.1 Direito internacional, indeterminação argumentativa e enviesamento estrutural

Pensar o direito internacional como instituto propulsor do desenvolvimento de Estados e emancipação dos povos, de um lado, ou como instrumento de legitimação de dominação e opressão de Estados e povos colonizados, por outro, importa reconhecer o seu caráter intrinsecamente político. No entanto, nem sempre o direito internacional – e mesmo o direito de uma forma mais geral – teve esta consciência e discricionariedade. Segundo Jouannet (2014, p. 12), na sua perspectiva clássica, o direito internacional tinha uma finalidade liberal-pluralista, a qual era implementada através de quatro pilares que caracterizavam o direito internacional de então. Ele era edificado sobre a noção de soberania e liberdade dos Estados (1), ele era a



expressão da vontade de um único ator, o Estado, de forma que ignorava a agência política de outros atores não estatais (2), era fundado sobre o princípio da neutralidade em relação a política doméstica dos Estados (3) e tinha um caráter essencialmente liberal, visto que tutelava a coexistência negativa dos Estados, de modo que impunha aos Estados um não fazer, e não o dever de realizar políticas públicas para efetivar os direitos humanos, por exemplo (4).

No primeiro pilar, a soberania do Estado, sujeito de direito internacional, caracteriza-se precipuamente como uma liberdade e não como poder, já que manifesta a independência daquele e, por consequência, “um princípio anti-hegemônico na esfera internacional” (JOAUNNET, 2014, p. 08). Nesse viés, a soberania continua a ser uma construção jurídica que impede, em direito, um Estado de dominar os outros, traduzindo a concepção liberal do direito internacional fundado na dualidade de limitação de poder e garantia de liberdade aos Estados (JOAUNNET, 2014, p. 08). No segundo, a expressão da vontade do Estado se manifesta como “fonte primária do direito internacional”, relevando a importância da palavra dada e da autonomia do Estado soberano, livre e independente para firmar tratados. Essa liberdade coincide com a intensificação da formalização de tratados internacionais que, no fim do século XIX, passam a ser considerados como fonte essencial do direito internacional clássico (JOAUNNET, 2014, p. 09).

Pelo princípio da neutralidade, no terceiro pilar, o direito internacional clássico é considerado neutro quanto as escolhas políticas e religiosas feitas pelos Estados na ordem interna. A lógica desse princípio consiste em dissociar a concepção de soberania do Estado em âmbito externo e interno, levando a diferenciação entre direito internacional, como unicamente externo e atinente a relação entre Estados e o direito público como interno a cada Estado. Nessa ótica, no século XIX, o direito internacional é reduzido a um direito entre Estados, ou seja, entre soberanias, havendo liberdade do ente quanto a sua soberania interna, sobre seu território e populações (JOAUNNET, 2014, p. 09).

No quarto pilar, o direito de coexistência de liberdades soberanas, ou seja, a titularidade de liberdades negativas, impondo aos Estados um não fazer em relação ao outro Estado, em respeito à igual liberdade do outro. Em outras palavras, a liberdade do Estado termina onde começa a dos outros. Este foco no “não fazer” perdura até o pós-Segunda Guerra Mundial, sendo marcada pelo reconhecimento do direito de conservação do Estado, o respeito à soberania, a integridade territorial, ao comércio e a igualdade sendo que, em observância a simetria, os Estados têm o dever absoluto de respeitar esses direitos relativamente a cada Estado (JOUANNET, 2014, p. 10).

Essa finalidade liberal-pluralista do direito internacional clássico busca conciliar a soberania de cada Estado, em que a liberdade de um perdura até onde começa a do outro, permitindo a adequação do binômio liberdade-soberania. Assim, o direito internacional clássico era idealizado para opor-se a toda prática hegemônica dirigida contra os Estados, visando que estes se organizassem no interesse de todos e no respeito a pluralidade de escolhas de cada um. Em contraponto, esse modelo baseado na igualdade entre Estados euroamericanos e aqueles admitidos como “civilizados” não se estende à relação dos europeus com os não civilizados, onde se instituem relações de dependência e desigualdade. Nas palavras de Jouannet:

Contudo, esse direito internacional [clássico] é, ao mesmo tempo, profundamente discriminatório, porque não se aplica senão a um pequeno grupo de estados que se consideram a si mesmos civilizados, excluindo de si todos os demais. É a face mais sombria do direito internacional, a de ser, assim, um instrumento jurídico ao serviço da exploração, do imperialismo e da colonização. Ele opera às avessas, portanto: se na Europa ele é um direito liberal-pluralista, fora dela ele se transforma num instrumento antiliberal e hegemônico (JOUANNET, 2014, p. 13).

Para Jouannet (2014), o direito internacional clássico é um produto da cultura euroamericana dos séculos XVIII e XIX que acabou por se impor ao restante do planeta em virtude das colonizações ocorridas nos séculos XIX e XX, baseando em relações de dependência e desigualdade. Esse sistema acabou por consagrar um direito europeu que justificava “uma superioridade de direito e poder em favor dos europeus que vai diretamente de encontro aos princípios liberais da neutralidade, da igualdade e da liberdade” (JOUANNET, 2014, p. 13). Esse cenário perdurou até 1945, quando, a partir da edição da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), se desenvolveu o chamado direito internacional contemporâneo. Nesse período, vários eventos tiveram impacto significativo no direito internacional vigente, a exemplo da “expansão e subsequente desmoronamento dos regimes comunistas, o desenvolvimento das organizações internacionais, a abolição do direito de fazer guerra, a descolonização e a autodeterminação dos povos, o reconhecimento internacional dos direitos humanos, o fim da Guerra Fria” (JOUANNET, 2014, p. 15). Nesse contexto, Jouannet destaca que não houve a superação de um modelo de direito internacional por outro, mas, ao contrário, de um “entrecruzamento do antigo e do novo modelo jurídicos, de tal maneira que os antigos sujeitos e as antigas práticas sobrevivem igualmente, permeados pelos novos sujeitos e pelos princípios jurídicos novos” (JOUANNET, 2014, p. 16).

Para Jouannet (2014), o direito internacional contemporâneo se origina após a Carta da ONU e se desenvolve plenamente em um mundo pós-colonial e pós-Guerra Fria. Diferentemente das características do direito internacional clássico, o direito internacional

contemporâneo não considera mais a soberania estatal como o centro do edifício jurídico internacional, mas a pessoa humana detentora de direitos humanos (1), os Estados não são mais vistos como únicos sujeitos do direito internacional, mas em conjunto com os indivíduos e Organizações Internacionais (2), ele não é neutro em relação a política interna dos Estados, sendo um verdadeiro instrumento de intervenção social para a tutela de direitos humanos, por exemplo, (3) e no lugar de promover apenas a coexistência, agora foca na promoção da cooperação entre os Estados para atingir certas finalidades sociais (4).

De qualquer forma, longe de ser uma simples técnica jurídica neutra, ele é, e sempre foi, a projeção internacional dos valores e dos interesses dos atores dominantes da sociedade internacional (KOSKENNIEMI, 1990, p. 05). O direito internacional é frequentemente caracterizado como “um instrumento da política internacional, é um conjunto de regras, de discursos e de técnicas que os sujeitos e os atores internacionais utilizam para regular suas relações e atingir determinadas finalidades sociais (JOUANNET, 2014, p.07). Nesse contexto, o que se viu ao longo do tempo é que o direito internacional serviu como instrumento de legitimação de processos de dominação que intensificaram a desigualdade entre Estados, evidenciada pela crescente divisão entre Norte e Sul, e o fez frequentemente devido a sua formalidade (CHIMNI, 2018, p. 42).

O direito internacional clássico era estigmatizante, por evidenciar a distorção de poderes entre Estados, a partir da negação do reconhecimento e de dominação das culturas locais, baseado na distinção entre Estados Civilizados e não civilizados (JOAUNNET, 2014, p. 33). Esse cenário binário tinha por base “padrão de civilização” ao qual tinha que se conformar qualquer povo que desejasse se tornar sujeito de direito internacional, e que não era senão o da civilização euro-americana” (JOUANNET, 2021, p. 128). Segundo Jouannet, esse acesso a “comunidade de Estados civilizados” com a atribuição de igualdade de status como sujeito de direito internacional ocorria através da assimilação forçada e uniformizada dos padrões europeus, o que acabou por oprimir a diversidade cultural e de identidades na América Latina.

Essa degradante distinção operada pelo direito internacional clássico tinha por base o critério cultural, já que culturas diversas das européias eram consideradas bárbaras e não civilizadas, o que justificava a intervenção dos Estados europeus, considerados superiores. Para Jouannet (2021), essa diferença entre Estados e culturas serviu para justificar os processos de colonização, que foi integrado ao direito internacional como uma “missão sagrada da civilização”, já que através dela é que se “deveria permitir aos não civilizadas acessassem a civilização euro-americana através da mudança gradual da sua identidade de povos não civilizados para a de povos civilizados” (JOUANNET, 2021, p. 129). Nesse viés:

Povos não civilizados ou bárbaros e Estados insuficientemente civilizados eram percebidos essencialmente de maneira etnocultural pelos Estados civilizados que estavam convencidos da necessidade de dominá-los e guiá-los rumo à civilização e, portanto, ao clube de Estados iguais e soberanos, sujeitos plenos de direito internacional. Num contexto latente de racismo e todos os tipos de preconceitos, sua inferioridade era considerada perfeitamente natural, justificada por sua natureza inferior e diferente (JOUANNET, 2021, p. 118-119).

Nesse cenário, a expansão dos processos de colonização e de dominação dos Estados europeus no restante do mundo e, portanto, do “critério do padrão civilizatório”, provocaram a redefinição de identidades dos povos não europeus através da assimilação da cultura política e jurídica européia, esvaziando suas formas tradicionais de pensar o direito e a política. Assim, “não conseguindo penetrar nas profundas estruturas culturais e sociais dessas sociedades, a colonização e até a simples dominação resultaram frequentemente na imposição de tudo o que constitui os principais elementos da juridicidade ocidental” (JOUANNET, 2011, p. 126).

No contexto deste direito internacional contemporâneo, é que se desenvolve a vasta e heterogênea literatura crítica no campo. Por exemplo, os estudos de Koskenniemi (2018a, 2018b), são marcados pelo viés de “ruptura com a dogmática e com a forma clássica e lógica de abordar o discurso jurídico internacional, submetendo-o a uma crítica desconstrutiva” (JOUANNET, 2011, p. 06). Nesse contexto, Koskenniemi (2018a) analisa o direito internacional a partir da observação da teoria e da prática, aliados a relação existente entre direito e política. Ao fazer isso, o autor procurou ilustrar as maneiras pelas quais o discurso jurídico internacional é articulado, as formas em que opera, com o intuito de melhorar a prática do direito internacional, a partir da plena consciência de seus limites e promessas (JOUANNET, 2011, p. 02).

Em texto originalmente publicado em 1990, Koskenniemi (2018a) evidenciou a política do direito internacional mediante o exame dos discursos, os quais demonstraram a utilização de indeterminação da argumentação jurídica nas relações internacionais. Com a indeterminação, os discursos jurídicos permanecem abertos, razão pela qual são concluídos fora do direito, ou seja, na esfera da política. Essa indeterminação da argumentação jurídica é verificada a partir da utilização, em um discurso, de argumentos contrapostos e indeterminados. Como exemplo dessa indeterminação, considerando a questão da soberania como parâmetro, segundo a perspectiva do fato puro, ela é tida como o conjunto de direitos e deveres territoriais exteriores ao direito, que não se pode controlar. Por outro lado, na perspectiva jurídica, a soberania é parte da substância do direito, sendo determinada pelo sistema legal, como qualquer outra norma. Assim, essa argumentação usa a divergência para constituir a noção de soberania, uma baseada

na efetividade (fatos puros) enquanto a outra no reconhecimento geral, fator externo ao direito, sendo que nenhuma delas é sustentável por si só (KOSKENNIEMI, 2018a). Nessa perspectiva:

O êxito do direito internacional depende dessa formalidade, dessa recusa em propor regras determinantes ou resoluções prontas a conflitos futuros. A despeito da existência de um “processo” claramente jurídico – e, nesse sentido, um sistema relativamente autônomo e coerente que pode ser abstraído de tratados acadêmicos –, não há padrões legais determinantes (KOSKENNIEMI, 2018a, p. 24).

Nesse cenário, Koskenniemi (2018a) argumenta que a tentativa de demonstrar que o direito internacional é objetivo e, portanto, independente da política exige um duelo entre duas vertentes. A primeira, que Koskenniemi chama de apologética, é relativa à garantia da concretude do direito para distanciá-lo das teorias de direito natural e, a segunda, que ele chama de utópica, se ocupa em garantir a normatividade do direito ao criar uma distância entre este e o efetivo interesse do Estado. Somente enfrentando essa dualidade o direito internacional se afasta do “gerencialismo” da ação estatal e, de fato, se torna relevante às mudanças que se pretende. Assim, o autor destaca a normatividade do direito e sua capacidade de se opor à política estatal como elemento essencial para sua relevância restritiva. Nesse ínterim, a abordagem normativa concebe o direito em termos de regras e insiste em um teste objetivo e formal de linhagem (fontes) que revelará quais padrões qualificam como regras jurídicas que são (KOSKENNIEMI, 2018a, p. 10). Para além disso, Koskenniemi (2018, p. 11) defende que “o direito internacional somente pode adquirir relevância se estiver firmemente baseado no contexto social da política internacional”.

Vinte anos após colocar a ênfase do seu projeto crítico na indeterminação argumentativa do direito internacional, Koskenniemi (2018b) coloca o enfoque no enviesamento estrutural das instituições internacionais. Nessa perspectiva, o enviesamento estrutural é vislumbrado a partir do fatiamento institucional em regimes, de modo que “o objetivo de criar tais instituições [ou regimes] especializadas é exatamente afetar os resultados que estão sendo produzidos no mundo internacional” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 65). O autor refere que seu trabalho anterior teve como ponto de partida:

a profunda frustração com o isolamento do direito internacional público em relação aos avanços da teoria e metodologia jurídicas, bem como pela convicção de que a ingenuidade da profissão era tudo menos inocente — que ela era, de certa forma, responsável pelo envolvimento do direito internacional público na perpetuação dos próprios problemas que ela oficialmente declarara atenuar. (KOSKENNIEMI, 2018, p. 32).

Sob o enfoque do enviesamento estrutural, a análise doutrinária e linguística cede lugar a uma discussão sobre as práticas institucionais, o modo como padrões de preferências fixas são formados e operam em instituições internacionais (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 33). Nesse sentido, a indeterminação da argumentação legal e a falta de coerência política é apenas uma questão secundária em relação ao mais importante: a de que, embora todas as justificativas oficiais de tomadas de decisão possam apoiar posições ou resultados contrários, na prática nada é tão aleatório (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 33).

Segundo o autor, o enviesamento estrutural é demonstrado pela fragmentação recorrente do direito internacional, situação que demonstra a divisão do mundo da prática jurídica em projetos institucionais que visam atender públicos especiais, com princípios e interesses também especiais. Essa fragmentação é vislumbrada pela divisão do direito internacional em ramos especializados, ou seja, direito internacional dos direitos humanos, direito internacional econômico, direito ambiental, dentre outros. Em outros termos, a influência da intervenção política se perfaz em uma política de redefinição, ou seja, a definição estratégica de uma situação ou problema ao se recorrer a um idioma técnico, de modo a permitir a aplicação da experiência relacionada a tal idioma, em conjunto com o enviesamento estrutural associado (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 34). Assim, se para a crítica linguística havia a necessidade de evidenciar a indeterminação da argumentação jurídica, a crítica com base no enviesamento estrutural deve se ater no choque entre diferentes idiomas, sendo o direito internacional apenas uma variável no campo de disputa por autoridade global. Além disso, deve-se destacar a forma como suas descrições concorrentes operam para impulsionar certos atores ou interesses, relegando outros às sombras (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 35). No contexto desse trabalho, por exemplo, um dos maiores obstáculos à implementação do DIR é justamente o seu choque com o direito internacional econômico e o DID, por exemplo.

Em outras palavras, a abordagem de Koskenniemi lançou luz a relação existente entre os interesses políticos dos Estados (e nos Estados) e a criação de regras correspondentes que pudessem legitimar a atuação daqueles na busca da realização de seus projetos. Dessa forma, ele desafia uma academia positivista que operava justamente a partir da separação entre direito e política, e que, justamente em função disso, acreditava que a formalidade do direito era o seu maior atestado de neutralidade. O trabalho foi importante porque inspirou outros autores ao estudo do papel político do direito internacional, a exemplo do surgimento e crescimento, por exemplo, das abordagens pós-coloniais a partir da ótica do Sul Global, como protagonistas em recontar a história. Nesse sentido, destaca:

De qualquer modo, muitas vezes parece que o maior desafio político consiste em saber se uma nova geração de intelectuais terceiro-mundistas é capaz de combinar profissionalismo jurídico com uma nova consciência estratégica dos limites e das possibilidades oferecidas pelo direito internacional para o engajamento político. (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 32)

Nesse sentido, para responder qual seria a finalidade do direito internacional, Koskeniemi (2011) demonstrou que os objetivos do direito internacional são definidos a partir dos objetivos perseguidos pelos atores das relações internacionais. Para o autor, o direito internacional serve em primeiro lugar para promover o repertório de valores substantivos, preferências e práticas que aqueles em posições dominantes procuram realizar no mundo. Em segundo lugar, ele também dá voz àqueles que foram excluídos dos cargos de tomada de decisão e são regularmente tratados como objetos das políticas de outras pessoas, de forma a fornecer uma plataforma na qual as reclamações sobre violência, injustiça e privação social podem ser feitas até mesmo contra elementos dominantes (KOSKENIEMI, 2011, p. 265). Nessa perspectiva:

Reunir esses dois aspectos do direito internacional significa que não há um conjunto fixo de objetivos, propósitos ou princípios que existiriam em algum lugar 'fora' ou além do próprio direito internacional, que eles são sempre os objetivos de determinados atores envolvidos em buscas hegemônicas. A lei é instrumental, mas aquilo para que é instrumento não pode ser fixada fora do processo político do qual faz parte inextricável (KOSKENIEMI, 2011, p. 266).

Percebe-se que o direito internacional, essencialmente, serve de instrumento aos interesses dos atores, legitimando condutas e comportamentos conforme as políticas pré estabelecidas. Neste sentido:

Muitas vezes pensamos no direito internacional como um meio de proibir certas formas de comportamento, esquecendo que, em função de sua estrutura discursiva, pode também, e talvez acima de tudo, autorizar e legitimar qualquer tipo de comportamento: cada Estado, cada tirano, cada ator econômico em uma posição de poder pode encontrar no direito internacional a legitimação de suas políticas públicas ou interesses privados (JOUANNET, 2011, p. 18).

Em terceiro lugar, Koskeniemi afirma que o direito internacional serve ao próprio direito internacional, na medida em que ele reúne as antagônicas políticas ao resumir compreensões contrastantes das suas regras e instituições. Ou seja, mesmo no caso de desconhecer o real objetivo da comunidade política, a forma pura do direito internacional fornece um campo compartilhado, onde adversários se reconhecem como tal e se unem para buscar objetivos comuns, sem excluir o outro. Assim:

o valor do direito internacional e sua miséria residem em ser a superfície frágil da comunidade política entre Estados, outras comunidades, indivíduos que discordam sobre suas preferências, mas fazem isso dentro de uma estrutura que os convida a argumentar em termos de um pressuposto universalidade (KOSKENNIEMI, 2011, p. 266).

Em quarto lugar, o autor afirma que o direito internacional existe como uma *promessa de justiça*, que não pode ser enumerada em valores substantivos, interesses ou objetivos, por não ter uma forma institucional predeterminada, mas ser construída no processo de articulação de diversos interesses. Isso porque essas linguagens e expressões traduzem imagens inadequadas por corresponderem a visões parciais sobre determinado tema. Mesmo quando gerais, elas acabam por priorizar certos valores a outros, sendo vulneráveis a crítica do ‘falso universalismo’. A função substantiva do direito é, assim, determinada de acordo com a visão que se dá a ele. Nesse viés, dispôs que para a visão instrumental, a restrição recebida da lei é justificada apenas em vista da autoridade dos objetivos (externos) da lei.

Nessa linha, Koskenniemi (2011, p. 266-267) diferencia *homo economicus* de *homo juridico* para diferenciar a visão formalista e a visão universalista do direito. O *homo economicus* determina suas ações de acordo com os objetivos externos projetados no direito, se eles falham em realiza-los, perdem sua autoridade. No *homo juridicus*, o direito tem autoridade, independentemente do objetivo projetado sobre ele. Tal autoridade decorre do modo como o direito descreve o mundo internacional como uma comunidade jurídica onde questões de distribuição justa e direitos estão no centro, onde as reivindicações dos sujeitos recebem a mesma atenção e onde os atos dos funcionários públicos são avaliados conforme um padrão da comunidade (KOSKENNIEMI, 2011). Desse modo:

Para a visão instrumental, a restrição recebida do direito é justificada apenas em vista da autoridade dos objetivos (externos) do direito. Na visão formalista, o direito é usado para obrigar porque as violações não podem coexistir com as aspirações da universalidade embutidas na forma jurídica (KOSKENNIEMI, 2011, p. 266).

Diferente desta visão crítica pautada na “indeterminação” e no “enviesamento estrutural”, “na visão formalista, o direito é usado para obrigar porque as violações não podem coexistir com as aspirações de universalidade embutidas na forma jurídica. Tais violações são singulares até que a lei as leve do puramente subjetivo à ilegalidade pública” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 266), e com isto, aumenta o custo político do seu descumprimento. A esta visão Koskenniemi chama de “gerencialismo”, a qual parte da ideia que o direito é um dado, um *a priori* para conformar a ação estatal.



Em outros termos, na perspectiva do gerencialismo, segundo Koskenniemi (2009), os problemas internacionais devem ser resolvidos pelo desenvolvimento de vocábulos técnicos cada vez mais complexos para a formulação de políticas institucionais. Nesse viés, a crítica é dirigida aos aspectos formais do ofício jurídico, tido como obstáculo para ação efetiva. Assim, há preferência pelos regimes informais, baseados no juízo de conformidade e não na análise normativa daquilo que se quer conformar. Para o gerencialista, “questões normativas sobre os fins de uma ação ou sobre a ordem certa entre fins conflitantes surgem, apenas, na linguagem da “legitimidade”, que as traduz em “sentimentos” empiricamente manobráveis no seio de determinado público” (KOSKENNIEMI, 2018b, p. 38).

Segundo essa abordagem, o comportamento advém da coincidência entre interesse e coerção e não pelo direito, razão pela qual os gerencialistas vem a interdisciplinaridade como caminho para aquisição acadêmica. Para o autor, conceber o direito internacional sob a ótica do gerencialismo é um mecanismo tolo, na medida em que:

o gerencialismo tem uma normatividade oculta que privilegia valores e atores que ocupam posições dominantes em instituições internacionais, os quais, portanto, não têm razão para assumir uma atitude crítica em relação a estas. O gerencialismo reforça a ideia de que questões de distribuição e preferência já foram decididas alhures, e tudo o que resta são questões técnicas, questões de como suavizar o caminho do príncipe (KOSKENNIEMI, 2018b, p.38).

Nessa linha, o viés político do direito internacional acaba por demonstrar que “a justiça que anima a comunidade política não é aquela que pode ser plenamente alcançada” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 267), mas aquela que pode ser viabilizada. Percebe-se, assim, que esse apanhado teórico evidencia que o direito internacional não é algo estanque mas, ao contrário, um construído que se amolda conforme os ditames sociais, com a finalidade de implementar mudanças na sociedade internacional. Nessa perspectiva, cumpre analisar a institucionalização da justiça/injustiça global a partir da perspectiva da global justice.

### **1.1.2 O direito internacional como projeto colonial: a tomada de consciência**

Uma outra visão politizada do direito internacional (que rompe com a ideia de formalidade e neutralidade do direito internacional clássico) também é formulada no âmbito dos estudos decoloniais, de modo a construir o tratamento de injustiças e reconstrução de uma sociedade justa a partir do ponto de vista dos atingidos, rompendo com o discurso europeu hegemônico preponderante até os dias de hoje (JOUANNET, 2021). A partir do olhar de autores do Sul Global, ou seja, da perspectiva dos países em desenvolvimento, se evidencia que “o

direito internacional sempre atendeu aos interesses dos Estados e das forças sociais dominantes nas relações internacionais” (CHIMNI, 2006, p. 26). Essa concepção, amplamente difundida no âmbito das TWAIL, esclarece como o direito internacional serviu de instrumento de dominação e exploração dos países do sul, especialmente na América Latina diante do sistema de colonização.

Com a análise decolonial, busca-se inserir uma narrativa própria da experiência latino-americana quanto ao direito internacional, com o objetivo de estabelecer os elementos que foram ocultados pela história e ciência, mediante o “descentramento das narrativas e dos sujeitos contemporâneos” e o “método de desconstrução dos essencialismos” (COSTA, 2006, p. 83-84). A partir desse olhar crítico sob o direito internacional, é demonstrado como a estrutura europeia foi imposta ao restante do mundo e permanece até hoje, pela dificuldade em inserir os países colonizados no cenário internacional, pelos diferentes modos de exclusão de países colonizados, tanto pelo não reconhecimento como pela não participação (VAL e BELLO, 2014).

Para Galindo (2016), os estudos de TWAIL podem ser divididos em três momentos. O primeiro, voltado para o estudo do Estado-nação e na maneira pelas quais as nações usaram o direito internacional como veículo de opressão e interesses hegemônicos, já que apesar do destaque a “princípios jurídicos como a igualdade soberana dos Estados e a não intervenção – a independência política seria insuficiente para os Estados do terceiro mundo alcançarem a liberdade, em virtude da necessidade de rompimento de estruturas econômicas (GALINDO, 2016, p. 71). O segundo, centrado no papel da colonização para a formação do direito internacional, com ênfase nos grupos marginalizados e no papel das instituições para a manutenção de hierarquias sociais. Isso porque o direito internacional alcançou universalidade a partir do colonialismo, na medida em que as relações coloniais “tendiam a ver o “outro” (o bárbaro, o incivilizado etc.) como uma constante fonte de violência que deveria ser reprimida, em nome da pacificação mundial, paradoxalmente com mais violência” (GALINDO, 2016, p. 72). Por fim, o terceiro, surgido a partir dos eventos de 11 de setembro de 2001, em que o Estado volta a ser o centro, a partir da sua relação com o terrorismo, ou seja, “ao combatê-lo ou apoiá-lo, estar-se-ia tornando o foco principal de autores terceiro-mundistas contemporâneos no direito internacional” (GALINDO, 2016, p. 73).

Um dos primeiros trabalhos de TWAIL foi desenvolvido por Mutua (2000), ao relacionar a teoria e a prática do direito internacional em um contexto terceiro mundista. Neste estudo, ele compilou os objetivos dessa abordagem em três vertentes: (a) entender os usos do direito internacional como meio para criação e perpetuação da hierarquia racializada de normas

e instituições internacionais que subordinam não europeus; (b) construir e apresentar um sistema jurídico alternativo para a governança internacional e (c) erradicar, por meio de estudo detalhado de políticas públicas e de política, as condições do subdesenvolvimento no terceiro mundo (MUTUA, 2000, p.31). Nessa concepção, Okafor (2008) identificou pontos comuns entre os autores dessa abordagem, na medida em que estes estão voltados a um compromisso ético de lutar para, no campo intelectual assim como no plano prático, “expor, reformar e até atenuar” as diversas características do direito internacional que auxiliam na criação ou manutenção de uma ordem jurídica que, geralmente, se mostra “desigual, iníqua e injusta” (GALINDO, 2016, p.76). Assim, “Twail é uma disciplina de transição, expansão e definição de contestação interna sobre várias agendas, ao mesmo tempo” (GATHIL, 2011, p.26).

De modo similar, Pahuja (2011) também opera a visão crítica ao direito internacional, tendo como marco o fim da Segunda Guerra Mundial e o protagonismo dos Estados Unidos da América e da nova ordem global, fundada no desenvolvimento para sua análise. Para a autora, o desenvolvimento moderno e a universalização do direito internacional teriam produzido uma nova forma de poder ou, uma nova racionalidade, o que Mantelli (2018, p. 487) chama de “*ruling rationality*”. A partir desse modelo, essa universalidade serviu tanto para tornar mais abrangente os objetivos do direito internacional, como para silenciar as demandas dos países do Terceiro Mundo:

No entanto, essa mesma promessa de universalidade serviu para restringir e, em última análise, para minar o potencial radical das demandas do Terceiro Mundo. Isso aconteceu porque essas tentativas foram subsumidas dentro de uma racionalidade generalizada que reivindicou com sucesso a universalidade do conjunto de valores particular ou ‘provincial’ originado e compatível com o Norte Central, os valores em questão foram postulados com sucesso como universais e mantidos nessa posição, foram os conceitos de pontos de desenvolvimento e crescimento econômico (PAHUJA, 2011, p. 12, tradução nossa).

Sob essa perspectiva, houve a emergência de um quadro regulatório universal que, segundo a autora, teria subsumido a promessa criativa do direito internacional. Para chegar a essa conclusão, Pahuja parte de três esferas críticas, que marcariam o propósito de descolonizar o direito internacional, e conduz a sua análise a partir da sua dualidade intrínseca, sua dupla vocação: imperialismo e emancipação. Esta dupla vocação pode também ser verificada no trabalho de Jouannet (2011), quando ela afirma que direito internacional “clássico” serviu para institucionalizar a opressão da diversidade cultural e identidade (imperialismo), e o contemporâneo, a partir do DIR, pode tratar esta opressão, ou seja, emancipar. Pahuja se dedica a três esferas críticas:

Por meio dessas três esferas críticas — a nação, os recursos naturais e a economia política —, o que se argumenta é que a antiga missão civilizadora do colonialismo, então sob o duplo mandato de explorar recursos para o benefício mútuo da colônia e da metrópole, acabou, também, persistindo sob o pretexto da construção de uma nação desenvolvida e da integração internacional (MANTELLI, 2018, p. 487).

Essa dualidade produz, no âmbito interno do direito internacional, o que a autora chamou de “instabilidade crítica” já que, de um lado, o direito internacional seria em si pós colonial, ou seja, não precederia as categorias sob as quais se funda, a exemplo da noção de Estado e universalidade. Nessa perspectiva, o Estado-nação, o internacional e a própria legalidade, operam como "fundamentos" do direito internacional, mas são todos objetos constituídos discursivamente pelo direito e pela projeção de sua negativa (PAHUJA, 2011, p. 26).

Ao contrário, o direito internacional produziria essas categorias, partindo do particular para o universal, o que evidenciaria a instabilidade crítica do instituto, já que ele não pode ser considerado universal, mas, ao contrário, como detentor de valores e categorias e formas particulares. Nesse cenário, essa instabilidade acaba por criar categorias que tornam invisíveis aqueles que não se conformam com as particularidades do direito internacional, isto é, demonstra porque certos atores e categorias acabam sendo silenciados. Portanto:

essa instabilidade, e aqui retomamos o questionamento inicial da autora, advém da lacuna existente entre a promessa de justiça do direito internacional e a personificação do direito internacional em uma agenda regulatória fechada. Lacuna esta que ela denomina de política do direito internacional (MANTELLI, 2018, p.487).

Do mesmo modo, Pahuja (2005, p. 459) analisou o caráter pós-colonial do direito internacional, com o intuito de identificar a relação existente entre o direito internacional e o imperialismo, realizando a abordagem sob duas perspectivas. A primeira, concebendo o direito internacional como “manto de legalidade” para legitimar a submissão dos países colonizados pelos impérios europeus, distorcendo o verdadeiro espírito do direito internacional, voltado a universalidade e reconhecimento de igualdade soberana. Para essa tese, o desafio do direito internacional contemporâneo seria libertar o direito internacional dessa apropriação indevida. A segunda perspectiva concebe o direito internacional como instrumento do imperialismo, na medida em que suas instituições e doutrinas foram criadas conforme os interesses dos poderosos, já que “detêm o poder no cenário contemporâneo mantêm a capacidade de criar e implantar o direito internacional, por sua vez, facilitando as práticas do (neo)colonialismo” (PAHUJA, 2005, p. 460, tradução nossa).

Contudo, a autora afirma que a doutrina é resistente em apoiar qualquer uma dessas perspectivas, o que demonstra que o direito internacional já é pós-colonial, por conter em si uma dimensão pós-colonial. Para explicar esse entendimento, Pahuja propõe o exame das dimensões do poscolonialismo a partir dos vieses da tentativa de universalização operada pela descolonização e a tentativa de descolonizar os direitos humanos para refunda-los em bases universais.

Inicialmente, ela faz referência a visão tradicional do direito internacional de afirmar que, após a descolonização, o direito internacional teria se tornado verdadeiramente universal, sendo que “essa universalidade reside no fato de que aqueles excluídos do reino da soberania agora estavam incluídos e podiam participar do sistema internacional como soberanos iguais” (PAHUJA, 2005, p. 460-461). Mas, como o direito internacional já era universalmente aplicado como o sistema dominante de direito, aplicável as relações em todo o globo, não se estaria diante de uma mudança em direção ao universalismo, mas, sim em direção a poscolonialidade do direito internacional. Nessa concepção, a descolonização somente ocorreu a partir da conquista da “autodeterminação” dos Estados, operada através de “uma relação contraditória com as categorias de direito internacional que se tornaram ‘verdadeiramente’ universais apenas ao conceder status jurídico formal a novos sujeitos, tornando-os mensuráveis com suas formas” (PAHUJA, 2005, p. 464, tradução nossa). Assim:

Portanto, a universalização do direito internacional após a descolonização pode ser vista, de um lado, para marcar uma captura pelos povos recém-descolonizados da promessa de um direito de aplicação geral e, por outro lado, teve que mostrar como essa promessa só poderia ser cumprida através da adoção de formas jurídicas já compatíveis com o direito internacional (PAHUJA, 2005, p. 466, tradução nossa).

Sob outra perspectiva, outras abordagens pós-coloniais do direito internacional almejavam avançar uma proposta de um novo direito humano, compatível com a época, já que “não é mais possível negar a especificidade cultural do regime de direitos humanos e que é cada vez mais insustentável abraçar uma visão de direitos humanos que ignore as origens coloniais do direito internacional” (PAHUJA, 2005, p. 466, tradução nossa). Essa disparidade é aferível especialmente em relação aos povos indígenas, já que tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais, econômicos e culturais perpetuam a estrutura colonial de opressão. Nesse sentido, a autora faz menção as abordagens dos direitos humanos pela ótica do Terceiro Mundo, de modo a justificar “a universalidade do direito internacional e/ou direitos humanos sob o fundamento de que os valores culturais não europeus têm o mesmo direito de informar os

valores universais, ou, na verdade, já moldaram valores universais por meio do intercâmbio cultural” (PAHUJA, 2005, p. 467, tradução nossa).

Assim, o termo ‘pós’ da expressão direito internacional pós-colonial designa a “continuação do colonialismo na consciência do povo anteriormente colonizado nas instituições que foram impostas no processo de colonização” (PAHUJA, 2005, p. 469, tradução nossa). Segundo a autora, ainda que o direito internacional seja originário do imperialismo e suscetível de poder, também o direito internacional se opõe a esse poder. Ou seja:

Essa indefinição pode ser entendida como um sintoma da ‘pos-colonialidade’ do direito internacional. Essa póscolonialidade, em parte, descreve a maneira pela qual o direito internacional deve efetuar continuamente um corte entre ‘eu’ e ‘outro’, tornando o que é excluído crucial para a formação dos incluídos, mas também reivindica a universalidade antitética a essa exclusão e que, em sua abrangência, traz uma instabilidade produtiva para o cerne do direito internacional (PAHUJA, 2005, p. 469, tradução nossa).

Percebe-se, nesse ponto, que tanto Pahuja como Koskenniemi evidenciam a influência determinante da política na esfera do direito internacional, e como o instituto sempre serviu aos interesses de Estados dominantes e/ou agentes com maior capacidade de veiculação de interesses e decisão. Mas, se o direito internacional serve como instrumento de legitimação de injustiças aos Estados menos favorecidos, a exemplo das antigas colônias, também ele pode construir formas de tratar essas injustiças. Percebe-se, nesse cenário, que as abordagens críticas ao direito internacional visam “provocar a diversificação de leituras possíveis em torno do fenômeno jurídico internacional” (GIANNATTASIO; MOROSINI; BADIN, 2019, p. 358). Nessa perspectiva, a crítica ao direito internacional tem como pressuposto:

[...] revelar o exercício de poder assimétrico (dominação) por parte de determinada cultura jurídica colonialista e imperialista, não apenas (i) em diferentes enlances funcionais do aparato regulatório jurídico internacional, mas também (ii) em distintas ações tomadas em conformidade com os parâmetros normativos internacionais vigentes (GIANNATTASIO, MOROSINI; BADIN, 2019, p. 358).

É nessa perspectiva que Jouannet (2020) apresenta suas contribuições, a partir dessas novas abordagens ao direito internacional. Segundo a autora, a evolução do direito internacional marca a institucionalização das mazelas da contemporaneidade, contribuindo para agravar duas formas de injustiça que coexistem na sociedade internacional: a desigualdade sócio econômica e a opressão da diversidade cultural e de identidades. Se é verdade que estas formas de injustiça foram institucionalizadas pelo direito internacional clássico, também é verdade que novas vertentes do direito internacional emergiram como forma de tratar tais injustiças,

respectivamente (i) direito internacional do desenvolvimento, (ii) direito internacional do reconhecimento. Nesse sentido, essas abordagens “podem ser vistas como os primeiros marcos em direção ao que pode se tornar uma sociedade que seja equitativa, em resposta à injustiça socioeconômica, e decente, em resposta à injustiça identitária e cultural” (POZZATTI, 2021, p. 10).

Assim, a partir da desnaturalização/politização do direito que as concepções críticas do campo produzem permite melhor compreender que emerge o DIR como instrumento para o tratamento das injustiças globais que marcam nossa sociedade desde o período colonial. Na próxima seção, será debatida a mobilização do direito internacional para a justiça global.

## 1.2 DIREITO INTERNACIONAL, COLONIALISMO E JUSTIÇA GLOBAL

Se é verdade que as diversas demandas por justiça na sociedade internacional contemporânea têm desafiado os *policymakers* nos últimos anos, deve-se reconhecer que a justiça não é um lócus preferencial dos estudos no campo do direito internacional. Para estabelecer os contornos teóricos e conceituais desta investigação, esta seção propõe um panorama da heterogênea literatura que relaciona o direito internacional à justiça global no campo do direito internacional (Item 1.2.1), bem como arrola uma perspectiva externa, portanto normativa, da justiça global com o objetivo de precisar sentido em que o a expressão justiça é usada aqui (Item 1.2.2).

### 1.2.1 Direito internacional e in/justiça global: uma literatura em expansão

Vasta literatura tem surgido nos últimos anos nos campos do Direito, das Relações Internacionais e da Filosofia Política aproximando o direito internacional da justiça global. Segundo Pozzatti (2021, p. 08) “uma primeira vertente destes estudos demonstra como a institucionalização das relações internacionais se deram de forma injusta e denunciam os *dark sides* da globalização econômica”. Existem trabalhos nessa vertente nos campos da Filosofia Política (Pogge, 2010) e também da historiografia crítica do direito internacional (Anghie, 2006). Para Pozzatti (2021, p. 08), “enquanto os primeiros propõem um debate ontológico e deontológico a partir de questões como *o que é e como devem ser as instituições de uma sociedade internacional justa?*, a heterogênea literatura crítica que compõe a “virada histórica” no Direito Internacional repensa os pressupostos político-culturais e teórico-conceituais do direito internacional”. Se é verdade que a crítica histórica “não busca uma descrição neutra do passado ‘como ele realmente era’ [...], mas uma descrição que espera tornar nossa situação

presente mais clara e aprimorar nossa própria capacidade de agir nos [nossos] contextos profissionais” (Koskeniemi, 2001, p. 10), deve se reconhecer que ela raramente assume a *justiça* como *locus* central.

De acordo com Pozzatti (2021, p. 09) “uma segunda vertente tem um caráter mais dinâmico e foca nas possibilidades de mobilização do instrumental do direito internacional para a promoção da justiça global no contexto da *liberal lawmaking*” de forma a responder “como os instrumentos jurídico-políticos podem ser mobilizados para remediar injustiças concretas?” Os trabalhos que se engajam em produzir respostas a esta pergunta tem um perfil mais analítico e frequentemente operam a partir de métodos clínicos, de forma que são mais facilmente observados nos campos da Ciência Política e das Relações Internacionais, bem como naquela parcela da academia jurídica crítica mais perto dos *policy-oriented studies* que incorporou a “virada empírica” (POZZATTI, 2021, p. 09).

No entanto, um panorama destas duas vertentes permite visualizar que a justiça é menos objeto e/ou instrumental analítico de pesquisas jurídicas do que de outros campos. De acordo com Pozzatti (2021, p. 09), “se por um lado atesta o sucesso das visões pós-positivista na academia jurídica, por outro, mostra que a nossa anacronia agora é nunca termos sido tão modernos”. De qualquer forma, “depois de décadas de pensamento crítico no campo do Direito Internacional, a *justiça* encontra uma comunidade epistêmica particularmente hostil e avessa aos projetos universalistas, os quais, não raro, são uma cortina de fumaça para encobrir ideais *menos nobres*” (POZZATTI, 2021, p. 09). No entanto, “não se deve encarar o projeto iniciado por Tourme-Jouannet como mais uma busca ingênua de igualdade e dignidade a partir da negação das contradições inerentes a um objetivismo moral” (POZZATTI, 2021, p. 09).

Nesse sentido, pensar no DIR como instrumento de reação às injustiças globais relacionadas a opressão da diversidade cultural e de identidades em uma sociedade intercultural e desigual exige o estudo da concepção de justiça que opera na esfera do direito internacional. Interculturalidade aqui entendida, segundo propõe Walsh (2010) como o esforço presente na América Latina no sentido de:

promover relações positivas entre diferentes grupos culturais, de confrontar a discriminação, o racismo e a exclusão, de formar cidadãos conscientes das diferenças e capazes de trabalhar conjuntamente no desenvolvimento do país e na construção de uma sociedade justa, equitativa, igualitária e plural (WALSH, 2010).

