

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o princípio da precaução

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the precautionary principle

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro*

Raysa Antonia Alves Alves**

Tamires da Silva Lima***

Resumo: O artigo apresenta o levantamento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o princípio da precaução, em casos envolvendo os direitos do povos indígenas e conflitos armados internos, demonstrando como as diferentes técnicas de interpretação vem sendo aplicadas pela corte na tutela de direitos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Princípio da precaução. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract: This article presents the jurisprudential survey of the Inter-American Court of Human Rights on the precautionary principle, in cases involving the rights of indigenous peoples and internal armed conflicts, demonstrating how the different interpretation techniques are being applied by the court in the protection of rights.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora efetiva na Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Docente-Pesquisadora na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Visiting Scholar do Washington College of Law, American University. Projetos de Pesquisa nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Grupos Vulnerabilizados e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

** Advogada. Mestranda em Direito Público e Pós-Graduada em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

*** Advogada. Mestranda em Direitos Humanos e Meio Ambiente e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Voluntária na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFPA, no Projeto de Pesquisa "Terras tradicionalmente ocupadas e as populações tradicionais: as limitações legais para o direito ao território e os direitos territoriais". Voluntária no Programa de Extensão Conexões de Saberes.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Precautionary principle. Inter-American System of Human Rights.

Introdução

O presente artigo visa a apresentar o princípio da precaução a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), mormente as referentes a casos envolvendo povos indígenas, na medida em que o referido princípio da precaução é uma regra geral do Direito Internacional, a qual pode ser considerada um ponto de partida para uma grande organização do Direito Ambiental e, em particular, do Direito Ambiental-Internacional.¹

Ao longo da última década, desde 2001, quando a corte proferiu sua primeira sentença,² cujos fatos envolviam especificamente um povo indígena, esse tribunal regional passou a enfrentar os problemas de ausência de normas especiais para esse grupo de vítimas, dentro da normativa interamericana.

Os principais documentos internacionais, sobre os quais se debruçam a Corte de San José e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), não trazem direitos específicos para os povos indígenas, mas cláusulas gerais de obrigações e previsão de direitos amplos, impostos aos Estados signatários. Tutelar direitos muito próprios da realidade dos povos indígenas, como: propriedade coletiva, cosmovisão de território, oralidade e crenças, desafiava a CorteIDH a um regime de proteção internacional, que, intencionalmente, até então, procurava manter, na invisibilidade e sem a devida garantia, os povos indígenas.³

A partir dos casos envolvendo tais grupos vulnerabilizados, a corte passa a desenvolver a aplicação de outros princípios norteadores e técnicas

¹ KISS, Alexandre. Os Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). *O Princípio da Precaução*. Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União. (Coleção Direito Ambiental em Debate). Disponível em: http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf. Acesso em: 20 jun. 2017.

² CorteIDH. Caso *Awas Tigni v. Nicarágua*. **Sentença de 31 de agosto de 2001**.

³ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *Revista Sur*, v. 3, n. 5, p. 42-69, 2006.

de interpretação, que lhe permitiram ampliar o leque de proteção dos direitos contidos em tratados interamericanos aprovados décadas atrás.⁴ Logo, para a CorteIDH a efetiva proteção dos direitos humanos também deve ser levada em consideração quando a Convenção Americana é aplicada, a fim de alcançar os objetivos e as finalidades propostos pela CADH. O princípio da efetividade expressa determina, no entendimento da CorteIDH que “ a Convenção deve interpretar-se de maneira a dar-lhe seu pleno sentido e permitir que o regime de proteção dos direitos humanos a cargo da Comissão e da Corte adquira todo seu efeito útil”.⁵

Pelo aludido princípio, os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) devem atuar de maneira evolutiva, de forma a fazer com que a CADH consiga proteger as violações de direitos humanos que mudam de acordo com o desenvolvimento dos Estados-parte, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados instrumentos “vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e condições de vida atuais”,⁶ conforme entendimento das Cortes Interamericana e Europeia.⁷

Nesse sentido, enquanto execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e tortura eram considerados as principais violações de direitos humanos que ocorriam nas Américas, quando o SIDH iniciou seu regular funcionamento, atualmente, pode-se afirmar que outras violações assumem notoriedade pela sua perversidade e crueldade, atingindo, fundamentalmente, direitos sociais como: moradia, alimentação, saúde, educação e grupos vulnerabilizados,⁸ como os povos indígenas, justificando

⁴ NEUMAN, Gerald L. Importação, exportação e aprovação regional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *European Journal of International Law*, n. 19, p. 101-123, 2008.

⁵ “[...] la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo ‘su efecto útil’”. CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentença de 26 de junho de 1987, parágrafo 30.

⁶ “[...] vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. CorteIDH. Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala. Sentença de 1999, parágrafo 193.

⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 105-116, 2014.

⁸ Ver casos: María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala (2001), Comunidade Yakye Axa v. Paraguai (2005), Massacre de Mampiripán v. Colômbia (2005), Ximenes Lopes v. Brasil (2006), Karen Atalla e filhas v. Chile (2012), Gonzales Lluy e outros v. Equador (2015), Fazenda Brasil Verde v. Brasil (2017).

a atuação do sistema regional nesse campo, com vistas a atender aos objetivos e propósitos da CADH, por uma interpretação evolutiva.