Para tanto, é imprescindível dimensionar a evolução do direito internacional e sua relação com as injustiças globais perpetradas ao longo da história, de modo a avaliar de que forma a expansão colonial dos Estados do Norte Global em relação aos localizados no Sul,



impactou nas diferenças sociais que distanciam estes da ideia de uma sociedade justa. Isso porque entender a sociedade em que vivemos hoje exige o olhar para a construção histórica dos eventos e seus reflexos no mundo, como forma de relacionar o presente e o passado. Este é o motivo pelo qual Jouannet elege a historiografia crítica para buscar uma resposta jurídica a pergunta *o que é uma sociedade internacional justa?*

(...) a perspectiva histórica foi privilegiada na medida em que põe em causa qualquer ideia de ruptura radical entre ontem e hoje e ajuda a entender a persistência atual de certas ambivalências e contradições passadas da sociedade internacional e do seu direito sobre essas questões. Fingir que o passado não tem mais relevância só pode levar à reprodução interminável de práticas e técnicas jurídicas que serão apenas repetições impensadas de um passado que foi esquecido ou tentado reprimir (JOUANNET, 2020, p. 05).

Em sua concepção inicial, o direito internacional surgiu com a finalidade de estabelecer normas e princípios aptos a reger as relações entre Estados, nas relações internacionais (JOUANNET, 2014). Segundo Jouannet (2021) o direito internacional é composto pelo conjunto de regras, práticas e discursos que emanam dos sujeitos do direito internacional, produzido pelo concurso de vários atores internacionais. De modo similar, o direito internacional também pode ser compreendido como:

o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais (MAZUOLLI, 2019, p. 19).

Segundo Jouannet (2020) até a descolonização, ocorrida no período entre os anos de 1950 a 1960, o direito internacional era estigmatizante, por evidenciar a distorção de poderes entre Estados, a partir da negação do reconhecimento e de dominação das culturas locais, baseado na distinção entre Estados civilizados e não civilizados. Esse cenário binário tinha por base um “padrão de civilização”, qual seja, a civilização euro-americana, ao qual qualquer povo deveria se conformar caso desejasse se tornar sujeito de direito internacional (JOUANNET, 2021, p. 128). Esse acesso a “comunidade de Estados civilizados” com a atribuição de igualdade de status como sujeito de direito internacional ocorria através da assimilação forçada e uniformizada dos padrões europeus, o que acabou por oprimir a diversidade cultural e de identidades na América Latina. Tal perspectiva motivou os processos de colonização, o que permitia que países, referidos pela literatura como não civilizados ascendessem à condição de

civilizados, pelos padrões euro-americanos, a partir da modificação de suas culturas e identidades:

A integração na “comunidade de Estados civilizados” e a atribuição de igualdade de status e de direitos acontecia através da assimilação forçada e uniformização, ou seja, quando o Estado recém-reconhecido tivesse diminuído, pelo menos em aparência, as diferenças culturais e civilizacionais que o separavam dos Estados euro-americanos e apresentasse um grau aceitável de “consciência civilizada” (JOUANNET, 2020, p. 406).

Jouannet (2020) mostra que esta degradante divisão entre Estados civilizados e não civilizados apenas foi alterada com o fim da Segunda Guerra Mundial, que então deu início a uma mudança de concepção entre os Estados, mesmo que a lógica do direito internacional e a Carta da ONU continuassem pautadas pela lógica da diferença entre povos dependendo do seu nível de desenvolvimento. Nesse cenário, surge o princípio da autodeterminação dos povos, o qual reconhecia a independência dos Estados, a partir da capacidade de escolha de seus governos, e, portanto, sua condição de sujeito de direito internacional, conforme previsto no Artigo 73, b, da Carta da ONU:

desenvolver sua capacidade de governo próprio, tomar devida nota das aspirações políticas dos povos e auxiliá-los no desenvolvimento progressivo de suas instituições políticas livres, de acordo com as circunstâncias peculiares a cada território e seus habitantes e os diferentes graus de seu adiantamento.

Em outros termos, após a descolonização, houve o reconhecimento da “igual” identidade dos novos Estados, o que resultou na inclusão dos antigos colonizados no círculo de sujeito de direito internacional, e tal inclusão se fundou na igualdade (JOUANNET, 2021). Surgia, assim, o direito internacional do desenvolvimento, ligado a necessidade do reconhecimento de independência entre Estados (JOUANNET, 2021). Essa condição de sujeito de direito internacional foi reforçada pelo reconhecimento do direito dos povos à autodeterminação pela Resolução 1514 de 14/12/1960 da ONU, a qual concedeu independência aos países e povos colonizados. Ou seja, ao serem reconhecidos como novos Estados, os povos descolonizados passaram a usufruir de personalidade e capacidade jurídica, em nível de igualdade, ao menos formal, com os Estados colonizadores. Esse reconhecimento de status visava findar com a discriminação colonial, já que reconhece o direito à igualdade, direito este que ignora as diferenças, a exemplo do disposto nos itens 5 e 7 da Resolução, declarando que:

5. Nos territórios, sem condições ou reservas, conforme sua vontade e seus desejos livremente expressados, sem distinção de raça, crença ou cor, para lhes permitir usufruir de liberdade e independência absolutas.

(...)

7. Todos os estados devem observar fiel e estreitamente as disposições da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal de Direitos Humanos e da presente declaração sobre a base da igualdade, da não intervenção nos assuntos internos dos demais Estados e do respeito aos direitos soberanos de todos os povos e de sua integridade territorial.

Contudo, apesar do “reconhecimento” da soberania e identidade (entendida como igualdade aos colonizadores) dos novos Estados, o acesso à categoria de sujeitos de direito e iguais não foi capaz de findar com o sentimento de denegação de reconhecimento e estigmatização. Se por um lado era reconhecida a igualdade formal e legitimidade política aos Estados, por outro eram ignoradas as diferenças de desenvolvimento e as dificuldades socioeconômicas dos países colonizados, sem falar em toda a opressão da diversidade cultural e de identidade que tal “igualdade” carregava. Permanecia assim a lógica de dominação, não mais a partir da distinção entre civilizados e incivilizados, mas a partir da retórica do desenvolvimento. Progressivamente, os novos países passaram a buscar redescobrir suas identidades e culturas que foram dizimadas no período colonial. Esse anseio dos Estados descolonizados, ainda submetidos a hegemonia econômica do Ocidente e divididos entre o desejo de se modernizar e o de recuperar sua identidade, permanece como constante no mundo pós-colonial contemporâneo (JOUANNET, 2020, p. 406). Se antes da Guerra Fria e com os movimentos decoloniais os Estados buscavam o reconhecimento do status de sujeito de direito na sociedade internacional, após o fim da Segunda Guerra e com o passar dos anos, o que se viu foi a permanência da dependência com os países europeus. Assim, emergiu a necessidade e reivindicação pelo reconhecimento das peculiaridades e diferenças desses novos Estados que, mesmo sendo reconhecidos como Estados iguais e independentes, ainda que ideologicamente, viam que suas identidades necessitavam ser resgatadas.

Jouannet (2021) argumenta que o direito internacional sempre serviu para legitimar a expansão dos Estados europeus e, portanto, como instrumento de dominação e opressão de culturas e identidades através da colonização. Do mesmo modo, mesmo após o fim da 2ª Guerra Mundial e reconhecimento de igualdade entre Estados, evidenciou-se que esta era apenas formal, sendo mantida a dominação dos países colonizados sob outro aspecto, o econômico, relacionado ao desenvolvimento. Ou seja, o “direito internacional pode ser tanto um problema quanto uma possível solução para as desigualdades, porque ele mesmo gera as regras que criam as injustiças” (JOUANNET, 2021, p. 03). Esse cenário é recorrente ao longo da história, como destaca Pascal Lamy:

as relações internacionais hoje continuam marcadas por injustiças insuportáveis (...) este estado de coisas não é por acaso. É o legado de um mundo passado politicamente, mas ainda não economicamente: o colonialismo. O colonialismo político terminou nos anos 60 do século passado; o colonialismo econômico ainda não terminou cinquenta anos depois. É uma realidade que deve ser caracterizada como tal e analisada tanto seus elementos quanto suas origens (LAMY, 2007, p. 173).

Assim, a historiografia crítica revela que o direito internacional sempre serviu como instrumento a satisfação ao interesse de atores, e não a promoção da justiça. Conforme destacado por Koskeniemi (2011, p. 265), “o direito internacional existe para promover o repertório de valores substantivos, preferências e práticas que aqueles em posições dominantes procuram realizar no mundo”. Se, inicialmente, ele serviu para legitimar a dominação de Estados considerados não civilizados por terem cultura e costumes diversos do padrão europeu, com o reconhecimento da independência desses Estados colonizados a dominação foi mantida pelo viés econômico e do desenvolvimento. Assim, o direito internacional institucionalizou, ao longo do tempo, uma série de injustiças que ainda coexistem na sociedade contemporânea, como resquício do período colonial, quais sejam: a desigualdade socioeconômica e a opressão da diversidade cultural e de identidades.

### **1.2.2 Critério de análise externo: análise moral institucional para a justiça global**

A vasta literatura crítica vista acima demonstra que os autores se dedicam a uma crítica imanente do sistema, analisando-o internamente e retirando dele mesmo as condições para a sua transformação. Para além deste enfoque, cumpre entender de que forma a justiça global foi pensada do ponto de vista normativo e institucional. Não se trata aqui de corroborar com as premissas e conclusões da análise transcendental e universalista da justiça global, mas, apenas: (a) entender o seu raciocínio para poder criticá-lo do ponto de vista das TWAIL e (b) estabelecer um critério de análise externo para avaliar as mudanças institucionais em curso. Nesta segunda perspectiva, o idealismo tem menos um sentido normativo e mais analítico.

No campo da filosofia normativa, muito tem se debatido como *deve ser* uma sociedade internacional justa. As diferentes concepções de justiça global buscam um modelo ideal para espelhar uma sociedade justa. Ou seja, a justiça global visa estabelecer o que é justiça em uma escala global, no sentido de auxiliar o pensamento filosófico contemporâneo a compreender melhor o que é o mundo e quais são as responsabilidades individuais nele (BROCK, 2015, p. 04). Nesse sentido, a justiça global pode ser entendida como o conjunto de demandas por justiça que podem ser aplicadas, em geral, à ordem global e, em particular, às relações internacionais,

podendo ser classificada como transaccional, política, corretiva e distributiva (KOLLER, 2013, p. 440).

Teve grande impacto no século XX a concepção de justiça global desenvolvida por Rawls (2002) a partir do liberalismo igualitário, ponto de vista segundo o qual a igualdade e liberdade são valores fundamentais na convivência humana, e devem ser implementados em uma comunidade política que se pretende justa. A teoria desenvolvida por ele parte da concepção ideal de cidadãos imaginários, que, na ‘posição original’, estariam destituídos de suas particularidades tais como interesses, capacidades e habilidades. Para o autor, somente a partir da posição original e com o ‘véu da ignorância’ pode-se chegar ao consenso acerca de quais seriam as regras aceitáveis e a forma justa de se pensar a sociedade, já que somente nessa condição é que os indivíduos estariam livres e em igualdade. Ou seja, Rawls buscou construir as bases para a teoria da justiça como equidade tendo por plano de fundo a concepção de que, para se alcançar uma sociedade justa, as relações deveriam estar baseadas na conjugação dos valores da liberdade e igualdade. Para Sandel (2011, p. 177), Rawls argumenta que “a maneira pela qual podemos entender justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação de equidade”.

É inegável que cada uma das diferentes teorias da justiça global oferece elementos específicos para avaliar o direito internacional. No caso de Rawls, estes elementos são a liberdade e a igualdade. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a desigualdade sócio econômica e a opressão da diversidade cultural e de identidades são formas de injustiça, pois não traduzem a liberdade e a igualdade nas relações internacionais. Igualmente, tal abordagem permite afirmar que um conjunto de regras e instituições que visa atenuar a desigualdade socioeconômica nas relações internacionais, no caso o DID, está a serviço de *uma* concepção de justiça global. É nesse sentido que vai se desenvolver o DIR, para traduzir a liberdade e a igualdade no contexto da diversidade cultural e de identidades. Isso porque, na matriz de Rawls, uma sociedade internacional justa depende do respeito aos valores da liberdade e igualdade. Se estiver preocupado em operar estes valores, o direito internacional também *deve* fornecer meios para tanto. No modelo rawlsiano:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2002, p. 64)

Essa concepção *ideal* de justiça, preocupada inicialmente com o âmbito doméstico, foi transposta por Rawls (2004) para a esfera das relações internacionais, como um direito para os povos, como elemento essencial para se chegar a uma sociedade internacional justa. Na obra, Rawls substitui a menção a indivíduo por povo, utilizando os mesmos parâmetros da posição original e do véu da ignorância, tendo por titular a sociedade civil internacional:

Escolhi primeiro o nome ‘povos’ em lugar de ‘nações’ ou ‘Estados’ porque quis conceber os povos como tendo características diferentes das que têm os Estados, sendo inadequada a ideia de Estados tal como tradicionalmente concebida, com seus poderes de soberania (RAWLS, 2004, p. 03).

Assim, Rawls conjuga a existência de povos bem ordenados (povos liberais) e povos decentes que, a partir da ideia de bem comum, garante aos seus cidadãos a proteção de direitos humanos. Essa proteção seria o elemento essencial para que os povos estabeleçam entre si um sistema de cooperação política e social. Nesse sentido, Rawls (2004, p. 07) argumenta que “o ideal dessa sociedade é realisticamente utópica, no sentido de que retrata um mundo social alcançável que combina o direito político e a justiça para todos os povos indiscriminadamente na Sociedade dos Povos”.

Segundo o autor, o “sucesso” de cada povo está relacionado com a conquista de justiça política e social para todos os seus cidadãos, garantindo suas liberdades básicas, bem como a expressividade da cultura e bem-estar econômico. Com base nessa concepção, a utopia realista ganha força, ao estabelecer as condições necessária para a realização da paz democrática:

Não devemos permitir que esses grandes males do passado e do presente solapem a nossa esperança no futuro da nossa sociedade, pertencente a uma Sociedade dos povos liberais e decentes ao redor do mundo. Do contrário, a conduta errônea, má e demoníaca dos outros também nos destrói e sela a sua vitória. Antes, devemos sustentar e fortalecer nossa esperança, desenvolvendo uma concepção razoável e funcional do direito político e justiça que se aplique às relações entre os povos (RAWLS, 2004, p.58)

A questão também se mostra relevante já que a realidade social se perfaz em uma sociedade heterogênea, multicultural, complexa e desigual, permeada por conflitos, exigindo com que a justiça forneça meios eficazes de pacificação social (JOUANNET, 2020, p. 04). Nesse ponto, Rawls defende que as desigualdades sejam resolvidas a partir do estabelecimento de princípios adequados para regulá-las. Este é o objetivo da teoria da justiça, ou seja, reger “as desigualdades de perspectivas de vida entre cidadãos, resultantes das posições sociais de partida, das vantagens naturais e das contingências históricas” (RAWLS, 2000, p. 19-20). Com essa premissa, Rawls então propõe a ideia de justiça como equidade, ou seja, uma sociedade

em que os princípios de justiça surgem mediante acordo comum entre sujeitos em condições de equidade. Isso porque tal escolha seria firmada a partir de um contexto inicial, sob o véu da ignorância, ou seja, em que os participantes não seriam influenciados por questões externas, quais sejam, sociais, econômicas, religiosas. Nesse contexto, Rawls destaca:

logo que os cidadãos se vejam a si mesmos como livres e iguais, reconhecerão que para realizarem as suas diferentes concepções de bem necessitam dos mesmos bens primários: dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades de base, bem como dos mesmos meios, como rendimento e riqueza, e das mesmas bases sociais de amor próprio. Consequentemente, chegarão a um acordo sobre uma concepção política de justiça que afirme que todos os bens sociais primários devem ser distribuídos igualmente, exceto quando uma distribuição desigual de alguns ou de todos esses bens seja vantajosa para os menos favorecidos (RAWLS, 2000, p. 302-303).

Nesta perspectiva moralizada, os comportamentos dos indivíduos estariam ordenados pelos parâmetros fixados nos princípios de justiça, já que decorrentes da escolha livre e igualitária dos membros sociais, sendo, portanto, a base da sociedade fundada na justiça como equidade. Dessa forma, os princípios de justiça seriam os termos equitativos de cooperação social ao especificar direitos e deveres básicos que tanto regulam a distribuição de benefício como distribuem os encargos necessários para mantê-la (RAWLS, 2003, p. 10). Nesse contexto, os indivíduos *devem* estar cientes quanto a necessidade de observância e cumprimento dos princípios, com a finalidade de manter uma sociedade estável. Contudo, tal circunstância somente será alcançada no momento em que também os aspectos psicológicos dos indivíduos forem satisfeitos, ou seja, a busca pela liberdade e igualdade está intrinsecamente relacionada com a autoestima das pessoas:

Mas para que isso ocorra faz necessário que os princípios escolhidos satisfaçam o inferido princípio psicológico das pessoas como indivíduos racionais que tendem a querer preservar suas liberdades de forma prioritária de modo que qualquer contingência social e natural possa ser atenuada e equilibrada por algum dispositivo de equilíbrio social, o qual por fim vem a fomentar a autoestima nas pessoas. (RAWLS, 2000, p. 191-193).

Assim, mesmo o institucionalismo transcendental leva em questão as questões culturais e identitárias, já que Rawls utiliza a questão da autoestima para demonstrar tanto pelo viés jurídico como pelo viés psicológico o quão é sensata a escolha da justiça como equidade já que este modelo proporciona uma relação de respeito mútuo e recíproco nas ações sociais, pois preserva as liberdades e assegura a igualdade com o princípio da diferença sendo por esse motivo o mais completo esquema de cooperação social (RAWLS, 2000, p. 195). Dessa forma,

também define o autorrespeito como bem primário, a partir da ideia de que o indivíduo tem de seu valor, e pelo respeito ao outro:

Primeiro, inclui o senso de seu próprio valor, a convicção segura de que vale a pena realizar sua concepção de seu bem, seu plano de vida. E segundo, o respeito próprio implica confiança na capacidade de alguém, na medida em que esteja ao seu alcance, para cumprir suas intenções (RAWLS, 2003, p. 386).

Nesse sentido, Rawls destaca que a necessidade de aprovação recíproca está presente no indivíduo desde a infância “o autorrespeito é construído primeiramente na tenra infância quando os pais afirmam o valor de seus filhos ao expressarem o desejo de cuidar e encorajar suas atividades” (RAWLS, 2003, p. 406). Do mesmo modo, o autor reconhece a impossibilidade de se garantir o autorrespeito dos indivíduos pela igualdade de status em todos os níveis possíveis, razão pela qual entende que a distribuição igual de direitos e liberdades fornece a igualdade de status que satisfaz a necessidade de autorrespeito em âmbito fundamental:

A base do respeito próprio em uma sociedade justa não é a parte de renda da pessoa, mas a distribuição de direitos e liberdades fundamentais. E sendo essa distribuição igual, todos têm um status semelhante e seguro quando se reúnem para conduzir assuntos comuns da sociedade em geral. Ninguém está inclinado a olhar além da afirmação constitucional da igualdade de outras formas políticas de garantir seu status. Por outro lado, nem os homens estão dispostos a reconhecer uma liberdade inferior à igual (RAWLS, 2003, p. 477).

Em suma, o autor desenvolve sua teoria tendo como base a liberdade individual como elemento necessário para se fazer justiça, a partir da necessária distribuição de recursos de forma razoável e igualitária, de modo que todas as pessoas sejam livres e possam exercer essa liberdade (CARVALHO, 2014).

Em uma perspectiva crítica, esta heurística deve ser entendida como *heurística que é*, e não como modelo a ser seguido pelos tomadores de decisão. Como heurística, é fruto de críticas vindas dos mais diversos atores, os quais estão comprometidos com os mais diversos fins. Ou seja, uma perspectiva crítica que se arvora aqui parte do pressuposto que toda a teoria e heurística são parciais e dão visibilidade a alguns interesses, em detrimento de outros. Por isso, não são neutras e avaliativas, e não correspondem a modelos a seguir, mas são somente critérios para analisar um fenômeno. Por exemplo, Honneth (2009) verte uma crítica a esta concepção de justiça apontando a insuficiência da concepção liberal de justiça de Rawls, já que esta considera irrelevante a influência das relações interpessoais para a compreensão da justiça, ou seja, no seu padrão de análise não valoriza as categorias que Honneth valoriza. Mesmo



partilhando da ideia de que a liberdade é um bem fundamental a ser alcançado, Honneth se inquieta quanto a forma indicada pelo liberalismo para se alcançar a autonomia. Ou seja, a autonomia somente seria alcançada através da não intervenção nas relações individuais, já que “a tarefa material da justiça consiste em assegurar algum tipo de distribuição deste tipo de ‘bens’, de tal modo que permita a todos os membros da sociedade igualmente a perseguição de suas preferências individuais” (HONNETH, 2009, p. 349).

Em outros termos, Honneth busca desconstruir a ideia proposta por Rawls de que a autonomia é possível desde que se retirem das pessoas as amarras postas pela coletividade. Para o autor, a autonomia individual somente é possível se pensada pela lógica comunitarista, por meio da autoestima, autoconfiança e autorrespeito, na interação constante com o outro, por meio de relações de reconhecimento que a sustente (HONNETH, 2011, p.108). Nesse sentido, destaca:

ao aprendermos, através do reconhecimento por outras pessoas, a nos compreender como seres cujas necessidades, convicções e habilidades são dignas de serem realizadas; isso, por seu turno, só compreendemos em nós se ao mesmo tempo o concedemos àquelas pessoas que nos reconhecem, porque devemos poder reconhecer, como em um espelho, nosso próprio valor no comportamento delas com relação a nós. Nesse sentido, para poder surgir e se desenvolver, a autonomia necessita do reconhecimento recíproco entre sujeitos; nós não a adquirimos sozinhos, através de nós mesmos, mas unicamente na relação com outras pessoas que estejam igualmente dispostas a valorizar-nos da mesma maneira como nós devemos valorizá-las (HONNETH, 2009, p. 353-354).

Assim, Honneth evidencia a necessidade de se pensar o sistema distributivo proposto por Rawls a partir da inclusão de todos (nós e eles) em relações recíprocas de reconhecimento, como elemento central para construção de uma teoria de justiça. Do mesmo modo, e evidenciando a importância das relações de reconhecimento que acabaram por refletir na nova concepção do direito internacional proposta por Jouannet (2020), é que este se revela no reconhecimento e respeito a identidade do indivíduo:

Individualmente, a identidade implica que as pessoas são definidas não apenas abstratamente por uma identidade comum, com igual dignidade em relação aos outros, mas também por uma identidade específica determinada pelo pertencimento a culturas e a valores específicos. A identidade das pessoas está estreitamente ligada, então, com os sistemas culturais nos quais indivíduos e grupos vivem, com as mudanças pelas quais passam, e com a maneira como as particularidades culturais são transmitidas de geração em geração<sup>11</sup>. A necessidade de que essa identidade seja reconhecida é examinada sociologicamente como uma exigência humana fundamental que não pode ser definida apenas pelo auto interesse e que não pode ser reduzida ao *homo o economicus* dos utilitaristas, mas pelo fato de que as pessoas aspiram tanto quanto, se não mais, serem reconhecidas e estimadas pelos outros pelo que são (JOUANNET, 2020, p. 407).

Portanto, a negação do reconhecimento sempre esteve presente no decorrer da história, sendo responsável por muito das injustiças globais, especialmente quanto as questões relativas à opressão da diversidade cultural e de identidades. Ou seja, a demanda por justiça é evidenciada pela busca de igualdade entre os indivíduos, situação violada pela opressão das identidades e diversidade cultural, no cenário das injustiças globais. Em outros termos, somente a partir do saneamento ou atenuação da opressão das identidades e diversidade cultural é que se pode alcançar uma sociedade justa, baseada nos valores da igualdade e liberdade, propostos por Rawls.

Do mesmo modo, também os estudos de Thomas Pogge (2005, 2008) sobre justiça global são relevantes para esta pesquisa. Nesse sentido, a concepção tradicional do direito internacional, segundo o modelo westfaliano baseado no princípio de soberania estatal e de Estado-Nação como marco das relações internacionais (MOITA, 2012) dá lugar a um novo modelo diante da ampliação de demandas e atores globais. Nesses termos, a justiça global pode ser entendida como a totalidade de demandas de justiça que podem ser razoavelmente aplicadas, em geral à ordem global e, em particular, às relações internacionais. Para Pogge (2005, p. 195), a justiça global está caracterizada pelo enquadramento dos direitos humanos como os valores centrais do discurso moral e político, para como a justiça é concebida no mundo moderno.

Nessa linha, Pogge avança nos estudos de Rawls com o objetivo de “pensar em uma sociedade justa, partindo da análise institucional global para se chegar à doméstica, voltando seus estudos especificamente à injustiça socioeconômica global” (POZZATTI, 2020, p. 03), tendo a pobreza como elemento moral e principal causador da desigualdade. Assim, “quienes participan en este sistema o comparten algún grado de responsabilidad en su diseño se ven moralmente implicados en cualquier contribución que aporte a la inequidad global en constante aumento y a la consiguiente persistencia de la pobreza severa” (POGGE, 2007, p. 187).

Em estudo realizado em 2010, Pogge, utiliza a “fuerza motivacional de una supuesta intuición ampliamente compartida acerca de la profunda injusticia del mundo actual” (POGGE, ALVAREZ, 2010, p. 579), concebida por Amartya Sen, para examinar os dois enfoques da justiça global, quais sejam, a dualidade entre justiça e injustiça. Essa força teria como base a concepção dos direitos humanos como “demandas morales que generan obligaciones positivas para cualquier agente que esté en situación de ayudar con un costo razonable (Sen, 2009, 144, 374-75).

Por outro lado, Pogge refina a concepção transcendental de justiça global, a qual tem por finalidade estabelecer um modelo de sociedade perfeitamente justa, ou seja, “una teoría transcendental de la justicia tiene como objeto la identificación del modelo de sociedad

perfectamente justa” (POOGE e ALVAREZ, 2010, p. 574), sendo que esta identificação é necessária e suficiente para o projeto de justiça global, já que “todo lo que necesitamos para realizar las decisiones correctas se reduce a la identificación del tipo ideal” (POGGE e ÁLVAREZ, 2010, p. 575). Tal identificação parte do modelo de escolha racional proposto por Rawls, segundo o qual os membros da sociedade, sob o véu da ignorância, concordariam acerca de um único conjunto de princípios, e distribuiriam entre os indivíduos os ônus e os bônus da vivência em sociedade através de direitos, e, para tanto, medem a justiça dos seus atos em termos de sua aproximação com o arquétipo desenhado por suas teorias (POZZATTI, 2020, p. 04). Desse modo, a identificação do modelo “es una conditio *sine qua non* para identificar las opciones comparativas que mejor promueven la justicia”, já que, “una vez en marcha, las instituciones adquieren una inercia propia y acumulan costes de transición y de oportunidad que se convierten de facto en de puntos de no-retorno” (POGGE e ÁLVAREZ, 2010, p. 577).

Por outro lado, Sen (2009, p. 17) propõe que a solução estaria baseada em um acordo para reduzir as injustiças, e não promover a justiça ideal. Isso porque as respostas as injustiças devem considerar a especificidade dos contextos em que elas ocorrem, conforme diferentes condições estruturais. Por essa razão é que Sen defende a incompletude, já que um acordo pleno não pode oferecer justiça como resposta, ou seja, deve-se objetivar construir respostas localizadas a partir de “uma classificação de realizações sociais alternativas” (SEN, 2009, p. 105), de modo que tais “critérios sejam capazes de orientar as escolhas humanas no sentido de que elas sejam mais justas que as alternativas viáveis” (POZZATTI, 2020, p. 06).

Válido destacar que, seguindo essa linha, uma sociedade global justa deve se fundar em valores que respeitem a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade o estado de direito e os direitos humanos. Tais valores são condições de possibilidade para uma sociedade em que o pluralismo, a não-discriminação, a tolerância, a justiça a solidariedade igualdade entre homens e mulheres prevaleçam (NAGEL, 2008). Foi nesse cenário que a reivindicação por reparação a danos causados a grupos vulnerabilizados e oprimidos ganhou relevância. Em outros termos, não se tratam de grupos naturalmente vulneráveis, mas coletividades que foram vulnerabilizadas pela inexistência de políticas públicas interseccionais de acolhimento e integração, ou seja, “não são pessoas vulneráveis; são pessoas vulnerabilizadas devido à inexistência de políticas públicas, o que é diferente” (SILVA, 2019, p. 161). Nesse sentido, as condutas existentes nos séculos XVIII e XIX, tais como o colonialismo, escravidão, autocracia, genocídio, foram banidas dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais e tornaram-se ilegais; transformaram-se, então, em paradigmas de injustiça (POGGE, 2002, p. 02).

Assim, é nesse debate de busca por materialização da igualdade que surge o DIR. Este constructo pode ser invocado para sanar ou pelo menos amenizar as injustiças causadas pelo processo de expansão colonial aos povos indígenas da América Latina, especialmente quanto as identidades e diversidade cultural, como será abordado no próximo item.

### 1.3 DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO

Como mencionado na seção anterior, a dinâmica do direito internacional sempre serviu de instrumento imperialista europeu (PAHUJA, 2011), seja para justificar a imposição de suas culturas aos Estados concebidos como “não civilizados”, seja pela perpetuação da dependência econômica desses Estados após sua independência. Esse movimento acabou por institucionalizar uma série de injustiças globais na sociedade contemporânea, as quais se relacionam à desigualdade socioeconômica e a opressão da diversidade cultural e de identidades, por exemplo. Sob esse enfoque, cada uma dessas injustiças globais deu ensejo a emergência de novos remédios produzidos pelo direito internacional. Nesse sentido, esta seção investiga um desses remédios jurídicos, o DIR, cuja aplicação do seu conteúdo normativo pela CIDH será investigada e debatida nos próximos capítulos. Agora cumpre localizar o DIR no contexto de um paradigma do reconhecimento que emerge no contexto pós-colonial e pós-Guerra Fria (Item 1.3.1) e delimitar os seus contornos jurídicos (Item 1.3.2).

#### 1.3.1 Do paradigma do reconhecimento ao DIR

A busca por uma sociedade justa que seja baseada nos valores da liberdade e igualdade e tenha foco no caráter distributivo de recursos, tal como concebido por Rawls (2002), não é suficiente para tratar todas as injustiças que se prolongam ao longo da história. Essa insuficiência ganha relevância se for considerado o cenário intercultural contemporâneo e a recorrente opressão de culturas, identidades e etnias, especialmente na América Latina. Nessa perspectiva, destaca Walsh (2019), que o interculturalismo na América Latina está “relacionado a geopolíticas de lugar e espaço, desde a histórica e atual resistência dos indígenas e dos negros, até suas construções de um projeto social, cultural, político, ético e epistêmico orientado em direção à descolonização e à transformação” (WALSH, 2019, p. 09). Segundo a autora, a interculturalidade representa a ruptura epistêmica, de modo a indicar uma “política cultural e um pensamento oposicional, não simplesmente baseado no reconhecimento ou na inclusão, mas sim dirigido à transformação das estruturas socio-históricas” (WALSH, 2019, p. 18).

Segundo Giannattasio et. al (2019, p. 15), “[a]o menos na América Latina, houve larga imposição, por meio do direito internacional, de padrões espirituais, econômicos e jurídicos que desconsideraram e sufocaram as tradicionais experiências e formas de agir e de pensar locais. Daí a necessidade de se buscar uma sociedade internacional não apenas justa – que trate as injustiças socioeconômicas - mas decente, com o respeito, resgate e reconhecimento das diferenças, conforme proposto por Jouannet (2021).

Para Jouannet (2021), fortes indicativos da mudança do direito internacional em direção a uma sociedade decente surgiram no pós-Guerra Fria, ante a multiplicidade de reivindicações por reconhecimento pelos Estados descolonizados, tanto em relação a suas identidades como quanto as suas culturas. Se até a Guerra Fria os Estados buscavam seu reconhecimento como sujeitos de direito internacional baseado na igualdade de status entre Estados, após 1991 as reivindicações se perfizeram no reconhecimento da diferença. Nessa conjuntura, o direito internacional acompanha as transformações sociais, na medida em que:

longe de ser um processo homogêneo, o reconhecimento é um fenômeno que pode variar de acordo com as circunstâncias da sociedade internacional, as expectativas daqueles que a constituem em uma determinada época e a natureza das negações de reconhecimento que se manifestam (JOUANNET, 2021, p. 127).

Nesse viés, o DIR surge a partir da superação de algumas características liberais do direito internacional clássico e dialoga com o DID para substancializar o direito internacional. Até a descolonização, o direito internacional clássico era estigmatizante por evidenciar a distorção de poderes entre Estados, a partir da negação do reconhecimento e de dominação das culturas não ocidentais, baseado na distinção entre Estados civilizados e não civilizados. Esse “cenário binário tinha por base o “padrão de civilização” ao qual tinha que se conformar qualquer povo que desejasse se tornar sujeito de direito internacional, e que não era senão o da civilização euro-americana” (JOUANNET, 2020, p. 405). Esse acesso a “comunidade de Estados civilizados” com a atribuição de igualdade de status como sujeito de direito internacional ocorria através da assimilação forçada e uniformizada dos padrões europeus, o que acabou por oprimir a diversidade cultural e de identidades na América Latina.

Após as descolonizações, com os movimentos de independência, foram atribuídos aos Estados personalidade e soberania, com base na autodeterminação em substituição ao critério de civilização. Contudo, a “trágica ambivalência dos Estados descolonizados”, divididos entre o desejo de se modernizar e o de recuperar sua identidade, permanece constante no mundo pós-colonial contemporâneo (JOUANNET, 2020, p. 406). Assim:

Esta é uma das razões pelas quais as suas demandas por reconhecimento vai evoluir ao longo do tempo para assumir a forma atual de um direito para preservar juridicamente as suas culturas, bem como, em alguns casos, demandar a reparação de danos históricos inflingidos às identidades machucadas e desprezadas pela colonização. Por isso mesmo, as suas novas reivindicações se inserem em um movimento bem mais global que vai afetar todo o conjunto da sociedade internacional pós-Guerra Fria e reside, desta vez na reivindicação de um direito a diferença (JOUANNET, 2020, p. 406).

Essa busca por reconhecimento coincide com as reivindicações crescentes relacionadas a gênero, nação, idiomas, história e culturas presentes na sociedade internacional marcada pelo pluralismo étnico-cultural, decorrentes da miscigenação e movimento das populações como características da história da humanidade (JOUANNET, 2020, p. 409). Nessa perspectiva, o reconhecimento se perfaz sob dois aspectos que estão intrinsecamente relacionados, quais sejam, o moral e o jurídico. A concepção moral foi teorizada, entre outros, por Axel Honneth (2009), ao propor que o reconhecimento está baseado nas relações intersubjetivas dos indivíduos e que da sua ausência se desenvolvem os mais diversos conflitos sociais. Já o aspecto jurídico foi desenvolvido por Emmanuelle Jouannet (2021), no sentido de que o reconhecimento se perfaz no desenvolvimento de instrumentos jurídicos que garantam a proteção da identidade e diversidade cultural, nos seguintes termos:

A ambivalência trágica dos Estados descolonizados, ainda sujeitos à hegemonia econômica ocidental e divididos entre o seu desejo de modernizar e o de encontrar a sua identidade, continuará a ser uma constante no mundo pós-colonial contemporâneo. Esta é uma das razões pelas quais o pedido de reconhecimento irá evoluir ao longo do tempo e tomar a forma de um direito que preserve juridicamente as culturas, ainda que, para alguns, seja classificado como um pedido de reparação pelos erros históricos relacionados à identidades, durante a colonização. Da mesma forma, as novas reivindicações fazem parte de um movimento global que afetará toda a sociedade internacional pós-Guerra Fria e, desta vez, consistirá na reivindicação do direito à diferença (JOUANNET, 2021, p. 135-136).

Tais elementos são reforçados pela crescente reivindicação de grupos relacionados a gênero, nação, culturas e religiões, por uma sociedade internacional justa, fundada nos valores da liberdade e igualdade, e decente, a partir do reconhecimento. Essa mudança de status para o reconhecimento parece ser a contrapartida ao DID, como elemento essencial para uma sociedade internacional justa, ou seja, uma sociedade não apenas equitativa mas também decente, baseada no respeito aos outros (JOUANNET, 2020, p. 408). Nessa perspectiva, a busca por reconhecimento, tanto por Estados como por povos, grupos e minorias evidencia que:

Eles não estão apenas reivindicando igualdade formal que estabeleça um mesmo status jurídico, apesar de todas as diferenças, como fizeram os Estados descolonizados, mas o reconhecimento jurídico de certas peculiaridades que mantêm

justamente a sua diferença. Dito de outra forma, eles não se contentam mais em apenas serem reconhecidos como iguais pelo direito internacional, mas demandam ser respeitados como diferentes como pertencentes a culturas e grupos que são reconhecidos como específicos e que formam a base da sua identidade, e que podem implicar direitos indiferentes (JOUANNET, 2020, p. 408).

Segundo Jouannet (2020), o DIR pode ser entendido como um conjunto de instituições jurídicas, discursos, práticas e princípios que até então não estavam suficientemente teorizados e agrupados. Em outros termos, o paradigma da igualdade de direitos instituído pelo DID cede lugar ao direito de ser diferente, de preservar a identidade e cultura dos povos e grupos sociais, historicamente marginalizados. Assim:

Enquanto o direito pós-colonial da época da Guerra Fria foi baseado exclusivamente nos princípios liberais abstratos da igualdade formal e da igualdade de direitos, o direito internacional pós-Guerra Fria é menos abstrato e está progressivamente ratificando uma política internacional de reconhecimento, baseada no direito a diferença e no direito de preservar a própria identidade cultural (JOUANNET, 2020, p. 408-409).

De igual modo, percebe-se que a tutela da diversidade cultural e de identidades se perfaz em direito fundamental, demandando respostas políticas e jurídicas após o fim da Segunda Guerra Mundial. Tal movimento partiu da “negação do valor da pessoa humana como valor e fonte do direito”, quando passou a emergir “[...] a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o Direito e da Moral” (PIOVESAN, 2011, p. 129). Assim, percebe-se que com a evolução da sociedade está sendo gradualmente estabelecido no direito internacional um regime jurídico da diferença, ao lado do regime jurídico da igualdade, na busca por respostas as injustiças globais relativas à opressão da diversidade cultural e de identidades na América Latina (JOUANNET, 2020).

Inicialmente, o reconhecimento foi abordado pelo viés moral, sendo que os estudos sobre a temática ganharam fôlego a partir de 1990, podendo ser classificados em dois grupos: a) os que consideravam o reconhecimento como formulação de políticas que observassem as diferenças culturais em sociedades multiculturais e, b) os que defendiam a negação de reconhecimento às particularidades (JOUANNET, 2020). Para o primeiro grupo, que tem em Charles Taylor (2009) o principal expoente, as lutas por reconhecimento seriam motivadas por questões identitárias e de diversidade cultural, o que exigia a criação de uma política de reconhecimento “hospitaleira com as diferenças” (TAYLOR, 2009). Para o segundo grupo, os conflitos sociais seriam motivados por lutas por reconhecimento, em três esferas distintas: na vida privada, no ambiente do trabalho e no direito e na política (HONNETH, 2009).

Inicialmente, no viés político, Taylor (2016, p. 86) afirma que a concepção de reconhecimento está atrelada a identidade, onde a identidade é verificada pelo reconhecimento do outro pelos outros. Nesse sentido, o autor busca identificar como a sociedade liberal democrática deve lidar com o interculturalismo e a demanda por reconhecimento de grupos conforme etnia, sexo, religião, entre outros. Taylor (2016, 2014) se propõe a repensar o liberalismo para se alcançar uma sociedade justa, com a inclusão das diferenças na esfera pública, baseado em metas públicas e não no universalismo igualitário tradicional.

Nesse enfoque, Taylor entende a identidade como “a compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos” (TAYLOR, 2014, p. 241). Em outros termos, a identidade é tida como algo pessoal, a qual é assumida pelo indivíduo como sua, tendo no seu reconhecimento a autorrealização, haja vista que o não reconhecimento ou o reconhecimento equivocado geram opressão (TAYLOR, 2014, p. 241-242). Assim, somente através do reconhecimento pelo outro é que o indivíduo alcança uma identidade bem-sucedida, ante a necessidade individual de ser reconhecido, tanto pelo outro como pela coletividade. A identidade, então, além de ser formada no plano íntimo, a partir do contato com “outros significativos”, também se constitui no plano social de uma política contínua de igual reconhecimento, cuja negação pode infligir danos e até oprimir (TAYLOR, 2014, p. 249).

Para o autor, elevar a temática do reconhecimento e identidade como elemento central das sociedades modernas decorre de dois eventos. O primeiro, pela queda das hierarquias sociais, nas sociedades tradicionais, baseadas na concepção de honra como pressuposto da desigualdade intrínseca a formação da estrutura social. Em contrapartida a honra, surgiu a noção de dignidade, com sentido universal e igualitário, sendo este o único conceito compatível com as sociedades democráticas. Por essa razão, as políticas de reconhecimento passaram a ser essenciais para as sociedades modernas “já que a democracia introduziu uma política de reconhecimento igual que assumiu várias formas ao longo dos anos e que agora voltou na forma de exigência de igual *status* de culturas e gênero” (TAYLOR, 2000, p. 242-243).

Já o segundo evento foi marcado pelo novo patamar político e teórico alcançado pelo reconhecimento a partir da noção de identidade individual do final do século XVIII, qual seja, uma identidade particular, individualizada. Essa identidade estaria relacionada a questão da autenticidade como a noção de “ser fiel a mim mesmo e à minha própria maneira particular de ser” (TAYLOR, 2000, p. 243). Foi a partir dessas rupturas que a temática do reconhecimento ganhou importância nas sociedades contemporâneas, tanto no aspecto interno como externo:



Assim, o discurso do reconhecimento tornou-se familiar a nós em dois níveis. Em primeiro lugar, na esfera íntima, em que compreendemos que a formação da identidade e do Self ocorre num contínuo diálogo e luta com outros significativos. E, em segundo lugar, na esfera pública, onde uma política de reconhecimento igual veio a desempenhar um papel cada vez mais importante (TAYLOR, 2000, p. 249-250).

Taylor (2000) argumenta que a partir da concepção de dignidade surgiram políticas universalistas fundadas na premissa de igual dignidade para todos os seres humanos, bem como uma ideia universalista de direitos. Em contraponto surge a “política da diferença” em resposta a concepção de identidade, a partir da qual todos os grupos e indivíduos tem o direito ao reconhecimento de suas identidades (TAYLOR, 2000, p. 250). Ou seja, para a política da dignidade, o ser universal tem o mesmo conjunto de direitos e obrigações enquanto que a política da diferença, tem por base o reconhecimento de uma identidade particular de indivíduo ou grupo, que o faz diferente dos demais. Assim:

Conflitos semelhantes advêm hoje em torno da política da diferença. Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem deveras “cegas” às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência [*sic*] a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado (TAYLOR, 2000, p. 251).