Outrossim, cumpre esclarecer que a interpretação atribuída à CADH deve ser sempre em favor do indivíduo, que é o objeto da proteção internacional, devendo, quando necessário, a corte fazer interpretações nesse sentido.⁹

Além de seguir as orientações da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o SIDH observa como principal orientação para a interpretação feita à CADH, a regra contida no seu art. 29,¹⁰ mormente no que refere à proibição expressa de interpretação restritiva, excludente ou limitada dos efeitos dos direitos tutelados pela CADH, normas internas, demais tratados internacionais de direitos humanos, bem como pela Declaração Americana. Para o Juiz da Corte, Piza Escalante, tal previsão possibilita que sejam incorporados à CADH princípios derivados de outros instrumentos internacionais, para que, conjuntamente, protejam os direitos humanos.¹¹ Diante de tal assertiva, pode-se entender que os demais

⁹ “La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. CorteIDH. Caso Viviana Gallardo e outros v. Costa Rica, Resolução de 15 de julho de 1981, parágrafo 16.

¹⁰ “Art. 29. Normas de interpretação: 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”.

¹¹ “En este aspecto, a mi juicio, tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados, criterios que de un modo u otro ya han sido potenciados por la Corte [vide p. ej. OC-1/82, párrs. 24-25, 41; OC-2/82, párr. 27 ss, esp. 27, 29, 30-31; OC-3/83, párrs. 50, 57, 61, 65-66, así como mi voto separado en el caso “Gallardo y otras”, párr. 21]. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros

tratados internacionais, que tenham finalidade e objetivo semelhantes ao da CADH, podem ser utilizados como fundamentos para petições individuais, visto que a mesma Comissão e Corte também têm adotado, de forma corrente, outros instrumentos aprovados pela comunidade internacional.¹²

Com efeito, a partir do estudo das diferentes técnicas de interpretação usadas pela Corte IDH e diante de pesquisa realizada para a produção do presente artigo, com o levantamento dos casos já julgados envolvendo povos indígenas, bem como todos aqueles relacionados com o princípio da precaução, verifica-se que há um esforço interpretativo por parte do aludido tribunal, para tutelar amplos aspectos do meio ambiente, quando esse estiver relacionado com comunidades tradicionais, em que pese o princípio da precaução não tenha sido expressamente desenvolvido até então pela Corte de San José. A fim de alcançar tais questões, o artigo parte da compreensão do tribunal sobre povos indígenas para, posteriormente, apresentar o uso do princípio da precaução nas decisões judicial-internacionais.

2 Evolução da Corte Interamericana sobre o direito dos povos indígenas

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), especialmente os instrumentos interamericanos de direitos humanos,¹³ reconhecem a

instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene paragón en ningún otro documento internacional”. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 4, de 19 de janeiro de 1984. Opinião apartada do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante, parágrafo 2º.

¹² Corte IDH. Opinião Consultiva n. 1, de 24 de setembro de 1982, parágrafo 43. A Corte IDH faz isso nos seguintes casos: Blake v. Guatemala (1998), Villagrán Morales e outros v. Guatemala (1999), Comunidade Moiwana v. Suriname (2005), Caso Comunidade Yakye Axa v. Paraguai (2005), Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana (2005), Villagrán Morales e outros v. Guatemala (1999).

¹³ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) não consagram expressamente o direito dos povos indígenas sobre seus territórios, fez uso de sua interpretação evolutiva das garantias de direitos humanos de instrumentos interamericanos para afirmar no seu *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia* que o art. 21 da convenção reconhece o direito de propriedade dos povos indígenas no marco da propriedade comunal. No mesmo sentido, afirmou, no seu relatório do caso Comunidades

relação peculiar que os povos indígenas e tribais possuem com seus territórios e recursos naturais,¹⁴ uma vez que essa vinculação é imprescindível para o gozo dos demais direitos,¹⁵ como o direito à identidade cultural, o direito coletivo à integridade cultural e o direito à sobrevivência coletiva das comunidades e seus membros. Nesse contexto, a CorteIDH reitera a obrigação dos Estados de respeitarem tal vínculo especial, para, dessa maneira, garantir aos povos em questão sua sobrevivência social, cultural e econômica.¹⁶

A CorteIDH entende que a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de íntima relação com suas propriedades tradicionais e seus respectivos recursos naturais, não meramente pelo fato de esses serem seu principal meio de subsistência, mas também por constituírem um elemento integrante de sua cosmovisão e religiosidade e, portanto, de sua identidade cultural.¹⁷ Tal entendimento está relacionado com o expressado no art. 13 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),¹⁸ no sentido de que os Estados deveriam respeitar “a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados reviste sua relação com as terras ou territórios, ou

Indígenas Mayas do Distrito de Toledo (Belice) de 2004 que o direito à propriedade conforme o art. XXIII da declaração deve ser interpretado e aplicado no contexto das comunidades indígenas com a devida consideração pelos princípios relacionados com a proteção das formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural e dos direitos à terra, aos territórios e aos recursos.

¹⁴ Segundo Burger, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2008, “reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y tienen el derecho de vivir y desarrollarse como les conviene a sus tierras y recursos”.

¹⁵ Nesse sentido, o art. V da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, estabelece a plena vigência dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos e pessoas indígenas, reconhecidos na Carta das Nações Unidas, na Carta da Organização dos Estados Americanos e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹⁶ SILVA, Rosmerlin Estupiñan; RIVAS, Juana María Ibáñez. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red DHES, 2014. p. 322.

¹⁷ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 135.