O estudo de Taylor (2000, p. 260) foi realizado com base no exame do sistema político e das emendas constitucionais que determinaram a diversidade linguística no Canadá, como medidas que seriam exemplo de uma “política de reconhecimento”. Assim, haveria mudança quanto a como os cidadãos seriam socialmente considerados, e, ao mesmo tempo, seria forma de satisfazer a necessidade humana de ser reconhecido como portador de identidade distintiva:

A exigência de reconhecimento assume nesses casos caráter de urgência dados os supostos vínculos entre reconhecimento e identidade, em que "identidade" designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos. A tese é de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento *errôneo* por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento *errôneo* podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora (TAYLOR, 2000, p. 240).

Diante desse enfoque, e considerando que as sociedades contemporâneas são marcadas pelo interculturalismo, Taylor defende um liberalismo atento a defesa dos direitos fundamentais e tratamento igualitário, mas capaz de reconhecer as diferenças e propor direitos específicos para sua proteção. A proposta é de que o liberalismo seja mais tolerante, evitando a

homogeneização da diferença e que seja mais adequado as sociedades multiculturais (TAYLOR, 2000, p. 266-267).

Em um segundo momento, o reconhecimento passa a ser analisado sob o enfoque da moral, conforme a teoria desenvolvida por Honneth (2009). Para tanto, o autor afirma que os conflitos sociais da sociedade têm por origem a luta por reconhecimento. Isso porque tanto indivíduos como grupos são inseridos na sociedade através da luta por reconhecimento intersubjetivo, tanto em relação ao semelhante como em relação ao Estado, e não por autoconservação como preconizado por Hobbes e Maquiavel.

Sob essa perspectiva, Honneth (2009, p. 30) utilizou como base para construção de sua teoria os estudos realizados por Hegel sobre a luta por reconhecimento. Hegel, partindo dos estudos de Hobbes e Maquiavel, propõe que indivíduos em estado de natureza, em permanente estado de “desconfiança recíproca” somente atingiriam a realização pessoal pela submissão dos sujeitos a um poder soberano, através do contrato. Assim, a ideia de contrato surge como autoconservação, uma vez que preveniria a guerra de todos contra todos, uma vez que os conflitos ameaçam a natureza egocêntrica do homem (HONNETH, 2009, p. 35).

A partir da reinterpretação do modelo de Maquiavel e Hobbes da luta social de todos contra todos, Hegel demonstra que esse cenário de luta não objetiva unicamente a autoconservação mas, ao contrário, visa obter o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana (HONNETH, 2009, p. 48). Essas formas relacionais de dependência levam então à visão dos indivíduos como parte de um todo nas relações entre si. Hegel descreve o estabelecimento das primeiras relações sociais por processo de afastamento dos sujeitos das determinações naturais. Desse modo, esse “aumento de individualidade” é evidenciado através de duas etapas de reconhecimento recíproco, seja em relação ao indivíduo, seja em relação ao grupo (HONNETH, 2009, p. 49), o que explicaria a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos.

Para Hegel os conflitos sociais são motivados por demandas por reconhecimento relacionadas ao amor, na esfera individual, ao direito, na sociedade e da solidariedade, em relação ao Estado (HONNETH, 2009, p. 60). Foi então que, a partir desses parâmetros, Honneth aponta as lutas por reconhecimento como elemento de movimento nas sociedades contemporâneas:

a luta por reconhecimento não somente contribui como elemento constitutivo de todo processo de formação para a reprodução do elemento espiritual da sociedade civil como influi também na forma inovadora sobre a configuração interna dela, no sentido de uma pressão normativa para o desenvolvimento do direito (HONNETH, 2009, p. 95).

A partir desse parâmetro é que Honneth elabora sua teoria, propondo uma concepção normativa de eticidade a partir de diferentes dimensões de reconhecimento, já que indivíduos e grupos sociais somente podem formar a sua identidade quando forem reconhecidos intersubjetivamente. Esse reconhecimento ocorre através das diferentes dimensões da vida: no âmbito privado do amor, nas relações jurídicas, e na esfera da solidariedade social (HONNETH, 2009, p. 121). Nesse sentido:

são três as formas de reconhecimento: do amor, do direito e da estima que criam primeiramente, tomadas em conjunto, as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos podem chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos; pois só graças à aquisição cumulativa de autoconfiança, autorrespeito e autoestima, como garante sucessivamente a experiência das três formas de reconhecimento, uma pessoa é capaz de se conceber de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com objetivos e desejos (HONNETH, 2009, p. 266).

Na primeira concepção, Honneth (2009, p. 165), valendo-se dos estudos de psicologia de Winnicott, demonstrou que o indivíduo, ainda quando bebê, mantém uma relação simbiótica com a mãe, ou seja, mãe e filho são como um ser único, em razão da dependência absoluta. Em um segundo momento, por volta dos 6 meses, a partir da noção de independência entre ambos, começa a surgir a dependência relativa, já que a mãe não tem mais condições de satisfazer as necessidades da criança imediatamente. Aqui, a criança reconhece a mãe como um objeto com desejos próprios. Honneth afirma que, no primeiro modelo, ocorre a destruição, onde a criança passa a expressar agressividade, como uma espécie de luta. Na segunda, mãe e filho passam por uma transição, já que a mãe precisa aceitar que o bebê está passando por amadurecimento, ocorrendo então reconhecimento recíproco.

Para Honneth, o amor somente surge quando a criança reconhece o outro como uma pessoa independente, quando não está mais num estado simbiótico com a mãe. O amor é o fundamento da autoconfiança, pois permite aos indivíduos conservarem a identidade e desenvolverem a autoconfiança, indispensável para a sua autorrealização. Nesse sentido, a autoconfiança é que fornece a base concreta emotiva para a defesa e reivindicação de direitos, na rede de reconhecimento jurídico, bem como as condições pessoais para a participação na rede de solidariedade e estima social. O amor é a forma mais elementar de reconhecimento e é responsável pelo desenvolvimento da autonomia necessária para a vida pública. Assim:

Um semelhante modo de autoconfiança constitui o pressuposto elementar de toda espécie de autorrealização, na medida em que faz o indivíduo alcançar aquela liberdade interior que lhe permite a articulação de suas próprias carências; por conseguinte, a experiência do amor, seja qual for a figura institucional que ela assumiu

historicamente, represente o cerne mais íntimos de todas as formas de vida a serem qualificadas como éticas (HONNETH, 2009, p. 276).

Segundo o autor, o direito é a segunda forma de reconhecimento, no sentido de que a partir da ciência quanto a autonomia do outro, surgem as bases jurídicas para reconhecer o outro enquanto membro de uma comunidade de direitos. Em outros termos, para Hegel e Mead, somente podemos alcançar a compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando tivermos ciência sobre quais obrigações temos para com o outro, ou seja, apenas da ‘perspectiva de outro-generalizado’, isto é, de que os outros membros da sociedade também são portadores de direitos. Ao possuímos direitos individuais, podemos exigir que estes sejam socialmente respeitados, o que permite ao sujeito perceber o respeito que goza perante os demais membros da sociedade e desenvolver o autorrespeito. Se no amor, o reconhecimento é possível porque há dedicação emotiva; no direito, porque há respeito. Em ambos, somente há autonomia quando há o reconhecimento da autonomia do outro. Assim:

Que o autorrespeito é para a relação jurídica o que a autoconfiança é para a relação amorosa é o que já se sugere pela logicidade com que os direitos se deixam conceber como signos anonimizados de um respeito social, da mesma maneira que o amor pode ser concebido como a expressão efetiva de uma dedicação, ainda que mantida à distância: enquanto este cria em todo ser humano o fundamento psíquico para poder confiar nos próprios carenciais, aqueles fazem surgir nele a consciência de poder respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros. No entanto, só com a formação de direitos básicos universais, uma forma de autorrespeito dessa espécie pode assumir o caráter que lhe é somado quando se fala em imputabilidade moral como cerne, digno de respeito, de uma pessoa; pois só sob as condições em que direitos universais não são mais adjudicados de maneira dispar aos membros dos grupos sociais definidos por status, mas, em princípio, de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela (HONNETH, 2009, p. 195).

A evolução da história do direito comprova esta concepção, já que no século XVIII, há os direitos liberais da liberdade; no século XIX, os direitos políticos de participação e, no século XX, os direitos sociais de bem-estar (HONNETH, 2009). De modo geral, essa evolução mostra a integração do indivíduo na comunidade e a ampliação das suas capacidades, que caracterizam a pessoa de direito. Nessa esfera, o indivíduo é reconhecido como autônomo e moralmente imputável ao desenvolver sentimentos de autorrespeito.

A terceira forma de reconhecimento é a solidariedade (ou eticidade), a qual remete à aceitação recíproca das qualidades individuais, julgadas a partir dos valores existentes na comunidade. Nessa esfera, surge a autoestima, ou seja, uma confiança nas realizações pessoais e na posse de capacidades reconhecidas pelos membros da comunidade. A forma de estima

social é diferente em cada período histórico: na modernidade, por exemplo, o indivíduo não é valorizado pelas propriedades coletivas de seu grupo social, mas surge uma individualização das realizações sociais, o que só é possível com o pluralismo de valores. Honneth então afirma que a autoestima, pode ser entendida como o sentimento de orgulho do grupo ou honra coletiva:

O indivíduo se sabe aí como membro de um grupo social que está em condições de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os seus demais membros. Na relação interna de tais grupos, as formas de interação assumem nos casos normais o caráter de relações solidárias, porque todo mundo se sabe estimado na mesma medida (HONNETH. 2009. p. 209).

Para tornar sua tese possível, Honneth desenvolve a tipologia tripartite negativa das esferas do reconhecimento citadas anteriormente, como forma de demonstrar que sua violação acarreta a luta por reconhecimento, ou seja, toda luta por reconhecimento é motivada por uma experiência de desrespeito. Para o amor, o desrespeito seria os *maus tratos*, ou seja, o objeto violado é a integridade psíquica, o autorrespeito que cada um possui de si, adquirido, conforme Winnicott, através do processo intersubjetivo de socialização originado através da dedicação afetiva (HONNETH, 2009, p. 214). No segundo plano, o desrespeito ao direito ocorre pela *privação de direitos e a exclusão*, pois isso atinge a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídica. No terceiro, o desrespeito à solidariedade são as *degradações e as ofensas*, que afetam os sentimentos de honra e dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores.

Desse modo, percebe-se que as mudanças sociais podem ser explicadas por meio do desrespeito, gerador de conflitos sociais. Os conflitos surgem do desrespeito a qualquer uma das formas de reconhecimento, ou seja, de experiências morais decorrentes da violação de expectativas normativas. A identidade moral é formada por essas expectativas sendo que a mobilização política somente ocorre quando o desrespeito expressa a visão de uma comunidade. Tal situação identifica tanto o surgimento como o crescimento da demanda por reconhecimento de indivíduos e grupos, quanto a temática das identidades e diversidade cultural, na medida em que somente a partir do reconhecimento é que estes serão integrados na sociedade.

A partir do paradigma do reconhecimento sob os vieses moral e políticos é necessário identificar as bases do reconhecimento jurídico, o que será feito com base nos estudos de Jouannet (2021) e em documentos que versam sobre as questões de identidades e diversidade cultural na sociedade global.

### **1.3.2 O contorno jurídico do reconhecimento na sociedade global**

Como visto, o DIR “traduz a aparição de um novo paradigma social e cultural do reconhecimento das identidades que se impôs de vez no plano interno e internacional depois dos anos 1990” (JOUANNET, 2020, p. 405). Assim, ele se manifesta como uma prática jurídica maleável, formadora de frentes que buscam essencialmente a preservação e restauração de identidades e culturas. Tal prática ocorre a partir do reconhecimento das identidades e da diversidade cultural, dos erros cometidos no passado, na tentativa de reconstruir a narrativa identitária dos povos (JOUANNET, 2020, p. 409).

Segundo Jouannet (2020), o DIR pode ser entendido como um conjunto de instituições jurídicas, discursos, práticas e princípios que até então não estavam suficientemente teorizados e agrupados. Esse conjunto surge em contrapartida ao DID, auxiliando na construção do que se pode chamar uma sociedade internacional justa. Em outros termos, o paradigma da igualdade de direitos instituída pelo DID passa a conviver com o direito de ser diferente, de preservar a identidade e cultura dos povos e grupos sociais historicamente marginalizados.

Nesse cenário, percebe-se que a opressão da diversidade cultural e de identidades, se perfaz em direitos humanos, demandando respostas políticas e jurídicas após o fim da Segunda Guerra. Nessa linha, o direito foi mobilizado no âmbito internacional para dar respostas as reivindicações por reconhecimento a demandas relacionadas as identidades e diversidade cultural. Ou seja, o DIR se propõe a atuar em três esferas, relacionadas aos elementos essenciais da preservação da diversidade cultural e de identidades. São elas:

A primeira frente de atuação é a positivação do reconhecimento da diversidade cultural, que visa combater os fenômenos de dominação cultural associados à globalização. A segunda frente se relaciona à concessão de direitos específicos pelos quais se busca preservar a identidade de grupos ou indivíduos. A terceira frente diz respeito ao reconhecimento de danos cometidos no passado e a reparação dos crimes históricos, o que importa a (re)construção das identidades no tempo, e não no espaço, ilustrando como nações, povos ou indivíduos se esforçam para reconstruir sua “narrativa identitária” (JOUANNET, 2020, p. 409).

Essa mobilização do direito internacional na tentativa de contrapor as injustiças históricas cometidas aos grupos étnicos e minoritários, pode ser vislumbrada pelo estudo dos tratados internacionais que versam sobre a proteção da diversidade cultural e de identidades, tanto no aspecto global como no cenário específico da América Latina. Os primeiros movimentos direcionados a proteção das minorias e grupos étnicos se deu sob dois aspectos: primeiro, quanto ao reconhecimento de direitos a grupos específicos, a exemplo do direito a minorias e grupos indígenas, e depois pelo reconhecimento de direitos individuais, independente da sua participação destes em grupos. A necessidade de reconhecimento de

direitos subjetivos específicos surgiu diante da insuficiência da tutela concedida pela proteção objetiva advinda do Princípio da Diversidade Cultural concedida a esses grupos. Assim:

A garantia jurídica da diversidade das culturas não basta, por si só, para reconhecer cada pessoa no que constitui a sua dignidade e a sua especificidade, se esta deve ser protegida de forma mais especial. Ela deve ser acompanhada pela concessão de direitos subjetivos que conferem a cada pessoa direitos próprios oponíveis ao Estado, mas que também conferem aos grupos mais vulneráveis - minorias, povos indígenas - os meios jurídicos para preservar sua identidade diante dos grupos majoritários dos Estados (JOUANNET, 2021, p. 162).

O cenário de estigmatização de grupos minoritários e indígenas sempre marcou a sociedade já que sempre estiveram presentes no decorrer da história, principalmente ao considerarmos o legado do período colonial. Mesmo após as descolonizações, o que se viu foi a existência de discriminação inclusive pelos Estados ex-colonizados, que negaram a multiplicidade de identidades e discriminaram grupos minoritários, tribais ou étnicos em seus territórios, que eram forçados a se adaptar ao molde de Estados-nação (JOUANNET, 2021). Isso porque:

As colônias de povoamento levaram à negação completa da identidade dos povos indígenas, enquanto as colônias de exploração frequentemente geraram atitudes ambivalentes, imbuídas ao mesmo tempo de fascínio pelo Outro e rejeição, mas que, no fim, levou à marginalização dos povos colonizados e, dentro desses povos, à discriminação de alguns grupos étnicos (majoritários ou minoritários) em detrimento de outros. As situações pré-coloniais, coloniais e pós-coloniais são aqui inseparáveis, porque as demandas atuais são o produto de toda essa história que entrelaça inextricavelmente o passado e o presente (JOUANNET, 2021, p. 163).

O que se viu ao longo do tempo foi a transposição das reivindicações por reconhecimento de direitos a minorias e grupos específicos locais para nível internacional, na medida em que tal situação corresponde a uma multiplicidade de lutas aferível em escala global. Nesse contexto, Jouannet (2021) procura demonstrar porquê e como o processo de reconhecimento jurídico de grupos e povos emergiu de forma progressiva a nível internacional, através da atribuição de direitos específicos tanto a seus membros como a eles próprios, como sujeito de direitos. Inicialmente, com o fim da Guerra Fria, houve a consagração do Princípio das Nacionalidades, pela Liga das Nações, como forma de reconhecer a liberdade e igualdade entre Estados. Esse princípio foi implementado por uma série de tratados como os Tratados das Minorias de 1919-1920 (entre Polônia, Tchecoslováquia, Reino Sérvio-Croata-Esloveno, Romênia e Grécia) e os Tratados de Paz de Saint-Germain-en-Laye (1919, Áustria), de Neuilly (1919, Bulgária) e de Trianon (1919, Hungria).

Esse sistema permitia tanto o reconhecimento da identidade da minoria como tal, ao reconhecer sua existência *de facto* (mas não *de jure* como sujeito de direito), e seu direito à proteção nacional e internacional, como a aplicação do princípio de não discriminação e o reconhecimento mais específico de certos direitos concedidos a seus membros (JOUANNET, 2021). Foram reconhecidos os direitos ao uso livre da língua, ao livre exercício da religião e à educação específica, inclusive para criar escolas e ensinar em sua língua materna. Mas a realidade mostrava que estes tratados internacionais acabaram por instituir um regime de exceção, na medida em que apenas tinham aplicação para as minorias da Europa e não abrangiam os povos colonizados do restante do mundo.

Contudo, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) pôs fim a proteção as minorias instituída pela Liga das Nações, advento que coincide com o surgimento da proteção dos direitos humanos a nível internacional. O desenvolvimento da concepção dos direitos humanos surge como uma abordagem mais vantajosa para a sociedade internacional, já que a proteção transcende a condição de minorias e volta-se para a tutela da natureza humana comum a todos. Essa mudança surge na tentativa de suplantar as demandas dos movimentos nacionalistas que desestabilizavam a integridade dos Estados europeus e do mundo, já que fundadas na busca por proteção que considerem as diferenças culturais, religiosas ou linguísticas que caracterizaram as minorias (JOUANNET, 2021).

Percebe-se que o direito internacional do pós-guerra protegia as minorias a partir de garantias que assegurassem a não discriminação e tratamento igualitário com as maiorias, sem, contudo, reconhecer direitos específicos a esses grupos. Assim, o princípio da não discriminação, que já tinha aplicação no período entre guerras, tornou-se um princípio do direito internacional de direitos humanos, previsto nos Artigos 1 e 55 da Carta da ONU, Artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, nos dois Pactos de 1966 e no Artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950. Em outras palavras, o reconhecimento da não discriminação e igualdade entre grupos minoritários e maiorias não foi suficiente para garantir a identidade cultural das minorias. Assim:

Deste ponto de vista, o direito internacional dos direitos humanos após 1945 foi um fracasso sombrio, porque não apenas os direitos humanos e, em particular, o princípio da não discriminação, se mostraram completamente insuficientes para combater a discriminação e a marginalização de fato sofridas por muitas minorias, mas, além disso, as tentativas de assimilar minorias apenas reforçaram, por reação, suas diferenças identitárias (JOUANNET, 2021, p. 167).



Essa insuficiência de proteção às minorias, as quais seguiam marginalizadas, provocou uma nova flexibilização no direito internacional, voltado para o reconhecimento de direitos específicos aos membros das minorias, resgatando a proteção iniciada no período entre guerras no contexto europeu. O primeiro marco dessa mudança veio em 1966, com o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, que, no artigo 27, reconheceu de forma específica o direito a membros de minorias “étnicas, religiosas ou linguísticas” de ter “em comum com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião ou usar sua própria língua” (JOUANNET, 2021, p. 167). Essa regra acabava por impor uma obrigação negativa aos Estados, já que garantia que estes não privassem os grupos minoritários da sua vida cultural. Surge aqui o paradigma do reconhecimento das identidades, conforme o preâmbulo da Convenção-Quadro para proteção das Minorias Nacionais, de 1995:

Uma sociedade pluralista e genuinamente democrática não deve apenas respeitar a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa de cada pessoa pertencente a uma minoria nacional, mas também deve criar condições adequadas que lhes permitam expressar, preservar e desenvolver essa identidade.

Mesmo assim, as minorias continuavam vulnerabilizadas e estigmatizadas, na medida em que as majorias dentro dos Estados continuavam impondo seus modelos culturais, oprimindo e marginalizando as reivindicações pautadas na identidade, o que motivou uma reação a nível global iniciada na Europa. Com essa tendência, foram editados uma série de documentos jurídicos internacionais reconhecendo direitos específicos às minorias, a partir do reconhecimento explícito da identidade cultural, a exemplo do Documento de Copenhague (1990), da OSCE, e da Declaração da ONU sobre Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Regionais ou Minoritárias (1992). Inicialmente, o Documento de Copenhague reconheceu o direito das minorias de desenvolver sua identidade étnica, conforme previsão constante no item 32:

Pessoas pertencentes a minorias nacionais têm o direito de expressar, preservar e desenvolver livremente sua identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa e manter e desenvolver sua cultura em todos os seus aspectos, livres de qualquer tentativa de assimilação contra sua vontade. No em particular, eles têm o direito de usar livremente sua língua materna em particular e em público.

Do mesmo modo, os Estados signatários se comprometeram a garantir a proteção, no item 33, da “identidade étnica, cultural, linguística e religiosa das minorias nacionais no seu território e criar condições para a promoção dessa identidade”. Essas respostas normativas vieram ao encontro das mudanças do direito internacional após o final da Guerra Fria, ao

reconhecer a necessidade de proteção da diversidade cultural e de identidades, como “patrimônio humano” na sua totalidade (JOUANNET, 2020). Essa passagem do domínio da política para o domínio da cultura na proteção das questões de identidades e diversidade cultural foi evidenciada pela Declaração Universal sobre Diversidade Cultural (DUDC), da UNESCO, em 2001, ao declarar a diversidade cultural como ‘patrimônio comum da humanidade’, no seu Artigo 1. Este é o documento mais importante em termos de reconhecimento de direitos relacionados à identidade e cultura, servindo de base para a criação de normas constitucionais e infraconstitucionais por Estados, e também como fundamento para decisões judiciais. Sobre o tema, destaca Montiel:

Este é o primeiro acordo político de envergadura universal que busca enquadrar de modo construtivo os efeitos da mundialização no âmbito da cultura. Trata-se de um primeiro esforço para moderar a lógica uniformizante que subjaz nos processos econômicos e tecnológicos mundiais. Permanece nas mãos dos governos, da sociedade civil e da comunidade internacional a decisão de se servir deste instrumento jurídico para criar em seus países e no mundo um clima estável de confiança, de cooperação e de desenvolvimento (MONTIEL, 2003, p. 17-18).

Com a DUDC, a temática de proteção internacional aos direitos culturais passou a ser relacionada a proteção aos direitos humanos, conforme previsto no Artigo 5. Para tanto, a Declaração foi expressa em elevar a defesa da diversidade cultural, em seu Artigo 4, como “imperativo ético e inseparável da dignidade da pessoa humana”. Além disso, o documento teve como foco a preocupação e tutela de quatro eixos, quais sejam: identidade, diversidade e pluralismo; diversidade cultural e direitos humanos; diversidade cultural e criatividade; e diversidade cultural e solidariedade internacional.

Em 2004, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) emitiu relatório anual sobre a “Liberdade Cultural em um mundo diversificado”, elencando a “diversidade cultural como um dos principais desafios do nosso tempo” (PNUD, 2004, p. 01).

Assim:

De qualquer forma, o princípio da diversidade cultural (e da diversidade das expressões culturais) sem dúvida adquire a natureza de um princípio fundamental do direito internacional e reflete o novo paradigma do reconhecimento. Diante do caráter exponencial de uma globalização homogeneizante, o princípio consagra por si só a diversidade e a singularidade e evita a repetição idêntica de um determinado modelo cultural. (...) A consagração do princípio da diversidade cultural tende a encerrar séculos de negação do reconhecimento dos costumes, culturas e tradições de certos povos que durante tanto tempo foram dominados ou marginalizados (JOUANNET, 2020, p. 411).

Todos esses movimentos deram origem a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (CDC), da UNESCO, de 2005, a qual entrou em vigor em 2007. Sobre os efeitos da Convenção:

Ela reflete também a necessidade de se adaptar a um mundo que, desde o fim da Guerra Fria, vem se deslocando do domínio da política para o domínio da cultura, presenciando o entrelaçamento de questões identitárias, culturais e econômicas, e que está tornando o respeito pelas identidades culturais um novo requisito das políticas mundiais (JOAUNNET, 2020, p. 409)

Nesse sentido, a diversidade cultural pode ser compreendida como “a multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos grupos e sociedades. Estas expressões se transmitem entre os grupos e as sociedades e dentro deles” (UNESCO, 2005, p. 06). Esta diversidade cultural “é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para os organismos vivos e constitui o patrimônio comum da humanidade, que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das gerações presentes e futuras” (UNESCO, 2001, p. 03).

Sob essa perspectiva, foi a partir da CDC que a pluralidade étnico-cultural passou a ser uma norma, um princípio da diversidade que visa a proteção e promoção da pluralidade, gerando novos direitos e obrigações. Nesse viés, o texto da Convenção vincula o princípio da diversidade de expressões culturais a uma concepção ampla de cultura, que deve estar relacionada às identidades de indivíduos e grupos (JOUANNET, 2020). Essa vinculação entre cultura e identidade é confirmada pelo conceito de “propriedade cultural”: definida como “propriedade que simbolicamente transmite “identidade, valores e significado” (Preâmbulo e Artigo 1, g), da mesma forma que o conteúdo cultural é definido em relação às identidades (Artigo 4.2)” (JOUANNET, 2020, p. 410).

Nesse aspecto, Jouannet destaca que o princípio da diversidade cultural deve ser amplamente aplicável, destacando três elementos fundamentais desse regime jurídico: a igual dignidade e igual respeito a cada cultura (Artigo 2.3); o objetivo de preservação e proteção da diversidade e, por fim, a obrigação dos Estados aplicarem o princípio em seu próprio território (Artigo 5.2). Por essa razão, a normatização do princípio da diversidade adquire a natureza de um princípio fundamental do direito internacional, refletindo a novo paradigma do reconhecimento. Assim:

A consagração do princípio da diversidade cultural tende a encerrar séculos de negação do reconhecimento dos costumes, culturas e tradições de certos povos que durante tanto tempo foram dominados ou marginalizados. Isso faz com que a Convenção de 2005 seja um instrumento jurídico decisivo que, se devidamente

aplicado, pode mudar significativamente as formas de representação e as estruturas de avaliação cultural e simbólica que ainda prevalecem em todo mundo. Não há mais nenhuma possibilidade de se aceitar passivamente a dominação de qualquer modelo cultural, nem de avançar para uma cultura universal, pois o próprio princípio da diversidade consagra a pluralidade de todas as culturas existentes (JOUANNET, 2020, p. 411).

Quanto a realidade da temática na América Latina, as disposições constantes na DUDC, de 2001, acabaram por refletir na criação de normas constitucionais pelos países da região, garantindo o reconhecimento da diversidade e a não discriminação de grupos minoritários. Nesse sentido, e considerando o objeto dessa pesquisa, os seguintes países reconheceram de forma expressa, em suas Constituições, o direito e proteção dos indígenas e sua cultura indígena: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela (CEPAL, 2015).

Por outro lado, considerando a proteção a nível regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção) de 1969, não possui previsão específica quanto a proteção das identidades e diversidade cultural, mas prevê a proteção aos direitos relacionados ao tema como o direito a vida (Artigo 4), a integridade pessoal (Artigo 5), liberdade de consciência e religião (Artigo 13), dentre outros. A proteção à cultura foi prevista tanto na Declaração Americana dos Direitos do Homem (DADH), de 1948, em seu Artigo XIII, como no Protocolo Adicional à Convenção, de 1988, referente a direitos econômicos, políticos e culturais, em seu Artigo 14. Contudo, apesar da inexistência da previsão expressa que tutela a diversidade cultural, a CIDH tem utilizado a combinação de dispositivos na apreciação dos casos contenciosos, a exemplo do trecho da sentença proferida no Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai* (2005a):

O direito à identidade cultural, ainda que não esteja expressamente estabelecido, está protegido na Convenção Americana a partir de uma interpretação evolutiva do conteúdo dos direitos consagrados nos Artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 5 (direito à integridade pessoal), 11 (proteção da honra e da dignidade), 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 15 (direito de reunião), 16 (liberdade de associação), 17 (proteção à família), 18 (direito ao nome), 21 (direito à propriedade privada), 23 (direitos políticos) e 24 (igualdade perante a lei), a serem aplicados conforme os fatos do caso concreto. Ou seja, nem sempre que se infringir um dos Artigos mencionados, o direito à identidade cultural será afetado (CHIRIBOGA, 2006, p. 51).

É nesse contexto que se revela a importância de responder às injustiças globais relacionadas à exclusão do cenário social de indivíduos e grupos em razão de suas identidades e diversidade cultural. Se uma sociedade justa somente pode ser garantida através do respeito aos valores da igualdade e liberdade, é a partir do combate a opressão das identidades e

diversidade cultural, que tal intento será alcançado. Esse é o paradigma assumido pelo direito internacional pós-Guerra Fria, especialmente no que diz respeito ao DIR. Nesse sentido:

La sociedad contemporánea debe fundarse sobre el reconocimiento y legitimidad de la pluralidad y no sobre valores únicos y tradicionales, pues sobre valores como estos el orden social no puede más que configurar una racionalidad que proscribire, censura excluye otras subculturas que históricamente han intentado ocupar un espacio en la sociedad y habitar el mundo como seres humanos y no como individuos marginados (SALCEDO, 2005, p. 01).

Além da proteção à diversidade cultural, também a reivindicação pelo reconhecimento de identidades passa a ser objeto do DIR, na medida em que compete aos Estados a preservação e promoção das identidades individuais e coletivas, como reação a estigmatização (JOUANNET, 2020). Nessa linha, a atuação é bipartida, evidenciada a partir de direitos conferidos a grupos específicos (direito das minorias e dos povos indígenas) ou indivíduos (direitos culturais, direitos humanos ou direito das mulheres, por exemplo). Foi a partir de 1990 que houve a intensificação no plano internacional pelo reconhecimento de direitos específicos às minorias, baseados no reconhecimento da identidade cultural, sendo que no primeiro momento os textos foram europeus:

Dentre eles, incluem-se o Documento de Copenhague, da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), de 1990, a Declaração da ONU Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, a Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, os Critérios de Copenhague estabelecidos em 1993 como condições para o ingresso de novos países na União Europeia, e ainda a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, firmado no âmbito do Conselho da Europa (JOUANNET, 2020, p. 413).

Sob essa perspectiva, o direito à identidade cultural consiste no direito de todo grupo étnico-cultural e seus integrantes de fazerem parte de uma determinada cultura e, conseqüentemente serem aceitos e reconhecidos como diferentes, com o direito de preservar sua própria identidade e patrimônio cultural tangível e intangível. Além disso, possuem o direito de não serem coagidos a se tornarem integrantes de outra cultura ou de ser assimilado, involuntariamente, por ela (CHIROBOGA, 2006, p. 45).

Para além da tutela da diferença e dos direitos específicos, Jouannet (2020) argumenta que existe uma terceira dimensão do DIR: a reparação dos erros históricos. Quanto a este terceiro aspecto, ou seja, quanto a demanda por reparação de crimes praticados no passado contra as identidades e diversidade cultural de grupos, se consubstancia no efeito atemporal desse tipo de violência. Isso porque as identidades de grupos não são formadas unicamente pela

história do indivíduo, mas são tecidas a partir das histórias herdadas do passado e da memória comum transmitida por gerações (RICOER, 2004). Assim:

A solução para crimes históricos não é apenas jurídica, mas social, política, educacional e cultural. Para além da justiça feita em um caso específico (...) somente a educação ou a criação de novas instituições podem permitir a próxima geração de ex-colonizados e de ex-colonizadores extrair as lições dos erros e crimes do passado, ajudando a desconstruir as estruturas políticas e morais e as representações culturais subjacentes que tornaram esses crimes possíveis, livrando-se da perpetuação de regras, práticas e instituições estigmatizantes (JOUANNET, 2020, p. 419).

Assim, percebe-se que com a evolução da sociedade está sendo gradualmente estabelecido no direito internacional um regime jurídico da diferença, ao lado do regime jurídico da igualdade, na busca por respostas às injustiças globais relativas à opressão da diversidade cultural e de identidades na América Latina (JOUANNET, 2020). Em outros termos, evidencia-se que a negação do reconhecimento como elemento presente no decorrer da história é o causador das injustiças globais, especialmente quanto as identidades e diversidade cultural. Essa demanda por justiça é evidenciada pela busca por igualdade e diferença entre os indivíduos, situação violada pela opressão das identidades e diversidade cultural. Diante desse cenário, resta eminente a necessidade de criar meios que ao menos amenizem essas injustiças, como, por exemplo, a atuação contenciosa da CIDH, em favor de uma sociedade justa e decente.

## **CAPÍTULO 2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM FOCO**

Considerando os alicerces teóricos desenvolvidos no capítulo anterior, os quais situam a temática do reconhecimento na concepção crítica do direito internacional destinada ao tratamento de injustiças globais, passa-se ao desenvolvimento da pesquisa empírica sobre a atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na proteção das violações atinentes a opressão da diversidade cultural e de identidades de povos indígenas da região. O capítulo inicia debatendo o papel político da atuação da CIDH, contextualizando o cenário em que ela foi criada e traçando uma linha evolutiva quanto ao paradigma de proteção aos direitos humanos desde a sua criação até os dias de hoje (2.1). Se de um lado a implementação dos enfoques doutrinários de Jouannet (2020, 2021) exige a atuação de instituições que realizem essas diretrizes, a exemplo da CIDH, é essencial que se verifique como a CIDH tem tratado a questão da vulnerabilidade ao longo da sua história, e de que forma a sua atuação ajuda a solidificar e expandir um Direito Internacional do Reconhecimento (DIR).

A segunda seção objetiva delimitar o universo da investigação empírica das sentenças proferidas pela CIDH, traçando os critérios exploratórios do trabalho (2.2.). Para tanto, será feita uma breve revisão de trabalhos de investigação empírica que avaliaram o conteúdo e/ou o impacto das sentenças da CIDH, a fim de estabelecer os parâmetros processuais, os mecanismos de busca e os critérios para a delimitação do acervo aqui pretendido. Por fim, a terceira seção apresenta o inventário quantitativo das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH e as agrupa tanto em um acervo geral quanto em um acervo dedicado apenas às sentenças relacionados à opressão da diversidade cultural e de identidade (2.3.). Estes dois acervos serão debatidos por ano, por país e por tipo normativo, a fim de traçar uma cartografia do DIR na CIDH. Ainda, aqui será delimitada a aldeia de investigação a ser explorada qualitativamente no terceiro capítulo do trabalho.

### **2.1 O PAPEL POLÍTICO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A compreensão da representatividade e importância do papel desenvolvido pela CIDH exige que se examine o contexto histórico que serviu de cenário para a construção desse aparato de tutela de direitos de grupos vulnerabilizados. Essa contextualização também é relevante ao se considerar as implicações que o cenário político da época, na região, infligiu às decisões judiciais proferidas, o que marca a evolução da proteção de direitos tanto em relação aos direitos tutelados, como as formas de tutela que foram concedidas (ABRAMOVICH, 2009). A primeira subseção debate o cenário de criação da CIDH e o impacto do contexto histórico regional na

jurisprudência da CIDH (2.1.1). A segunda explora a tipologia da vulnerabilidade desenvolvida pela CIDH ao longo dos anos, como referencial para exame dos casos que lhe são submetidos (2.1.2).

### **2.1.1 Contexto de criação da CIDH, os seus limites e possibilidades**

Segundo Abramovich (2009), o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) desempenha um papel crucial na América Latina, diante da diversidade de violações a direitos humanos somadas à interculturalidade intrínseca às populações da região. Isso porque a jurisprudência da CIDH, além de tutelar a violação desses direitos, serve não só para punir Estados, mas também para fornecer parâmetros para a implementação de políticas públicas de proteção (ABRAMOVICH, 2009), servindo ainda como fonte de interpretação para os julgadores dos órgãos judiciários internos (ABRAMOVICH, 2009). Para o autor, esses seriam os principais desafios a serem enfrentados, e as maiores contribuições do SIDH:

capacidade de guiar com parâmetros e princípios a atuação dos Estados democráticos nas situações concretas, tanto a jurisprudência dos tribunais, a fim de determinar o alcance dos direitos, como os processos de formulação de políticas públicas, contribuindo desse modo para o fortalecimento das garantias institucionais e sociais desses direitos nos diversos espaços nacionais (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Nesse contexto, a necessidade de um sistema de proteção aos direitos humanos na América Latina já vinha sendo justificada pelo cenário de violência que marcou a região desde o período colonial, sucedido pelos regimes ditatoriais que assolaram diversos países entre os anos 1960 e 1980 (ABRAMOVICH, 2009), e pela conseqüente democratização tardia dos países da região. Para Piovesan (2014, p. 143), basicamente “dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil”. Em outros termos, segundo Abramovich, “o SIDH ganhou legitimidade por estar vinculado a momentos relevantes dos processos políticos do país, especialmente a resistência às ditaduras e reconstrução da ordem constitucional e democrática” (ABRAMOVICH, 2009, p. 23). Nesse cenário, a evolução do SIDH coincide com o movimento de resistência aos regimes ditatoriais, como pondera o autor:

El movimiento de los derechos humanos en la región surge fundamentalmente como un movimiento de resistencia a las dictaduras. Luego, durante las transiciones, es también un movimiento tendiente a dismantelar el legado de las dictaduras en las transiciones democráticas. En la actualidad, en muchos de nuestros países finalizaron las transiciones y no hay democracia; tenemos democracias débiles, incapaces de



garantizar la vigencia de derechos, con niveles altísimos de exclusión social. Son exclusiones de ciudadanía; no sólo afectan los derechos económicos, sociales y culturales, sino que también determinan que ciertos sectores sociales sean más vulnerables sistemáticamente a la violación de derechos sociales y políticos (ABRAMOVICH, 2004, p.118).

Da mesma forma, Abramovich (2004) evidencia que a consolidação do SIDH também dá origem a concepção de “estándares jurídicos mínimos, básicos, pero que universalizan ciertos temas. Empiezan a circular, van de lo internacional a lo local, muchas veces de lo local a lo internacional, pero fijan algunos contenidos mínimos para la definición de políticas (ABRAMOVICH, 2004, p. 118). Isso porque o SIDH é quem tem legitimidade para a definição desses ‘estándares jurídicos mínimos’ para a proteção de direitos humanos:

Si uno piensa en el sistema regional, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana son los únicos órganos para fijar algunos estándares mínimos em cuestiones clave para la definición de políticas públicas —pensemos, por ejemplo, en cuestiones como el acceso a la justicia, cuestiones como transparencia incluso recientemente cuestiones vinculadas a la libertad sindical—. Y esos estándares van a tener un valor regional para todos los países de la región, incluso para los países del bloque regional (ABRAMOVICH, 2004, p. 119-120).

Diante desse cenário é que se dá o surgimento do SIDH, concomitantemente à criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), ocorrido no âmbito do Pacto de Bogotá, em 1948, representando uma tentativa de resposta as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial aos povos, a partir da criação de um sistema regional de proteção aos direitos humanos, em complementação ao sistema universal de proteção instituído pela ONU. Em que pese Abramovich (2009) e Piovesan (2014) argumentarem que a criação do SIDH coincide com o cenário político ditatorial vigente na América Latina na época, marcado por violações reiteradas e em massa a indivíduos e grupos, característica dos conflitos armados, é necessário reconhecer que ele transcende os direitos civis e políticos, para alcançar também os direitos sociais e culturais inerentes aos povos originários da América Latina. Nesse viés, o “sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos” (PIOVESAN, 2014, p. 144). Do ponto de vista das particularidades regionais:

os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em

face dos Estados vizinhos, em casos de violações. [...] Um efetivo sistema regional pode conseqüentemente complementar o sistema global em diversas formas (HEYS E VILJOEN, 1999, p. 423).

Nesse momento inicial, o SIDH era utilizado como último recurso na tentativa de reparação as violações às vítimas, ante a impossibilidade de se recorrer aos sistemas de justiça domésticos aos países, já que este sofria manipulação e controle ditatorial (ABRAMOVICH, 2009). A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão), nesse período, foi marcada pela emissão de relatórios que “serviram para documentar situações com rigor técnico e para legitimar as denúncias das vítimas e suas organizações, além de expor e desgastar a imagem dos ditadores nas esferas local e internacional” (ABRAMOVICH, 2009, p.09). Essa política de “name and shame”, inaugurada pelos relatórios na época dos regimes ditatoriais, é utilizada pela Comissão em função do caráter não vinculante das suas recomendações, na medida em que:

A Comissão Interamericana inovou pela primeira vez na estratégia de investigação de direitos humanos e relatórios nas décadas de 1950 e 1960. Hoje, essas táticas de "nomes e vergonha" são a espinha dorsal das atividades de promoção de direitos por organizações não governamentais de direitos humanos (CAVALLARO; BREWER, 2008, p. 15, tradução nossa).

Posteriormente, por volta dos anos 1990, a atuação dirigiu-se ao tratamento das sequelas do contexto ditatorial, especialmente no que se refere aos danos causados nas instituições democráticas (ABRAMOVICH, 2009). Assim foram delineados os princípios do acesso à justiça, a verdade, a reparação de graves e reiteradas violações a direitos humanos, também emergindo as bases da proteção da liberdade de expressão e vedação à censura (ABRAMOVICH, 2009). Segundo Abramovich (2009), o intuito, nesse momento, era de adaptar e fortalecer as condições estruturais do sistema, de modo a garantir a efetividade de direitos no âmbito nacional.

Nesse cenário, Robles (2014) evidencia a importância política do papel desempenhado pela Comissão já que, mesmo ante a ausência de efeito vinculante de suas recomendações, é inegável o impacto que estas representam aos Estados Partes, haja vista que:

La Comisión es un órgano de naturaleza cuasi política y cuasi judicial. Su naturaleza es cuasi política porque al carecer de fuerza vinculante sus resoluciones, necesita de apoyo y voluntad política para alcanzar sus metas. Su naturaleza es también cuasi judicial porque trabaja como un tribunal: recibe denuncias, las tramita, las investiga y emite resoluciones. Pero estas resoluciones imponen como sanción máxima una sanción de índole moral: la publicación (ROBLES, 2014, p. 262)

Contudo, apesar da inexistência de natureza vinculante dos relatórios da Comissão e jurisprudência da CIDH, é incontestável a importância e influência da atuação do SIDH, haja vista que “as decisões adotadas pelos órgãos do sistema num caso concreto tem um valor heurístico de interpretação dos tratados aplicáveis ao conflito que transcende às vítimas afetadas no processo” (ABRAMOVICH, 2009, p. 12). Assim, a jurisprudência internacional passa a servir de guia para os sistemas jurídicos internos dos Estados, denominado, segundo Abramovich (2009, p. 12), de “processo de globalização de parâmetros de direitos humanos”, na medida em que a “jurisprudência fixada pela Comissão e especialmente pela Corte incidiu em diversas alterações jurisprudenciais nos países da região, em temas relacionados com a frágil e deficitária institucionalidade das democracias latino americanas”, a exemplo da descriminalização do desacato, do acesso à informação pública e dos limites da persecução penal de manifestações públicas pacíficas.

Nesse sentido, válido destacar o parágrafo 124 da sentença proferida pela CIDH no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 2006, sobre a importância do papel desempenhado também pela jurisdição interna dos Estados signatários da Convenção:

Pero cuando um Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH, 2006).

Sobre o tema, destaca Burgorgue-Larsen (2018):

Hoy en día, los sistemas nacionales latinoamericanos son cada vez más permeables al derecho internacional y más específicamente al derecho internacional de los derechos humanos así como a la jurisprudencia de la Corte IDH. Por lo tanto, se puede percibir un movimiento de *responsabilización* del juez nacional (BURGORGUE-LARSEN, 2018, p. 310).

Passado esse período inicial relacionado aos direitos civis e políticos, Abramovich (2009, p. 16) argumenta que a preocupação com o acesso e administração da justiça dá lugar a questões relacionadas a demandas por igualdade de grupos e indivíduos, referentes a reivindicações de setores excluídos, que tem seus direitos de participação e expressão afetados por padrões de violência institucional ou social, bem como por obstáculos ao acesso à esfera

pública, ao sistema político, ou à proteção social ou judicial. Nesse contexto, Abramovich (2009, p. 16) demonstra que o SIDH hoje se ocupa de uma nova agenda, a partir da inserção de novas temáticas aliadas as demandas tradicionais por justiça. Para tanto, houve a consolidação de uma agenda vinculada aos problemas decorrentes de desigualdades e exclusão social, como reflexo das desigualdades sociais e exclusão de setores da população e exercício de direitos civis, sociais, culturais e políticos, como legado do processo de democratização da América Latina (ABRAMOVICH, 2009, p. 17). São exemplos dessa realidade:

a violência policial marcada pelo recorte social ou racial, a superpopulação e a tortura nos sistemas penitenciários; as práticas generalizadas de violência doméstica contra as mulheres; a privação da terra e da participação política dos povos e comunidades indígenas; a discriminação da população afrodescendente no acesso à educação e à justiça; o abuso das burocracias contra os imigrantes indocumentados; os deslocamentos em massa de população rural em contextos de violência social ou política, dentre outros (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Com base nessa concepção, tanto a Comissão como a CIDH transcendem a análise do caso individual para avaliar o cenário em que ocorrem as violações aos direitos humanos, com intuito de “ampliar o foco para situar os fatos específicos em padrões estruturais de discriminação e violência contra grupos ou setores sociais determinados” (ABRAMOVICH, 2009, p. 17). Como suporte para tal avaliação, o SIDH buscou reinterpretar o princípio da igualdade, de modo a “abordar temáticas sociais a partir de uma reinterpretação do alcance dos direitos civis e políticos estabelecidos na Convenção Americana” (ABRAMOVICH, 2009, p. 17). Assim:

Essas conseqüências partem de uma leitura na chave social do princípio da igualdade, já que implicam reconhecer como determinadas ações do Estado podem gerar impacto não numa pessoa individual, mas num grupo ou num setor subordinado da população. Isso equivale a mudar de lente e ampliar o prisma para observar o contexto social e as trajetórias sociais de certas pessoas como parte de um grupo ou coletivo subjugado ou discriminado (ABRAMOVICH, 2009, p. 19).

No que se refere a estrutura institucional do SIDH, esta foi formalizada com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, doravante Convenção. Trata-se do principal instrumento do SIDH, aplicável aos 25 (vinte e cinco) Estados que a ratificaram até 2021, quais sejam: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela (OEA, 2021). Aqui é

importante ressaltar que para os demais membros da OEA que não assinaram a Convenção, o SIDH é composto apenas pela Comissão, a qual já atua desde 1959 e é órgão obrigatório para todos os membros da OEA, os quais ratificaram o Pacto de Bogotá (1948).

Em relação ao aspecto processual da Convenção, a inovação fica por conta de a mesma ter incluído, ao lado da já existente Comissão, a CIDH como órgão judicial para fiscalização e proteção dos direitos humanos. A Comissão tem função precípua de promover a observância e proteção dos direitos humanos para os 35 Estados da OEA por meio de recomendações aos governos dos Estados Partes. Já a CIDH é responsável por atuar nas esferas consultiva e contenciosa, nos casos que lhe sejam submetidos pela Comissão, pelos Estados Partes, conforme previsão do Artigo 61<sup>1</sup> da Convenção. Dos 25 países que assinaram a Convenção, 22<sup>2</sup> reconhecem a competência da CIDH, nos termos dos Artigos 45<sup>3</sup> da Convenção, sendo que dos que a ratificaram, apenas Dominica, Granada e Jamaica não assinaram a referida cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Sobre o tema:

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2014, p. 89).

Ainda, sobre a função da CIDH:

La Corte es un tribunal regional internacional de protección de aquellos derechos humanos que están incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, también hoy en día, los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador que son justiciables, que son derechos económicos, sociales y culturales, así como los que protegen otros protocolos y documentos conexos que integran todo el sistema de garantías que tiene vigente hoy en día el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte es un tribunal que aplica el derecho internacional de los derechos humanos (VENTURA LOPES, 2003, p. 113).

A função consultiva da CIDH prevista no Artigo 41 “e”<sup>4</sup> da Convenção é destinada a fornecer parâmetros de interpretação da mesma e demais tratados internacionais que versem

<sup>1</sup> Artigo 61. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte (OEA, 1969).

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)

<sup>3</sup> Artigo 45. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção (OEA, 1969)

<sup>4</sup> Artigo 41, “e”. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: atender às consultas que, por meio da Secretaria-

sobre a tutela de direitos humanos no âmbito da OEA, inclusive quanto a compatibilidade de normas internas com os instrumentos internacionais, ou seja, o controle de convencionalidade (PIOVESAN, 2011). Nessa esfera, a interpretação exercida pela CIDH é “dinâmica e evolutiva, de forma a interpretar a Convenção considerando o contexto temporal da interpretação, o que permite a expansão de direitos” (PIOVESAN, 2011, p. 323). Essa função consultiva é exercida de forma ampla, na medida em que se admite a consulta por qualquer Estados Partes da OEA, independente da ratificação da Convenção e aceite da competência da CIDH (CARVALHO, 2020). Ainda sobre a função consultiva, Cavallaro e Brewer (2008) argumentam que a CIDH deve considerar a estreita relação entre “o clima político e os tipos de julgamentos que provavelmente serão implementados, trabalhando dentro dos parâmetros dos fatos e conclusões jurídicas em um determinado caso para maximizar a extensão em que uma decisão irá ressoar no nível doméstico” (CAVALLARO e BREWER, 2008, p. 822).

Além disso, em que pese o foco deste trabalho seja investigar as sentenças condenatórias, denominadas pela CIDH como “sentencia (Fondo, reparaciones y costas)” em relação as violações a diversidade cultural e de identidade relacionadas a povos indígenas, também é inegável a importância do papel consultivo na determinação dos parâmetros de reconhecimento à opressão de diversidade cultural e de identidade. Nesse ínterim, a CIDH, através da *Opinião Consultiva n° 22/2016*, reafirmou sua jurisprudência e reconheceu a proteção aos direitos humanos relacionados a indígenas sob a ótica da comunidade, e não apenas em termos individuais, unicamente como membro do grupo, como ocorreu até 2012, quando então o Tribunal passou a consagrar a concepção coletiva de proteção aos indígenas. Assim:

77. [...]la Corte ya ha establecido que las comunidades indígenas y los pueblos tribales comparten “características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo” . En razón de las características comunes entre las comunidades indígenas y los pueblos tribales, la Corte considera que las conclusiones que se señalen en este capítulo respecto al acceso al sistema interamericano de protección de derechos humanos, aplican asimismo a los dos tipos de comunidades (CIDH, 2016, p. 28-29).

Por outro lado, a função contenciosa da CIDH é direcionada à tutela jurisdicional dos casos concretos que envolvam violação a direitos humanos tutelados no âmbito da Convenção e demais tratados de direitos humanos, considerando a interpretação ampliativa da CIDH,

---

Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem (OEA, 1969)

conforme destacado por Burgorgue Larsen (2014), tendo por base o princípio pró-homine de acordo com o Artigo <sup>5</sup> da Convenção, o qual “proveer una interpretación que pueda otorgar a los individuos una protección máxima, es decir, pronta a privilegiar la interpretación más favorable a los individuos” (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 108). Conforme previsão do Artigo 61.1<sup>6</sup> da Convenção, apenas a Comissão e os Estados que aceitaram a sua jurisdição tem legitimidade para acioná-la, ao mesmo tempo que apenas Estados Partes, e não indivíduos ou grupos, podem atuar no polo passivo. A CIDH é integrada por 7 (sete) juízes que são escolhidos pelos Estados Partes da Convenção, para exercerem mandato de 6 anos, admitida uma reeleição por igual período, de acordo com o disposto no Artigo 52.1<sup>7</sup> e 54<sup>8</sup> da Convenção. Nessa concepção, é importante frisar que a atuação da CIDH somente é possível após esgotadas as vias judiciais internas dos Estados Partes para a tutela de direitos humanos, nos termos do Artigo 46 “a”<sup>9</sup> da Convenção.

Percebe-se que a CIDH exerce papel complementar ao sistema de justiça interno dos Estados Partes, já que, via de regra, sua atuação tem caráter supletivo e, portanto, político, haja vista que busca através da sua atuação tutelar a violação de direitos humanos que não tiveram a devida resposta local, ante a exigência de prévio esgotamento dos recursos internos, conforme Artigo 46.1 da Convenção (ABRAMOVICH, 2009). Nesse sentido, a busca por justiça que transcende os limites territoriais do Estado para chegar à esfera internacional, via SIDH, “exterioriza a clara transnacionalização de um movimento político e de uma demanda que esgotou seus limites no plano nacional” (POZZATTI e RIBEIRO, 2014, p. 127).

Sobre a importância da integração da CIDH com os sistemas internos de justiça, Huneus (2011) destaca:

---

<sup>5</sup> Artigo 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; 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; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (OEA, 1969).

<sup>6</sup> Artigo 61.1 Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. (OEA, 1969)

<sup>7</sup> Artigo 52.1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos (OEA, 1969).

<sup>8</sup> Artigo 54.1 Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três juízes (OEA, 1969).

<sup>9</sup> Artigo 46. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos (OEA, 1969).

Uma ferramenta que a Corte Interamericana tem em mãos é o seu regime de reparação que, juntamente com a supervisão do Tribunal quanto ao cumprimento de suas decisões, estabelece ligação entre o Tribunal e determinados atores estatais. Este link fornece uma oportunidade única e até agora subutilizada para aprofundar o relacionamento com atores além do executivo e para moldá-los como parceiros. Especificamente, o Tribunal poderia usar seu regime de reparação para intensificar o senso de responsabilidade dos atores e demonstrar os benefícios de participar do diálogo judicial transnacional ao aditar, citar e, de outra forma, promover a jurisprudência nacional a incorporar as decisões do Tribunal e seus em contextos nacionais (HUNEEUS, 2011, p. 496-497, tradução nossa).

Segundo Hunneus (2011), o regime de reparação desenvolvido pela CIDH é único porque representa um regime ativista nas sentenças que determinam a reparação, a partir da determinação de ordens “equitativas, extensas e detalhadas de compensação lateral” (HUNEEUS, 2011, p. 501, tradução nossa), a exemplo das “publicações de longas e detalhadas listas de medidas que o Estado deve executar para reparar as violações” (HUNEEUS, 2011, p. 501, tradução nossa). De igual modo, esse regime de reparação também é único ao aliar a sentença condenatória o sistema de supervisão de cumprimento das decisões emanadas pela CIDH, a partir da exigência de apresentação de relatórios, a serem realizados pelos Estados condenados, quanto ao efetivo cumprimento das determinações da Corte. Recebido o relatório, a CIDH “oferece à Comissão Interamericana e às vítimas a oportunidade de revisar e responde a esses auto-relatórios” (HUNEEUS, 2011, p. 501, tradução nossa). Inclusive, a partir de 2017 a CIDH disponibilizou campo específico em seu site para possibilitar a consulta por país dos casos que se encontram em fase de supervisão de cumprimento de sentença, como se pode aferir no website da CIDH<sup>10</sup>. Nesse sentido:

Em cada Sentença se ordenam múltiplas medidas de reparação, cuja execução é rigorosa e continuamente supervisionada pela Corte, até que se chegue ao cumprimento total. Ao avaliar o cumprimento de cada reparação, o Tribunal procede a um exame minucioso da execução de seus diferentes componentes bem como cuida que se materialize a respeito de cada uma das vítimas beneficiárias das medidas, sendo que há múltiplas vítimas na maioria dos casos (CIDH, 2018, p. 66).

De igual modo, Hennebel (2011, p. 58) destaca o papel único desempenhado pela CIDH, ao interpretar com liberdade, e de modo intencional, a Convenção “tratando o paradigma estadocêntrico e o voluntarismo com desdém e conseqüentemente, corre o risco de desagradar os Estados membros e estudiosos internacionalistas”. Essa conduta diferenciada exercida pela

---

<sup>10</sup> [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_en\\_supervision\\_por\\_pais.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm). Acesso em 20 fev.2021.



CIDH é justificável, segundo o autor, pelo fato desta ter como foco da sua atuação o ser humano, que não é visto como algo abstrato, mas, ao contrário, como aquele que “é vulnerável e precisa da proteção dos direitos humanos, sendo que destes, alguns grupos são mais vulneráveis, como crianças, mulheres, indígenas, pessoas com deficiência” (HENNEBEL, 2011, p. 58). Nessa concepção, Hennebel (2011) refere que o padrão de vulnerabilidade é tido como critério de identificação do titular do direito, sendo que a jurisprudência da CIDH demonstra que “os direitos humanos são adaptados para atender às necessidades de proteção dos indivíduos mais vulneráveis”, ou seja, “os direitos e as liberdades são interpretadas da perspectiva da vítima” (HENNEBEL, 2011, p. 61), o que torna única a atuação da CIDH. Válido destacar que, apesar das limitações, a atuação do SIDH tem forte papel político ao potencializar a transformação das realidades locais, já que:

Essa atuação, muito embora, em muitos casos, esbarre no princípio da soberania nacional dos Estados-partes, sempre gera tensões internas que fortalecem o debate indispensável para construção de uma sociedade que parece utópica, mas que na verdade é a sociedade que foi idealizada quando, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos Humanos. (POZZATTI e RIBEIRO, 2014, p. 139).

Em termos institucionais, a CIDH desempenha papel de protagonismo, na medida em que cada caso concreto analisado representa uma gama de situações potenciais, conforme as características culturais determinadas, haja vista que cada situação abrange “uma base cultural e um conjunto de prioridades e histórias que interagem de modo real com os valores internacionalmente reconhecidos” (ALLE, 2019, p. 335). Esse protagonismo exige que se estabeleçam requisitos para atuação material da CIDH, de modo a identificar quais são os temas relacionados a violações de direitos humanos que consideram a vulnerabilidade da vítima, seja ela um indivíduo ou grupo.

Nesse cenário, a questão da definição do que se concebe por vulnerabilidade ganha maior relevância ao se considerar as particularidades da formação populacional da América Latina, marcada pelo interculturalismo de raças decorrente da herança colonial (MOISES, 2002). Nesse sentido, Silva (2019, p. 262) argumenta que ainda hoje permanece uma estrutura de poder capaz de posicionar a raça como elemento fundante, para controlar identidades, “expurgando-as da condição de ser humano como forma de naturalização de violências justificadas pelo binarismo inferior/superior correlacionado a dicotomia colonizado/colonizador”. Apesar do incontroverso reconhecimento quanto a necessidade de proteção aos direitos humanos, seja pela positivação de direitos voltados a essa finalidade, seja pela proteção efetiva dos sujeitos vulneráveis e desfavorecidos que de forma recorrente sofrem

tais violações, não há uma definição legal do que se entenda por vulnerabilidade (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014). Nessa perspectiva, apesar da atenção que os órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos dedicam a esse tema, “ainda falta uma conceitualização adequada de vulnerabilidade, inclusive com critérios para identificar pessoas ou grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade” (CHAPMAN e CARBONETTI, 2011, p. 685).

Somando-se a isso, Estupiñan-Silva (2014) argumenta que a compreensão da vulnerabilidade também perpassa pelos enfoques da igualdade e da não discriminação. A relevância em se definir parâmetros que auxiliem na identificação dos indivíduos e grupos a serem protegidos é justificada pela diversidade de direitos humanos que vem sendo violados ao longo do tempo (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014). Isso porque além das violações tradicionais, como aquelas relacionadas a direitos civis e políticos, tais como a liberdade de expressão e pensamento, informação e devido processo legal, somam-se a graves discriminações relacionadas a “membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e linguística, ademais de violações dos direitos fundamentais e do direito internacional humanitário” (CANÇADO TRINDADE, 2014, p. 94). É nesse sentido que a vulnerabilidade destes grupos e indivíduos está na base da preocupação do DIR, na medida em que essa concepção do direito internacional tem como objetivo amenizar as injustiças globais relacionadas a diversidade cultural e de identidade de grupos vulneráveis, como é o caso dos povos indígenas (JOUANNET, 2020).

Nessa linha, importante avaliar a atuação da CIDH sobre dois aspectos. O primeiro se relaciona à concepção de vulnerabilidade, na medida em que as violações de direitos humanos submetidas à CIDH envolvem um indivíduo ou grupo vulnerável, e o segundo aspecto diz respeito à operacionalização da igualdade, e se relaciona à necessidade de uma atuação positiva por parte dos Estados. O conceito de vulnerabilidade é chave nos processos desencadeados pela CIDH, já que somente os casos que envolvam violações graves a indivíduos e grupos vulneráveis é que são submetidos à sua jurisdição, conforme construção jurisprudencial (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014). Nesse viés, há entendimentos de que a CIDH deve conhecer apenas os casos que apresentam um grau de gravidade superior à média das violações dos direitos humanos nos Estados Partes tendo em consideração a sua magnitude, intensidade e duração (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 195). A importância da definição da concepção de vulnerabilidade é ainda mais relevante ao considerar que a Convenção não definiu o conceito de vulnerabilidade em seu texto, dificultando a atuação dos juízes na tutela dos direitos humanos. É nesse sentido que o reconhecimento da vulnerabilidade é um primeiro desafio para que casos sejam aceitos na CIDH e, eventualmente, tenham sobre eles incidido o DIR. Assim:

Apesar de toda a atenção que os órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos têm a eles dedicado, ainda falta uma conceitualização adequada de vulnerabilidade, inclusive com critérios para identificar pessoas ou grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade (CHAPMAN, 2001, p. 682-732).

Por isso é importante discutir a tipologia da vulnerabilidade, construída pela jurisprudência da CIDH ao longo do tempo, conforme estudos consolidados por Estupiñan-Silva (2014).

### **2.1.2 A consolidação da tipologia de vulnerabilidade pela CIDH**

A necessidade de direcionar os estudos sobre a questão da vulnerabilidade é importante na América Latina, na medida em que “el contingente de los “vulnerables” constituye una parte sustancial de la población en los Estados sobre los que ejerce jurisdicción la Corte Interamericana (RAMIREZ, 2019, p. 03). Como destacado por Hennebel (2011) a jurisprudência da CIDH demonstra que o padrão de vulnerabilidade do ser humano é tido como critério de identificação do titular do direito a ser protegido pelo tribunal. Isso porque o ser humano figura não só como vítima, mas como beneficiário dos direitos previstos da Convenção e, por consequência, da tutela jurisdicional exercida pela CIDH, já que:

Para a Corte Interamericana, os direitos e liberdades da Convenção formam um todo sistemático que responde a um certo equilíbrio e lógica dialética. Os direitos são os fios que compõem o tecido da Convenção, cuja base é constituída por obrigações gerais e cujos contornos são os princípios de igualdade e não discriminação. A violação de um direito tem um impacto sobre o todo e é responsabilidade do tribunal restabelecer o equilíbrio e preservar o sistema. O Centro desse equilíbrio está no ser humano, e é em torno do ser humano que o sistema está organizado e estruturado. O indivíduo é a fonte do sistema protecionista como o beneficiário de direitos e a vítima de violações. Seu papel, então, é central, pois ele é tanto o sujeito da lei quanto o ator (HENNEBEL, 2011, p. 76).

Apesar da indeterminação legislativa quanto ao conceito de vulnerabilidade, haja vista que não existe texto legal que defina o conteúdo e extensão da expressão, alguns autores conferem uma concepção ampla ao termo:

El concepto de vulnerabilidad puede aplicarse a individuos, a grupos sociales o a sociedades. Traduce un estado de debilidad, la ruptura de un equilibrio precario, que arrastra al individuo o al grupo a una espiral de efectos negativos acumulativos. Un rasgo distintivo de la vulnerabilidad es la incapacidad de actuar o de reaccionar a corto plazo a fin de enderezar la situation (FORSTER, 1993, p. 328).

De igual modo, Jubilit (2019) buscou construir a definição de vulnerabilidade a partir da aferição de quais seriam os elementos que lhe dão concretude, em termos de direito internacional. Isso porque a caracterização da vulnerabilidade sempre esteve atrelada a concepção de minorias, bem como com a interação com fatores econômicos, políticos e culturais (JUBILUT, 2019). Nesse sentido, a autora propõe a compreensão da vulnerabilidade como:

a qualidade de se estar em uma situação desprivilegiada e/ou desempoderada em função de características pessoais ou do entorno (social ou situacional) e em que se pode sofrer algum dano (físico, moral ou de direitos), necessitando de proteção específica (ou peculiar) (JUBILUT, 2019, p. 872).

Partilhando desse entendimento, a CIDH, mobilizada pela Comissão, já destacava a relação existente entre vulnerabilidade e o contexto em que ocorreu a violação, referindo ainda a questão da vinculação do princípio com a concepção de igualdade, como se pode aferir pela *Opinião Consultiva n° 18/2003*, que, examinando a condição jurídica dos migrantes indocumentados, vinculou a noção de vulnerabilidade as condições de exposição da vítima, argumentando que “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo” (CIDH, 2003, parágrafo 131, p. 125). De igual modo, também pela perspectiva da jurisprudência da CIDH, esta vincula a noção de vulnerabilidade a exposição das vítimas, a exemplo dos parâmetros fixados no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 2006, nos seguintes termos:

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (CIDH, 2006, p. 103).

Para suprir tal lacuna conceitual, Estupiñan-Silva (2014) desenvolveu uma tipologia de vulnerabilidade para entender os parâmetros utilizados pela CIDH para escolha dos casos que são apreciados pelo Tribunal, segundo a qual três elementos são considerados para a aferição da fragilidade da vítima, quais sejam: causas subjacentes, a exposição a circunstâncias e a sensibilidade, de modo a identificar o sujeito vulnerável (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014). Com

essas premissas, a aferição da vulnerabilidade depende da realização de um teste, em que são consideradas as limitações de acesso das pessoas aos direitos convencionais, bem como da avaliação das dinâmicas estruturais dos Estados para respeitar esses direitos, o que depende de cada realidade social (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014). Do mesmo modo, segundo a autora, com o intuito de determinar o sujeito vulnerável, a CIDH avalia a sensibilidade das pessoas e grupos diante das ameaças, especialmente no que tange a fragilidade física e social. Essa tipologia de vulnerabilidade considera ainda a condição pessoal aliada a uma situação específica, a exemplo dos migrantes, mulheres, povos indígenas, dentre outros. Segundo a autora, a construção da tipologia de vulnerabilidade é essencial para a atuação da CIDH, já que permite selecionar casos que envolvam violações representativas de um contexto de discriminação, na medida em que a CIDH “deve conhecer apenas os casos que apresentam um grau de gravidade superior à média das violações dos direitos humanos nos Estados Partes, tendo em consideração a sua magnitude, intensidade e duração” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 195).

A primeira fase do teste de vulnerabilidade é marcada pela análise das causas subjacentes envolvidas, ou seja, a avaliação quanto ao limite de acesso aos direitos previstos na Convenção. Essa etapa está intrinsecamente relacionada a cláusula de não discriminação disposta nos Artigos 1.1<sup>11</sup> e 24<sup>12</sup> da Convenção, uma vez que é sabido que tanto os direitos, como obrigações, não são distribuídos de forma igual na desigual realidade da América Latina. Nessa esfera, o exercício dos direitos depende de “qualificações de acesso, ou seja, o conjunto de atributos sociais necessários para aproveitar as oportunidades de acesso aos direitos” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 197), o que justifica o “dever do Estado de adaptar o sistema às características específicas das pessoas sob a sua jurisdição, com especial atenção aos grupos sociais mais vulneráveis” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 197).

Nessa abordagem, a atuação do juiz da CIDH é crucial na tutela de direitos relacionados a vulnerabilidade, o que justifica a utilização da indeterminação da argumentação jurídica como uma das formas nas quais o direito abre espaço para a política, nos termos concebidos por Koskenniemi (1990). Na sua crítica à visão gerencialista do direito internacional, Koskenniemi (1990) argumenta que ele é inerentemente político, e se concretiza através das preferências políticas de certos tomadores de decisão, no caso os juízes, os quais podem interpretar os

---

<sup>11</sup> Artigo 1.1 Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (OEA, 1969).

<sup>12</sup> Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei (OEA, 1969).

conceitos abertos como forma de incluir ou restringir o número possível de atingidos. Como exemplo dessa atuação, pode-se vislumbrar a utilização não só do texto da Convenção como base para a tutela de direitos, mas também de documentos da ONU que, “desde o final do século XX, tem dedicado uma atenção cada vez maior às condições de vida dos grupos vulneráveis” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 199). De igual modo, percebe-se que o juiz interamericano incorporou, ao longo do tempo, os preconceitos culturais como propulsores das condições de vulnerabilidade, como “os preconceitos étnicos, a xenofobia e o racismo” no caso dos migrantes, os fortes estereótipos persistentes contra as mulheres e as identidades sexuais minoritárias” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 199-200). Ainda sobre a atuação dos juízes interamericanos:

Podemos afirmar que el juez interamericano decidió, de una vez por todas, actuar como un artista: navegando entre los textos convencionales y sus reglas, la de limitación expresa de su competencia pero poniendo la “imaginación al trabajo”, crean do una nueva manera de proteger los derechos del hombre en um continente fascinante pero siempre duro, violento y desigual (BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 288).

Na segunda fase da tipologia de Estupiñan-Silva (2014) foram considerados os níveis de ação e omissão e as condições de risco associadas a progressão da vulnerabilidade. O viés da omissão está relacionado tanto com a ausência de normas que tutelem determinados direitos, como pela ausência de recursos econômicos, o que acaba expondo o indivíduo ou grupo a situações de vulnerabilidade, a exemplo da situação dos povos indígenas e tribais, situações que se perfazem em cenários multiplicadores de vulnerabilidade (Estupiñan-Silva, 2014). Nesse viés:

no contexto da análise relacionada com os povos indígenas, por exemplo, o juiz interamericano destacou cenários multiplicadores da vulnerabilidade como “o acesso à justiça e aos serviços de saúde, principalmente, por não falar espanhol e não ter um intérprete, falta de recursos econômicos para conseguir acesso a um advogado, deslocar-se a centros de saúde ou a órgãos judiciais e também por ser vítima de práticas abusivas ou violadoras do respetivo processo” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 198).

Em relação ao aspecto da ação, a CIDH considera o que a Estupiñan-Silva (2014, p. 203) chamou de “macro-forças”, ou seja, aquelas que atuam dentro do Estado, em relação ao sistema e ao povo e indivíduos que o integram, como fator que aumenta a exposição a situações de violações a direitos humanos, a exemplo dos efeitos da globalização. Nesse sentido:

Além disso, os grandes projetos de desenvolvimento, de indústria e de urbanização, foram identificados pela jurisprudência interamericana como macro-forças que aumentam a exposição dos povos indígenas e tribais que sofrem de uma violação dos seus direitos, principalmente dos direitos à identidade e à propriedade de terras e territórios (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014a, p. 203).

Em outros termos, o cenário em que está inserido o indivíduo ou grupo tido por vulnerável é elemento crucial para a aferição da vulnerabilidade, a exemplo da realidade dos conflitos armados que marcaram boa parte da história dos países da América Latina. Com essa concepção, tanto a Comissão como a CIDH procuram examinar “não apenas os casos ou conflitos isolados, mas também os contextos sociais e institucionais em que esses casos e conflitos se desenvolveram e adquiriram sentido” (ABRAMOVICH, 2009, p. 17). No entanto, considerar a vulnerabilidade apenas quanto ao contexto que circundam os indivíduos e grupos não é suficiente para a tutela efetiva dos direitos humanos, o que levou a CIDH a também considerar como parâmetro a sensibilidade do sujeito quanto a esses fatores externos para só após determinar se o grau de vulnerabilidade representa a existência de obrigações aos Estados, de acordo com os Artigos 1.1 e 2<sup>13</sup> da Convenção Americana (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014a).

Do mesmo modo, Abramovich (2009) refere que a CIDH passou a ampliar o foco de suas análises de modo a situar os fatos específicos em um padrão estrutural de discriminação e violência contra grupos determinados. Por essa razão, a CIDH passou a conferir uma interpretação mais ampla ao princípio da igualdade, com o objetivo de abordar temas sociais com base em uma concepção mais abrangente quanto aos direitos civis e políticos previstos na Convenção. Nessa perspectiva, a ideia de igualdade formal, ou seja, como não discriminação, cede lugar a igualdade substancial, entendida como ativa proteção a grupos marginalizados. Pela ótica da igualdade substantiva, exige-se que o Estado, abandonando a “cegueira à diferença” e tenha um “papel ativo para produzir equilíbrios sociais, a proteção especial de determinados grupos que sofrem processos históricos ou estruturais de discriminação” (ABRAMOVICH, 2009, p. 18). É nesse sentido que as ações afirmativas podem ser entendidas como condição para um efetivo DIR, na medida em que, “o direito relacionado ao reconhecimento visa garantir uma igualdade diferenciada, ou seja, uma igualdade que combina

---

<sup>13</sup> Artigo 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (OEA,1969).

o respeito igual para todos com direito à diferença cultural de cada um” (JOAUNNET, 2020, p. 237).

De igual modo, Ramirez (2019, p. 08) destaca a relevância da concepção do princípio da igualdade como regra de *jus cogens* a legitimar a proteção universal de direitos, haja vista que “por este medio se reconoce la unidad de dignidad de quienes integramos el género humano, de la que deriva la admisión incuestionada de derechos y libertades a favor de todas las personas”. Contudo, essa concepção generalista encontra óbices diante dos fatos do cotidiano que impedem o exercício de determinados direitos, o que acabou por originar o princípio da especificidade “que opera como factor de igualación de los titulares de derechos, naturalmente desiguales, a través de distintos medios acogidos por el orden nacional e internacional en calidad de protecciones especiales” (RAMIREZ, 2019, p. 08).

Nessa perspectiva, e considerando a relevância da concepção de vulnerabilidade também no que se refere aos povos indígenas, Hennebel (2010) demonstra que a CIDH criou um regime jurídico próprio de proteção dos direitos humanos relacionados a indígenas, atento as especificidades dos povos originários da América Latina. Hennebel (2010) argumenta que este regime foi construído a partir de duas premissas: a interpretação sociológica e interpretação jurisprudencial diferenciada exercida pela CIDH. Pela interpretação sociológica, a interpretação transcende os textos legais previstos nos tratados e convenções, com vistas a considerar o espírito de todo sistema na avaliação de cada caso, já que a aplicação literal das leis é insuficiente para a efetiva tutela dos direitos relacionados aos indígenas. Assim, as decisões da CIDH com o intuito de construir o direito aplicável ao caso concreto, especialmente quanto a proteção dos direitos indígenas, tem por base a fundamentação em normas de interpretação, a exemplo da regra prevista no Artigo 29<sup>14</sup> da Convenção (HENNEBEL, 2010, p. 138). Esse ponto também é justificado se consideramos as especificidades das demandas relacionadas aos indígenas, geralmente relacionadas a propriedade da terra, acesso a saúde, respeito a sua cultura, dentre outras:

En particular, son notorias las demandas por parte de los pueblos indígenas, de reconocimiento de títulos comunales de origen colonial, al ver se confrontados con procesos de despojo de sus derechos, no sólo en el siglo XIX si no también hasta la primera mitad del siglo XX. Desde entonces, la demanda de “reconocimiento” ha sido

---

<sup>14</sup> Artigo 29. Nenhuma disposição dessa Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; 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; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (OEA, 1969).



una de las motivaciones más poderosas en el desencadenamiento de procesos de reclamo y ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas (HENNEBEL, 2010, p. 139-140).

Através da interpretação sociológica, o papel político da CIDH se torna mais claro, na medida em que tal atividade acaba por pressionar os governos dos Estados-Partes a adotar “políticas, programas e instrumentos que reconozcan la diversidad de las formas culturales, sociales y tradicionales de uso y ocupación del suelo y de construcción del hábitat, como forma de proponer soluciones compatibles con la demanda y la realidad de la población latino americana” (HENNEBEL, 2010, p. 140-141). Em outros termos, a adoção da interpretação sociológica consolida um novo paradigma para a CIDH em termos de proteção de direitos humanos, como forma de “fomentar y cimentar una interpretación sociológica que integre y respete las tradiciones, la cultura y la historia de las comunidades indígenas y tribales” (HENNEBEL, 2010, p. 176).

Do mesmo modo, Burgorgue Larsen (2014) destaca a importância da correlação entre os princípios da igualdade e da não discriminação com a concepção de vulnerabilidade efetivada pela jurisprudência da CIDH para a efetivação da proteção dos direitos das minorias, a exemplo dos povos indígenas:

Ellos sirven no sólo para poner fin a las desigualdades de tipo estructural, sino también para imponer a los Estados obligaciones positivas reforzadas. De repente, ya no se trata de extender el campo de aplicación de la Convención como tal, sino el alcance de las obligaciones impuestas a los Estados. Ambos, estrechamente relacionados: podría decirse que son dos caras de la misma moneda. (...) La Corte Interamericana ha aprovechado la presencia en la Convención Americana del principio de no discriminación (artículo 1.1) para poner fin a las situaciones estructurales en las que los individuos y/o grupos han sufrido desde una perspectiva histórica, sociológica, económica, o incluso política, una conducta “discriminatoria”. Así, podemos considerar que se ha construido un verdadero “derecho indígena” sobre la base del principio de no discriminación (BURGORGUE LARSEN, 2014, p. 129).

Essa atuação diferenciada da CIDH quanto a tutela aos direitos indígenas é aferida pela efetivação da interpretação jurisprudencial diferenciada concretizada pelos juízes da CIDH, na medida em que estes buscam encontrar respostas a heterogeneidade das sociedades latino americanas, tendo a proteção indígena como elemento central do sistema. Essa atenção ganha relevo se considerarmos que:

Os povos indígenas sempre existiram, desde as conquistas e sistema de colonização de uma forma específica nas Américas, eles foram frequentemente atacados militarmente, sendo que assimilação forçada acontece desde o século XVI, os direitos às suas terras foram negados, principalmente devido a chamada 'doutrina da descoberta'. Ainda hoje, existem várias formas de violação dos direitos humanos a o

detrimento das comunidades indígenas da América Latina: da expropriação aos massacres, de recursos judiciais ineficientes a deslocamentos forçados (RAISZ, 2008, p. 39-40).

Nesse contexto, esse tratamento aos povos indígenas é justificado pelos resquícios da colonização, na medida em que “mais vulneráveis do que as populações submetidas às colônias de exploração, os povos indígenas foram de fato particularmente afetados com, por quatro séculos, a quase completa espoliação de todas as suas terras e o desaparecimento de 85 a 90% de sua população” (JOUANNET, 2020, p. 172). Some-se a isso o fato do amplo espectro de violação a direitos relacionados aos indígenas, como destaca Ramirez:

las violaciones a derechos humanos de los indígenas<sup>68</sup> pueden distribuirse en varios extremos, que conforman una severa tipología: eliminación física, que constituye etnocidio; privación de territorios y otros bienes; ataques a la cultura, y obstáculos a la participación en la toma de decisiones, que atañe a los derechos políticos, entre otros (RAMIREZ, 2019, p. 17).

Nesse cenário, uma das primeiras decisões relevante quanto ao tema foi a sentença proferida no caso *Comunidade Indígena Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 2001, onde a CIDH reconheceu o direito à propriedade coletiva da terra “como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica” (PIOVESAN, 2014, p. 145). Isso porque, conforme explica Piovesan (2014, p. 145), a relação dos indígenas com a terra se traduz em um “elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras”. Sobre o tema, merece destaque o disposto no Parágrafo 149 da sentença referida acima:

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 futuras (CIDH, 2001, p. 78).

Além disso, o caso é simbólico já que:

foi o primeiro caso em que a Corte Interamericana realizou uma audiência de três dias sobre o mérito. O Tribunal também teve que proferir uma sentença preliminar, já que

o Estado da Nicarágua tentou invocar, em vão, o não esgotamento das vias internas” (RAISZ, 2008, p.41, tradução nossa).

Do mesmo modo, no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, a CIDH reconheceu o direito da comunidade indígena a medidas específicas para o acesso a serviços de saúde, que nos casos dos povos indígenas possui forte componente cultural, e não puramente biologicista, já que envolve o uso de práticas curativas e tratamentos medicinais. Neste caso houve o registro de que a saúde, para os indígenas, possui uma “dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações” (PIOVESAN, 2014, p. 145). Ainda em 2005, no caso *Comunidade Indígena Moiwana vs. Suriname*, de 2005, também foi reconhecida a condição de vulnerabilidade, já que “os membros dessa comunidade experimentaram um sentimento de indiferença pelo poder público e, por isso, uma perda de fé na razão e consciência que governam o mundo” (SALDANHA e BOHRZ, 2017, p. 492). Esse cenário decorre da pobreza e consequentes privações de direitos, somados a “impossibilidade de gozarem plenamente da possibilidade de se utilizarem de seus meios tradicionais e ancestrais de subsistência” (SALDANHA e BOHRZ, 2017, p. 492).

Assim como em todos os casos supra mencionados, em que a CIDH reconheceu a necessidade de considerar “las características propias de los miembros de las poblaciones indígenas que los distinguen de la población en general y que forman una identidad cultural propia” (HENNEBEL, 2010, p. 144), a CIDH também manteve esse parâmetro no caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (2006), considerando a relação sagrada existente entre indígenas e a terra ancestral. Nesse caso específico, a CIDH considerou “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales” (MPF, 2019, p. 284) para reconhecer o direito a propriedade indígena como sagrada, condenando o Estado a restituir as terras à comunidade.

Consolidando seus estudos, Hennebel (2010) demonstra que, no âmbito da CIDH, a necessidade de proteção específica às populações indígenas decorre da heterogeneidade da sociedade latino-americana, podendo esta ser definida como “diversidad cultural y el legado histórico de las tradiciones de los grupos indígenas en la región” (HENNEBEL, 2010, p. 147). O autor destaca que essa necessidade de tratamento diferenciado se justifica principalmente pela diferença cultural existente entre a cultura indígena e aquela decorrente da colonização, ou seja, o padrão de cultura ocidental. Isso porque a tutela de direitos humanos geralmente segue uma classificação amparada em direitos individuais, enquanto que, para os indígenas, se sobressai a sua dimensão coletiva (HENNEBEL, 2010). Tal circunstância é vislumbrada a partir

da tutela a propriedade dos povos indígenas, em que a CIDH considerou a dimensão coletiva desse direito:

Ao tratar do direito à propriedade comunal dos povos indígenas, a Corte adota uma interpretação alternativa desse direito, introduzindo uma dimensão coletiva, cultural e social da propriedade, o que contribui para um debate intercultural acerca da propriedade comunal dos povos indígenas na América Latina (BRINGAS, 2008, p. 132, 144).

Por essa razão, a CIDH (2019) argumenta que, ao longo do tempo, criou uma proteção a violação a direitos indígenas sobre um duplo aspecto: o indígena enquanto indivíduo e o indígena enquanto grupo/povo indígena. Especificamente quanto a proteção do indígena pelo viés do “povo indígena” ao qual ele faz parte, a CIDH consolidou a proteção de direitos coletivos, ou seja, a proteção coletiva aos direitos indígenas (SCHETTINI, 2004). Como casos representativos dessa perspectiva, pode-se referir o caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, de 1991, em que o Estado teve reconhecida pela CIDH a sua responsabilidade pelos maus tratos cometidos contra vinte indígenas da tribo saramaka. Nesse caso, também houve a condenação de militares pelo assassinato de seis indígenas, pela suspeita de que estes faziam parte de um grupo rebelde, destacando-se as seguintes violações: “el hostigamiento a los sobrevivientes y la negativa del gobierno para permitir a los sobrevivientes discutir sobre la masacre, llevar a cabo acciones legales contra los asesinatos y aceptar las ceremonias fúnebres de los muertos de acuerdo a sus convicciones religiosas” (HENNEBEL, 2010, p. 151).

Do mesmo modo, no caso *Massacre Plan de Sanchez vs. Guatemala*, de 2004, o Estado foi condenado pelas violações aos direitos concernentes a integridade pessoa, igualdade, liberdade de consciência e religião, previstos respectivamente nos Artigos 5<sup>15</sup>, 8<sup>16</sup>, 12<sup>17</sup>, 21<sup>18</sup> e 24<sup>19</sup> da Convenção, em razão do massacre de 268 pessoas, em sua maioria pertencentes ao povo

---

<sup>15</sup> Artigo 5. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral (OEA, 1969).

<sup>16</sup> Artigo 8. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (OEA, 1969).

<sup>17</sup> Artigo 12. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado (OEA, 1969).

<sup>18</sup> Artigo 21. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social (OEA, 1969).

<sup>19</sup> Artigo 24. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (OEA, 1969).

indígena Maya da aldeia de Plan de Sanchez, executados por membros do exército daquele país. Como reparação, a Guatemala foi condenada a indenizar os sobreviventes e familiares das pessoas executadas pelos danos materiais causados e a reparação dos danos imateriais e morais cometidos, conforme segue:

En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos (CIDH, 2004, p. 84).