¹⁸ Christian Courtis afirma que a CorteIDH, considerando a relevância das reivindicações de titulação coletiva de terras ancestrais dos povos e comunidades indígenas, “empregou a Convenção 169 da OIT como padrão interpretativo do direito de propriedade para aqueles casos em que está em jogo uma reivindicação sobre o território ancestral de povos e comunidades indígenas”.

com ambos, segundo os casos, que ocupam ou utilizam, de alguma outra maneira, e em particular os aspectos coletivos dessa relação”.¹⁹

A garantia do direito à propriedade comunal, segundo a CorteIDH, deve considerar que a terra está estreitamente relacionada com as tradições, expressões orais, costumes, artes, rituais, conhecimentos, usos da natureza, culinária, direito consuetudinário, vestimenta, filosofia e valores desses povos, os quais são transmitidos, de geração em geração, como Patrimônio Cultural-Imaterial.²⁰

Tal entendimento acerca dos povos indígenas decorre, principalmente, da interpretação do art. 21 da CADH, que trata, especificamente, do direito à propriedade privada, na medida em que a essa convenção não possui nenhum dispositivo expresso que tutele os direitos dos povos indígenas. Essa concepção decorre de diferentes técnicas de interpretação.

Segundo Laurence,²¹ a interpretação evolutiva da CorteIDH se explica pela combinação de três contextos, quais sejam: o contexto *legal* relacionado ao conteúdo da convenção, o contexto *político* referente ao estado de violência institucionalizada na América Latina, e o contexto *sociológico* concernente à composição da própria corte. Assim, é possível verificar, posteriormente, que essas técnicas têm por objetivo interpretar os direitos protegidos de maneira extensiva, de modo a ampliar o âmbito de aplicação da convenção.

Ainda conforme o entendimento de Laurence, o art. 29 da CADH – que trata das normas de interpretação – valoriza o princípio *pro-homine*, que privilegia a interpretação mais favorável aos indivíduos, fazendo com que, a partir disso a CorteIDH também privilegie o método teleológico e evolutivo disposto no art. 31.1 da Convenção de Viena que foi induzido pela lógica do art. 29 da CADH. Nesse contexto, o art. 29b da CADH, ao postular a relevância da interpretação *pro-homine*, instiga a exploração de inúmeras fontes exteriores para interpretar a convenção como um *instrumento vivo*, de modo que a CorteIDH, sistematicamente, eleve a

¹⁹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 136.

²⁰ CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, de 30 de dezembro de 2009.

²¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 105-161, 2014.

Convenção ao “*corpus iuris* interamericano” e também ao “*corpus iuris* internacional”.²²

No contexto de casos indígenas, por exemplo, a corte no caso *Awas Tigni v. Nicarágua*, de 2001, permitiu conceder um conteúdo *comunal* à noção de propriedade.²³ Sobre essa questão, Laurence explica:

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”; 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. El contencioso ha demostrado que los “usos y las costumbres tradicionales” son tomados en serio por la Corte, quien acepta que la “cosmovisión” indígena irrigue la evaluación de los derechos protegidos, incluso cuando esto puede “chocar” con la visión occidental de los derechos.²⁴

²² Este autor entende que a CorteIDH faz uma interpretação *aberta* da CADH, tendo em vista que esse tribunal utiliza “tanto el derecho internacional vinculante como el *soft law*; tanto la jurisprudencia internacional (universal y regional) como la jurisprudencia de las jurisdicciones internas (del continente americano o exteriores a éste); la doctrina de los comités convencionales (tanto interamericanos como universales). 68; las reglas de buenas prácticas en ámbitos particulares (como la medicina legal, por ejemplo). En verdad, estamos lejos de los límites establecidos por el artículo 31.3 de la Convención sobre el derecho de los tratados que se refiere a todo “acuerdo” (31.3 a.) o “práctica” posteriores (31.3 b.) o a toda “forma pertinente” establecida entre las partes (31.3.c.)”, p. 4-15.

²³ Conforme Laurence, “Esse processo de definição de noções “indefinidas” ha tenido como consecuencia, de manera evidente, extender el campo de aplicación de la Convención. Este fenómeno no siempre pasa por esta operación de definición. También puede ocurrir gracias al descubrimiento de una nueva dimensión y/o de una nueva categoría de un derecho protegido” (p. 118).

²⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 124, 2014.

Para Silva e Rivas²⁵ a CorteIDH faz uso do método multicultural de interpretação quando analisa matéria envolvendo o direito dos povos indígenas e tribais, o qual tem como consequência a abertura ao universalismo jurídico que torna possível a incorporação do Direito Consuetudinário indígena, os princípios tradicionais das comunidades autóctonas e tribais, bem como os componentes fundamentais da cosmovisão indígena.

No sentido jurídico, a cosmovisão indígena é constituída por elementos fundamentais para a manifestação do seu modo particular de ser, ver e atuar no mundo, principalmente por meio da utilização dos seus territórios e recursos naturais, uma vez que esses são imprescindíveis à sobrevivência físico-cultural desse povo, portanto, tal garantia deve ser alcançada pelo disposto no art. 21 da CADH.²⁶

Isso possibilita que a CorteIDH, em questões relativas a povos indígenas e tribais, utilize ampla gama de fontes que vão desde instrumentos externos ao sistema como a Convenção n. 169 da OIT, de 1989, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016.

Segundo a CorteIDH, o art. 21 da CADH protege o direito à propriedade²⁷ em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros de povos indígenas no marco da propriedade comunal,²⁸ tendo em vista que, de acordo com esse tribunal, entre os povos indígenas, existe uma tradição comunitária sobre a forma comunal da propriedade

²⁵ SILVA, Rosmerlin Estupiñan; RIVAS, Juana María Ibáñez. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red DHES, 2014. p. 320.

²⁶ CIDH. Derechos de los Povos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrais y Recursos Naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Doc. 56/09, de 30 de diciembre 2009, p. 22-64.

²⁷ “**Art. 21. Direito à propriedade privada: (1) Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. (2) Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3) Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei**”.

²⁸ CorteIDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001, parágrafo 149.

coletiva da terra, cujo pertencimento dessa não se centra em um indivíduo, mas, sim, no grupo e na sua comunidade. Além disso, a CorteIDH defende que os indígenas, pelo fato de sua própria existência, têm direito a viver livremente em seus próprios territórios, pois a estreita relação que eles mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como sendo a base fundamental de sua cultura, de sua vida espiritual, de sua integridade e de sua sobrevivência econômica.²⁹

Desse modo, resta claro que para os povos indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material-espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Ademais, a CorteIDH firmou entendimento de que o Direito Consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado em consideração de maneira especial, para os efeitos de que trata. Como produto do costume, a posse da terra deveria bastar, para que as comunidades indígenas, que careçam de um título real sobre a propriedade da terra, obtenham o reconhecimento oficial de dita propriedade e o conseqüente registro.³⁰

Assim, o art. 21 da CADH deve salvaguardar a estreita vinculação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontram, bem como os elementos incorporais que se desprendam deles.³¹

É de suma importância ressaltar que, quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria convenção e a jurisprudência do tribunal proveem as pautas para definir as restrições admissíveis ao gozo e exercício desses direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais; e d) devem ser feitas com o fim de promover um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.³²

²⁹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010**, parágrafo 87.

³⁰ CorteIDH. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001**, parágrafo 151.

³¹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 137.

³² CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 144.

O art. 21.1 da convenção dispõe que “a lei pode subordinar o uso e gozo dos bens ao interesse social”. A necessidade de restrições legalmente contempladas dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo, sendo insuficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno. A proporcionalidade radica em que a restrição deve ajustar-se estreitamente ao alcance de um objetivo legítimo, interferindo, na menor medida possível, no efetivo exercício do direito restringido. Finalmente, para que sejam compatíveis com a convenção, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade do pleno gozo do direito restringido.³³

Ao aplicar esses *standards* a conflitos que se apresentam entre a propriedade privada e a reclamação de reivindicações de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem valorar, caso a caso, as restrições que resultariam do reconhecimento de um direito sobre outro. Assim, por exemplo, os Estados devem levar em conta que os direitos territoriais indígenas abarcam um conceito mais amplo e diferente, que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu *habitat* como uma condição necessária à reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para executar seus planos de vida. A propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural.³⁴

Ao desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, poder-se-á estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros.³⁵

Por outro lado, a restrição que se faz ao direito à propriedade privada de particulares poderia ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da CADH; e proporcional, se se fizer o pagamento

³³ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 145.

³⁴ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 146.

³⁵ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 147.

de uma indenização aos prejudicados, em conformidade com o art. 21.2 da convenção.³⁶

Isso não significa que sempre que estiverem em conflito os interesses territoriais, particulares ou estatais e os interesses territoriais de membros dos povos indígenas, prevalecerão os últimos sobre os primeiros. Quando os Estados se veem impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais das populações indígenas, a compensação que se outorgue deve ter como orientação principal o significado que tem a terra para essas.³⁷

A esse respeito, o art. 16.4 da Convenção n. 169 da OIT, ao se referir ao retorno dos povos indígenas aos territórios dos quais haviam sido deslocados, afirma que

quando o retorno não for possível, [...] ditos povos deverão receber, em todos os casos possíveis, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aos das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam suprir as suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Não basta que existam outras propriedades disponíveis; estas devem pelo menos ter certas “atitudes agroecológicas” e ser submetidas a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da Comunidade.³⁸ Quando os povos interessados preferirem receber uma indenização em dinheiro ou em espécie, deverá lhes conceder dita indenização com as garantias apropriadas.³⁹

A eleição e a entrega de terras alternativas, o pagamento de uma indenização justa ou ambos não estão sujeitos a critérios meramente discricionários do Estado; devem ser, conforme uma interpretação integral da Convenção n. 169 da OIT e da Convenção Americana, com o consentimento dos povos interessados.⁴⁰

³⁶ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 148.

³⁷ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 149.

³⁸ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010**, parágrafo 118.

³⁹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 150.

⁴⁰ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005**, parágrafo 151.

É válido enfatizar, ainda, que a posse tradicional dos povos indígenas de suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio que lhes outorga o Estado, bem como a posse tradicional outorga aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro, de modo que os membros dos povos indígenas, que por razões alheias à sua vontade tem saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais, mantêm o direito de propriedade sobre as mesmas. Até mesmo sem a falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé, os indígenas têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade. Consequentemente, a posse não é um requisito que condicione a existência do direito à recuperação de terras indígenas.⁴¹

A corte estabeleceu que a falta de delimitação e demarcação efetivas pelo Estado dos limites do território sobre os quais existe um direito de propriedade coletiva de um povo indígena pode criar, e nesse caso efetivamente o fez, um clima de incerteza permanente entre os membros dos povos referidos enquanto não souberem com certeza, até onde se estende, geograficamente, seu direito de propriedade comunal e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar ou gozar livremente dos respectivos bens.⁴²

Por outro lado, a corte considera que o mero fato de que as terras reclamadas estejam em mãos privadas não constitui *per se* um motivo “objetivo e fundamento” suficiente para denegar *prima facie* as solicitações indígenas. Caso contrário, o direito à devolução careceria de sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperar as terras tradicionais, limitando-se, unicamente, a esperar a vontade dos atuais donos, forçando aos indígenas a aceitar terras alternativas ou indenizações pecuniárias.⁴³

⁴¹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006**, parágrafo 128.