Percebe-se, ainda que através desse breve relato de casos anteriores à delimitação temporal da pesquisa empírica (2005-2020), em que a CIDH desenvolveu uma jurisprudência inovadora e específica de tutela aos direitos das populações indígenas, de acordo com as particularidades culturais e identitárias desses povos, a exemplo do reconhecimento da existência do vínculo espiritual com a terra, o que evidencia o protagonismo e importância da atuação da CIDH, já que “el tribunal interamericano busca proteger de manera amplia y progresita los derechos y libertades de las poblaciones indígenas, tomando en cuenta sus tradiciones y su cosmovisión (HENNEBEL, 2010, p. 143).

## 2.2 INVESTIGANDO EMPIRICAMENTE O ACERVO JURISPRUDENCIAL DA CIDH: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Esta segunda seção objetiva apresentar como se construiu a aldeia da pesquisa empírica, com a delimitação dos critérios que serviram de base para a investigação, empreitada que culminou com a escolha dos casos que servirão de suporte para a análise qualitativa, a ser feita no terceiro capítulo. A primeira subseção é destinada a debater outros trabalhos acadêmicos que tenham avaliado a atuação da CIDH (2.2.1), o que é importante tanto para aprender com as lições de outras pesquisas, quanto para poder se inserir no debate a partir do estado da arte desta discussão. A segunda subseção apresenta os critérios metodológicos que serviram de base para a investigação e seleção das sentenças a serem analisadas (2.2.2).

### 2.2.1 Delimitação do campo da pesquisa empírica

Apesar de diversos trabalhos acadêmicos terem se dedicado ao estudo da atuação contenciosa da CIDH, a grande maioria deles tem apenas um caráter descritivo (PIOVESAN,

2014), não sendo exploratórios e nem se ocupando de pesquisa empírica ou análise de conteúdo. De modo geral, os trabalhos realizados analisam o espectro amplo de atuação da CIDH, tendo por parâmetro o exame da abrangência das decisões e a influência destas no âmbito interno da jurisdição dos Estados. Nesse cenário, apesar das pesquisas mencionadas não indicarem de modo expresso como de fato ocorreu a coleta e seleção de dados, a leitura dos trabalhos evidencia a utilização de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica sobre o tema.

No universo de pesquisas sobre a atuação política da CIDH, alguns trabalhos mantêm uma relação mais estreita com a presente investigação. Por exemplo, Carvalho (2020) argumenta que existe um conjunto de decisões judiciais que representam um padrão de justiça internacional fundado no reconhecimento, ou seja, um modelo de justiça observado na jurisprudência sobre indivíduos e grupos vulnerabilizados. Nesse cenário, o estudo procurou responder “de que forma um modelo de justiça centrado na figura do reconhecimento se opera na jurisprudência da CIDH em matéria de indivíduos e grupos vulnerabilizados?”. Em que pese a semelhança do objetivo, o tratamento teórico e o recorte empírico se afastam dos objetivos aqui pretendidos. Do ponto de vista teórico, o referido autor abarca uma perspectiva um tanto abstrata de “justiça do reconhecimento”, e, em que pese debata os estudos de Emmanuelle Jouannet e Axel Honneth quanto a concepção de reconhecimento, não se centram no Direito Internacional do Reconhecimento tal como proposto por Jouannet (2020, 2021). Quanto aos seus aspectos metodológicos, o referido trabalho tem uma forte elasticidade na seleção e no tratamento das fontes selecionadas no âmbito da CIDH, enquanto o objetivo do presente trabalho é apenas focar nas sentenças condenatórias. Como resultado, Carvalho (2020) chegou ao conceito de vulnerabilidade como integrante do sujeito ativo do processo e a confirmação do papel de protagonismo exercido pela CIDH, tornando viáveis os direitos previstos na Convenção.

Sob outra perspectiva, o trabalho desenvolvido por Aguiar (2016) buscou investigar o cumprimento das sentenças proferidas pela CIDH, tendo por marco teórico a internacionalização dos direitos humanos. Para tanto, a autora debateu teoricamente o sistema de integração entre ordem interna e externa dos Estados-Partes da Convenção. O estudo foi realizado através da análise das sentenças proferidas pela CIDH, as quais possuem força vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado o seu imediato cumprimento. Assim, as sentenças foram avaliadas com o sentido de verificar como elas podem contribuir com a internacionalização do direito, a partir da integração entre direito internacional e o doméstico. Para tanto, o estudo buscou responder a seguinte questão: ao observar a jurisprudência da CIDH e suas sistemáticas de cumprimento em território doméstico, é possível apontar mecanismos

que sustentem a internacionalização do Direito pela via dos Direitos Humanos? Como teoria de base, Aguiar utilizou a doutrina de Delmas-Marty (2004, 2011) para compreender o processo de internacionalização do direito, a partir da utilização do pluralismo ordenado, que fornece meios de compreender tecnicamente os movimentos entre direito interno e direito internacional. Como metodologia de pesquisa, foi utilizada a fenomenológica, quanto ao procedimento, o método monográfico, somadas a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Quanto ao elemento material das decisões judiciais, Estupiñan-Silva (2014) estudou a jurisprudência da CIDH com o objetivo de encontrar quais as variáveis que definem a vulnerabilidade e a delimitação do sujeito vulnerável como elementos identificador de grupos que não tenham uma política pública de acesso a direitos humanos. Nesse cenário, Estupiñan-Silva demonstrou como a jurisprudência da CIDH construiu uma tipologia de vulnerabilidade, ou seja, um teste de vulnerabilidade como elemento para influenciar os Estados a adotarem políticas públicas na tutela de direitos humanos. A autora destaca o papel crucial da jurisprudência na capacidade de adaptação e de resiliência destes sujeitos através da sua influência na transformação das políticas públicas dos Estados. Após a realização de pesquisa bibliográfica e levantamento das sentenças proferidas pela CIDH, a autora conclui que a atuação da CIDH contribui para aumentar a resiliência de grupos vulnerabilizados.

Na mesma linha, Saranti (2012) avaliou a jurisprudência da CIDH sob a perspectiva da jurisdição internacional e a proteção aos povos indígenas. A partir do estudo, a autora demonstrou como a CIDH, tendo como base a avaliação do direito de propriedade, foi o primeiro órgão jurisdicional regional a se manifestar de forma favorável a soberania dos povos indígenas sobre recursos naturais e terras ancestrais. Nesse cenário, ela destaca que a CIDH, a partir do reconhecimento da concepção coletiva da proteção da cultura indígena, utilizou essa perspectiva também para reconhecer outros direitos, tais como o direito a vida, a integridade, a autodeterminação, dentre outros direitos. Para chegar a tais conclusões, a autora fez um breve apanhado dos tratados que versam sobre a proteção dos direitos as populações indígenas para, no segundo momento do trabalho, centrar a atenção a atuação da CIDH, destacando aspectos gerais, quanto a inexistência de um instrumento legal específico de tutela a essas direitos no âmbito da América Latina, para após se deter sobre o estudo da jurisprudência da Corte quanto ao direito coletivo de propriedade, direito a vida, direito a auto determinação, direito a integridade mental, psicológica e física, dentre outros. Por fim, concluiu que a jurisprudência da CIDH pode servir como instrumento de mudança social, inclusive quanto a influência no âmbito internacional e na justiça interna dos países. Apesar de não haver indicação expressa

quanto a metodologia utilizada, o texto demonstra que houve a realização de pesquisa bibliográfica e documental, bem como da análise de sentenças.

Nessa linha, importante destacar a dificuldade em se proceder a uma investigação empírica, especialmente no que se refere a esfera do direito internacional, na medida em que busca avaliar “as condições em que o direito internacional é criado e produz efeitos” (GINSBURG e SHAFFER, 2015, p. 192). Ginsburg e Shaffer (2015) consideram a intensificação da pesquisa empírica em direito internacional como uma “teoria condicional do direito internacional”, construída a partir da “observação empírica e “análise emergente”, ou seja, uma análise que oscila entre descobertas empíricas, teorização abstrata, testes aplicados empiricamente e assim por diante” (GINSBURG e SHAFFER, 2015, p. 195). Em outros termos, a tendência pela busca de pesquisas empíricas “é impulsionada pelo crescente papel do direito internacional na governança global e, assim, pelo aumento da atenção que outras disciplinas têm dado ao direito internacional como um objeto de estudo” (GINSBURG e SHAFFER, 2015, p. 199).

Isso porque o “método empírico é fundamental para construir o que nós denominados *teoria condicional do DIN* – isto é, a teoria de nível médio que é sensível aos diferentes contextos em que o direito internacional opera e que aborda as condições em que o direito internacional é produzido e gera efeitos” (GINSBURG, SHAFFER, 2015, p. 231). Contudo, mesmo diante da importância da pesquisa empírica no âmbito do direito internacional, é inconteste a existência de dificuldades na sua realização, os quais são sintetizados por Pozzatti e Farias (2020) como:

(1) o problema institucional, relacionado à falta de organização e confiabilidade de fontes; (2) o problema interdisciplinar, onde o empréstimo de ferramentas analíticas ainda não é difundido, visto que isso decorre do reconhecimento de que uma área sozinha não consegue abordar a complexidade dos processos reais; (3) o problema epistemológico, onde apenas o aumento da produção de pesquisa empírica, e sobre casos cada vez mais específicos, pode ser capaz de apreender as lições necessárias para possíveis generalizações e construções teóricas mais amplas; e (4) o problema teórico, visto que a produção teórica por área, orientada por problemas, ainda negligencia questões que extrapolam áreas tradicionais, no caso da disciplina de RI, negligenciando também os atores que poderiam lançar luz sobre esses problemas (POZZATTI e FARIAS, 2020, p. 27-28).

Assim, percebe-se que apesar dos trabalhos supracitados se debruçarem sobre a atuação da CIDH, estes conferiram uma avaliação diversa daquela buscada na presente pesquisa, destinada a verificação de como a CIDH aplica o DIR, nos enfoques propostos por Jouannet (2020, 2021), nas sentenças condenatórias sobre a diversidade cultural e de identidade dos povos indígenas. Vale destacar que, ao contrário do trabalho realizado por Carvalho (2020),



afeto a construção processual de uma justiça por reconhecimento, a presente investigação objetiva avaliar a atuação material da CIDH, de modo a aferir se esta, através das sentenças condenatórias, implementa no caso concreto o DIR.

## 2.2.2 Metodologia da pesquisa empírica

Construído o pilar referente aos critérios materiais da pesquisa, especialmente no que tange ao tratamento da vulnerabilidade dos povos indígenas pela CIDH, passa-se então a delimitação da aldeia de investigação empírica, a partir da investigação das suas sentenças condenatórias. A construção da aldeia se deu a partir da intersecção entre a dimensão material (2.2.2.1) e processual dos julgados (2.2.2.2).

### 2.2.2.1 A dimensão material do reconhecimento

Antes de adentrar na temática referente a proteção a diversidade cultural e de identidade relacionadas aos povos indígenas, é importante destacar que a CIDH adota como marco de sua atuação a adoção de interpretação extensiva, com base no disposto no Artigo 29 da Convenção. Kindt (2020, p. 03) argumenta que: “a Corte afirmou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e que, portanto, sua interpretação deve evoluir ao longo do tempo para refletir as condições atuais”. Nessa perspectiva, e como será melhor abordado no terceiro capítulo da pesquisa, a proteção aos povos indígenas ganhou dimensão coletiva a partir de 2012, no julgamento do caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.

Como mencionado nos itens anteriores, quando da abordagem da concepção de vulnerabilidade, que aqui deve ser entendida como relacionada a populações vulnerabilizadas, a Convenção não possui em seu texto disposição expressa quanto a proteção da diversidade cultural e de identidade. Contudo, esse silêncio normativo não impede que a proteção se dê através do resguardo a direitos específicos, a partir do que a doutrina chamou de ‘estandares’ ou seja, de ‘padrões’ de proteção desenvolvidos pela CIDH, especialmente no que se refere aos povos indígenas, objeto da presente pesquisa. Assim:

En ese sentido, la CIDH insta a los Estados a valorar e incorporar los estándares y enfoques desarrollados en este capítulo, en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, cuyo fundamento descansa principalmente en el respeto, garantía y protección de su diversidad étnica, así como su supervivencia física y cultural (CIDH, 2019, p. 42).

Nesse cenário, em recente publicação da Comissão (2019) foram compilados os principais padrões de proteção destinados a tutela indígena, tendo como ponto de partida o reconhecimento a propriedade coletiva da terra, nesses termos:

Los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos humanos tanto desde una dimensión individual como colectiva, reconocidos ampliamente en el derecho internacional. Los órganos del sistema interamericano han prestado especial atención al derecho de estos pueblos a la propiedad colectiva sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos<sup>12</sup>. A lo largo de décadas, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) han desarrollado abundante jurisprudencia sobre el contenido del derecho de propiedad de pueblos indígenas y tribales desde distintos ámbitos (CIDH, 2019, p. 27).

Quanto ao aspecto material propriamente dito, o primeiro padrão de proteção foi desenvolvido a partir da tutela à propriedade, que encontra previsão nos Artigos 22<sup>20</sup> da DADH e no Artigo 21<sup>21</sup> da Convenção, que, mesmo sem dispor de forma expressa quanto a temática indígena, são utilizados, visto que “tanto la Comisión como la Corte IDH han interpretado ambas disposiciones en un sentido que protege los derechos que dichos pueblos y sus integrantes poseen sobre su tierra y recursos naturales; esto es, sobre sus territorios” (CIDH, 2019, p. 27).

Por outro lado, a proteção a temática identitária considerou como base o disposto no Artigo 1.2 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>22</sup>, de 1989, na medida em que “es considerado el principal criterio para el reconocimiento de un grupo humano como pueblo indígena, en una dimensión individual y colectiva” (CIDH, 2019, p. 29), tanto pela Comissão como pela jurisprudência da CIDH, “según la cual la identificación colectiva de un pueblo o comunidad, desde su nombre hasta su composición, supone un hecho histórico social que hace parte de su autonomía” (CIDH, 2019, p. 27). Essa previsão também está incluída tanto na Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas, de 2008, em seu artigo 33.1<sup>23</sup> como na Declaração Americana de Proteção aos Povos Indígenas, no artigo 1.2<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Artigo 22. Toda pessoa tem o direito de se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger os seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra natureza (OEA, 1948).

<sup>21</sup> Artigo 21. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social (OEA, 1969).

<sup>22</sup> Artigo 1.2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (OIT, 1989).

<sup>23</sup> Artigo 33.1. “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (ONU, 2006).

<sup>24</sup> Artigo 1.2. los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena (OEA, 2016).

Para tanto, a temática identitária passa a ser um vetor de interpretação utilizado pela CIDH, a partir de uma perspectiva multicultural, quando da análise das diversas violações a direitos que afetam também as populações indígenas, como destaca Estupiñan-Silva e Rivas (2014):

interpretación *pro homine* multicultural centrada en la identidad cultural como principio transversal de interpretación que dota de contenidos renovados y adaptados culturalmente a cada uno de los derechos convencionales, enriqueciendo sensiblemente el contenido de los derechos aplicables a los pueblos indígenas y tribales (ESTUPIÑAN-SILVA e RIVAS, 2014, p. 314).

Do mesmo modo, a proteção a identidade cultural também foi efetivada a partir da tutela a uma vida digna, com base no Artigo 4.1<sup>25</sup> da Convenção. Para Baez (2013), esse direito recebeu interpretação diferenciada em razão da população indígena, na medida em que “al curso de la historia, los indígenas han sido expuestos a una violencia y una eliminación sistemática que no se limitó al tiempo del colonialismo” (BAEZ, 2013, p. 130). Para tanto, a interpretação do direito a vida recebe dupla acepção, como destaca a autora:

La Corte señala también que el derecho a la vida, “comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.<sup>10</sup> El concepto del derecho a la vida es también el derecho de gozar dignamente de la vida (BAEZ, 2013, p. 130).

Estupiñan-Silva e Rivas (2014) destaca a importância do viés multicultural para a interpretação do direito à vida e, via de consequência, da identidade cultural dos povos indígenas e tribais:

Es precisamente esta mirada multicultural inherente la que lleva a identificar los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, como elementos constitutivos del derecho a la vida que redefinen la vida misma en función trans-generacional, trans-temporal y holística como consecuencia de la relación hombre- comunidad-naturaleza (art. 4 de la Convención) (ESTUPIÑAN-SILVA, RIVAS, 2014, p. 315).

O direito a identidade cultural também foi protegido a partir do viés da participação política, com base no Artigo 23<sup>26</sup> da Convenção, como destacado por Baez (2013).

<sup>25</sup> Artigo 4.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.(OEA,1969).

<sup>26</sup> Artigo 23. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. (OEA,1969).

Inicialmente, a CIDH reconheceu esse direito em 2005, no caso *Yatama vs. Nicaragua*, em razão do impedimento de participação de indígenas como candidatos em eleição municipal. Nessa perspectiva, a identidade é violada pelo viés do impedimento de participação, ou seja, da efetividade desse direito:

El derecho a la identidad de los pueblos indígenas es protegido en este caso porque el modo de vida de las comunidades indígenas, afecta también el campo político y su derecho a la identidad cultural bajo “el principio de efectividad de derechos, aplicado a los derechos que se derivan del artículo 23 de la Convención Americana, que exige pues, tomar en cuenta la especificidad de grupos minoritarios tales como los indígenas (BAEZ, 2013, p.138).

Por outro lado, tendo a integridade cultural como parâmetro, a CIDH considera também os efeitos múltiplos e continuados provocados pela violação em toda a comunidade, especialmente nos casos que envolveram desaparecimento forçado de membros do povo indígena, com reflexos “personales, comunitarias y culturales distintas que dicha desaparición tuvo en su familia; principalmente en sus hijos menores de edad, - quienes tuvieron que desplazarse y negar sus Orígenes -, y en su comunidad, al perder a uno de sus líderes” (OSUNA e MAAS, 2017, p. 46).

Igualmente, a proteção aos povos indígenas está vinculada ao direito a garantias judiciais, a partir do Artigo 8.1<sup>27</sup> da Convenção, de modo que o Estado conceda meios que efetivamente viabilizem a compreensão dos povos indígenas e tribais, para que “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin” (ESTUPIÑAN-SILVA; RIVAS, 2014, p. 322).

Em relação a liberdade de consciência e religião, prevista no Artigo 12<sup>28</sup> da Convenção, a CIDH reconheceu a necessidade de se garantir o direito a expressão de crenças e lugares sagrados, no caso *Massacre Plan de Sanchez vs. Guatemala*, de 2004, abordando ainda o direito de sepultar seus mortos. Nesse sentido:

la Comisión IDH alegó que existía violación del derecho a la libertad de conciencia y religión, en términos más generales, en virtud de que la comunidad indígena del pueblo maya de Plan de Sánchez se vio impedida, por miedo, de practicar sus creencias antes y después de la masacre. Además, en términos específicos, consideró que el Estado había vulnerado los derechos de los miembros de la comunidad, por la sepultura indigna que se hizo de los restos mortales de la gente masacrada en Plan de Sánchez

<sup>27</sup> Artigo 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (OEA, 1969).

<sup>28</sup> Artigo 12. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado (OEA, 1969).

y por el hecho de que los miembros del pueblo indígena no pudieron sepultarlos conforme a sus costumbres y creencias (OSUNA, MAAS, 2017, p. 34-35).

Traçado o cenário geral de padrões de proteção aos povos indígenas, com a indicação material dos dispositivos de maior incidência nos julgados da CIDH relacionados a temática, necessário se faz a avaliação da dimensão processual através da qual opera o reconhecimento.

#### 2.2.2.2 A dimensão processual do reconhecimento

Considerando que a pesquisa irá se debruçar no estudo das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, é crucial que se trace um panorama da sua atuação processual, com a indicação de como funciona o procedimento e quais são os tipos de sentença proferidas. Isso porque é a partir das sentenças condenatórias que a CIDH impõe, de forma efetiva, sanção aos Estados pela violação a direitos humanos, evidenciando sua força jurídica e política, como destaca Robles:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en est Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (ROBLES, 2014, p. 260).

A atuação jurisdicional da CIDH está regulamentada pelos Artigos 61<sup>29</sup> a 63 da Convenção, sendo que somente Estados-Partes e a Comissão é que possuem legitimidade para submeter um caso à apreciação da Corte. Entendendo pela existência de violação a algum direito ou liberdade, a CIDH deve garantir o exercício desses direitos infringidos, bem como determinar a reparação à vítima, nos termos do item 1, do Artigo 63 da Convenção, *in verbis*:

Art.63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Em relação ao procedimento de trâmite do caso perante a CIDH, este está previsto no Regulamento da Corte, editado em 2009. Em linhas gerais, recebido e avaliado o caso, apresentadas a contestação por parte do Estado, ouvidas as testemunhas e examinadas as provas,

---

<sup>29</sup> Artigo 61. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte (OEA, 1969).

será proferida sentença fundamentada, sendo que o julgamento do caso exige a apreciação e votação pela maioria dos juízes, ou seja, quatro juízes. A sentença é irrecorrível, admitindo-se apenas que ela seja interpretada pelos próprios juízes, no caso de haver divergência sobre o alcance do julgado, desde que haja requerimento dos interessados dentro do prazo de 90 (noventa) dias, conforme Artigos 66 e 67 da Convenção. Quanto ao formato da sentença, esta pode abranger em um único documento as deliberações sobre exceções preliminares (relacionadas aos requisitos para apreciação do caso), o mérito e as reparações das violações, conforme item 6, do Artigo 42<sup>30</sup> do Regulamento. Após a publicação da sentença, as partes podem formular pedido de interpretação, nos termos do Artigo 68<sup>31</sup>. Os requisitos específicos da sentença estão previstos nos Artigos 65 a 69 do Regulamento da Corte.

Traçadas essas linhas gerais quanto ao procedimento jurisdicional da CIDH, é imprescindível que se delimite os critérios metodológicos que serviram de parâmetro para o estudo. Inicialmente, vale destacar que o estudo realizado se perfaz em uma pesquisa empírica, com a finalidade de encontrar a resposta ao problema proposto através da observação e análise das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH quanto a proteção da diversidade cultural e de identidade, relacionadas aos indígenas. Desse modo, pretende-se avaliar como o DIR é operado nas sentenças, mediante a observação dos casos contenciosos submetidos à CIDH. O parâmetro da investigação tem como norte a verificação de como a CIDH aplica o DIR na proteção da opressão da diversidade cultural e de identidades, sob os enfoques propostos por Jouannet (2020, 2021), quais sejam: a) o reconhecimento da diversidade cultural: combate a dominação cultural associada a globalização; b) a concessão de direitos específicos para preservar identidade de grupos e indivíduos; c) reconhecimento dos erros cometidos no passado e a reparação de crimes históricos, com a finalidade de reconstruir as identidades no tempo.

Quanto as técnicas de pesquisa, de modo a estabelecer a métrica de coleta de dados, será feita a análise quantitativa das sentenças proferidas pela CIDH, nos últimos quinze anos para, a partir desses dados, filtrar aqueles que correspondam ao problema de pesquisa, “com a finalidade de coletar o maior número possível de informações que possam contribuir com a definição das características dos elementos essenciais das decisões” (MACHADO, 2017, p. 14-15). Inicialmente, optou-se por realizar um levantamento geral, de modo a estabelecer a amostra

---

<sup>30</sup> Artigo 42.6. A Corte poderá resolver numa única sentença as exceções preliminares, o mérito e as reparações e as custas do caso (CIDH, 2009).

<sup>31</sup> Artigo 68. O pedido de interpretação a que se refere o artigo 67 da Convenção poderá ser formulado em relação às sentenças de exceções preliminares, mérito ou reparações e custas e se apresentará na Secretaria da Corte, cabendo nela indicar com precisão as questões relativas ao sentido ou ao alcance da sentença cuja interpretação é solicitada (CIDH, 2009).

total de dados a partir da seleção de todas as sentenças condenatórias proferidas pela CIDH desde a sua criação, chegando-se a 350 (trezentas e cinquenta) sentenças proferidas no período de 1987 a março de 2020. Foram consideradas apenas as sentenças condenatórias, ou seja, foram excluídas da contagem as sentenças proferidas em medidas cautelares, as sentenças interpretativas e as supervisões de cumprimento de sentença.

Desse universo geral, e com o intuito de considerar os julgados mais relevantes quanto a repressão da opressão da diversidade cultural e de identidades, foram considerados apenas os casos envolvendo a violação a direitos de povos indígenas, diante da sua vulnerabilidade histórica na América Latina. Com base nessa premissa, foram então selecionados os casos referidos pela Relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas, criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1990. Foram então localizadas 35 (trinta e cinco) sentenças, proferidas no período de 1991 a 2018, o que motivou a utilização de critério temporal, de modo a selecionar sentenças proferidas no período de 2005 a 2020, já que em 2005 foi publicada a CDC da UNESCO, documento fundante do DIR. Essa escolha decorre do fato de que os valores consagrados na CDC quanto a proteção da diversidade cultural e de identidades devem servir de base de interpretação para a solução das violações aos direitos humanos relacionados a diversidade cultural e de identidades. Com esses parâmetros, foram localizadas 20 (vinte) sentenças proferidas no período de 2005 a 2020. Após esse recorte, foram escolhidas 18 (dezoito), desconsiderando as sentenças interpretativas e selecionando apenas as sentenças condenatórias envolvendo violações a direitos de comunidades indígenas provocadas pelos seguintes países, quais sejam: Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai e Suriname.

Assim, considerando a consolidação dos alicerces da investigação, a partir da delimitação do universo de sentenças condenatórias que tenham versado sobre a proteção da diversidade cultural e de identidade na América Latina, especialmente em relação aos povos indígenas, passa-se agora para a apresentação visual dos dados obtidos, a partir da elaboração de gráficos discriminados, que serão abordados na próxima seção.

### 2.3 ANÁLISE QUANTITATIVA DOS CASOS SELECIONADOS

A materialização da pesquisa empírica exige, inicialmente, que se proceda a uma abordagem geral e, portanto, quantitativa, das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH desde a sua criação. Para tanto, como explanado na seção anterior, foi realizado o apanhado geral das decisões, para somente após selecionar aquelas condizentes com o objetivo da

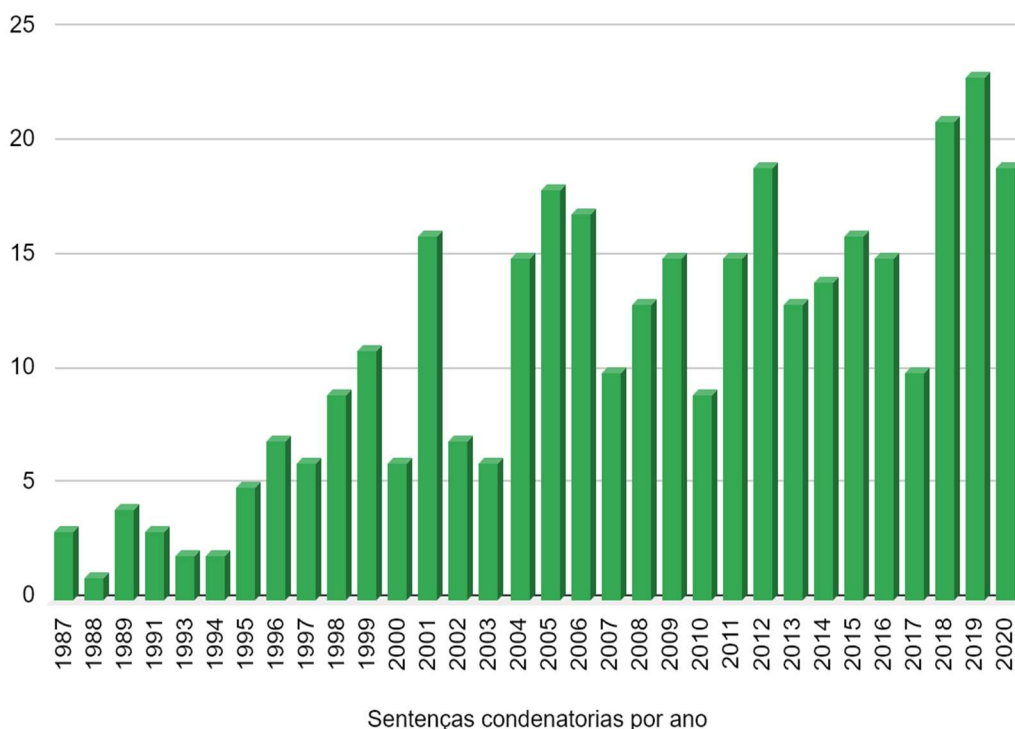
pesquisa, qual seja, avaliar se e como a CIDH aplica o DIR, sob os enfoques propostos por Jouannet (2020, 2021), nas sentenças condenatórias que versem sobre a proteção da diversidade cultural e de identidade.

Com base nessa proposta, a primeira subseção destina-se a apresentar a base quantitativa geral do universo da investigação (2.3.1) e a segunda, apresentando os casos selecionados para servirem de base para a análise qualitativa dos julgados, que tenham versado sobre a proteção da diversidade cultural e de identidade de povos indígenas (2.3.2).

### 2.3.1 Do panorama geral

Com o objetivo de conferir um panorama visual, foram elaborados gráficos que demonstram o universo geral da pesquisa, o qual viabilizou a seleção dos casos que servirão de amostra para o estudo qualitativo das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH em questões relacionadas aos indígenas. Entre 1987 e 2020, a CIDH proferiu 350 sentenças, conforme planilha geral anexada a presente dissertação (Anexo 1). Esses dados podem ser visualizados no Gráfico 1, abaixo, que revela o número total de sentenças condenatórias, separadas por ano, proferidas pela CIDH desde o início de sua atuação, em 1987.

**Gráfico 1 – Sentenças totais por ano (1987-2020): 350 sentenças**

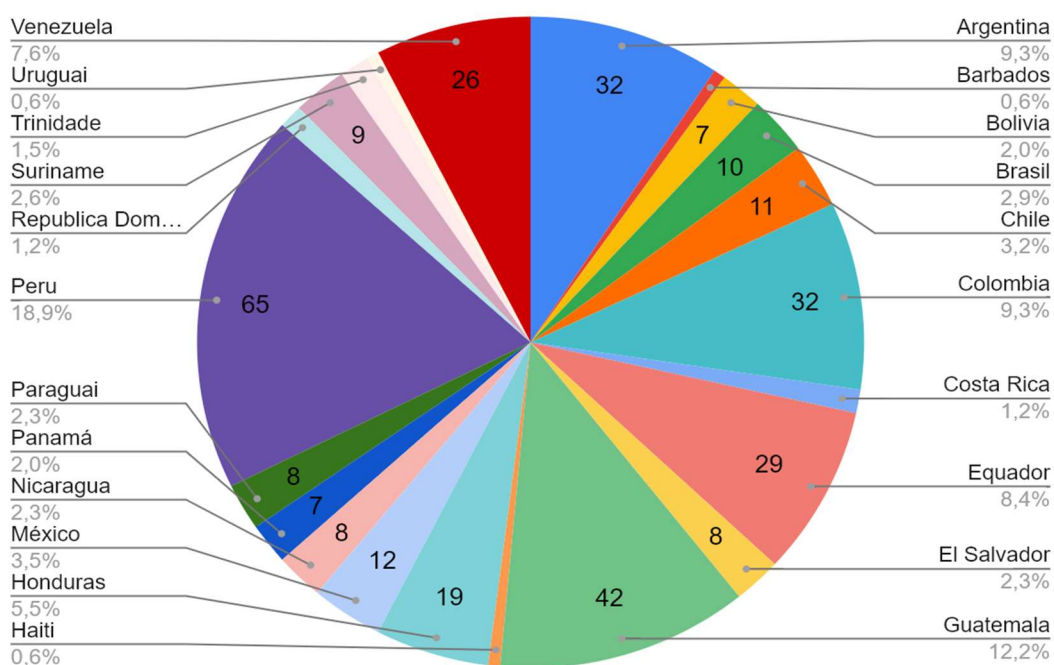




Fonte: autora, com base no sítio online da CIDH

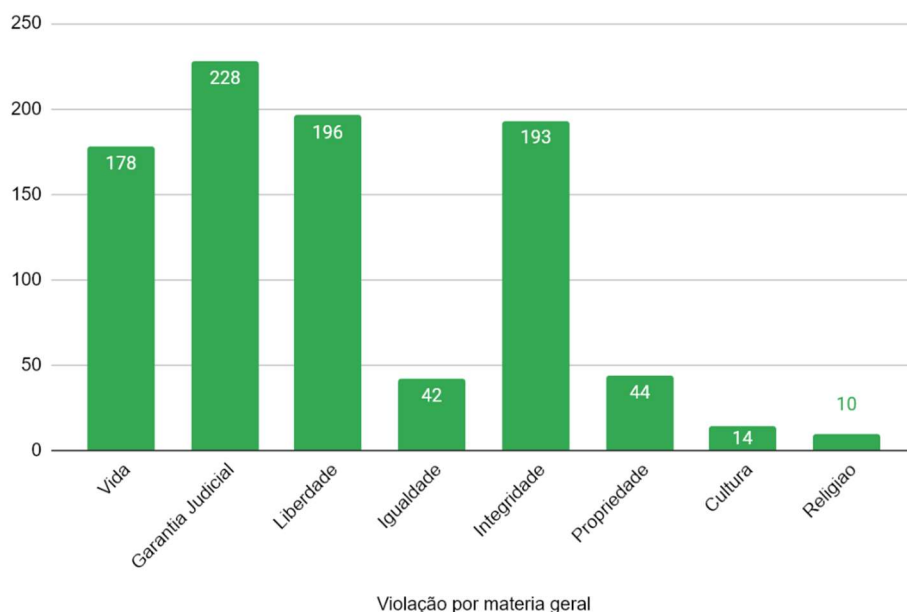
Após essa seleção geral, também fora realizada a quantificação das sentenças tendo por critério o Estado autor da violação, ou seja, o país envolvido. Para tanto, também foi realizada a quantificação geral, de modo a vislumbrar o universo geral de condenação a determinado país no período de 1987 a 2020. O Gráfico 2, abaixo, revela a quantidade de sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, por país, desde o início da atuação do Tribunal, tanto com a indicação do número de julgados, como com a indicação do percentual respectivo considerando o universo geral de sentenças condenatórias.

**Gráfico 2 – Sentenças totais por país: 350 sentenças**



Fonte: autora. Os números em cada fatia representam a quantidade de sentença por País. Na legenda, há a indicação do País com o respectivo percentual correspondente ao número de casos.

Por outro lado, também foi realizada pesquisa em relação as matérias de maior incidência que chegaram até a apreciação da CIDH desde o início da sua atuação, através de consulta jurisprudencial dos casos contenciosos, de modo a localizar apenas as sentenças condenatórias. Para tanto, foram utilizados os seguintes termos como parâmetro, escolhidos em consonância com o objeto da presente pesquisa: vida, igualdad, libertad, religion, propiedad, cultura, integridade, garantia judicial. Assim, foram obtidos os seguintes dados:

**Gráfico 3 – Sentenças totais por matéria (1987-2020)**

Fonte: autora. As colunas representam as matérias violadas. Os números em cada coluna representam o número de sentenças condenatórias proferidas naquele tema.

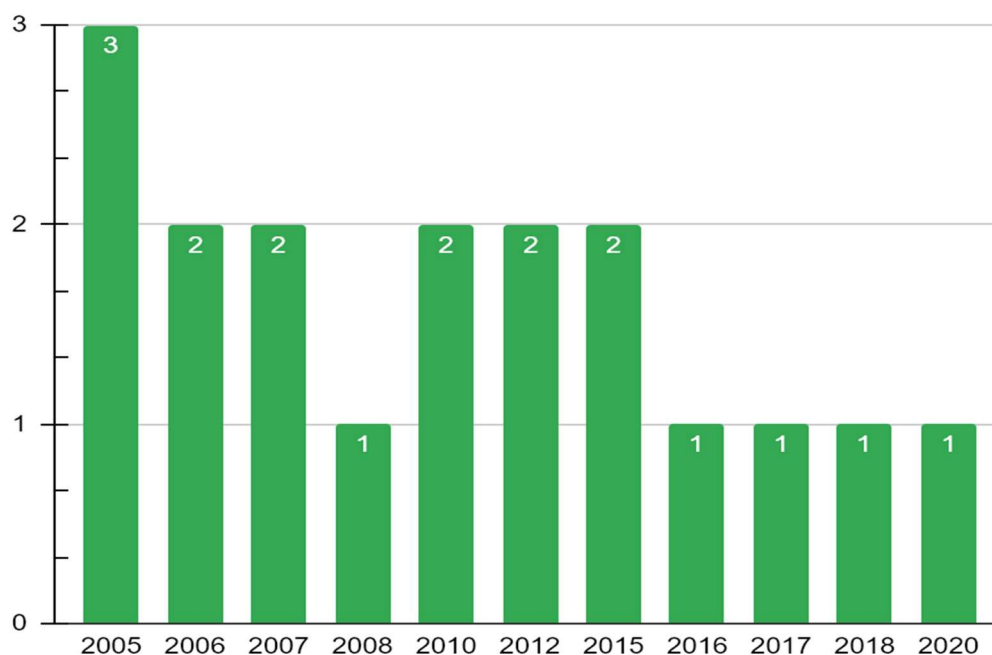
Traçados os parâmetros gerais da pesquisa quantitativa, partindo do universo geral para o específico, foram então selecionados os casos para o estudo qualitativo das sentenças condenatórias sobre a proteção da diversidade cultural e de identidade relacionados as comunidades indígenas, como será demonstrado no próximo subitem.

### 2.3.2 Do panorama específico: casos selecionados

Ultrapassada a seleção geral de casos, os quais representam o universo de investigação, foram traçados os critérios para a seleção de casos específicos, de modo a viabilizar operacionalmente a efetiva análise das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH. Nesse cenário, e considerando o elevado número de sentenças condenatórias gerais, o que dificultaria a realização da pesquisa, optou-se por selecionar aquelas que trataram de violações a diversidade cultural e de identidade relacionadas as comunidades indígenas. Importante lembrar que a Convenção não positivou, em seu texto, de forma específica, direitos relacionados a diversidade cultural e de identidade, razão pela qual a construção da proteção a essas vertentes se dá pela salvaguarda de direitos humanos gerais, como o direito a vida, a propriedade, cultura, igualdade, liberdade, dentre outros.

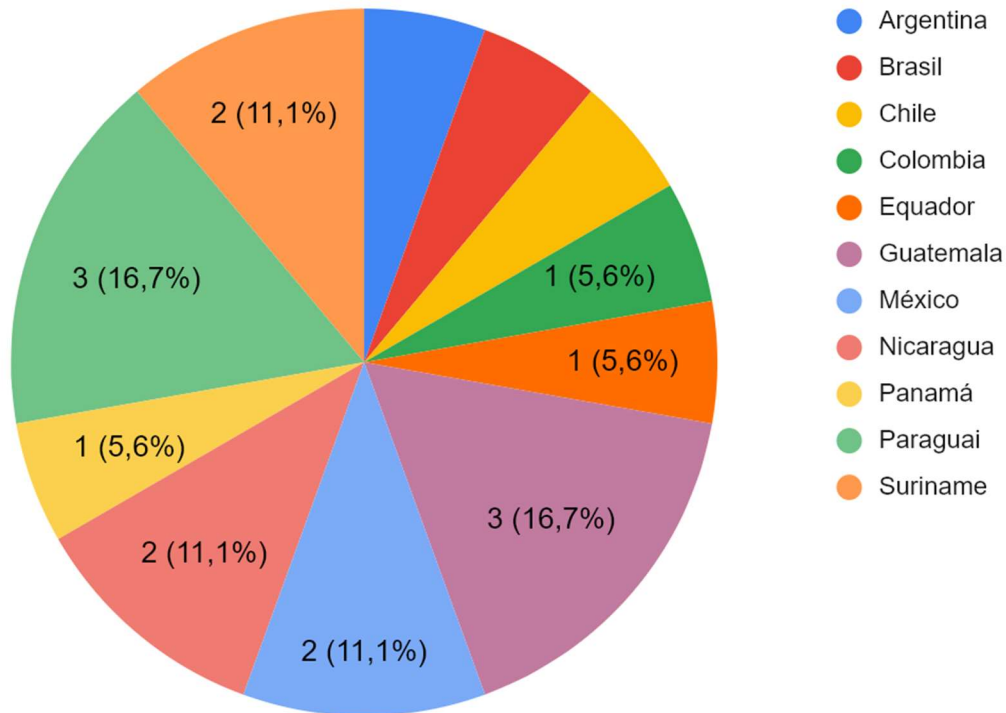
Por essa razão, a seleção inicial dos casos, tendo como parâmetro a proteção as comunidades indígenas, foi feita a partir da Relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas, criada pela OEA, em 1990, com a finalidade específica de dar maior atenção aos povos indígenas da América Latina diante da sua vulnerabilidade. Foram então localizadas 35 (trinta e cinco) sentenças, sendo que destas, 20 (vinte) foram proferidas no período de 2005 a 2020, com o cômputo de caso noticiado apenas na consulta jurisprudencial do sitio da CIDH, já que o site da relatoria não teve nova atualização até a redação da dissertação. Para que não houvesse a exclusão de nenhum caso relevante, a pesquisa também foi feita pela consulta jurisprudencial da CIDH com a utilização do termo ‘indígena’, razão pela qual foi incluída a sentença mais recente em relação a temática, proferida em 2020, em face da Argentina, conforme gráfico abaixo:

**Gráfico 4 – Sentenças sobre diversidade cultural por ano (2005-2020): 18 sentenças**



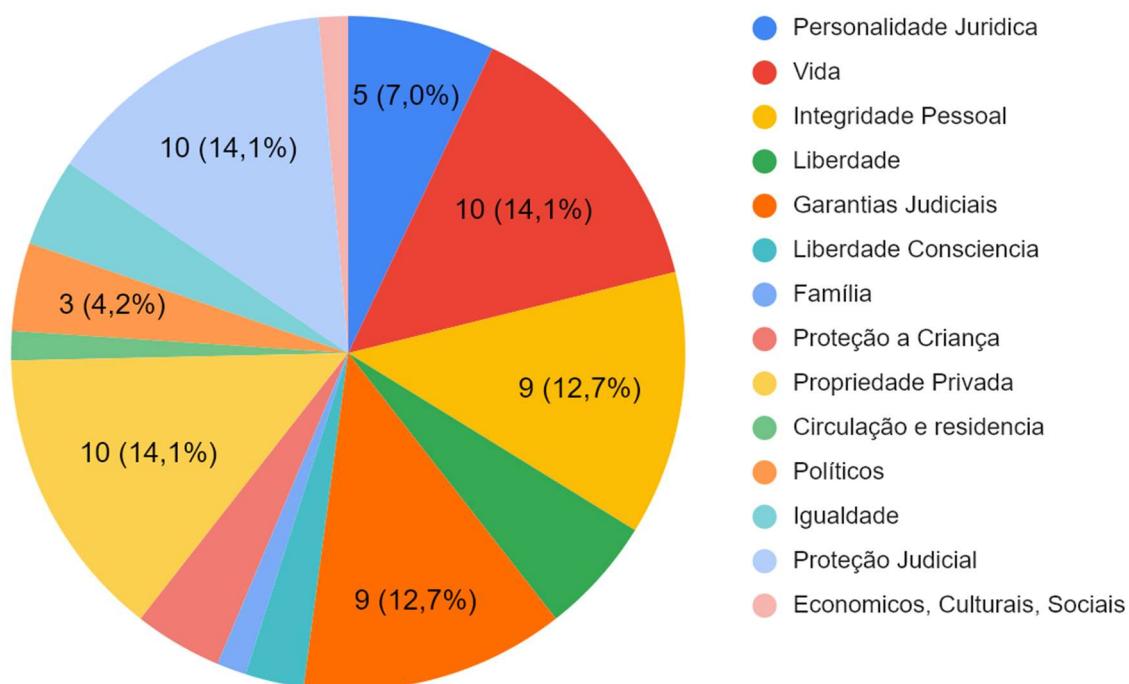
Fonte: autora. As colunas representam o ano das sentenças, a inscrição em cada coluna demonstra o número de sentenças condenatórias sobre diversidade cultural e de identidade relacionada a indígenas no ano.