⁴² CorteIDH. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros v. Panamá. Sentença de 14 de outubro de 2014**, parágrafo 136.

⁴³ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006**, parágrafo 138.

Em casos de intervenção do Estado em território indígena, a corte considera que, em conformidade com o art. 1.1 da convenção, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros da comunidade, de acordo com seus costumes e tradições, em relação com todo plano ou decisão que afete suas terras tradicionais, para, assim, evitar que isso implique denegação de sua subsistência como povo indígena. Isso está conforme as disposições gerais da Convenção n. 169 da OIT.⁴⁴

Para os membros da Comunidade Xákmok Kásek, por exemplo, traços culturais como as línguas próprias (*Sanapaná* e *Enxet*), os ritos de xamanismo e os de iniciação masculina e feminina, os saberes ancestrais chamânicos, a forma de memorar seus mortos e a relação com o território são essenciais para sua cosmovisão e forma particular de existir.⁴⁵

Nesse viés, o tribunal estabeleceu que, para que a exploração ou extração de recursos naturais nos territórios ancestrais não implique denegação da subsistência do povo indígena como tal, o Estado deve cumprir com as seguintes garantias: a) efetuar um processo adequado e participativo que garanta seu direito à consulta, em particular, entre outras hipóteses, em casos de planos de desenvolvimento ou de investimento em grande escala; b) a realização de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA); e c) em seu caso, compartilhar, razoavelmente, os benefícios que se produzam da exploração dos recursos naturais (como forma de justa indenização exigida pelo art. 21 da convenção), segundo o que a própria comunidade determine e resolva quem seriam os beneficiários de tal compensação segundo seus costumes e tradições.⁴⁶

Resta esclarecer que as garantias definidas pela CorteIDH também não estão contidas expressamente no texto da CADH, decorrendo também das técnicas de interpretação. Sabe-se que há uma técnica específica de interpretação que combina diversos fundamentos jurídicos, conhecida como “combinação normativa”, que pode ser intraconvencional, se for apenas no âmbito da CADH, ou interconvencional, se for entre a convenção e outros instrumentos internacionais. A esse respeito,

⁴⁴ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010**, parágrafo 157.

⁴⁵ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010**, parágrafo 176.

⁴⁶ CorteIDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012**.

Burgorgue-Larsen⁴⁷ ensina que a combinação intraconvencional é característica nos casos indígenas, como, por exemplo, no caso do Povo Saramaka v. Suriname, de 2007, em que o direito à consulta prévia, livre e informada emanou do art. 21 em relação aos arts. 1.1 e 2 da CADH, e no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador, de 2012, o direito à identidade cultural e à sua natureza coletiva derivou da combinação do art. 21 com os arts. 1.1 e 29.b da CADH.

Por outro lado, para Silva e Rivas,⁴⁸ no caso Saramaka v. Suriname, de 2007, a CorteIDH se inspirou na Convenção n. 169 da OIT, que é um instrumento externo ao sistema interamericano e não ratificado pelo Suriname, dentre outros elementos, para identificar a consulta como inerente ao direito de propriedade comunal.⁴⁹ A CorteIDH fez uso da mesma interpretação dinâmica no caso Sarayaku v. Equador, de 2012, que ratificou a citada convenção, para afirmar que “a obrigação de consulta, além de constituir uma norma convencional, é também um princípio geral do Direito Internacional”.⁵⁰ Esse entendimento parece mais completo, pois estende o pluralismo jurídico-interamericano ao direito indígena e tribal.

Mais recentemente, a corte considerou relevante fazer referência à necessidade de compatibilizar a tutela das áreas protegidas com o adequado uso e gozo dos territórios tradicionais dos povos indígenas. Assim, esse tribunal conceituou *área protegida* como aquela que abrange não somente a dimensão biológica, mas também a sociocultural e que, portanto, incorpora um enfoque interdisciplinar e participativo. E acrescentou que os povos indígenas, geralmente, podem desempenhar um rol relevante na conservação da natureza, dado que certos usos tradicionais implicam práticas de sustentabilidade que são consideradas fundamentais para a eficácia das estratégias de conservação. Por isso, o respeito aos direitos

⁴⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 105-161, 2014.

⁴⁸ SILVA, Rosmerlin Estupiñan; RIVAS, Juana María Ibáñez. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red DHES, 2014. p. 323.

⁴⁹ CorteIDH. Caso do Povo Saramaka v. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007, parágrafos 92-93, 129-134.

⁵⁰ CorteIDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012**, parágrafos 163-164.

dos povos indígenas pode redundar positivamente, na conservação do meio ambiente. Assim, o direito dos povos indígenas e as normas internacionais de meio ambiente devem ser compreendidas como direitos complementares e não excludentes.⁵¹

A corte reitera que, em princípio, existe uma compatibilidade entre as áreas naturais protegidas e o direito dos povos indígenas e tribais na proteção dos recursos naturais sobre seus territórios, destacando que os povos indígenas e tribais, por sua inter-relação com a natureza e formas de vida, podem contribuir, de maneira relevante na dita conservação. Nesse sentido, os critérios: a) participação efetiva; b) acesso e uso de seus territórios tradicionais; c) de receber benefícios da conservação – todos eles, sempre e quando sejam compatíveis com a proteção e utilização sustentável – resultam em elementos fundamentais para alcançar tal compatibilidade, que deve ser avaliada pelo Estado. Em consequência, é necessário que o Estado conte com mecanismos adequados para implementação de tais critérios como parte da garantia dos povos indígenas e tribais à sua vida digna e identidade cultural, em relação à proteção dos recursos naturais que encontrem em seus territórios tradicionais.⁵²

A partir dos diferentes critérios apresentados pela CorteIDH, observa-se que um dos princípios que poderiam nortear o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados, para a garantia das áreas naturais protegidas e o direito dos povos indígenas, seria o princípio da precaução a ser detalhado a seguir.

3 O princípio da precaução na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O princípio da precaução está relacionado com a adoção, por parte dos Estados, do que se denominam “medidas conservadoras”, ou seja, aquelas medidas adotadas, a fim de evitar, ou minimizar, impactos ambientais de proporções desconhecidas e não mensuráveis *a priori*.⁵³

⁵¹ CorteIDH. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros v. Panamá. Sentença de 14 de outubro de 2014**, parágrafo 173.

⁵² CorteIDH. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros v. Panamá. Sentença de 14 de outubro de 2014**, parágrafo 181.

⁵³ WOLFRUM, Rüdiger. O Princípio da Precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). *O princípio da precaução*. Belo Horizonte: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União. (Coleção Direito Ambiental em Debate). Disponível em: http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf. Acesso em: 20 jun. 2017.

O referido princípio, então, está vinculado à ideia de que não é razoável conduzir atividades de qualquer natureza, se não é possível saber que tipo de impacto será causado com sua implementação. Dessa forma, busca-se evitar que eventos danosos se manifestem com toda sua potencialidade, mesmo que não seja possível considerar a hipótese de risco zero.⁵⁴

Dada sua relevância para o Direito Ambiental-Internacional,⁵⁵ o princípio da precaução vem influenciando no conteúdo de decisões proferidas por tribunais internacionais. Na Corte Internacional de Justiça (CIJ), pode ser citado o caso *Gabèikovo-Nagymaros Project* (Hungria v. Eslováquia), de 1997, no qual houve uma clara influência desse princípio no momento em que a CIJ determinou aos Estados que ajustem, de acordo com as normas de Direito Ambiental-Internacional à época recém-concebidas, o conteúdo do tratado firmado entre eles, em 1977, o qual não previa medidas de precaução para resguardar a qualidade da água do rio Danúbio do exercício das atividades do projeto.⁵⁶

Apontou a CIJ que seria importante a incorporação dos princípios 15, 19 e 20 do Direito Ambiental-Internacional. Por fim, reconheceu que ambas as partes concordaram com a necessidade dos mencionados ajustes nos termos das obrigações do tratado de 1977 e que deveriam se comprometer a implementar medidas de precaução.⁵⁷ Ela ainda mencionou

⁵⁴ NOIVILLE, Cristine. Ciência, decisão e ação: três observações em torno do princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos riscos, 2005. p. 37. Disponível em: http://marcelodvarella.org/Riscos_files/Governo%20dos%20Riscos.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁵⁵ Um dos mais relevantes instrumentos normativos internacionais para a compreensão do princípio da precaução é a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, produto da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Nesse documento, o princípio da precaução passou a ser uma regra do Direito Ambiental-Internacional, ao ter seu conteúdo abordado no princípio 15, *in verbis*: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

⁵⁶ “Neither of the Parties contended that new *DeremDtorv* norms of environmental law had emerged since the conclusion of the 1677 Treaty, and the Court will consequently not be required to examine the scope of Article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. **On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty.** These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, **in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube** is not impaired and that nature is protected, to take

que a responsabilidade de implementar tais medidas era conjunta. As obrigações contidas nos princípios 15, 19 e 20 são obrigações gerais, as quais devem ser transformadas em obrigações específicas, cuja implementação requer o envolvimento de boa-fé e da consideração dos potenciais riscos ao meio ambiente.⁵⁸

A menção expressa do princípio 15 pela CIJ e, ainda, a influência exercida por esse na decisão da corte, despertaram o interesse pela análise da incorporação do princípio em análise pela CorteIDH. Constatou-se que, em que pese o Tribunal Interamericano ainda não tenha utilizado expressamente o princípio 15, esse tem se preocupado em alertar os Estados acerca de suas obrigações gerais de respeito e garantia em contextos de implementação de atividades, seja pelo Estado, seja por particulares, que ofereçam risco de violação do conteúdo da CADH.

O art. 1º da CADH contém obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos nela previstos.⁵⁹ Nesse sentido, o dever de garantir consiste em uma responsabilidade que repercute em âmbito interno por resultar em medidas de prevenção, de investigação e de sanção. Nesses casos, os Estados são condenados, internacionalmente, pela ausência da devida diligência em prevenir, investigar e/ou sancionar os culpados por violação do conteúdo da CADH.⁶⁰

new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan.” (grifo nosso). CIJ. Caso Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslováquia). Sentença de 25 de setembro de 1997, parágrafo 112, p. 67. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/decisions/all/1997/1997/desc>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁵⁷ *Ibidem*, parágrafo 113, p. 68.