Essa quantificação também foi feita em relação aos casos envolvendo a proteção a diversidade cultural e de identidade, de modo a avaliar quais os países foram condenados no período de 2005 a 2020, quais sejam: Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai e Suriname.

**Gráfico 5 – Sentenças sobre diversidade cultural por país: 18 sentenças**

Fonte: autora. As fatias representam o número de sentenças e respectivo percentual em relação ao total de casos, por País. As cores representam os países. As fatias sem especificação do número tiveram um caso para cada país.

Na sequência, também foram apurados os Artigos da Convenção que serviram de embasamento para legitimar o reconhecimento das violações aos direitos protegidos pela CIDH, que tiveram maior incidência no período de casos selecionados, ou seja, nos 18 casos indicados no período de 2005 a 2020. A partir desse filtro, e considerando que não há previsão específica na Convenção quanto a proteção da diversidade cultural e de identidade, os direitos que tiveram maior violação foram os seguintes: direito à vida (Artigo 4), integridade (Artigo 5º), liberdade (Artigo 7), as garantias judiciais (Artigo 8), liberdade de consciência e religião (Artigo 12), proteção a criança (Artigo 19), igualdade (Artigo 24), propriedade (Artigo 21), Religião (Artigo 21), direitos econômicos, sociais e culturais (Artigo 26) .

**Gráfico 6 – Sentenças sobre diversidade cultural por matéria (2005-2020)**

Fonte: autora. As fatias representam o número de sentenças acompanhado da representação percentual do respectivo número em relação ao universo geral de dados selecionados. As cores demonstram os direitos violados.

De todo modo, para fins de verificação, foi realizada nova pesquisa jurisprudencial junto ao site da CIDH, utilizando os seguintes parâmetros de seleção: “casos contenciosos”, “indígena” e período, de 2005 a 2020, onde foram localizadas 25 sentenças, sendo que destas, 18 correspondem a sentenças condenatórias e, o restante, 7 sentenças de interpretação, que não serão objeto de análise. Assim, a tabela abaixo relaciona os casos selecionados, com a indicação do ano, país, título e assunto abordado nas sentenças:

**Tabela 1- Sentenças condenatórias selecionadas**

(Continua)

Ano	País	Título	Assunto (Direitos violados)
2005	Nicarágua	<i>Caso Yatama vs. Nicarágua</i>	Violação a garantias e proteção judicial (Artigo 8 e 25), direito a igualdade (Artigo 24), direitos políticos (Artigo 23).
2005	Paraguai	<i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay</i>	Direito a vida (Art.4); direito a propriedade privada (Art.21); garantias judiciais (Art.8).

2005	Suriname	<i>Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname</i>	Proteção (Art.25) e direitos judiciais (Art.8).
2006	Paraguai	<i>Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay</i>	Direito a vida (Art.4); direito a propriedade privada (Art.21); direito a integridade pessoal (Art.5), garantias judiciais (art.25); Proteção judicial (art.8)
2006	Honduras	<i>Caso López Álvarez vs. Honduras</i>	Direito a integridade pessoal(Art.5); direito a vida(Art.4); direito a liberdade (Art.7); direito a igualdade perante a lei (Art.24); garantias judiciais (Art.8);
2007	Suriname	<i>Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname</i>	Direito a propriedade(Art.21); direito a proteção judicial (Art.25)
2007	Colombia	<i>Caso Escué Zapata vs. Colombia</i>	Direito e vida (Art.4); direito a integridade pessoal(Art.5); direito a liberdade (Art.7); dever de reparação
2008	Colombia	<i>Caso Tiu Tojin vs. Colombia</i>	Direito a vida(Art.4); direito a integridade pessoal(Art.5); direito a liberdade(Art.7); garantias (Art.8) e proteções judiciais (Art.25)
2010	Paraguai	<i>Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay</i>	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (Art.3); Direito a vida (Art.4); Direito das crianças(Art.19); Direito a propriedade privada (Art.21); garantias judiciais (Art.8)
2010	Guatemala	<i>Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala</i>	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica(Art.3); Direito a vida(Art.4); Direito a integridade pessoal (Art.5); Direito a liberdade (Art.12); Direitos políticos (Art.23)
2012	Guatemala	<i>Caso Masacres de Rio Negro vs. Guatemala</i>	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (Art.3); Direito a vida (Art.4); Direito a integridade pessoal (Art.5); Direito a liberdade (Art.7);
2012	Equador	<i>Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador</i>	Direito a propriedade(Art.21); Direito a vida (art.4); Direito a Circulação e Residência (Art.22); Direito a Integridade Pessoal(Art.5).

2015	Suriname	<i>Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam</i>	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica(Art.3); Direito a propriedade(Art.21); Direito a proteção judicial (Art.25)
2015	Honduras	<i>Caso Comunidad Garifuna Triunfo de La Cruz y sus miembros vs. Honduras</i>	Direito a propriedade(Art.21); Direito a proteção judicial (Art.25)
2016	Guatemala	<i>Caso dos Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas des Municipio de Rabinal vs. Guatemala</i>	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica(Art.3); Direito a propriedade(Art.21); Direito a vida (Art.4), Proteção a honra e dignidade; Direito a liberdade de consciência e religião (Art.12); Direito a liberdade de associação (Art.16), Proteção a Família (Art.15), Direito das Crianças (Art.16); Direito a Igualdade; Direito a proteção judicial (Art.25)
2017	Nicaragua	<i>Caso Acosta y otros vs. Nicaragua</i>	Direito a integridade psíquica e moral (Art.5)
2018	Brasil	<i>Caso Pueblo Indigena Xucuru y sus membros vs. Brasil</i>	Direito a propriedade (Art.21); Direito a integridade pessoal(Art.5); Direito a garantias (Art.8) e proteção judicial (Art.25)
2020	Argentina	<i>Comunidade Indigena Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina</i>	Direito a propriedade (Art.21) garantias judiciais (Art.8); proteção judicial (Art.25), direitos políticos (Art. 23); Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (Art.26)

Fonte: a autora. A tabela traz o compilado de informações sobre as sentenças condenatórias selecionadas para a pesquisa, indicando o ano, país responsável pela violação, nome do caso e quais foram os direitos violados.

Com a seleção das sentenças, e, portanto, a delimitação do campo de investigação empírica, o objetivo do próximo capítulo será avaliar qualitativamente os julgados, com o intuito de verificar se as sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, sobre a proteção a diversidade cultural e de identidade relacionada a indígenas, aplicam os enfoques propostos por Jouannet (2020, 2021) para o DIR.





### **CAPÍTULO 3 DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO COMO VETOR DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH**

Como visto nos capítulos anteriores, em que foram debatidas as bases da concepção crítica do direito internacional que dão alicerce a pesquisa (Capítulo 1), segundo a qual o direito internacional é entendido não como um dado mas como um construído e que os tribunais fazem parte dessa construção, aliada ao estudo específico da atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e fornecidos os elementos que justificaram a seleção quantitativa dos casos (capítulo 2), o presente capítulo tem como objetivo a análise qualitativa das sentenças selecionadas. Para a delimitação da aldeia de investigação, inicialmente, foram considerados todas as sentenças condenatórias proferidas pela CIDH (350 sentenças) para, no segundo momento, aplicar o critério material e selecionar os casos referentes a violações a direitos dos povos indígenas, conforme feito pela Relatoria de Proteção aos Direitos de Povos Indígenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão), chegando a 35 sentenças. Por fim, foi utilizado o critério temporal, selecionando as sentenças condenatórias proferidas entre os anos de 2005 à 2020, chegando-se a 18 sentenças. Quanto aos fundamentos jurídicos destas condenações, verificou-se a violação de inúmeros dispositivos da Convenção, como violações do direito à vida (Artigo 4), integridade (Artigo 5º), liberdade (Artigo 7), as garantias judiciais (Artigo 8), liberdade de consciência e religião (Artigo 12), proteção a criança (Artigo 19), igualdade (Artigo 24), propriedade (Artigo 21), Religião (Artigo 21), direitos econômicos, sociais e culturais (Artigo 26).

Neste capítulo, a análise qualitativa das sentenças selecionadas pretende investigar de que forma a atuação contenciosa da CIDH, nos casos analisados, se compatibiliza com a tipologia do Direito Internacional do Reconhecimento (DIR) proposta por Jouannet (2020), especialmente no que se refere a proteção da diversidade cultural e de identidades dos povos indígenas. Assim, a subdivisão do capítulo considerou os eixos de reconhecimento propostos pela autora, com a finalidade de delimitar a investigação. No primeiro, serão avaliados os elementos das sentenças que apresentam o reconhecimento da diversidade cultural como um valor, com vistas a combater a dominação cultural associada a globalização (JOUANNET, 2020) (3.1). No segundo, será investigado o reconhecimento dos direitos específicos aos povos indígenas, com vistas a preservar a identidade de grupos ou indivíduos (3.2). Na terceira seção será investigado como o “reconhecimento dos erros cometidos no passado e a reparação de crimes históricos” (JOUANNET, 2020, p. 8) aparece nas sentenças, evidenciando os esforços para a reconstrução das identidades no tempo (3.3).

Importante destacar que as sentenças selecionadas envolvem violações a uma multiplicidade de dispositivos da Convenção, razão pela qual, algumas delas se enquadram em mais de um eixo de aplicação do DIR, como será verificado a seguir. Faz-se a ressalva, ainda, de que o caso *Acosta y otros vs. Nicaragua (2017)* foi excluído da análise, já que apesar de envolver o assassinato de um defensor dos direitos indígenas, teve como discussão apenas aspectos processuais, razão pela qual não se mostra relevante para a proposta da pesquisa. Assim, foram analisadas 17 (dezesete) sentenças.

### 3.1 O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE CULTURAL PELA CIDH

A história da América Latina se confunde com a das populações indígenas, cujo número e memória foram dizimados, em grande escala, no processo de colonização, já que “os índios das Américas somavam não menos que 70 milhões, ou talvez mais, quando os conquistadores estrangeiros apareceram no horizonte; um século e meio depois estavam reduzidos tão só a 3,5 milhões” (GALEANO, 2019, p. 64). Segundo relatório realizado pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), em 2015, a população indígena na América Latina seria de 45 milhões de pessoas, com base nos dados de censos realizados em 2010, marcada por uma distribuição heterogênea de indígenas nos países da região: “em um extremo estão México e Peru, com quase 17 milhões e 7 milhões de população indígena, respectivamente; no outro, Costa Rica e Paraguai, com pouco mais de 100.000 indígenas, e o Uruguai, com quase 80.000 pessoas indígenas” (CEPAL, 2015, p. 40). Considerando a distribuição da população indígena tendo como parâmetro o número de povos, seriam 826 povos indígenas distribuídos de forma heterogênea entre os países da região, já que “num extremo encontra-se o Brasil, com 305 povos indígenas, seguido pela Colômbia (102), Peru (85) e México (78); no outro extremo, estão Costa Rica e Panamá, com nove povos indígenas cada um, El Salvador (3) e Uruguai (2)” (CEPAL, 2015, p. 42).

Nesse cenário, percebe-se que desde tempos muitos remotos a diversidade cultural foi alvo de intenso ataque como forma de controlar os povos originários e encaixá-lo nos padrões europeus de civilização, visto que os indígenas “foram despojados dos territórios que habitavam, de seus espaços de reprodução social e cultural e também de sua própria cultura, cosmovisões e modos de vinculação com a natureza” (CEPAL, 2015, p. 13). Contudo, é essencial destacar que o ataque a identidade e diversidade cultural indígena foi acompanhado, desde o início, de movimentos de resistência desses povos, que hoje se expressam a partir “novos status quo políticos e territoriais, assim como de novos modos de relação institucional

dos Estados e dos povos indígenas” (CEPAL, 2015, p. 6). Esses movimentos de resistência indígena surgiram quando do início da colonização e com o passar do tempo deram voz a novas reivindicações:

Sabe-se que a luta dos indígenas de resistência à colonização europeia/branca é secular. Na atualidade, o elemento novo é a forma e o caráter que estas lutas têm assumido – não apenas de resistência, mas também de luta por direitos: reconhecimento de suas culturas e da própria existência, redistribuição de terras em territórios de seus ancestrais, escolarização na própria língua etc. (GOHN, 2010, p. 18).

Nesse espectro, é importante destacar que, segundo González (2010) os movimentos indígenas de resistência tem suas lutas intrinsecamente relacionadas a proteção da diversidade cultural e de identidade, na medida em que relacionam essas reivindicações com condições estruturais de exclusão:

la organización de estos movimientos se afina en una identidad comunitaria propia de sus costumbres y creencias, donde la pluralidad y la diferencia, sus mismas tensiones internas, hacen parte de su orden social, ya que la meta de su lucha histórica -defender su autonomía- los aúna (GONZÁLEZ, 2010, p. 87).

Exemplo dessas reivindicações e mobilização em busca do reconhecimento de direitos pode ser visto com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos de Povos Indígenas, de 2008. Apesar desse documento sintetizar um quadro normativo explícito como enfoque para as políticas públicas, revelando “progressos indubitáveis em matéria da aplicação destes direitos, também constata que as brechas persistem e que as desigualdades continuam sendo profundas” (CEPAL, 2015, p. 6).

Mas, antes de adentrar a temática da diversidade cultural propriamente dita, se faz necessário tentar definir o que se entende por indígena. Segundo Quijano (2005), o termo indígena tem concepção ampla, na medida em que:

los que hoy se autoidentifican como “indígenas” en vez de “indios”, como aquellos *otros* que admiten ahora identificarlos como “indígenas”, “nativos”, “aborígenes” u “originarios”, son exactamente lo mismo, si se trata del lugar de su nacimiento o, incluso para una inmensa mayoría, si se trata de la “antigüedad” – de lo “aborigen”, pues – parcial o total, de su linaje familiar (QUIJANO, 2005, p. 636).

O autor prossegue indicando que essa classificação somente faz sentido se considerarmos o padrão de poder que marcou a região, e que ainda remanesce, como perpetuação do legado colonial, já que “o patrón de poder que se origina en la experiencia colonial y que desde entonces no ha dejado de reproducirse y desarrollarse manteniendo sus

mismos fundamentos de origen y de carácter colonial” (QUIJANO, 2005, p. 636). Quijano (2005) destaca quais foram os legados do período colonial, classificando-os em quatro vertentes. A primeira, relacionada a “racialización” das relações entre colonizadores e colonizados, foi criada para “naturalizar las relaciones sociales de dominación producidas por la conquista, se constituye en la piedra basal del nuevo sistema de dominación, ya que las formas de dominación precedentes [...] son redefinidas en torno de la hegemonía de “raza” (QUIJANO, 2005, p. 637).

A segunda, se refere ao novo sistema de exploração capitalista, que concentra “todas las formas históricas de control del trabajo o explotación (esclavitud, servidumbre, pequeña producción mercantil simple, reciprocidad, capital) para la producción de mercaderías para el mercado mundial, en torno de la hegemonía del capital (QUIJANO, 2005, p. 637). A terceira, baseada no eurocentrismo, como forma de produção e controle da subjetividade, que se perfazem em novas relações de poder. Nesse sentido, Quijano (2005) destaca que esses novos interesses sociais se desenvolvem no centro da colonialidade do poder, especialmente entre “el nuevo sistema de dominación social ordenado en torno de la idea de “raza” y el nuevo sistema de explotación capitalista” (QUIJANO, 2005, p. 637). A quarta, marcada pelo controle de autoridade coletivo, centrado na concepção de hegemonia do Estado, marca do século XVIII, e de um sistema de estados “de cuya generación y control son excluidas las poblaciones “racialmente” classificadas como “inferiores” (QUIJANO, 2005, p. 638). Nessa perspectiva, destaca o autor que a questão indígena somente pode ser levantada sob o aspecto do controle de poder, já que “la cuestión de lo “indígena” em América y en particular en América Latina, es una cuestión de la colonialidad del patrón de poder vigente, al mismo título que las categorías “indio”, “negro”, “mestizo”, “blanco” (QUIJANO, 2005, p. 639).

Por outro lado, segundo o indígena Daniel Munduruku (2019), o uso do termo índio perdeu o sentido, na medida em que desqualifica e gera preconceitos, já que “É uma palavra genérica. Esse generalismo esconde toda a diversidade, riqueza, humanidade dos povos indígenas” (MUNDURUKU, 2019). Para o escritor, a acepção do termo indígena traz em si duas ideias, a primeira, relacionada ao sentido folclórico, que traz em si “aquela figura de desenho animado, com duas pinturas no rosto e uma pena na testa, que mora em uma oca em forma de triângulo” (MUNDURUKU, 2019). A segunda, relacionada a concepção ideologizada, de que o índio está relacionado a “preguiça, selvageria, atraso tecnológico, a uma visão de que o índio tem muita terra e não sabe o que fazer com ela” (MUNDURUKU, 2019). Nesse contexto, Munduruku reforça que “a palavra indígena diz muito mais a nosso respeito do que a palavra ‘indio’. A palavra índio gera uma imagem distorcida. Já indígena

quer dizer originário, aquele que está ali antes dos outros” (MUNDURUKU, 2019). Seguindo essa mesma perspectiva, Batalla refere que o termo índio reflete o colonizado, já que:

denota al sector que está sojuzgado en todos los órdenes dentro de una estructura de dominación que implica la existencia de dos grupos cuyas características étnicas difieren, y en el cual la cultura del grupo dominante (el colonizador) se postula como superior. El indio es una categoría supraétnica pro-ducto del sistema colonial, y sólo como tal puede entenderse” (BATALLA, 1972, p.117).

Nesse cenário, é preciso considerar o reconhecimento como elemento chave para a tutela dos direitos indígenas, já que “la demanda indígena exige en lo fundamental que el Estado y la sociedad los reconozca como indígenas” (BENGOA, 2000, p.126). Esse reconhecimento, como destaca Bengoa (2000) tem um aspecto amplo e de caráter cultural, ou seja, “se trata que la sociedad y el Estado reconozcan que existen colectivos indígenas, esto es, “pueblos indígenas”, al interior de la sociedad. Es la demanda por una sociedad multiétnica, multicultural: varios pueblos en una misma Nación” (BENGOA, 2000, p. 127). Em outros termos, trata-se de, segundo Clerico e Aldao (2011), buscar a igualdade através do reconhecimento, a partir da convicção de que “la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales” (CLERICO, ALDAO, 2011, p.168), com a “revaluacion de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoracion de la diversidad cultural, entre otros” (CLERICO e ALDAO, 2011, p. 168).

Para tanto, tanto a Comissão como a CIDH utilizam a autodeclaração como principal critério de reconhecimento de um grupo como indígena, seja no aspecto individual como no coletivo (CIDH, 2019). A autodeclaração, ou auto identificação, tem como base o disposto no Artigo 1.2<sup>32</sup> da Convenção 169 da OIT e é entendida como “la conciencia del pueblo de su identidad indígena o tribal” (CIDH, 2019, p. 29). Nessa concepção, a autodeclaração é considerada como “el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos” (CIDH, 2007, parágrafo 216). Do mesmo modo, a auto identificação também foi prevista na Declaração da ONU sobre o direito de Povos Indígenas, em seu Artigo 33.1 como “derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones” e na Declaração Americana dos Direitos de Povos Indígenas, de 2016, doravante DADPI, em seu Artigo 1.2: los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e

---

<sup>32</sup> Artigo 1.2. “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (OIT, 1989).

instituciones propias de cada pueblo indígena. Essa circunstância é verificada na jurisprudência da CIDH, como na sentença proferida no caso *Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguai*, de 2010, sobre o reconhecimento do direito à propriedade ancestral da comunidade, não competindo ao Tribunal qualquer interferência quanto a determinação ao pertencimento étnico ou quanto ao nome da comunidade:

la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede [...] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones<sup>16</sup>. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique (CIDH, 2010a, p. 11).

Nesse caso, os membros da comunidade “se identifican a sí mismos como pertenecientes a la Comunidad Xákmok Kásek, mayoritariamente compuesta por miembros del pueblo Sanapaná y Enxet-Sur (anteriormente conocidos como Lenguas)” (CIDH, 2010a, p. 12). Do mesmo modo, a autoidentificação também foi considerada pela CIDH no julgamento do caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*: “la Corte ha declarado que el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal (supra párrs. 80-84) cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera colectiva distintiva (supra párrs. 87-96) (CIDH, 2007b, p. 51) e, ainda:

Asimismo, la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso. Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica (CIDH, 2007b, p. 51).

Nesse sentido:

el criterio de auto-identificación de quien es parte de una comunidad o pueblo tiene un lugar preferente sobre cualquier identificación que el Estado realice. Asimismo, para la Corte, ella misma y los Estados deben respetar las decisiones que miembros determinados de cierto grupo y el grupo mismo adopten sobre quiénes son los integrantes de tal colectividad, siempre y cuando tales decisiones no violen derechos humanos generalmente reconocidos. Además, aún cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos

entre la comunidad y sus integrantes o ex integrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad (RUIZ e DONOSO, 2014, p. 955).

No que tange a proteção a diversidade cultural, como relatado no segundo capítulo, não há previsão específica na Convenção que disponha sobre a tutela a tal direito, apesar de haver menção a questão cultural como elemento legitimador quanto ao direito de associação, nos termos do Artigo 16<sup>33</sup>. Por outro lado, a CDC da UNESCO, de 2005, define a diversidade cultural, em seu Artigo 4.1:

Artigo 4.1. “Diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados (UNESCO, 2005, p. 4).

Já em relação a identidade cultural, a lacuna quanto a tutela específica desse direito na Convenção foi suprimida pela previsão constante na DADPI, conforme Artigo XIII<sup>34</sup>, que conferiu ampla proteção a identidade, abrangendo a integridade e patrimônio cultural, inclusive histórico e ancestral, com sua consequente preservação e transmissão as futuras gerações. Além disso, o dispositivo também dispôs sobre a responsabilidade dos Estados quanto a reparação eficaz dos direitos violados, com participação dos povos indígenas, em relação aos bens culturais, religiosos, espirituais dos quais tenham sido privados sem consentimento (OEA, 2016).

Nesses termos, segundo Jouannet (2020), o reconhecimento da diversidade cultural deve ser amplo, através da observância de três elementos do que ela dispôs como regime jurídico geral da diversidade, articulados com base na CDC. Em primeiro, a concepção de que a diversidade cultural se perfaz em princípio fundamental sobre o qual “se articulam os direitos e as obrigações decorrentes da Convenção: o da igual dignidade e igual respeito por cada

---

<sup>33</sup> Artigo 16. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza (OEA, 1969).

<sup>34</sup> Artigo XIII. 1. Os povos indígenas têm direito a sua própria identidade e integridade cultural e a seu patrimônio cultural, tangível e intangível, inclusive o histórico e ancestral, bem como à proteção, preservação, manutenção e desenvolvimento desse patrimônio cultural para sua continuidade coletiva e a de seus membros, e para transmiti-lo às gerações futuras. 2. Os Estados oferecerão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos juntamente com os povos indígenas, a respeito dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação de suas leis, tradições e costumes (OEA, 2016).

cultura” (JOUANNET, 2020, p. 12), conforme Artigo 2.3<sup>35</sup> da CDC. O segundo elemento tem como parâmetro os objetivos buscados com a proteção desse direito, ou seja, “não apenas para preservar a diversidade das expressões culturais, mas também para promover essa diversidade” (JOUANNET, 2020, p. 12), que também tem concepção ampla na medida em que “pressupõe que a diversidade é intrinsecamente benéfica em si, e obriga os Estados a encorajar cada vez mais a diversidade, a heterogeneidade e a multiplicidade em termos de cultura” (JOUANNET, 2020, p. 12). Já o terceiro elemento considera a obrigação dos Estados aplicarem, em seus territórios, o princípio da diversidade que visam ver aplicado no campo internacional, nos termos do Artigo 5.2<sup>36</sup> da CDC.

O primeiro elemento da heurística de Jouannet (2020) , ou seja, a diversidade cultural como princípio fundamental, encontra ressonância na atuação contenciosa da CIDH, como se pode vislumbrar na recomendação proveniente do julgamento do caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, no sentido de que tanto o Tribunal como os Estados devem considerar como vetor interpretativo das normas da Convenção e também das normas de direito interno “as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural” (CIDH, 2005a, p. 54). Segundo Baez (2011), essa afirmação é fundamental para “la construcción de un derecho no reconocido explícitamente, pero también para la protección del mismo, porque es a través del reconocimiento de su particularismo cultural que los pueblos indígenas serán identificados como tales y sus derechos serán mejor protegidos (BAEZ, 2011, p. 28).

A mesma concepção é vislumbrada no parágrafo 124 da citada sentença, em que a CIDH delimita a interpretação do direito à propriedade (Artigo 21 da Convenção) tendo por parâmetro a própria cultura indígena:

Ao analisar o conteúdo e o alcance do artigo 21 da Convenção no presente caso, a Corte tomará em conta, à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da mesma e como fez anteriormente, o **significado especial da propriedade comunal das terras ancestrais para os povos indígenas, inclusive para preservar sua identidade cultural e transmiti-la às gerações futuras, bem como as gestões realizadas pelo Estado para tornar plenamente efetivo este direito** (CIDH, 2005, p. 76). (Grifo nosso)

---

<sup>35</sup> Artigo 2.3. A proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas (UNESCO, 2005).

<sup>36</sup> Artigo 5.2. Quando uma Parte implementar políticas e adotar medidas para proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território, tais políticas e medidas deverão ser compatíveis com as disposições da presente Convenção (UNESCO, 2005).



Essa mesma narrativa também incide no reconhecimento da relação única entre a cultura indígena e seu vínculo com suas terras ancestrais, o que agrava o quadro de violação quando da ocorrência de separação forçada da comunidade de seu território, o que se coaduna com o segundo elemento proposto por Jouannet (2020), voltado não apenas a preservação, mas também a promoção da diversidade cultural. Nesse cenário, o contexto de separação entre indígena e território provoca danos de ordem irreparável à memória e à identidade cultural do povo, como reconhece a CIDH, conforme se vislumbra no parágrafo 226 da citada sentença:

A posse de seu território tradicional está marcada de forma indelével em sua memória histórica e a relação que mantêm com a terra é de uma qualidade tal que sua desvinculação da mesma implica risco certo de uma perda étnica e cultural irreparável, com o conseqüente vazio para a diversidade que tal fato acarretaria. Dentro do processo de sedentarização, a Comunidade Yakye Axa adotou uma identidade própria relacionada com um espaço geográfico determinado física e culturalmente, que corresponde a uma parte específica do que foi o vasto território Chanawatsan (CIDH, 2005a, p. 101).

A sentença proferida no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, é considerada emblemática porque contribuiu com a definição do que a CIDH entende como identidade cultural, tendo por base o preâmbulo da CDC sobre diversidade cultural, como se denota de trecho do voto parcialmente dissidente proferido pelo Juiz A. Abreu Burelli:

20.(...) das múltiplas definições que foram dadas sobre a cultura, ressalta, a meu critério, aquela que a qualifica como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos de uma sociedade, um grupo social ou uma pessoa e que inclui, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças (CIDH, 2005a, p. 5).

Não menos importante, foi a definição da dupla abrangência/extensão da violação identidade cultural, que compreende tanto a comunidade indígena em geral como o indivíduo integrante da comunidade, como destacado no voto dissidente conjunto dos juízes A.A. Cançado Trindade e M.E. Ventura Robles:

5. Cabe manifestar sobre a matéria que a identidade pessoal não compreende unicamente conceitos estritamente biológicos, mas que também inclui aspectos tão variados como o patrimônio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profissional, social e familiar de uma pessoa, de modo que, no presente caso, ao ser lesada a identidade cultural da Comunidade Yakye Axa também foi lesada a identidade pessoal de cada um dos membros que a integram (CIDH, 2005a, p. 2).

Também em 2005, no caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, que versou sobre o massacre de mais de 40 (quarenta) membros da comunidade de N'djuka Maroon de Moiwana,

o voto proferido pelo Juiz A.A. Cançado Trindade destaca a relação da identidade cultural com o direito à vida, uma vez que o “derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu*” (CIDH, 2005b, p. 5). Do mesmo modo, o mesmo Juiz, no mesmo voto, reforça a importância da relação existente entre terra, cultura e identidade indígena:

La relación de la comunidad de N'djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material. Para que la cultura mantenga su integridad e identidad, los miembros de la comunidad deben tener acceso a su tierra de origen. Los derechos a la tierra en la sociedad N'djuka existen en varios niveles y van desde los derechos de la comunidad étnica entera hasta los del individuo. El pueblo entero goza del derecho a la tierra, de acuerdo con la costumbre N'djuka; los miembros de la comunidad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables (CIDH, 2005b, p. 4).

Outro aspecto relevante da jurisprudência consolidada da CIDH diz respeito a utilização do direito a identidade cultural como vetor interpretativo transversal, ou seja, premissa que serve de parâmetro para garantir os demais direitos humanos aos povos indígenas. Em outros termos, como destaca Estupiñan-Silva e Rivas (2014) os juízes da CIDH utilizam a interpretação sob a ótica multicultural, ao realizar:

una interpretación pro homine multicultural centrada em la identidad cultural como principio transversal de interpretación que dota de contenidos renovados y adaptados culturalmente a cada uno de los derechos convencionales, enriqueciendo sensiblemente el contenido de los derechos aplicables a los pueblos indígenas y tribales) (ESTUPIÑAN-SILVA e RIVAS, 2014, p. 314).

É o que se verifica no caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 2012, quanto a concessão de permissão a empresas petrolíferas de explorarem o território indígena, sem que a comunidade tivesse sido consultada. Nesse sentido:

213. Bajo en principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos (CIDH, 2012a, p. 66).

Em 2006, ao julgar o caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, quanto ao reconhecimento do direito à propriedade ancestral da comunidade, a CIDH, seguindo o mesmo entendimento manifestado no caso *Yakye Axa*, reconheceu que a proteção a diversidade

cultural também deve ser efetivada pela aplicação do Artigo 21<sup>37</sup> da Convenção Americana, que garante o direito à propriedade privada. Mais uma vez, o Juiz Cançado Trindade, em seu voto, faz menção a identidade cultural como elemento vinculado a vida, descrevendo esta como “forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión” (CIDH, 2006b, p. 9).

Nessa concepção, tem-se o que Hennebel (2009) dispõe como exercício de interpretação sociológica pela CIDH, ao ter “establecido que los derechos de los miembros de las comunidades no son estudiados y considerados exclusivamente desde la óptica individual. Al contrario, para la Corte, la comunidad misma es un sujeto jurídico dotado de singularidad propia” (HENNEBEL, 2009, p. 145). Do mesmo modo, o autor destaca a natureza única e peculiar da cultura indígena:

cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural (HENNEBEL, 2009, p. 187).

Por outro lado, a CIDH também concebeu ao longo dos anos a proteção a identidade cultural relacionada a permanência das comunidades indígenas em seus territórios ancestrais, já que a maioria dos casos que foram submetidos a CIDH versam sobre a apropriação indevida desses territórios e consequente deslocamento forçado dos povos originários. Quanto a peculiaridade da relação entre cultura e território, merece destaque o parágrafo 145 da sentença proferida no caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, de 2010, quanto ao desaparecimento forçado de líder indígena:

145. Adicionalmente, este Tribunal considera que o deslocamento forçado afetou, de forma particularmente grave, os membros da família Chitay Rodríguez por sua condição de indígenas *mayas*. Tal como reconheceu a perita Rosalina Tuyuc, “a conexão energética com a terra tem uma importância fundamental na cosmovisão *maya*”, de maneira que o abandono da comunidade não foi apenas material para as famílias que tiveram de fugir, mas também representou uma grande perda cultural e espiritual (CIDH, 2010b, p. 38-39).

---

<sup>37</sup> Artigo 21. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. (OEA, 1969).

A partir do reconhecimento quanto a especial relação entre indígenas e território, a CIDH construiu como fundamento de interpretação a proteção ao território como elemento relacionado a identidade cultural, a exemplo do consignado na sentença proferida no caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 2012. Essa concepção advém da relação do povo com a natureza, “de la particular relación entre cada grupo cultural y la naturaleza, depende su identidad cultural, que se expresa en las más variadas prácticas de manejo, protección, uso o extracción primaria de recursos naturales, bienes o servicios de los ecosistemas” (CIDH, 2012a, p. 42).

Do mesmo modo, também merece destaque a avaliação multidisciplinar levada a efeito pela CIDH quando da análise de casos que versem sobre questões culturais e identitárias, a partir da utilização da avaliação de antropólogos, juristas e sociólogos quanto as características do povo indígena vítima da violação. Nesse cenário, segundo Baez (2011) essa consideração da CIDH demonstra que o direito pode conjugar-se com a cultura, já que “La colaboración de antropólogos, juristas y sociólogos en estos casos demuestra que el deber jurídico de hacer justicia se sitúa en el ámbito de la multidisciplinariedad, confirmando la interdependencia científica del saber” (BAEZ, 2011, p. 28). Essa atuação pode ser vislumbrada, a título exemplificativo, no depoimento prestado pelo antropólogo Kenneth M. Bilby, no caso *Moiwana vs. Suriname*, de 2005b sobre as características da comunidade indígena N’djuka:

Para los N’djuka la tierra es una personificación de su identidad colectiva; también sirve como depositaria de su historia cultural y es su principal fuente de subsistencia. Asimismo, en la sociedad N’djuka una mujer debe tener acceso a la tierra de manera tal que pueda cumplir sus obligaciones y funcionar adecuadamente dentro de su comunidad. Para que la comunidad N’djuka funcione normalmente, los miembros deben tener una patria. Aun si viajan a otras partes, hay ritos vitales que deben ser llevados a cabo en su aldea de origen, lo cual les permite continuar expresando su continuidad como comunidad. Sin un hogar tradicional al cual regresar, la sociedad se desintegraría, porque sería difícil mantener su identidad cultural y sus obligaciones sociales (CIDH, 2005b, p.27).

A temática identitária e cultural também exige proteção especial relacionada a violação de direitos de crianças indígenas, relacionados ao desaparecimento forçado e assassinato de seus pais, com sua conseqüente separação dos territórios e culturas tradicional, o que os coloca em especial situação de vulnerabilidade. É o que se denota na sentença proferida no caso *Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio del Rabinal vs. Guatemala*, de 2016, relacionado ao massacre ocorrido na aldeia no ano de 1982, causando o desaparecimento de vários membros da comunidade, estupro de mulheres indígenas e outras violações causadas a cultura indígena Maya Achí. Sobre o tema, destacou a CIDH, no parágrafo 202 do julgado:

el desplazamiento forzado incluyó una gran parte de niñas y niños, quienes además del impacto de sobrevivir a los hechos de violencia, se encontraron que su padre y su madre o uno de ellos murieron, se vieron forzados a vivir en una cultura que no era la de ellos, lo cual les causó pérdida de identidad y desarraigo cultural, y en algunos casos pasaron a hacerse cargo de sus hermanas y hermanos menores. La Corte destaca el impacto diferenciado que los hechos de violencia y el desplazamiento han tenido en las personas que eran niños y niñas en esa época, lo cual los colocó en una situación de especial vulnerabilidad. De igual modo, no escapa al Tribunal las circunstancias de los primeros años de vida de las niñas y niños nacidos de las violaciones sexuales de sus madres en el marco del conflicto armado interno y que a su vez fueron víctimas de la violencia de la época, y quienes han sido especialmente vulnerables debido a las posibilidades de enfrentar la estigmatización, discriminación, abandono, infanticidio y otras formas de violencia (CIDH, 2016, p. 66).

Do mesmo modo, a identidade cultural também é protegida sob o viés do direito a participação política, como pode se vislumbrar no caso *Yatama vs. Nicaragua*, de 2005, envolvendo a vedação a participação de candidatos indígenas das eleições municipais nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul. Os candidatos foram apresentados pela organização Yatama, correspondendo a “organização etnopolítica de maior trajetória na Costa Atlântica da Nicarágua, pois está formada pelas comunidades indígenas e étnicas, especialmente por “membros do povo indígena miskito” (CIDH, 2005c, p.28), com o objetivo de “promover o autogoverno comunal, por meio da democracia comunitária e, em particular, para a defesa de suas terras comunais tradicionais” (CIDH, 2005c, p.28). Como sanção, a CIDH impôs ao Estado o dever de alterar a legislação doméstica, o que configura o terceiro elemento proposto por Jouannet (2020), de modo a adotar:

as medidas legislativas necessárias para estabelecer um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita controlar as decisões do Conselho Supremo Eleitoral que afetem direitos humanos, tais como os direitos políticos, com observância das garantias legais e convencionais respectivas, e que derogue as normas que impeçam a interposição desse recurso (CIDH, 2005c, p. 102).

Na mesma linha, a CIDH reconheceu a violação a identidade cultural também no que tange a ausência de meios efetivos para a oitiva da vítima, no caso *Rosendo Cantu y otra vs. México*, de 2010, envolvendo o estupro e agressão a mulher indígena que, por não falar espanhol, não teve acesso a interprete quando procurou os órgãos legítimos para denunciar a violação aos seus direitos. Nesse aspecto, a CIDH destacou que tal fato “no respetó la identidad cultural de la víctima, y no resultó adecuado para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia” (CIDH, 2010d, p. 65). A mesma temática também foi abordada no caso *López Alvarez vs. Honduras*, de 2006,

envolvendo a prisão arbitrária do indígena, defensor dos direitos do seu povo, já que, uma vez detido, foi proibido de se expressar na língua garífuna, o que representou uma especial gravidade, já que “el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”. De ese modo, la prohibición “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad” (RUIZ e DONOSO, 2014, p. 970).

Assim, percebe-se que a atuação contenciosa da CIDH é ampla quanto ao reconhecimento e proteção aos direitos relacionados a diversidade cultural e de identidade, a partir do enquadramento do tema em diversos ramos do direito, na medida em que tais elementos servem de parâmetro para a proteção do direito à vida, a liberdade de expressão e associação, direito a propriedade, entre outros. Além disso, a CIDH, através das sentenças condenatórias, promove a adoção dos padrões de proteção pelos Estados, na medida em que “la CIDH insta a los Estados a valorar e incorporar los estándares y enfoques desarrollados en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales [...] cuyo fundamento descansa principalmente en el respeto, garantía y protección de su diversidad étnica, así como su supervivencia física y cultura” (CIDH, 2009, p. 42).

Em outros termos, segundo Baez (2011), a atuação dos juízes da CIDH não se dá exclusivamente quanto a proteção dos direitos previstos em tratados e convenções, mas também para aquele que não estão previstos “a través de la interpretación del derecho, es decir, por rebote o *par ricochet* –como lo denominan los juristas franceses–, desarrollando así otro rol: el de creadores de derecho (BAEZ, 2011, p. 31). Assim “el derecho a la identidad cultural se está construyendo como parte de un todo indivisible e integral en donde versan los derechos humanos” (BAEZ, 2011, p. 31).

Nesse sentido, as sentenças analisadas demonstram a incidência dos três elementos elencados por Jouannet. O primeiro e segundo elemento são verificados a partir da: a) utilização da autodeclaração como elemento de identificação dos indígenas; b) a observação das características próprias que diferenciam os indígenas da população em geral e evidencia sua identidade, como vetor de interpretação das normas da Convenção e do direito interno dos Estados; c) o direito a identidade cultural como vetor de interpretação transversal, com a finalidade de garantir outros direitos humanos aos indígenas; d) a proteção do território indígena como elemento da identidade cultural; e) o direito do indígena se expressar em sua língua materna e f) o caráter multidisciplinar da proteção aos direitos indígenas, através da consideração de informações prestadas por antropólogos, sociólogos e juristas na apreciação dos casos. Do mesmo modo, o terceiro elemento, relacionado a aplicação interna da diversidade cultural, é verificado na recomendação para que o Estado adapte sua legislação interna para

atender aos direitos dos indígenas, tanto no que tange a proteção como quanto a garantia ao acesso a esses direitos.

Percebe-se, nesse espectro, que a atuação da CIDH quanto ao reconhecimento do direito a diversidade e identidade cultural, que “aun cuando éste no se encuentre reconocido en el derecho positivo, es un avance sin precedentes que genera una apertura muy valiosa para la jurisprudencia internacional en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y minorías étnicas (BAEZ, 2011, p. 41).

### 3.2 O RECONHECIMENTO BASEADO EM DIREITOS ESPECÍFICOS NA CIDH

O segundo eixo da tipologia de reconhecimento proposta por Jouannet (2020) diz respeito ao reconhecimento de direitos específicos, que transcenderiam a questão da diversidade cultural em si, ao assumir a “forma de direitos individuais ou coletivos que devem ser assegurados dentro dos Estados e que permitem preservar e promover a identidade de indivíduos ou grupos e acabar com diversas formas de estigmatização e marginalização” (JOUANNET, 2020, p. 14), com o intuito de garantir seu efetivo exercício. Segundo a autora, não basta garantir a diversidade cultural como forma de reconhecimento, sendo indispensável que se concedam direitos individuais próprios oponíveis contra seu Estado e que “confirmam aos grupos mais vulneráveis (minorias, povos indígenas) os meios legais para preservar sua identidade diante dos grupos majoritários dos Estados” (JOUANNET, 2020, p. 14).