⁵⁸ “[...] the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of Articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan. The responsibility to do this was a joint responsibility. The obligations contained in Articles 15, 19 and 20 are, by definition, general and have to be transformed into specific obligations of performance through a process of consultation and negotiation. Their implementation thus requires a mutual willingness to discuss in good faith actual and potential environmental risks.” *Ibidem*, parágrafo 112, p.a 68.

⁵⁹ “Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-Partes, nessa convenção comprometeram-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”.

⁶⁰ TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014. p. 152.

É em casos envolvendo povos indígenas, cuja proteção e tutela de direitos vêm sendo ampliadas pela jurisprudência da corte, que são elencadas as obrigações de garantir a prevenção⁶¹ dirigidas aos Estados tanto para a proteção do meio ambiente quanto para a proteção dos povos e comunidades que com eles estabeleçam uma peculiar relação. Para alcançar tal conclusão, foi realizada uma ampla pesquisa jurisprudencial, sendo levadas em consideração todas as sentenças já emitidas pela corte em casos contenciosos.⁶²

Por meio da análise dos resultados obtidos, foi possível identificar que as menções diretas feitas pelo tribunal a respeito do *princípio da precaução* ocorreram apenas em casos sobre conflito armado interno, trazendo à baila das discussões normas consuetudinárias de Direito Internacional Humanitário (DIH). Nesses casos, o princípio da precaução, que faz parte do *corpus iuris* do DIH, é trazido para servir de parâmetro hermenêutico para interpretar o alcance das obrigações contidas na CADH, com relação à proteção de determinados direitos, como o direito à vida, contido no art. 4º da CADH, em contextos de conflito armado interno.⁶³

Sobre os parâmetros hermenêuticos empregados pela CorteIDH na interpretação da CADH, há uma notável preocupação da corte em buscar e se utilizar dos parâmetros internacionalmente estabelecidos que melhor definam o conteúdo das obrigações que decorrem da convenção. Para

⁶¹ “No tocante à prevenção, a Corte sustenta que deve abranger várias ações dos Estados. [...] As medidas adotadas pelos Estados devem extinguir concreta e efetivamente o risco que o Estado contribuiu ou cria para violar direitos. A situação do risco em si aumenta os deveres especiais de prevenção e de proteção sob a responsabilidade do Estado [...], assim como a obrigação de investigar com toda diligência atos ou omissões de agentes estatais e particulares [...]”. (*Idem*, p. 154-155).

⁶² A pesquisa das decisões foi feita caso a caso, verificando-se, inicialmente, em quais sentenças se fazia menção ao princípio da precaução. Após levantamento preliminar, passou-se à análise das sentenças, para que fossem identificadas quais eram relevantes, tendo em vista o objetivo de pesquisa traçado, qual seja, entender como a CorteIDH aborda o princípio da precaução em sua jurisprudência. As decisões relevantes foram tabuladas e analisadas. O levantamento das decisões e o tratamento dos dados ocorreram até o dia 18 de junho de 2017. Foram levadas em conta todas as sentenças já emitidas nos casos contenciosos da corte, as quais estão disponíveis no endereço eletrônico oficial do Tribunal. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Ainda, é relevante mencionar que os termos de busca utilizados foram “princípio da precaução”, “princípio de precaución” e “principio de precaución ambiental”.

⁶³ CorteIDH. Caso Massacre de Santo Domingo v. Colômbia. Sentença de 30 de novembro de 2012, parágrafo 216; Caso Cruz Sánchez e outros v. Peru. Sentença de 17 de abril de 2015, parágrafo 273.

tanto, esse tribunal utiliza normas que podem não integrar o *corpus iuris* interamericano como forma de garantir a eficácia dos dispositivos contidos nos tratados interamericanos.⁶⁴ Para Laurence Burgorgue-Larsen, isso tem demonstrado que

la otra faceta de la interpretación evolutiva y se caracteriza por la toma en consideración de ciertos contextos específicos del continente latinoamericano. La idea importante aquí, sobre la que es necesario insistir, es la idea de eficacia. La Corte hará todo lo posible para que los derechos consagrados en el texto del tratado tengan un alcance concreto y efectivo en el contexto eminentemente complejo y violento de la realidad latinoamericana.⁶⁵

Seguindo essa lógica, como mencionado, embora não tenha sido identificada menção expressa ao princípio em análise na jurisprudência do tribunal selecionado para a realização da pesquisa, foi possível identificar, por outro lado, que o conteúdo substancial do princípio da precaução, que integra as normas de Direito Ambiental-Internacional, está presente nos parâmetros elegidos pela Corte IDH no momento em que: 1) se pronuncia sobre a devida realização, por parte dos Estados, do EIA; e 2) elege os requisitos para a realização da Consulta Livre, Prévia e Informada de Povos Indígenas e Comunidades Afrodescendentes sobre atividades a serem implementadas em seus territórios.

Destaca-se, com base no objetivo de pesquisa, dois casos por meio dos quais se constata a afirmação feita. O primeiro trata-se do caso *Saramaka v. Suriname*, de 2007, no qual a corte afirma o caráter prévio da aprovação da concessão ou projetos, considerando que um dos objetivos da sua exigência é garantir o direito do povo de ser informado sobre todos os possíveis impactos a serem gerados em seu território, a despeito de haver, ou não, certeza científica, determinando ao Estado medidas minimizadoras dos impactos. Essa obrigação foi afirmada quando do pronunciamento do tribunal sobre as avaliações prévias de impacto ambiental e social: “El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros

⁶⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 123, 2014.