Nesse cenário, a proposta tem como base o princípio da não discriminação, como garantia das particularidades necessárias ao pleno gozo dos direitos das minorias, no contexto do pós-Segunda Guerra, o que não foi suficiente e motivou a edição de instrumentos jurídicos internacionais que reconheceram direitos específicos aos membros de minorias, a partir do reconhecimento explícito da identidade cultural (JOUANNET, 2020). Aqui merece destaque, de forma breve, uma vez que já abordado no primeiro capítulo, a edição da Declaração Americana sobre Direitos de Povos Indígenas, doravante DADPI, editada pela OEA em 2016. Dentre os direitos consagrados na DADPI, destacam-se a adoção da autodeterminação como critério de identificação dos indígenas (Artigo I<sup>38</sup>); o dever de respeito ao caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas (Artigo II<sup>39</sup>); a concepção coletiva de proteção aos indígenas

---

<sup>38</sup> Artigo I. A autoidentificação como povo indígena será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente Declaração. Os Estados respeitarão o direito a essa autoidentificação como indígena, de forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo indígena (OEA, 2016).

<sup>39</sup> Artigo II. Os Estados reconhecem e respeitam o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas que fazem parte integrante de suas sociedades (OEA, 2016).

e direito de expressar suas crenças espirituais (Artigo III<sup>40</sup>); direito a identidade e integridade cultural (Artigo XIII), dentre outros.

Nessa perspectiva, válido destacar que a atuação contenciosa da CIDH tem como premissa o princípio do *iuris novit curia*, o que permite ao Tribunal uma cognição ampla de violações no caso objeto de apreciação, na medida em que este não está vinculado de forma estrita aos parâmetros de violação indicados pelas partes. É o que se denota no caso *Pueblo Kaliña Lokono vs. Suriname*, de 2015, conforme parágrafo 126 da sentença:

126. La Corte considera importante resaltar que si bien las partes no han alegado la violación del artículo 23 de la Convención durante el procedimiento ante este Tribunal, estima pertinente aplicar el principio *iura novit curia*, el cual “permite estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados por las partes, siempre y cuando éstas hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan” (CIDH, 2015b, p. 37).

Sob esse espectro, válido ressaltar que o reconhecimento de direitos específicos utiliza como base direitos já existentes, que acabam por receber uma interpretação diferenciada com a finalidade de conceber uma proteção adequada e específica a população indígena. Assim, como destaca Burgorgue-Larsen (2014), a CIDH utiliza as técnicas de integração e combinação de bases jurídicas pré existentes, com a finalidade de criar novos direitos:

Sin embargo – y aquí es donde la Corte es particularmente astuta –, ella vincula sistemáticamente estos “nuevos derechos” a uno o más fundamentos jurídicos preexistentes en el seno de la Convención Americana. Para comprender adecuadamente este proceso interpretativo, podríamos hablar de una “revelación” de derechos que estarían consagrados implícitamente en el texto convencional y que la Corte simplemente “desvela” públicamente. Así pues, aunque en ninguna parte del texto son “nombrados”, estos derechos terminan por ser desvelados, nombrados y, por lo tanto, creados (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 125).

De igual modo, a autora destaca que a atuação da CIDH, especificamente quanto aos indígenas, acabou por conceber uma interpretação própria dos direitos previstos na Convenção Americana com a finalidade específica de promover uma proteção efetiva aos indígenas. Essa atuação evidencia a tentativa dos julgadores adotarem “usos y las costumbres tradicionales”, de modo que “la “cosmovisión” indígena irrigue la evaluación de los derechos protegidos, incluso

---

<sup>40</sup> Artigo III. Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas (OEA, 2016).



cuando esto puede “chocar” con la visión occidental de los derechos” (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 124). Assim:

la Corte ha dotado numerosos derechos de la Convención de un alcance colectivo y multicultural que tome nota del “hecho indígena” en todas sus dimensiones. Así pues, el derecho a la vida (artículo 4) se halla sistemáticamente transformado, en los asuntos indígenas, en el derecho a vivir “dignamente”; el derecho a la libertad de expresión (artículo 13) incluye el derecho a hablar, para los indígenas, en su propio idioma, porque éste “garantiza la expresión, la distribución y transmisión de la cultura” 83; el derecho a la participación política (artículo 23) y a la igualdad ante la ley (artículo 24) han sido interpretados de tal forma que las modalidades tradicionales de organización comunitaria han sido asimiladas a partidos políticos a fin de que las comunidades indígenas puedan participar en la vida democrática de su país, etc. (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 124).

Em relação ao reconhecimento de direitos específicos, a CIDH reconheceu pela primeira vez o direito à personalidade jurídica indígena no caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, de 2006, tendo por parâmetro o Artigo 3<sup>41</sup> da Convenção, já que os membros da comunidade não possuíam qualquer documento de identificação. A temática foi destacada no voto do Juiz Cançado Trindade:

72. Last but not least, en la presente Sentencia en el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, la Corte ha, sponte sua, correctamente tomado la decisión de, en aplicación del principio *jura novit curia*, **examinar por primera vez el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana), a la luz de las circunstancias del cas d'espèce**. Teniendo presente que niños y niñas de la referida Comunidad no contaron con "partida de nacimiento, certificado de defunción o cualquier otro tipo de documento de identificación" (párr. 73.73), la Corte acertadamente estableció la violación del artículo 3 - en relación con el artículo 1(1) - de la Convención en el presente caso (CIDH, 2006b, p. 25).

Do mesmo modo, no caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de 2007, também envolvendo a questão do reconhecimento da propriedade do território ancestral, em relação aos quilombolas, a CIDH reconheceu o direito da comunidade ser previamente consultada em relação a qualquer intervenção em seu território, com base no Artigo 21 da Convenção. Em outros termos, segundo a CIDH, a efetiva proteção ao direito de propriedade, sob a perspectiva dos povos indígenas, exige que estes sejam previamente consultados quanto a qualquer tipo de intervenção estatal, na medida em que “se o direito à consulta pretendia dar às comunidades indígenas uma 'voz' legalmente reconhecida, o direito de propriedade dá-lhes uma 'linguagem' legalmente reconhecida para fazer valer os seus direitos e prerrogativas” (TOWNSEND, 2020, p. 13). Assim, o Estado tem o dever de consultar previamente a comunidade com o intuito de

---

<sup>41</sup> Artigo 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica (OEA, 1969).

compreender a questão da propriedade das terras com intuito de cumprir o previsto no Artigo anteriormente citado, já que “a suposta falta de clareza quanto ao sistema de posse da terra dos Saramaka não apresenta um obstáculo insuperável para o Estado, que tem a obrigação de consultar os integrantes do povo Saramaka e solicitar um esclarecimento” (CIDH, 2007b, p. 32). Assim, a CIDH elencou os deveres a serem atendidos pelo Estado:

o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, de acordo com seus costumes e tradições, em relação a todo projeto de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração (doravante denominado “projeto de desenvolvimento ou de investimento”)<sup>124</sup> que seja realizado dentro do território Saramaka. Segundo, o Estado deve garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem razoavelmente do projeto realizado dentro de seu território. Terceiro, o Estado deve garantir que não outorgará nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental. Por meio destas salvaguardas se procura preservar, proteger e garantir a relação especial que os membros do povo Saramaka têm com seu território que, por sua vez, garante sua subsistência como povo tribal (CIDH, 2007b, p. 40).

Nessa linha, a jurisprudência fixada pela CIDH, a exemplo da sentença proferida no caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, de 2010, relacionado ao desaparecimento forçado do dirigente político indígena Maya kaqchikel, Florencio Chitay Nech, também considera a especial vulnerabilidade dos indígenas que são separados dos seus territórios em razão dos deslocamentos forçados, como consequência “de suas sequelas destrutivas sobre o tecido étnico e cultural [...], gera um claro risco de extinção, cultural ou físico, dos povos indígenas” (CIDH, 2010b, p. 39), sendo “indispensável que os Estados adotem medidas específicas de proteção, considerando as particularidades próprias dos povos indígenas, assim como seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes para prevenir e reverter os efeitos desta situação” (CIDH, 2010b, p. 39). Nesse cenário, a Corte também reconheceu a especial condição de vulnerabilidade relacionada ao desaparecimento forçado do território, não só em termos de separação física, mas em relação ao vínculo étnico e cultural do povo com a terra, já que:

em função “de suas sequelas destrutivas sobre o tecido étnico e cultural [...], gera um claro risco de extinção, cultural ou físico, dos povos indígenas”, razão pela qual é indispensável que os Estados adotem medidas específicas de proteção, considerando as particularidades próprias dos povos indígenas, assim como seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes para prevenir e reverter os efeitos desta situação (CIDH, 2010b, p. 39).

Outro aspecto relevante, no que tange ao direito de propriedade, é a imprescritibilidade do direito de reivindicação das terras ancestrais, ou seja, “el derecho de recuperacion de tierras

tradicionales permanece indefinidamente em el tiempo<sup>42</sup>” (CIDH, 2006b, p. 72). Essa premissa tem por base o vínculo espiritual e identitário dos povos indígenas e tribais com suas terras, na medida em que a “base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente<sup>43</sup>” (CIDH, 2010a, p. 28). Esse entendimento foi consolidado no julgamento dos casos *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005 e *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*, de 2006. Importante ressaltar que a ausência de reconhecimento quanto a propriedade da comunidade sobre o território ancestral implica violação a identidade cultural, já que “si no se reconoce la propiedad comunal indígena se podría vulnerar otros derechos conexos como son[, entre otros,] el derecho a la identidad cultural, a la supervivencia organizada como pueblo [y] a la alimentación” (CIDH, 2020, p. 97).

Ainda relacionado a temática da propriedade, a CIDH estabeleceu, no caso *Xucuru vs. Brasil*, de 2018, o dever do Estado proceder a concessão de titulação, demarcação e desintrusão do território indígena reivindicado. A desintrusão compreende a remoção de ocupantes do território, que não sejam indígenas, cabendo ao Estado “remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão. Em especial, mediante a garantia do domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território” (CIDH, 2018, p. 49).

A jurisprudência da CIDH também protagonizou a consolidação da proteção a espiritualidade das comunidades indígenas a partir da releitura da tutela ao direito à liberdade de consciência e crença religiosa, prevista no Artigo 12<sup>44</sup> da Convenção. Hennebel (2009), refere que a CIDH aborda essa temática como elemento da diversidade cultural dos indígenas, na medida em que:

las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados (HENNEBEL, 2009, p. 173).

Para tanto, a contribuição do Juiz A.A.Cançado Trindade foi essencial para a fixação dos parâmetros de proteção aos danos espirituais, para além da esfera do dano moral, em suas próprias palavras “en el sentido que lo concibo, más allá del daño moral y concentrado en el

<sup>42</sup> Parágrafo 131. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*, de 2006.

<sup>43</sup> Parágrafo 112. *Caso Xamok Kasek vs. Paraguai*, de 2010.

<sup>44</sup> Artigo 12.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado (OEA, 1969).

género humano, en su vida y su post-vida” (CIDH, 2005b, p. 94). O Juiz se deteve a construção dessa argumentação na fundamentação do voto proferido no caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 2005, envolvendo o massacre da população N’djuka Maroon por militares, em razão da importância da representatividade do caso considerando a consciência e compromisso dos sobreviventes na busca por justiça:

los sobrevivientes y familiares directos de las presuntas víctimas de la masacre de 1986 asumieron la obligación de buscar justicia por sus muertos (como una “responsabilidad cultural que continúa a través de las generaciones”) y reconocieron el deber inminente de recuperar los restos de los muertos, de realizar las ceremonias fúnebres y de brindar un “adecuado entierro” a sus muertos (CIDH, 2005b, p. 19).

Nesse sentido, o Juiz definiu o dano espiritual como uma espécie mais grave de dano moral, pelo impacto causado ao universo interno do ser humano “su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos” (CIDH, 2005b, p. 23), dano este que não está sujeito a reparação indenizatória mas que exige formas diferenciadas de compensação. Para tanto, o jurista propõe a utilização da dimensão temporal do princípio da humanidade, para “incluye a los vivos en sus relaciones con los muertos y a los aún no nacidos, de las futuras generaciones” (CIDH, 2005b, p. 23), haja vista que os danos espirituais abrangem tanto a violação aos direitos dos vivos como dos mortos, uma vez que, no caso, “la cosmovisión de los N’djuka, en circunstancias como las del presente caso, los vivos y los muertos sufren juntos y eso tiene una proyección intergeneracional” (CIDH, 2005b, p. 24). Por essa razão, o dano espiritual não está sujeito a quantificação, sendo passível de recomposição “por medio de *obligaciones de hacer* en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos)” (CIDH, 2005b, p. 24). Em relação ao caso *Comunidad Moiwana*, destaca Saranti (2021):

Com base nesta análise “metafísica”, a Corte concluiu que a comunidade Moiwana sofreu graves problemas emocionais, psicológicos, dificuldades espirituais e econômicas, que envolviam a responsabilidade do Estado por violação do artigo 5 §1 da CADH, combinado com o artigo 1 §1 da CADH. O que é extremamente pioneiro no raciocínio do Tribunal é que ele tomou primeiro e principalmente em conta a **violação da integridade espiritual das vítimas**, devido às suas convicções religiosas e crenças sobre a relação que existe entre a vivo e a morto. Portanto, a jurisprudência interpreta de forma original o direito à integridade pessoal. (SARANTI, 2021, p. 452, grifo nosso)

Frise-se que a proteção a espiritualidade indígena foi consagrada na DADPI, de 2016, que previu tanto a restituição de bens culturais como o acesso a restos mortais aos povos

indígenas, nos Artigos XIII<sup>45</sup> e XVI<sup>46</sup>, onde há, inclusive, o reconhecimento da proteção da espiritualidade indígena. Nesse espectro, a proteção aos danos espirituais também encontra suporte na proteção a identidade cultural “ligada íntimamente a las manifestaciones religiosas y espirituales de tales pueblos y sus miembros, las cuales forman parte de su patrimonio cultural” (CIDH, 2019, p. 144). O vínculo espiritual acaba se perpetuando no tempo, já que a ausência de realização dos rituais indígenas de despedida acaba por causar danos aos demais membros da comunidade indígena, como destaca Hennebel (2006) “com a morte da vítima, na falta de justiça, os mortos não podem descansar em paz e o espírito da vítima - mesmo os espíritos ancestrais – atormentam os membros sobreviventes da família” (HENNEBEL, 2006, p. 260). Nessa perspectiva, percebe-se que a atuação da CIDH não está limitada a verificação das violações físicas cometidas contra os indígenas, já que:

Sus sentencias no se han centrado sólo en afectaciones físicas, sino que han sido muy audaces al razonar también en las afectaciones psicológicas, espirituales y culturales de estos pueblos. La toma en consideración de sus particularidades culturales; del efecto nocivo que puede provocar en la comunidad la violación a la integridad personal, espiritual y cultural; así como de la inminente transgresión a su identidad cultural y, por ende, “el vacío cultural” o la pérdida cultural que puede generarse, han incentivado a la Corte idh a emitir sentencias que refuercen la protección de los pueblos indígenas (BAEZ, 2011, p. 33).

A espiritualidade também reverbera efeitos no desenvolvimento das crianças do povo indígena, que se veem privadas da convivência com seus ancestrais e, via de consequência, de vivenciar de sua cultura, como destacado no caso *Masacre Rio Negro vs. Guatemala*, de 2012, referente a destruição da comunidade Maya de Rio Negro, em decorrência de massacres e perseguições executadas pelo exército da Guatemala e membros de Patrulhas de Autodefensa Civil nos anos 1980 e 1982. Assim:

144. (...) Corte ha sostenido que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma (CIDH, 2012b, p. 59).

---

<sup>45</sup> Artigo XIII. Os Estados oferecerão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos juntamente com os povos indígenas, a respeito dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação de suas leis, tradições e costumes (OEA, 2016).

<sup>46</sup> Artigo XVI. Os povos indígenas têm o direito de preservar e proteger seus lugares sagrados e de ter acesso a eles, inclusive seus lugares de sepultamento, a usar e controlar suas relíquias e objetos sagrados e a recuperar seus restos humanos (OEA, 2016).

Outro aspecto relacionado ao reconhecimento de direitos específicos diz respeito a representatividade do ato de reconhecimento da violação perpetrada por Estados aos direitos indígenas, levada a efeito por seus representantes. Do grupo de sentenças selecionadas, em 8 (oito) casos houve o reconhecimento espontâneo da responsabilidade por parte do Estado pelas violações indicadas pela Comissão, de forma parcial ou total, o que representa o percentual de 44 % dos casos selecionados. Esse reconhecimento espontâneo ocorreu nos seguintes casos: *Escué Zapata vs. Colombia*, de 2007; *Pueblo Tiu Tojin vs. Guatemala*, de 2008; *Chitay Nech vs. Guatemala*, de 2010; *Fernandez Ortega vs. México*, de 2010; *Rosendo Cantú vs. México*, de 2010; *Pueblo Indígena Kichwa vs. Ecuador*, de 2012; *Masacre Rio Negro vs. Guatemala*, de 2012; *Aldea Chichupac y otros vs. Guatemala*, de 2016.

Nos demais casos, a CIDH reconheceu e declarou a responsabilidade dos Estados pelos danos causados as comunidades, impondo-lhes as respectivas sanções, inclusive mediante atos públicos de reconhecimento, o que será abordado na próxima subseção. A questão do reconhecimento é de extrema importância porque é a partir do seu advento que se inicia o processo de cura dos danos causados a comunidade, como destaca a manifestação da perita Hernández Castillo, no caso *Fernandez Ortega vs. México*, de 2010, como se infere no parágrafo 243 da sentença:

243. (...) para as comunidades indígenas de Guerrero, o fato de que o autor de uma falta reconheça publicamente sua ação tem especial importância. Em particular, afirmou que nos processos de justiça comunitária, realizados perante as autoridades de uma comunidade, o reconhecimento é o primeiro passo para a “cura” aos danos ao tecido comunitário (CIDH, 2010c, p. 78-79).

Recentemente, no caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, de 2020, envolvendo a violação ao direito a propriedade sobre o território ancestral das comunidades indígenas reunidas pela Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), pela primeira vez a CIDH reconheceu o direito ao meio ambiente saudável, a alimentação adequada, direito a água e a participação na vida cultural, com base no Artigo 26<sup>47</sup> da Convenção. Nesse sentido:

En las circunstancias del caso, los cambios en la forma de vida de las comunidades, advertidos tanto por el Estado como por los representantes, han estado relacionados con la interferencia, en su territorio, de pobladores no indígenas y actividades ajenas a sus costumbres tradicionales. Esta interferencia, que nunca fue consentida por las comunidades, sino que se enmarcó en una lesión al libre disfrute de su territorio

<sup>47</sup> Artigo 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (OEA, 1969).

ancestral, afectó bienes naturales o ambientales de dicho territorio, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. En este marco, las alteraciones a la forma de vida indígena no pueden ser vistas, como pretende el Estado, como introducidas por las propias comunidades, como si hubiera sido el resultado de una determinación deliberada y voluntaria. Por ello, ha existido una lesión a la identidad cultural relacionada con recursos naturales y alimentarios (CIDH, 2020, p. 98-99).

Nesse caso, a CIDH condenou a Argentina pelas violações causadas a comunidade Lhaka Honnat, relacionadas a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención (CIDH, 2020, p. 99). Percebe-se que a atuação contenciosa da CIDH, concebe uma interpretação ampla a temática relativa à diversidade e identidade cultural, o que permite aferir que tais valores são tidos como vetores na interpretação de direitos, ou seja, produzem efeitos em relação ao reconhecimento de direitos específicos relacionados ao direito a vida, a propriedade, aos direitos da criança e participação política, dentre outros.

Nesse sentido, foram identificadas 4 descobertas quanto ao eixo do reconhecimento de direitos específicos propostos por Jouannet (2020). A primeira, referente a adoção de uma interpretação específica de direitos já tradicionalmente previstos na Convenção em se tratando de violação que envolva as comunidades indígenas, a exemplo da fixação da exigência de consulta prévia as populações para qualquer limitação ao direito de propriedade. A segunda, relacionada a obrigação dos Estados adotarem medidas específicas de proteção aos indígenas, também no âmbito do direito interno. A terceira, atinente a imprescritibilidade do direito de reivindicação das terras ancestrais e a quarta, referente ao reconhecimento do direito específico a integridade espiritual.

### 3.3 A REPARAÇÃO DOS DANOS HISTÓRIOS NA CIDH

Quanto ao terceiro eixo do DIR, Jouannet (2020) sustenta que a reparação a danos históricos é uma resposta do direito internacional à crescente reivindicação de “reparação por crimes históricos cometidos por razões de racismo, colonialismo e imperialismo” (JOUANNET, 2020, p. 18), no intuito de que os Estados reconheçam sua responsabilidade e concedam reparações aos danos causados a esses grupos ao longo do tempo. Nesse viés, muitas questões polêmicas circundam a aplicação desta reparação, e se relacionam, por exemplo, à viabilidade de reparação dos crimes cometidos no passado, considerando o grande número de vítimas e seus descendentes na busca por reconhecimento. Qual seria o procedimento adequado

para reivindicar essas reparações? De que modo poderia ser efetivada a reparação, considerando a impossibilidade temporal de recompor o *status quo*?

Para tentar dirimir esses pontos, Jouannet (2020) lembra a Conferência de Durban, de 2001, e sua respectiva Declaração, como o primeiro documento do direito internacional que procurou apresentar respostas, tanto políticas como jurídicas, quanto aos pontos essenciais das reivindicações por reconhecimento e reparação, bem como em relação aos limites do direito internacional em atender essas demandas. Como exemplo, a autora cita os três princípios de Durban que servem de guia para o exame da reparação dos erros históricos, quais sejam: 1) “a escravidão e o tráfico de escravos são um crime contra a humanidade e sempre deveriam ter sido assim compreendidos” (Ponto 13<sup>48</sup>); 2) o reconhecimento de que “as injustiças históricas (escravidão e colonialismo) contribuíram para a pobreza, subdesenvolvimento, exclusão social, dentre outros, que afetam muitas pessoas em diferentes partes do mundo, especialmente nos países em desenvolvimento” (Ponto 14<sup>49</sup>) e 3) o princípio de que os “Estados interessados devem honrar a memória das vítimas de tragédias passadas” (Ponto 99<sup>50</sup>)” (JOUANNET, 2020, p. 19). Especificamente em relação a esse último princípio, há destaque ao fato de que “alguns Estados tomaram a iniciativa de pedir desculpas e pagar pela reparação, por graves e maciças

---

<sup>48</sup> Ponto 13. Reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo, incluindo o tráfico de escravos transatlântico, foram tragédias terríveis na história da humanidade, não apenas por sua barbárie abominável, mas também em termos de sua magnitude, natureza de organização e, especialmente, pela negação da essência das vítimas; ainda reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e que os Africanos e afrodescendentes, Asiáticos e povos de origem asiática, bem como os povos indígenas foram e continuam a ser vítimas destes atos e de suas conseqüências (DURBAN, 2001).

<sup>49</sup> Ponto 14: Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que os Africanos e afrodescendentes, os povos de origem asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas conseqüências. Reconhecemos o sofrimento causado pelo colonialismo e afirmamos que, onde e quando quer que tenham ocorrido, devem ser condenados e sua recorrência prevenida. Ainda lamentamos que os efeitos e a persistência dessas estruturas e práticas estejam entre os fatores que contribuem para a continuidade das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo ainda hoje (DURBAN, 2001).

<sup>50</sup> Ponto 99: Reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados. Portanto, incentiva os Estados a desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar a criação de condições necessárias para a participação efetiva de todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação. A Conferência Mundial incentiva os Estados que desenvolverem e elaborarem os planos de ação, para que estabeleçam e reforcem o diálogo com organizações não governamentais para que elas sejam intimamente envolvidas na formulação, implementação e avaliação de políticas e de programas (DURBAN, 2001).



violações cometidas” (Ponto 100<sup>51</sup>), convidando outros países a encontrar “formas adequadas de o fazerem e repararem a dignidade das vítimas” (Ponto 101<sup>52</sup>).

Para Jouannet (2020), mesmo que a citada Declaração não possua efeito vinculante, ela dispõe que os Estados envolvidos tem uma “obrigação moral, e não legal, de tomar as medidas apropriadas para pôr fim às consequências danosas de práticas passadas do colonialismo e da escravidão” (JOUANNET, 2020, p. 20). Em termos gerais, a Comissão de Direito Internacional (CDI), da ONU, refere que o direito internacional não aceita a retroatividade de normas *jus cogens*, ou seja, regras não podem ter aplicação a casos acontecidos antes de sua vigência, o que impediria a reparação dos danos históricos propostos nesse eixo (JOUANNET, 2020, p. 416). Nessa linha, Jouannet consigna que a única hipótese de responsabilização ocorre quando “o Estado voluntariamente consinta em aceitar sua responsabilidade retroativamente “por atos que, no momento em que ocorreram, não estavam violando uma obrigação internacional”, nos termos do Artigo 13 do Relatório da CDI, de 2001<sup>53</sup> (JOUANNET, 2020, p. 416).

Em relação as hipóteses de dano e respectiva reparação, Jouannet (2020) propõe, com base na Declaração, que esta ocorra por dois aspectos, quais sejam, o dano moral advindo de anos de humilhação e negação de reconhecimento de diversos indivíduos e comunidades, que estaria atrelado ao dano material “associado à pilhagem de recursos, ao sistema escravagista e, depois, o sistema colonial de exploração e espoliação de terras que supostamente explica o atual estado de subdesenvolvimento dos antigos países colonizados e dos povos originários” (JOUANNET, 2020, p. 21). Nesse aspecto, a autora destaca que os danos causados pela colonização provocaram danos tanto no passado como perduram até hoje, sob a forma de desigualdades sociais e econômicas.

Quanto as formas de reparação, Jouannet cita casos em que foi possível a restituição de bens, decorrentes de “ações para a devolução de bens culturais roubados, as vezes até restos humanos mumificados que ocorreram em alguns casos” (JOUANNET, 2020, p. 21), como quando a “França devolveu ao povo khoisan, da África do Sul, os restos de Saartje Baartman,

---

<sup>51</sup> Ponto 100. Insta os Estados a estabelecerem, com base em informações estatísticas, programas nacionais, inclusive programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de grupos de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo, educação fundamental, atenção primária à saúde e moradia adequada (DURBAN, 2001).

<sup>52</sup> Ponto 101. Insta os Estados a estabelecerem programas para a promoção de acesso, sem discriminação, de grupos ou indivíduos que são vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, aos serviços de saúde e a promoverem esforços para eliminarem as disparidades, inter alia, nas taxas de mortalidade materno-infantil, nas vacinações de crianças, HIV/AIDS, doenças cardíacas, câncer e doenças contagiosas (DURBAN, 2001).

<sup>53</sup> CDI, Projeto de artigos sobre a responsabilidade dos estados por fatos internacionalmente ilícitos, 2001, Art. 13, §5, p. 143. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). Acesso em 02 mar.2021.

conhecido como Vênus Hotentote, que foram enterrados em 2002 de acordo com os ritos tradicionais de seu povo” (JOAUNNET, 2020, p. 21). De igual modo, a autora destaca que a “proliferação desse tipo de reivindicação por restos humanos alojados em museus ocidentais é mais uma indicação do grande aumento dos pedidos de reconhecimento de identidades feridas pela história, baseadas no respeito igual a qualquer ser humano e na aceitação da sua diferença” (JOAUNNET, 2020, p. 22). Episódios recentes vem ao encontro dessas diretivas, como o pedido de desculpas realizado pelo Papa Francisco, em 2015, quanto aos crimes cometidos pela Igreja Católica contra os povos indígenas das Américas<sup>54</sup>, bem como a manifestação do Presidente do México, López Obrador<sup>55</sup> que, em 2019, exigiu pedido de desculpas ao Rei da Espanha e ao Papa Francisco pelos crimes cometidos no período colonial.

Além disso, em termos materiais, há que se considerar a condição diferenciada das violações que envolvem os povos indígenas, ou seja, sua vulnerabilidade, na medida em que “las violaciones a comunidades indígenas se producen en contextos donde existen niveles sistemáticos de inequidad y opresión social, en los que las poblaciones indígenas se encuentran discriminadas, estigmatizadas y, por ende, en condiciones de vulnerabilidad” (RUIZ e DANOSO, 2014, p. 999).

No que se refere a atuação da CIDH, a análise das 17 sentenças condenatórias selecionadas evidenciam a preocupação da Corte na repreensão das violações cometidas através da cominação de reparação pecuniária, a partir do pagamento de indenização às vítimas, bem como pela utilização de outras medidas relacionadas ao dever moral de retratação, tanto através de pedidos públicos de desculpas, como mediante a construção de memoriais e escolas de ensino de cultura indígena de modo a garantir a preservação memória dos antepassados as futuras gerações. Em outros termos, segundo Jouannet (2020), as medidas de reparação efetivadas por atos públicos de retratação bem como a construção de memoriais, monumentos ou escolas são levadas a efeito com a finalidade de “(re)construção das identidades no tempo, e não no espaço, ilustrando como nações, povos ou indivíduos se esforçam para reconstruir sua "narrativa identitária”” (JOUANNET, 2020, p. 409).

Nas sentenças investigadas, a CIDH basicamente se depara com duas situações: a primeira diz respeito ao reconhecimento espontâneo dos Estados quanto a sua responsabilidade pelas violações causadas aos povos indígenas, ou seja, casos em que o Estado se manifesta de forma expressa quanto ao reconhecimento da ocorrência de danos causados a determinada

---

<sup>54</sup> Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/papa-pede-perd%C3%A3o-aos-povos-ind%C3%ADgenas/a-18576303>. Acesso em 05 de mar.2021.

<sup>55</sup>Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47728487>. Acesso em 05 mar.2021.

população indígena, quando então o Tribunal fixa as sanções a serem observadas na reparação. A segunda se refere àquelas em que o Estado contesta tais violações, tanto no se refere a aspectos processuais como materiais, mas que não tem êxito em suas arguições e são condenados pela Corte a reparar os danos, em razão da comprovação das violações suscitadas. Apesar dessa diferença, não há, no que diz respeito as medidas fixadas a título de reparação, diferença quanto as formas de reparação, havendo apenas a diferenciação quanto a forma de cumprimento das medidas, ou seja, uma de forma espontânea enquanto a outra como imposição.

Desse modo, para fins de elucidação, primeiro serão elencados os casos de maior representatividade, conforme critérios de investigação fixados na pesquisa, para a análise das medidas de reparação fixadas nos casos que tiveram o reconhecimento espontâneo de responsabilidade do Estado, seja total ou parcial, para após analisarmos as medidas impostas aos casos em que tal circunstância não ocorreu. Além disso, apenas serão mencionadas as reparações não pecuniárias que tenham sido fixadas com a finalidade precípua de garantir a reconstrução ou preservação da memória e identidade do povo indígena, nos termos fixados por Jouannet (2020). Isso porque as reparações pecuniárias são meios tradicionais da reparação de danos, sejam eles materiais ou imateriais.

Como fundamento para a imposição da responsabilização de reparar, a CIDH desenvolveu o “enfoque da solidariedad intergeracional” quanto a fixação de critérios relacionados à reparação dos danos referentes a memória e privação da transmissão da cultura entre gerações, em razão da violação aos direitos dos povos indígenas. Esse enfoque de solidariedade intergeracional abrange “la cohesión social entre generaciones, lo que se manifiesta en un fuerte compromiso con los valores y las experiencias transmitidas a través de la memoria oral, así como en la necesidad de replicar esos conocimientos” (CIDH, 2019, p. 42). Também “la herencia cultural de los pueblos indígenas, se vincula con el retorno al pasado para la proyección del futuro del colectivo. En suma, se trata de cuidar el territorio y la naturaleza, sus valores, sus bienes y conocimientos, para las actuales y futuras generaciones” (CIDH, 2019, p. 42).

De modo geral, a CIDH fixa a própria sentença como forma de reconhecimento e reparação, sendo que em todos os casos investigados houve a determinação para que o Estado efetive ato público de reconhecimento da responsabilidade, com ampla divulgação da sentença, inclusive, na língua nativa do povo indígena correspondente. Essas medidas devem seguir os rituais da comunidade indígena, mediante ajuste prévio com os envolvidos, como se verifica, a título exemplificativo, no caso *Masacre Rio Negro vs. Guatemala*, de 2012:

277. (...) el Tribunal dispone que el acto público de reconocimiento de responsabilidad deberá realizarse en la colonia Pacux, en idioma español y en la lengua *maya achi*, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Durante el acto se deberá hacer referencia a las cinco masacres sucedidas en el presente caso, a las violaciones graves y masivas de derechos humanos perpetradas por el Estado y a su responsabilidad internacional. El acto deberá ser transmitido a través de medios de comunicación televisivos y/o radiales. De igual forma, por las características específicas del presente caso, y en aras de crear conciencia sobre las consecuencias de los hechos del mismo, en dicho evento de reconocimiento deberán estar presentes altos funcionarios del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial de Guatemala (CIDH, 2012b, p. 97).

Nesse sentido, Estupiñan-Silva e Rivas (2014) destacam a especial preocupação da CIDH em considerar as especificidades culturais dos povos indígenas ao determinar as medidas de reparação, que devem ser efetivados a partir da consulta prévia ao povo indígena, além de observar o ritual e língua típica. Assim:

la Corte ha tomado particular consideración a los elementos culturales de los miembros de los pueblos indígenas y tribales para efectos de la organización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad en el idioma de dichos pueblos, con la participación de sus líderes y tomando en cuenta sus tradiciones y costumbres; la publicación y difusión de la sentencia en idioma indígena, así como para la determinación de las indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial. (ESTUPIÑAN-SILVA e RIVAS, 2014, p. 329-330).

Na mesma linha, Ruiz e Donoso (2014) destacam a importância e representatividade do ajuste entre Estado e comunidade indígena para fixação dos termos a serem observados para fins de ato público de reparação, como instrumento de inclusão e reposicionamento das identidades e saberes indígenas:

Desde un punto de vista más epistemológico, la participación de las víctimas y comunidades en los procesos de reparación, así como la incorporación de elementos y prácticas culturales en la implementación de los diversos tipos de medidas, potencian el re-posicionamiento de las identidades y saberes indígenas marcados por la exclusión. Estos procesos nacen y a la vez fortalecen los movimientos que promulgan la re-apropiación de la cultura y la identidad en contra del neo-colonialismo de los saberes en América Latina (RUIZ e DONOSO, 2014, p. 1019).

Já em relação a medidas específicas de reparação, o primeiro caso envolvendo reconhecimento da responsabilidade pelo Estado ocorreu na sentença condenatória proferida do caso *Escué Zapata vs. Colombia*, de 2007, relativos ao assassinato, pelo exército colombiano, de Germán Escué Zapata, líder indígena, em que se verificou “patrón de violência contra los pueblos indígenas asentados en esa zona del país, y sus líderes” (CIDH, 2007a, p. 02). Reconhecida a responsabilidade pelo Estado tanto pela execução da vítima como pela ausência de correspondente investigação em tempo hábil, a CIDH fixou como medidas de

responsabilização “colocar una placa em recuerdo de los hechos ocurridos y de la víctima” e que “el rescate de la memoria del señor Escué Zapata debe hacerse a través de obras en beneficio de la Comunidad en la que él ejercía cierto tipo de liderazgo” (CIDH, 2007a, p. 44). Do mesmo modo, o Tribunal determinou que o Estado destine, no prazo de um ano, a quantidade de U\$\$ 40.000,00 (Quarenta mil dólares) para um fundo Germán Escué Zapata, “para que la Comunidad lo invierta en obras o servicios de interés colectivo en su beneficio, de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional” (CIDH, 2007a, p. 44).

Nesse espectro, quanto ao efeito simbólico da reparação pecuniária de danos históricos, vale mencionar o destaque feito por Jouannet (2020) ao acordo firmado entre Itália e Líbia, firmado em 2008, onde a Itália pediu desculpas pelos 30 anos de colonização italiana e comprometeu-se a pagar U\$ 5 bilhões em indenização na forma de investimento nos próximos 25 anos à Líbia. Em outros termos, “situar a ajuda financeira numa perspectiva de reconhecimento de responsabilidade pelos erros históricos torna-a uma forma simbólica de reparação de identidades feridas que podem, assim, ser retomadas à trama da história” (GARAPON, 2008).

No caso *Fernandez Ortega vs. México*, de 2010, que envolveu a tortura e estupro da Senhora Fernandez Ortega por militares, houve a consideração da especial condição de vulnerabilidade da mulher indígena quanto a fixação das responsabilidades, e, considerando a gravidade do dano, a CIDH determinou a efetivação de medidas de reparação de alcance comunitário, destacando a “importância de implementar reparações que tenham um alcance comunitário e que permitam reintegrar a vítima ao seu espaço vital e de identificação cultural, além de reestabelecer o tecido comunitário” (CIDH, 2010c, p. 84). Nesse sentido, a CIDH determinou que o Estado forneça recursos suficientes para que a:

267. [...] comunidade indígena me'phaa de Barranca Tecoani estabeleça um centro comunitário, que se constitua como centro da mulher, no qual se desenvolvam atividades educativas em direitos humanos e direitos da mulher, sob responsabilidade e gestão das mulheres da comunidade, incluindo a senhora Fernández Ortega, se assim o desejar. O Estado deve facilitar o oferecimento de assistência nas ações de capacitação comunitária por parte de suas instituições e organizações da sociedade civil especializadas em direitos humanos e gênero. Tais ações deverão se adequar à cosmovisão da comunidade indígena (CIDH, 2010c, p. 84-85).

Medidas semelhantes foram adotadas no caso *Rosendo Cantú vs. México*, de 2010, que também versou sobre tortura e estupro a mulher indígena. De modo específico, foi determinada a adoção de um sistema médico específico para atendimento da mulher que tenha sofrido

violência sexual, a partir a través de “la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me’paa, así como mediante la utilización de um protocolo de actuación adecuado” (CIDH, 2010d, p. 87). Também fora determinada a realização de campanha de conscientização quanto aos efeitos da violência e discriminação da mulher indígena “realización de una nueva campaña de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena en todas las esferas de su vida” (CIDH, 2010d, p. 89), além da determinação para compatibilização da legislação interna com os direitos previstos na Convenção, tendo em vista a incompatibilidade do Artigo 27<sup>56</sup> do Código de Justiça Militar do México “obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana (CIDH, 2010d, p. 78-79).

Também sob o viés do gênero, aliado a concepção intercultural, a CIDH desenvolveu um padrão de proteção com a finalidade de garantir a proteção a mulher indígena, considerando sua especial vulnerabilidade, de modo que se “adoptar medidas culturalmente adecuadas que garanticen el goce de sus derechos y libertades fundamentales, y les permitan una vida libre de discriminación y violencia (CIDH, 2019, p. 41). Nesse cenário, o Tribunal se utiliza desse padrão para “investigar, enjuiciar y sancionar todas las formas de violencia contra mujeres indígenas, así como para determinar las reparaciones convenientes” (CIDH, 2019, p. 41).

No caso *Masacre Rio Negro vs. Guatemala*, de 2012, em que houve a destruição da comunidade maya de Rio Negro, pelo Exército e membros da Patrulha de Autodefesa Civil da Guatemala, a CIDH estabeleceu medidas específicas para o resgate da memória e recuperação da cultura indígena Maya. Para tanto, o Estado se comprometeu, atendendo ao pedido das vítimas, de:

la “construcción de un [m]useo [m]onumental en honor a la memoria de las múltiples víctimas del [c]onflicto [a]rmado [i]nterno”, con una sección especial dedicada a los civiles que murieron durante los 36 años del mismo y que haga “especial mención a las múltiples masacres realizadas en contra de la población civil durante esos años” (CIDH, 2012b, p. 97).

---

<sup>56</sup> Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar: II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo (México, 1933). Disponível em <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-de-justicia-militar/gdoc/>.

Ainda, diante dos prejuízos causados a integridade cultural da comunidade, o que gerou impactos lesivos à cosmovisão e cultura Maya Achi, o Estado foi condenado a implementar um programa para resgate da cultura Maya, com a finalidade de:

rescatar, promocionar, divulgar y conservar los usos y costumbres ancestrales, basado en los valores, principios y filosofías del pueblo maya achí y, particularmente, de la comunidad de Río Negro. Dicho programa deberá generar un espacio para promover las expresiones artísticas, lingüísticas y culturales de la comunidad. El diseño y ejecución de este programa deberá contar con la participación activa de los miembros de la comunidad de Río Negro y sus representantes (CIDH, 2012b, p. 100).

Este acervo de decisões mostra o entendimento da CIDH de que a reparação tem um sentido mais complexo do que a mera indenização financeira poderia sugerir. Assim, trata-se menos de punir, e mais de lembrar, para que tais erros não mais se repitam, já que o efeito reparador, nesses casos, somente seria aferível nos casos em que a condenação pecuniária for e “acompanhadas de um discurso que dê sentido a esta indenização, relacionando-a a um “discurso de justiça” e ao reconhecimento da negação da identidade das pessoas em uma escala maciça. (GARAPON, 2008, p. 229). É o que Jouannet (2021) dispôs como reparação simbólica do dano, que pode ocorrer de diversas formas, tais como “o reconhecimento de responsabilidade, a expressão de arrependimento, um pedido formal de desculpas ou um pedido de perdão” (JOAUNNET, 2021, p. 217). Esse é o entendimento que podemos identificar na atuação da CIDH, especificamente quanto a reparação dos danos imateriais, como destacado no *Caso Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, a partir da:

realização de atos ou obras de alcance ou repercussão pública, tais como a transmissão de uma mensagem de desaprovação oficial às violações dos direitos humanos de que se trata e de compromisso com os esforços dirigidos para que não voltem a ocorrer e que tenham como efeito, entre outros, o reconhecimento da dignidade das vítimas (CIDH, 2005a, p. 96).

Por outro lado, em relação aos casos em que não houve o reconhecimento espontâneo da responsabilidade dos Estados violadores, as principais medidas de reparação envolvendo o resgate da cultura e identidade indígena foram os seguintes caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, *Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio del Rabinal vs. Guatemala*, de 2016, *Comunidad Indígena Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, de 2020.

No caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 2005, dentre outras medidas de reparação, foi determinada a construção de um monumento para “señalar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana [...] este monumento debe ser un recordatorio para la nación

entera de lo que sucedió y no deberá repetirse em el futuro” (CIDH, 2005b, p. 87) de modo que o formato e localização sejam decididos conjuntamente com as vítimas “El diseño y la ubicación deberán ser resueltos en consulta com los representantes de las víctimas” (CIDH, 2005b, p. 87). Já no caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 2005, o Estado foi obrigado a entregar a terra ancestral a comunidade indígena, de modo a permitir “o acesso a condições de vida e manter e projetar no futuro uma identidade, uma cultura e uma forma de vida” (CIDH, 2005a, p. 98). Além disso, foi destacada a necessidade de o Estado delimitar a área juntamente com membros da comunidade, na medida em que:

A posse de seu território tradicional está marcada de forma indelével em sua memória histórica e a relação que mantém com a terra é de uma qualidade tal que sua desvinculação da mesma implica risco certo de uma perda étnica e cultural irreparável, com o conseqüente vazio para a diversidade que tal fato acarretaria. Dentro do processo de sedentarização, a Comunidade Yakye Axa adotou uma identidade própria relacionada com um espaço geográfico determinado física e culturalmente, que corresponde a uma parte específica do que foi o vasto território Chanawatsan (CIDH, 2005a, p. 101).

No caso *Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio del Rabinal vs. Guatemala*, de 2016, dentre outras medidas, o Estado foi condenado a inserir no Sistema Nacional de Educação, programa de educação específico de modo que o conteúdo disponha sobre “naturaleza pluricultural y multilingüe de la sociedad guatemalteca, impulsando el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas, incluyendo sus cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida” (CIDH, 2016, p. 104). A medida tem por finalidade erradicar a discriminação, tanto étnica como racial, com as populações indígenas, bem como com “los estereotipos raciales y étnicos, y la violencia contra los pueblos indígenas, a la luz de la normativa internacional en la materia y la jurisprudencia de este Tribunal” (CIDH, 2016, p. 104). De igual modo, assim como fixado em outros casos similares, a CIDH determinou a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário com a finalidade de reparar os danos causados a identidade cultural, como no caso *Comunidad Indígena Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, de 2020:

el fondo de desarrollo comunitario sea destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas. La determinación de los objetivos puntuales a los que debe destinarse el Fondo, que deben contemplar los indicados, deberá ser decidida por las comunidades indígenas víctimas, y comunicada a las autoridades estatales y a la Corte en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. El diseño y



ejecución de los programas respectivos, a partir de los objetivos fijados, deberá contar con la participación activa de las comunidades indígenas víctimas y sus representantes (CIDH, 2020, p. 112).

Ao examinar esses casos, pode-se vislumbrar que a atuação da CIDH dedica atenção especial a construção de meios efetivos de reparação dos danos causados à identidade cultural e à diversidade, principalmente pela criação de meios que sirvam de instrumento a preservação da memória cultural indígena. Sobre o tema, destaca Marques (2011):

Essas medidas sinalizam a preocupação da Corte de impulsionar o Estado em um processo de “recuperação da memória”, em que sejam garantidos o direito à verdade e à reparação. Recuperar a “verdade” desses casos significa oferecer à comunidade indígena a possibilidade de compreender o episódio, incorporando-o à sua história coletiva para que, a partir disso, possa superar o luto e dar seguimento à vida. Além disso, o ato de “lembrar” o massacre, mais do que uma prestação de contas às vítimas, simboliza o reconhecimento oficial de um erro e a intenção de não mais repeti-lo (MARQUES, 2011, p. 535).

Assim, também sob o aspecto da reparação dos crimes cometidos no passado com vistas a construir a memória e preservar a cultura e identidade para as presentes e futuras gerações, é marcante a atuação da CIDH, em reconstruir a identidade no tempo, seja através dos atos públicos de reconhecimento, seja pela construção de memoriais, museus e escolas com a finalidade específica de reconstruir a cultura indígena.

Pelo visto, existem diferentes formas em que a CIDH aplica a reparação dos crimes históricos, para além da condenação ao pagamento de indenizações pecuniárias. A primeira descoberta se refere a adoção do enfoque da ‘solidariedade intergeracional’ como parâmetro a ser observado na definição dos critérios de reparação a memória indígena, com a consulta prévia a comunidade quanto a efetivação dos meios de reparação. A segunda, relacionada a consideração da especial vulnerabilidade da mulher indígena como elemento intercultural, como, por exemplo, a determinação da construção de um centro comunitário para especial atenção a mulher indígena.

Quanto as determinações propriamente ditas, ao longo dos anos a CIDH vem impondo aos Estados violadores de direitos indígenas, a realização de atos públicos de reconhecimento da sua responsabilidade, a realizar-se, sempre que possível, no local em que ocorreu a violação e na presença das vítimas ou seus familiares e sobreviventes, com a utilização da língua nativa indígena como forma de respeito. Do mesmo modo, a construção de museus, a implementação de programas para o resgate da cultura maya achi para as presentes e futuras gerações e, ainda, a adoção de programa de educação específico, com a observância da natureza multicultural da

sociedade e necessidade de respeito as diversas culturas indígenas existentes em uma mesma região.

Nesse viés, e a título elucidativo, das 17 (dezessete) sentenças condenatórias analisadas na presente pesquisa, todas, até o momento, apenas tiveram o cumprimento parcial das medidas reparatórias fixadas nas decisões, cumprimento que se restringiu a realização dos atos públicos de reconhecimento da responsabilidade e pedidos de desculpas, estando as demais medidas pendentes de cumprimento. É o que ocorre, por exemplo, no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, que, estando em etapa de supervisão de cumprimento de sentença, teve cumprida as seguintes medidas de reparação<sup>57</sup>: ato público de reconhecimento da responsabilidade, publicação da sentença, criação de fundo destinado a aquisição de terras aos membros da *Comunidade Indígena Yakye Axa*, dentre outras. Restam pendentes de cumprimento<sup>58</sup>, as seguintes cominações: identificar o território tradicional da *Comunidade Indígena Yakye Axa* e entregá-los de maneira gratuita; fornecer os meios necessários de subsistência enquanto estejam sem terras; implementar o plano de desenvolvimento comunitário e adotar, no direito interno, meios necessários para garantir o efetivo gozo do direito de propriedade aos membros da comunidade, conforme determinado no parágrafo 225 da sentença. A última informação quanto ao cumprimento ocorreu em maio de 2019.

---

<sup>57</sup> Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/paraguay/yakyeaxa/yakyeaxac.pdf>. Acesso em 30 mar.2021.

<sup>58</sup> Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/paraguay/yakyeaxa/yakyeaxap.pdf>. Acesso em 30 mar.2021.

## CONCLUSÃO

Após a efetivação da pesquisa nos termos em que fora proposta, com a construção do conhecimento, seja dos ditames historiográficos críticos do direito internacional e da justiça global, seja pela nova concepção do direito internacional sob a luz do reconhecimento, chegou-se a conclusões que demonstram a importância e necessidade de manter viva essa discussão. Sem pretensão de esgotar o tema, é viável afirmar que o direito internacional, hoje, pode produzir efeitos desejados ao dirigir a atenção para temáticas relacionadas a minorias, ainda que a passos lentos, desde que se alie os esforços normativos com a atuação de atores da sociedade global na implementação das medidas voltadas ao reconhecimento da diferença, para viabilizar a consolidação de uma sociedade justa e decente, a exemplo da CIDH.

A construção da base teórica da investigação, aliada aos estudos quantitativos e qualitativos das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH demonstrou a viabilidade do objetivo inicialmente proposto na pesquisa, quanto a verificação empírica da aplicação e concretização do DIR, para atender as lutas por reconhecimento das diferenças identitárias e culturais dos povos indígenas, latinoamericanos. O primeiro capítulo do trabalho consolidou as bases teóricas do tema e demonstrou que o direito internacional passou a abarcar o paradigma do reconhecimento, ou seja, se consolida como um processo, uma construção, que demanda a atuação de diversos atores na implementação de condições que permitam se alcançar uma sociedade justa e decente, como preconizou Jouannet (2020, 2021). Ainda que esse regime tenha nascido sob a narrativa hegemônica europeia, constatou-se que este, inegavelmente, encontrou amplo campo de aplicação e concretização na América Latina, diante da diversidade cultural e identitária características da sua população.

Nesse cenário, a concepção de sociedade justa e decente, fundada no DIR proposto por Jouannet (2020, 2021) demonstrou que a concepção clássica de sociedade internacional justa, delineada em termos formais por Rawls (2004, 2009), não é a melhor para analisar a sociedade contemporânea, porque se limita aos preceitos da igualdade e liberdade, fixados sob o pressuposto de uma posição ideal de igualdade, desatenta aos valores da diferença. Isso porque a sociedade atual é marcada pela multiculturalidade, ou seja, pela diversidade, o que evidencia e necessidade da criação de meios que viabilizem o reconhecimento das diferenças para se alcançar a harmonia social. Por isso, a importância da posição do DIR de Jouannet (2020, 2021), baseada no reconhecimento da diferença e, portanto, na inclusão das diferentes culturas e etnias no cenário social, para só assim se alcançar uma sociedade justa e descente.

Esses elementos foram reforçados com as descobertas do segundo capítulo, que examinou o papel político da atuação da CIDH e consolidou o universo da investigação empírica. Inicialmente, a pesquisa aliou o estudo do cenário de criação da CIDH ao impacto que este, sob o olhar político e social vigentes à época, moldaram a atuação da Corte ao longo dos anos. Nesse viés, descobriu-se que a CIDH, para viabilizar a proteção mais efetiva da população da América Latina, desenvolveu uma tipologia de vulnerabilidade, conforme estudos de Estupiñan-Silva (2014), para selecionar apenas os “casos que apresentam um grau de gravidade superior à média das violações dos direitos humanos nos Estados Partes, tendo em consideração a sua magnitude, intensidade e duração” (ESTUPIÑAN-SILVA, 2014, p. 195). Além disso, demonstrou-se que a CIDH a partir do viés da vulnerabilidade, construiu um regime jurídico próprio de proteção dos direitos humanos relacionados a indígenas, atento as especificidades dos povos originários da América Latina. Esse regime utilizou como fundamento, de acordo com Hennebel (2010), a interpretação sociológica e interpretação jurisprudencial diferenciada, o que permitiu com que a CIDH, ao proferir suas sentenças, construísse o direito aplicável ao caso concreto, especialmente quanto a proteção dos direitos indígenas, tendo por fundamento a aplicação de normas de interpretação, como a regra prevista no Artigo 29 da Convenção. Essa constatação contribuiu para a identificação da forma de atuação e seleção dos casos pela CIDH e como isso ajudou a solidificar o DIR na realidade da América Latina.

No segundo momento deste capítulo, foi feita a delimitação do universo da investigação empírica, ocasião em que foram revisados trabalhos acadêmicos que também avaliaram a atuação da CIDH, o que demonstrou que a maioria deles se baseou na observação descritiva e não exploratória da Corte. Dentre aqueles que se assemelharam a esta investigação, a pesquisa de Carvalho (2020), dirigiu-se à construção processual de uma justiça por reconhecimento, enquanto que a presente investigação objetivou avaliar a atuação material da CIDH, de modo a aferir se esta, através das sentenças condenatórias, implementa no caso concreto o DIR. Assim, constatado o ineditismo da pesquisa, foi construída e aplicada a metodologia para a seleção das sentenças condenatórias, aliando a dimensão material e processual dos julgados. Quanto a dimensão material, foram identificados os padrões de proteção relacionados aos povos indígenas, efetivados pela atuação contenciosa da CIDH, quais sejam: a proteção ao direito de propriedade (Artigo 21 da Convenção), a consideração da identidade como vetor interpretativo (Artigo 1.2 Convenção OIT), a proteção da identidade cultural sob o viés da garantia a vida digna (Artigo 4.1 Convenção), e também a participação política (Artigo 23 da Convenção), as garantias judiciais, em que os Estados devem fornecer meios efetivos para viabilizar a

compreensão aos indígenas em sua língua mãe (Artigo 8.1 da Convenção), o direito à livre expressão de crenças e lugares sagrados, bem como o direito de sepultar seus mortos, com base na liberdade de consciência e religião (Artigo 12), a proteção a integridade pessoal, igualdade, liberdade de consciência e religião (respectivamente nos Artigos 5, 8, 21 e 24 da Convenção). Assim, foram identificados os dispositivos que tiveram maior incidência de violação, a exigir a atuação da CIDH em sua tutela.

Quanto a dimensão processual, foram traçados os elementos que serviram de norte para a seleção dos casos. Nesse cenário, a métrica de coleta de dados foi consolidada a partir da seleção geral das sentenças condenatórias proferidas pela CIDH, desde o início de sua atuação, chegando-se a 350 (trezentos e cinquenta) sentenças, entre os anos de 1987 e 2020. Após, foram filtradas apenas as referentes a violação a direitos das populações indígenas, a partir dos dados da Relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas da OEA, chegando-se a 35 sentenças. Após, foi aplicado o critério temporal para selecionar as sentenças proferidas a partir 2005, ano da publicação da Convenção Proteção da Diversidade Cultural da UNESCO, documento fundante do DIR, em que foram selecionados 18 casos. A partir desses dados, foram elaborados gráficos do contexto geral e específico, para fornecer uma visão mais concreta das informações utilizadas na pesquisa.

O terceiro capítulo desvelou qualitativamente as sentenças selecionadas e atendeu aos objetivos específicos da pesquisa, quando forneceu os parâmetros para a resposta do problema proposto, ou seja, de como a tipologia do reconhecimento de Jouannet (2020, 2021) aparece na fundamentação das sentenças da CIDH. Ao longo da análise qualitativa, foram descobertos padrões desenvolvidos na fundamentação das sentenças selecionadas, voltados especificamente a uma proteção mais adequada aos indígenas, já que garantidora do reconhecimento das diferenças que lhe são peculiares, a exemplo da vinculação com a terra, aos vínculos interpessoais, o direito a espiritualidade, dentre outros.

Para a melhor elucidação das descobertas, elas foram elencadas de acordo com as frentes de atuação sugeridas por Jouannet. Sob a perspectiva do “reconhecimento da diversidade cultural” pela CIDH, foram feitas cinco descobertas. A primeira corresponde a utilização da auto identificação como principal critério de reconhecimento de um grupo como indígena, entendida como “la conciencia del pueblo de su identidad indígena o tribal” (CIDH, 2019, p. 29). A segunda descoberta se refere à concepção da diversidade cultural como princípio fundamental que deve servir como vetor interpretativo das normas da Convenção bem como das normas de direito interno, uma vez que correspondem “as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua

identidade cultural” (CIDH, 2005, p. 54). Tal valor deve ser observado tanto na atuação da própria CIDH como pelos Estados responsáveis pelas violações. Essa descoberta é fundamental porque “es a través del reconocimiento de su particularismo cultural que los pueblos indígenas serán identificados como tales y sus derechos serán mejor protegidos (BAEZ, 2011, p.28).

De igual modo, a CIDH também demonstrou que a identidade cultural deve ser considerada como valor interpretativo transversal, de modo que este seja o valor basilar para garantir a proteção de direitos humanos, a exemplo do reconhecimento do direito a consulta prévia da população indígena em qualquer questão que esteja relacionada a intervenção em seu território. Nessa mesma linha, a terceira descoberta demonstrou que a CIDH concebe a proteção ao território indígena como elemento relacionado a identidade cultural, advinda da identificação “de la particular relación entre cada grupo cultural y la naturaleza, depende su identidad cultural, que se expresa en las más variadas prácticas de manejo, protección, uso o extracción primaria de recursos naturales, bienes o servicios de los ecosistemas” (CIDH, 2012a, p. 42).

Por sua vez, a quarta descoberta demonstrou a utilização da abordagem multidisciplinar nos processos que versam sobre direitos relacionados a indígenas, através da avaliação do caso não só por juristas como também por antropólogos e sociólogos, num esforço conjunto para identificar as características próprias do povo indígena sujeito da violação de direitos. Isso demonstra como o direito pode conjugar-se com a cultura, já que “La colaboración de antropólogos, juristas y sociólogos en estos casos demuestra que el deber jurídico de hacer justicia se sitúa en el ámbito de la multidisciplinariedad, confirmando la interdependencia científica del saber” (BAEZ, 2011, p. 28). Além disso, como quinta descoberta, foi reconhecida a necessidade de garantir a livre e efetiva expressão do indígena pelo uso de sua língua materna, já que inviabilizar esse direito afeta a dignidade pessoal da vítima como membro da comunidade, “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad” (RUIZ, DONOSO, 2014, p. 970).

Sob a perspectiva do “reconhecimento de direitos específicos”, percebeu-se que a CIDH, para efetivar tal intento, utiliza direitos já positivados para concebê-los de modo específico quando relacionado a indígenas. Em outros termos, a CIDH efetiva uma interpretação diferenciada de direitos já existentes para efetivar a proteção à diversidade cultural e de identidade de indígenas. Essa foi a primeira descoberta relacionada a segunda frente de atuação do reconhecimento proposta por Jouannet. Como exemplo dessa descoberta, a CIDH reconheceu o direito a personalidade jurídica indígena, já que os membros da comunidade não possuíam qualquer documento de identificação, assim como o reconhecimento do direito da

comunidade como um todo ser previamente consultada em relação a qualquer intervenção em seu território, não levando a cabo a ideia de propriedade individual.

Nessa mesma linha, a CIDH reconheceu a especial condição de vulnerabilidade relacionada ao desaparecimento forçado do território, não só em termos de separação física, mas em relação ao vínculo étnico e cultural do povo com a terra, dando ensejo a segunda descoberta dessa seção. A partir dessa premissa, a CIDH impôs ao Estado a adoção de medidas específicas de proteção, considerando as particularidades próprias dos povos indígenas, assim como seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes para prevenir e reverter os efeitos desta situação (CIDH, 2010b, p. 39). Já a terceira descoberta se refere ao desenvolvimento, pela jurisprudência da CIDH, da imprescritibilidade do direito a reivindicação das terras ancestrais, com base na existência do vínculo espiritual e identitário dos indígenas com suas terras, ou seja, “base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente” (CIDH, 2010a, p. 28). Por sua vez, a quarta descoberta diz respeito a proteção da integridade espiritual como direito específico dos indígenas, concebido pela CIDH como uma espécie de dano moral mais grave, em razão do impacto causado ao universo interno do ser humano “su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos” (CIDH, 2005a, p. 23).

No que se refere a “reparação de danos históricos”, é importante destacar que foram analisadas apenas as condenações a reparações de danos imateriais, ou seja, não foram mencionadas as condenações ao pagamento de indenização, justamente porque este é o meio já consolidado e tradicional de reparação de danos. Isso porque a reparação não pecuniária aos danos imateriais evidencia a concretização da premissa proposta por Joannet (2020) de que a finalidade precípua é garantir a reconstrução ou preservação da memória e identidade do povo indígena. Nesse viés, a primeira descoberta se refere ao desenvolvimento, pela CIDH, do “enfoque da solidariedad intergeracional” como fundamento da obrigação de reparar o dano, para fixação de critérios relativos à reparação dos danos referentes a memória e privação da transmissão da cultura entre gerações, em razão da violação aos direitos dos povos indígenas. A partir desse enfoque, são considerados “la cohesión social entre generaciones, lo que se manifiesta en un fuerte compromiso con los valores y las experiencias transmitidas a través de la memoria oral, así como en la necesidad de replicar esos conocimientos” (CIDH, 2019, p. 42).

Além disso, a emissão da sentença, por si só, é considerada como primeiro elemento de reparação e reconhecimento, sendo a sua divulgação no local em que ocorreu o dano e na presença das vítimas ou sobreviventes da violação, com a utilização da língua indígena

originária é tida como um dos elementos iniciais da concretização da proteção a esse grupo vulnerável. Aqui há o destaque quanto a exigência de os Estados ajustarem previamente com os atingidos a realização desses atos de reparação, como garantia da observância das peculiaridades culturais das comunidades indígenas que sofreram a violação a seus direitos.

A segunda descoberta corresponde a consideração da especial vulnerabilidade da mulher indígena como critério norteador da fixação dos termos a serem observados na reparação dos danos, de modo que se “adoptar medidas culturalmente adecuadas que garanticen el goce de sus derechos y libertades fundamentales, y les permitan una vida libre de discriminación y violència (CIDH, 2019, p. 41). Em um caso que envolveu a tortura e estupro de uma mulher indígena, considerando a gravidade do fato, a CIDH estabeleceu medidas comunitárias de reparação, destacando a “importância de implementar reparações que tenham um alcance comunitário e que permitam reintegrar a vítima ao seu espaço vital e de identificação cultural, além de reestabelecer o tecido comunitário” (CIDH, 2010c, p. 84). Já em outro caso, também envolvendo violência sexual, o Estado foi condenado a implementar um sistema médico específico para atendimento da mulher que tenha sofrido esse tipo de violência, através de “la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me’paa, así como mediante la utilización de um protocolo de actuación adecuado” (CIDH, 2010d, p. 87).

A terceira descoberta demonstra que a CIDH estabeleceu medidas específicas para resgate da memória e recuperação da cultura indígena, a exemplo das sanções condenatórias impostas a Guatemala em decorrência do massacre da Comunidade Indígena do Rio Negro, com a determinação da construção de um museu “en honor a la memoria de las múltiples víctimas del conflicto armado interno”, com [...] “especial mención a las múltiples masacres realizadas en contra de la población civil durante esos años” (CIDH, 2012b, p. 97). Nesses termos, a avaliação qualitativa das sentenças demonstrou que a reparação, para a CIDH, tem um sentido mais complexo do que a mera cominação ao pagamento de indenização pecuniária, já que o impacto significativo da medida se revela não no punir, mas no lembrar, a partir de medidas que sejam “acompanhadas de um discurso que dê sentido a esta indenização, relacionando-a a um "discurso de justiça" e ao reconhecimento da negação da identidade das pessoas em uma escala maciça” (GARAPON, 2008, p. 229).

Frise-se que a classificação dos julgados foi efetivada tendo por base as frentes de atuação para implementação do reconhecimento da diversidade cultural e de identidade propostas por Joannet, sendo que as sentenças foram selecionadas a partir da fundamentação que melhor se enquadrasse nas vertentes sugeridas pela autora. Importante mencionar que essa



classificação não é estanque, haja vista que a fundamentação de uma sentença, na maior parte dos casos selecionados, traz elementos que configuram a implementação prática de mais de uma frente de atuação ao DIR. Nesse cenário, a pesquisa demonstrou que a atuação contenciosa da CIDH é essencial não só como instituição regional para a defesa dos direitos humanos das populações da América Latina, mas também pela implementação, no Sul Global, dos elementos que efetivam o DIR, realizando os primeiros passos para uma maior proteção à diversidade cultural e de identidade das populações indígenas.

Como resposta ao problema proposto, percebe-se que a CIDH consolida e amplia o DIR na realidade da América Latina, a partir das doze descobertas relacionadas aos eixos de atuação propostos por Jouannet, evidenciando a concretude do novo paradigma do reconhecimento proposto pela autora. Em outros termos, a atuação da CIDH desempenha papel fundamental como instituição para a realização do DIR, especialmente diante da singularidade da diversidade cultural e identitária da região, razão pela qual sua jurisprudência pode servir como referência para as demais cortes regionais de tutela de direitos humanos e, ainda, como parâmetro para os órgãos jurisdicionais domésticos de cada Estado da América Latina. É evidente, para atestar a concretude deste reconhecimento, fica o convite para que outras pesquisas investiguem a implementação do conteúdo destas sentenças na vida dos povos atingidos, de modo que se ultrapasse a discussão “jurídica” e o reconhecimento se concretize na vida daqueles que necessitam de tão cara proteção. Ainda, estudos semelhantes a estes poderiam investigar a atuação da CIDH, sob o viés do DIR, quanto ao direito das crianças e adolescentes, mulheres, migrantes, etc.



## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In **SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 6 .N. 11. dez. 2009. p. 7-39.
- ABRAMOVICH, Victor. La Incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Formulacion de Políticas Publicas. In **Políticas Publicas de Derechos Humanos en el Mercosul Um Compromiso Regional**. 2004. Montevideo: Uruguai. p. 117-122. Disponível em [https://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/pdfs/Políticas\\_Publicas\\_de\\_DD\\_HH.pdf](https://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/pdfs/Políticas_Publicas_de_DD_HH.pdf). Acesso em 02 fev. 2021.
- ÁFRICA DO SUL. Durban; Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. 2001. Disponível em: [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao\\_durban.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao_durban.pdf). Acesso em 28 fev.2021.
- AGUIAR, Daiane de Moura. **Refundação de Direitos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 253f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2016.
- ALLE, Saulo Steffanone. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Desafios para além da jurisdição contenciosa obrigatória in **Direitos humanos fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil: coletânea de artigos** – Brasília: MPF, 2019. P.325-343.
- ANGHIE, Antony. The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities. **Third World Quarterly**, vol. 27, n. 5, p. 739-753, 2006.
- BÁEZ, Nayeli Lima. **La Protección a la Identidad Cultural de los Pueblos Indigenas en la Corte Interamericana a través de Derechos Individuales Ejercidos Colectivamente**. 2013. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/9.pdf> . Acesso em 14 fev.2021.
- BAÉZ, Nayeli Lima. La Proteccion a la Identidad Cultural de los Pueblos Indigenas a través del derecho a la integridad personal. **Revista Electronica Methodhos**.Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos. 01. 2011. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-methodhos/article/view/30411/27447>. Acesso em 10 abr.2021.
- BATALLA, Guillermo Bonfil. El concepto de índio em América: una categoria de la situación colonial. In **Revista del Instituto de Investigaciones Antropologicas**, Universidade Nacional Autónoma del México. 1972. Disponível em: [http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077/pdf\\_647](http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077/pdf_647). Acesso em 21 jun.2021.
- BENGOA, José. **La Emergencia Indígena en América Latina**. Fondo de Cultura Economica. Chile: 2000.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: entre Clasicismo y Creatividad. ¿Integración Suramericana a través del Derecho ? Un análisis Interdisciplinario y Multifocal**, CEPC, p.241-260, 2009, 978-8425914607.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. In **Estudios Constitucionales**, Año 12, Nº 1, 2014, p. 105-161. ISSN 07180195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal Constitucional, **Working Papers on European Law and Regional Integration**, nº 22-2014, 30 p. Disponível em: [https://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/CV\\_professeurs/Laurence\\_BURGORGUE\\_LARSEN/LBLWorking\\_Papers\\_on\\_European\\_Law\\_and\\_Regional\\_Integration.pdf](https://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/CV_professeurs/Laurence_BURGORGUE_LARSEN/LBLWorking_Papers_on_European_Law_and_Regional_Integration.pdf). Acesso em 10 fev. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais**. – Brasília: MPF, 2019. 920 p.

BRINGAS, Asier Martínez. La desconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. In: **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. 2006. Manaus, ano 4, n. 7, p. 123-148, jul./dez.

BROCK, Gillian. Global justice. In: ZALTA, Edward. (Org.). **Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, Mar. 06 2015. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/justice-global/>. Acesso em: 17 mai. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A proteção dos Vulneráveis como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013). **III Curso Brasileiro Interdisciplinar de Direitos Humanos. 2014**. IBDH-IIDH- SLAD. Fortaleza. Disponível em: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/10/2014a-book.pdf>. Acesso em 07 dez.2020.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; Robles, Manoel Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. San José: 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf> Acesso em 19 abr.2020.

CARVALHO, Renan Teles Campos de. **Justiça internacional do reconhecimento e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Tirante Lo Blanch, 2020.

CARVALHO, Rodrigo Badaró. O liberalismo de John Rawls e a necessidade do Reconhecimento. In **REDES- Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, vol.2, n.2, nov. 2014. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1297>. Acesso em 02 mar.2020.

CAVALLARO, James L., BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the case of Inter-American Court. In **The American**

**Journal of International Law.** 2008. vol. 102, pág. 768, 2008, Harvard Public Law Working Paper No. 09-31, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1404608>. Acesso em 12 fev.2021.

CHAPMAN, Audrey R.; CARBONETTI, Benjamin. **Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights.** Human Rights Quarterly. 2001. P. 682-732.

CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. **Revista de Direito Internacional.** Volume 15, nº1. 2018.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. In **SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos.** N.5, Ano 3, 2006. Disponível em: <https://www.surconectas.org>. Acesso em 02 mar.2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía.** 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em 09 fev.2021

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Os povos indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos.** 2015. Nações Unidas . Santiago, Chile. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/1/S1420764\\_pt.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/1/S1420764_pt.pdf). Acesso em 19 fev.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Aloeboetoe versus Suriname:** sentença de 04 de dezembro de 1991. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_11\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_esp.pdf). Acesso em 03 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai:** sentença de 17 de junho de 2005a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf). Acesso em 03 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Moiwana Versus Suriname:** sentença de 15 de junho de 2005b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf). Acesso em 03 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Yatama versus Nicaragua:** sentença de 23 de junho de 2005c. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf). Acesso em 05 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile:** sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em 03 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez versus Honduras:** sentença de 01 de fevereiro de 2006a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Acesso em 05 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxá versus Paraguai**: sentença de 29 de março de 2006b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf). Acesso em 03 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escué Zapata versus Colombia**: sentença de 04 de junho de 2007a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_165\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf). Acesso em 05 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblo Saramaka versus Suriname**: sentença de 28 de novembro de 2007b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf). Acesso em 05 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tiu Tojin versus Guatemala**: sentença de 26 de novembro de 2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_190\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf) . Acesso em 05 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek versus Paraguai**: sentença de 24 de agosto de 2010a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf). Acesso em 07 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chitai Neck y otros versus Guatemala**: sentença de 25 de maio de 2010b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf). Acesso em 07 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fernandez Ortega y otros versus México**: sentença de 30 de agosto de 2010c. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf). Acesso em 07 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Rosendo Cantú y outra versus México**: sentença de 31 de agosto de 2010d. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf). Acesso em 07 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku versus Ecuador**: sentença de 27 de junho de 2012a. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf). Acesso em 07 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Massacre de Plan de Sanchez Versus Guatemala**: sentença de 19 de novembro de 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_116\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf). Acesso em 03 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mayagna Awas Tingni Versus Nicaragua**: sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf). Acesso em 03 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Masacres de Rio Negro versus Guatemala**: sentença de 04 de septiembre de 2012b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_250\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf). Acesso em 08 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus miembros versus Honduras:** sentença de 08 de octubre de 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_305\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf) . Acesso em 08 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblos Kaliña Lokono versus Surinam:** sentença de 25 de noviembre de 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf) . Acesso em 08 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal versus Guatemala:** sentença de 30 de noviembre de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_328\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf) . Acesso em 09 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta y otros versus Nicaragua:** sentença de 25 de marzo de 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_334\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_334_esp.pdf) . Acesso em 09 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil:** sentença de 05 de febrero de 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf) . Acesso em 09 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) versus Argentina:** sentença de 06 de febrero de 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf) . Acesso em 09 mar.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) . Acesso em 09 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana de Direitos do Homem. 1948.** Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm) . Acesso em 10 fev.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Corte San José, C.R. : A Corte, 2018.** 227 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2009.** Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf) . Acesso em 05 jan.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva n° 22/2016.** Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf) . Acesso em 02 fev.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 18/2003**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf). Acesso em 27 jan.2021.

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. São José: Organização dos Estados Americanos. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 20 fev.2021.

COSTA, Sérgio. **Desprovincializando a sociologia: a contribuição pós-colonial**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 21, n. 60, p. 117-134, fev. 2006.

CLÉRICO, Laura; ALDÃO, Marin. La Igualdad como Redistribucion y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indigenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. In **Estudios Constitucionales**, Año 9, Nº 1, 2011, p. 157 - 198.

DAL RI JÚNIOR, Arno; BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrika; ZIMMERMANN, Taciano Scheidt. O direito internacional e as abordagens do “Terceiro Mundo”: contribuições da teoria crítica do direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 61 – 81. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47216>. Acesso em: 30 abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47216>.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosemarin. A vulnerabilidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: esboço de uma Tipologia. In **Direitos Humanos e Políticas Públicas. Rede Direitos Humanos e Educação Superior**. 2014. p.189-226. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosemarin; RIVAS, Juana Maria. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de los Pueblos Indígenas y Tribales. In **Derechos de los Pueblos Vulnerables. Red Derechos Humanos y Educación Superior**. 2014. p. 301-336. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

FORSTER, Jacques. Invertir la espiral de la vulnerabilidad. El concepto de vulnerabilidad — Identification de las comunidades vulnerables. In **Revista Internacional de La Cruz Roja**. 124, julio-agosto de 1994. P.327-335. Disponível em: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S0250569X00019063a.pdf>. Acesso em 20 dez.2020.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2019.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do Terceiro Mundo ao Direito Internacional. In **Direito global e suas alternativas metodológicas [recurso eletrônico]: primeiros passos**. Michelle Rattón Sanchez Badin, Adriane Sanctis de Brito e Deisy de Freitas Lima Ventura (Orgs.). – São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

GARAPON, Antoine. Peut-on réparer l’histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah, Paris, O. Jacob, 2008.



GATHII, James. TWAIL: A Brief History of its Origins, its 368 Decentralized Network, and a Tentative Bibliography, **Trade Law and Development**, v. 3, n. 1, 2011, p. 26-64.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; MOROSINI, Fabio Costa; BADIN, Michelle Raton. **Direito Internacional: Leituras Críticas**. São Paulo: Ed. Almedina. 2019.

GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. A reviravolta empírica na doutrina do Direito Internacional. In **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. vol. 2, n. 2, jul 2015, p. 192-235. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/80/72>. Acesso em 04 fev.2021.

GOHN, Maria da Gloria. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis**. Petrópolis: Vozes, 2010.

GONZÁLEZ, Catherine. Naturaleza política y acciones colectivas de los movimientos sociales, un emblemático caso de movilización indígena. Colombia, **Universitas Humanística**, núm. 70, julio-diciembre, 2010, p. 79-100, Pontificia Universidad Javeriana.

HENNEBEL, Ludovic. La Convencion Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos de los Pueblos Indigenas. In **Bolletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010, p. 131-177

HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism. In **Quebec Journal of International Law**. 2011. Special Edition, p. 57-98. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1962558>. Acesso em 04 fev.2021.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Singular, Esfera pública. 2007.

HONNETH, Axel. A textura da justiça – sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. In: **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, v.9, n.3. Porto Alegre: PUC-RS, set-dez. 2009, p. 345-368. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6896>. Acesso em: 03 mar.2020.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. In **Cadernos de Filosofia Alemã**, v.17, p.81-113, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839/67456> Acesso em 03 mar.2020.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. In: **Cornell International Law Journal**: Vol. 44: Iss. 3, Article 2. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/2> . Acesso 10 jan.2021.

JOUANNET, Emmanuelle. O que é uma sociedade internacional justa? O direito internacional entre o reconhecimento e o desenvolvimento. Tradução de Ademar Pozzatti. No Prelo, 2021.

JOUANNET, Emmanuelle. O Direito Internacional do Reconhecimento. Tradução de Ademar Pozzatti. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. v. 12, n. 02, p. 403-422, 2020.

JOUANNET, Emmanuele. **O Direito Internacional**. 2014. Disponível em <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>. Acesso em 04 fev.2020.

JOUANNET, Emmanuelle. Koskenniemi: a critical introduction. In: **KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. MASTUCELLI, Patricia Nabuco. Os conceitos de Humanitarismo e Vulnerabilidades: delimitação, uso político, sinergias, complementariedades e divergências. In **Direitos Humanos e Vulnerabilidades e o Direito Humanitário**. Boa Vista-RR. Editora UFRR. p.847-887.

KINDT, Eline. **The jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in interpreting other treaties through the American Convention: is the Court exceeding its limits?** Disponível em: (DOC) The jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in interpreting other treaties through the American Convention: is the Court overstepping its boundaries? | Eline Kindt - Academia.edu. Acesso 29 jan.2021.

KOLLER, Peter. Social and global justice. In: MERLE, Jean-Christophe. **Spheres of global justice**. Dordrecht: Springer, 2013. p. 433-444.

KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law, **European Journal of International Law**, 1. 1990. p. 4–32.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law**. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.15, n.1, 2018. p.30-40.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do Mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, 2ª ed.

LAMY, Pascal. **Comment sortir de l'injustice des rapports Nord/Sud ?, Qu'est-ce qu'une société juste ?** Semaines sociales de France. Paris: Bayard, 2007, p. 173.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. P. 428

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Quem tem medo do pós-colonial no direito internacional? Uma resenha de “Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality” de Sundhya Pahuja In **Revista de Direito Internacional**. Vol.15, n.2. 2018. UNICEUB.

MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. In **Revista Jurídica da Presidência**.

Brasília, Vol. 12. N.98. Out 2010/Jan 2011 ISSN 1808-2807 | p. 515 a 539. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/187>. Acesso em 17 mar.2021.

MOISÉS, José Álvaro. **Diversidade cultural e desenvolvimento nas Américas**. Mimeo, OEA/Ministério da Cultura, 2002.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. **E-journal of International Relations**, [S.I.], 3, n. 2, 2012. Disponível em: <http://tinyurl.com/qzlpqch>. Acesso em: 09 set. 2019.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antonio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

MOROSINI, Fabio Costa; XAVIER JUNIOR, E. C. Introdução a pesquisa empírica em direito. In: Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon e Livia Haygert Pithan. (Org.). **O trabalho de conclusao no curso de direito**. 1ed.Porto Alegre: EdPUCRS, 2018, v. 1, p. 81-95.

MUNDURUKU, Daniel. Dia do índio é data ‘folclórica e preconceituosa’, diz escritor indígena Daniel Munduruku. Entrevista concedida a Amanda Rossi. BBC News Brasil em São Paulo. 19 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47971962>. Acesso em 17 jun. 2021.

MUTUA, Makau, O que é Twail? (2000). **American Society of Internacional Law, Proceedings of the 94th Annual Meeting**, p. 31-39, 2000, disponível em SSRN: <https://sstn.com/abstract=1533471>. Acesso em 05 mar.2021.

NAGEL, Thomas. El problema de la justicia global. **Revista Juridica de la Universidad de Palermo**. Año 9, nº 1, 169-196. Disponível em: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/09Jurica07.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica07.pdf) . Acesso em 06 abr. 2020.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?. In: **International Community Law Review**, v. 10, 2008, p. 371-378.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional, **Projeto de artigos sobre a responsabilidade dos estados por fatos internacionalmente ilícitos**, 2001, Art. 13, §5, p. 143. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

OSUNA, Karla Quintana; MAAS, Juan Jesús Góngora. Los Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales en Los Sistemas de Derechos Humanos. **Coleccion Estandares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia**. N.6. 2017. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2017.

PAHUJA, Sundhyal. The Poscoloniality of Internacional Law. **Harvard International Journal**. V.46. 2005. P. 459-469.

PAHUJA, Sundhyal. *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge Studies in **International and Comparative Law**. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito RECHTD**. Unisinos. 142-154, julho-setembro 2014.

POGGE, Thomas; ALVAREZ, David. Justicia global: dos enfoques. ISEGORIA. *Revista de Filosofia Moral y Política*, n. 43, 2010. p. 573 – 588.

POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms**, 2nd ed. Polity Press. 2008.

POGGE, Thomas. Que es la justicia global. In **Revista Latinoamericana de Filosofia**, Vol. 33, n 2, 2007, p. 181 a 203. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/419/41901905.pdf>. Acesso em 15 dez.2020.

POGGE, Thomas. Do Rawls's two theories of justice fit together? In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (Org.). **Rawls's law of peoples: a realistic utopia**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 206-225.

POZZATTI, Ademar. *Mobilizing International Law for Social Justice: The Role off South American Cooperation to Create Compatibilites*. 2020.

POZZATTI JUNIOR, A.; FARIAS, Luiza. Transferência e Difusão de Políticas Sanitárias via Cooperação Internacional na América do Sul. In **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 2, p. 107-142, 2014.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; . RIBEIRO, Luana Isis. Entre os Direitos Humanos e a Pressão Política: O Caso Belo Monte no Sistema Interamericano. In: **Revista de Direitos Humanos e Democracia**. Ijuí: Unijuí. Ano 2. N.4. Jul/Dez.2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>.

QUIJANO, Anibal. El “movimiento indígena” y las cuestiones pendientes en América Latina. In **La economía mundial y América Latina: Tendencias, problemas y desafíos**, Jaime Estay Reyno (compilador), 2005, colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires. Disponível em.: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140506060806/eje2-11.pdf>. Acesso em 14 fev.2021.

RAISZ, Aniko. Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights – New Century, New Era? In **Miskolc Journal of International Law**. V.5. 2008. n. 2. p. 35-51.

RAMIRES, Sergio Garcia. Los Sujetos Vulnerables en la Jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional** . Núm. 41, julio-diciembre 2019

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **Justiça Como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Peternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19-20.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

REPUBLICA DOMINICANA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Santo Domingo: Organização dos Estados Americanos. 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em 28 fev.2021.

ROBLES, Manuel E. Ventura. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. 2014. Vol.14, n.14. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/275/274>. Acesso em 10 fev.2021.

RUIZ, Oswaldo; DONOSO, Gina. Sección Especial Pueblos Indígenas y La Corte Interamericana de Derechos Humanos. In **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentário**. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Bolívia: 2014.

SALCEDO, Lina Maria Casas; GRUESO, Delfin Ignacio. Convergencia entre reconocimiento y cultura. In **El Hombre y la Maquina**. Nº 24. Enero-Junio 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=47812408003>. Acesso em 02 mar. 2020.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossatto. A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Año XXIII, Bogotá: 2017. P.481-502, ISSN 2346-0849.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 4.ed.

SARANTI, Vasiliki. International justice and protection of indigenous peoples - the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. In **US-China Law Review**, 2012, p. 427-456. Acesso em 03 fev.2021.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**, Cambridge, Harvard U.P, 2009.

SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. In **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004.**

SILVA, Karine de Souza. **Teoria Crítica Racial e Direito Internacional: a visão de um interno/externo. As interseccionalidades entre raça e gênero e as hierarquias no direito internacional.** Direito Internacional Leituras Críticas. São Paulo: 2009. P.260- 271.

SILVA, Karine de Souza; CASTELAN, Daniel Ricardo. "Mil Nações moldaram minha cara": o Brasil, as Migrações Sul-Sul e a Extensão em Relações Internacionais. In **Revista Eletrônica de Extensão**. UFSC. ISSN 1807-0221. Florianópolis v.16, n.34, p. 154-165, 2019.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento.** Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241-274.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento.** Lisboa: Piaget, 1998.

TOWNSEND, Dina Lupin. **Epistemic Injustice and Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System.** In Social Epistemology: a journal of knowledge, culture and policy. 2020. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02691728.2020.1839809> .Acesso em 12 mar.2021.

VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano.** Caxias do Sul: Educs, 2014.

WALSH, Catherine. **Interculturalidade crítica e educação intercultural.** 2010.

WALSH, Catherine. Interculturalidade e Decolonialidade do Poder Um Pensamento e Posicionamento "Outro" a partir da diferença Colonial. In **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)**. 2019. v. 05, n. 1, Jan.-Jul. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/15002/10532>. Acesso em 20 jun. 2021.