⁶⁵ *Idem*.

del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridade.”⁶⁶

Já no caso Povo Kichwa de Sarayaku v. Equador, ao fixar os requisitos para a elaboração de EIA, a CorteIDH fez uso do conteúdo do princípio da precaução,⁶⁷ como uma forma de assegurar que a Consulta Livre, Prévia e Informada fosse realizada com boa-fé.⁶⁸ Ademais, a CorteIDH, ao se referir à obrigação do Estado de garantir o direito de consulta, cita o relatório do relator especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais dos Indígenas, James Anaya, de 2009, o qual determina que os Estados devem realizar uma avaliação preliminar dos prováveis impactos econômico, social, cultural e ambiental, incluídos os possíveis riscos e uma distribuição de benefícios justa e equitativa num contexto que respeite o princípio da precaução.

Isso, de antemão, pode ser apontado como resultado do mencionado processo de interpretação evolutiva das obrigações estatais, demonstrando certo nível de influência das normas de Direito Ambiental-Internacional nesse feito, as quais não se esgotam apenas no que foi acima descrito, uma vez que também se verifica a influência do princípio da prevenção (princípio 14).

A obrigação geral de prevenir dos Estados, estabelecida pela CorteIDH, subdivide-se em quatro deveres, a saber: i) regulação;⁶⁹ ii) monitoramento; iii) realização de estudos de impactos;⁷⁰⁻⁷¹ e iv) remoção de obstáculos estruturais. Na perspectiva do tribunal em análise, as diligências dos Estados, no sentido de colocarem à disposição de seus

⁶⁶ CorteIDH. Caso do Povo Saramaka v. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007, parágrafo 133.

⁶⁷ CorteIDH. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012, parágrafos 205 e 206.

⁶⁸ CorteIDH. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012, parágrafo 186.

⁶⁹ CorteIDH. Caso Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentença de 29 de junho de 1988, parágrafo 175.

⁷⁰ CorteIDH. Caso do Povo Saramaka v. Suriname. Sentença de 29 de novembro de 2007, parágrafo 129; CorteIDH. Caso Povo Indígena Kichwa v. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012, parágrafo 205; CorteIDH. Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros v. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015, parágrafo 215; CorteIDH. Caso Povos Kaliña e Lokono v. Suriname. Sentença de novembro de 2015, parágrafo 214.

⁷¹ CIDH. Relatório sobre Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Indústrias Extrativistas, de 31 de dezembro de 2015, parágrafo 160.

cidadãos, dizem respeito à prevenção de violações dos direitos e às garantias da CADH nos mais diversos contextos.

O EIA e a realização de Consulta Livre, Prévia e Informada dos Povos e Comunidades afetados, nesse elenco de obrigações de natureza preventiva, revelam-se como sendo instrumentos jurídicos de proteção ambiental indispensável, pois desempenham o papel de instrumentos materializadores dos princípios da precaução e da prevenção no contexto do SIDH conforme a jurisprudência analisada.

Dessa forma, é dever dos Estados garantir que a sustentabilidade dos projetos de exploração dos recursos naturais ou de qualquer outra atividade, que possam gerar potenciais riscos ao meio ambiente, seja medida com anterioridade, por meio de mecanismos de participação efetiva das pessoas e grupos afetados,⁷² uma vez que a finalidade dos EIAs não é somente ter alguma medida objetiva do possível impacto sobre a Terra e as pessoas, mas também assegurar que os membros de tais povos e comunidades tenham conhecimento acerca dos possíveis riscos, incluídos os ambientais e de salubridade, a fim de que aceitem o plano de desenvolvimento proposto com conhecimento e de forma voluntária.⁷³

Conclusão

As decisões da corte, como demonstrado, desenvolveram um arcabouço jurisprudencial que reforça a ideia de direitos territoriais em relação à propriedade comunal dos povos indígenas. Isso é fruto de um processo gradativo de aplicação de técnicas de interpretação, que permitiram à CorteIDH aliar regras de interpretação claramente autorizadas pela CADH em seu art. 29, princípios norteadores e dispositivos pertencentes à estrutura normativa alheia ao SIDH.

Tais questões restam muito claras, quando se analisam casos envolvendo os direitos dos povos indígenas como demonstrado, em que se vislumbra a ampliação das regras de proteção, conduzidas pela interpretação das normas interamericanas, mas também muito por

⁷² CIDH. Acesso à Justiça e Inclusão Social: o caminho para o fortalecimento da democracia na Bolívia, de 28 de junho de 2007, parágrafo 254; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais, de 7 de junho de 1989, art. 7.3.

⁷³ CorteIDH. Caso do Povo Saramaka v. Suriname. Interpretação de Sentença de 12 de agosto de 2008, parágrafo 40.

influência de outros tratados internacionais e decisões judiciais advindas de outros tribunais.

Entretanto, quando se analisa o princípio da precaução de forma detida, que é fundamental para o EIA e redução de danos em potenciais não mensurados, causados por exploração ambiental, o que está muito presente em território indígena, como apontam as decisões da CorteIDH, verifica-se que esse tribunal faz uso do princípio e de suas implicações sem, contudo, se referir diretamente a ele. Somente em casos envolvendo conflitos armados internos, a corte menciona, expressamente, o princípio da precaução à luz das normativas do Direito Internacional Humanitário.

Embora a corte se permita fazer uso das demais ordens internacionais e, principalmente, das decisões advindas de outros tribunais internacionais, os quais já aplicaram o princípio da precaução, como a CIJ, a corte ainda não fez aplicação direta do princípio da precaução, em que pese explore seu conteúdo em casos envolvendo povos indígenas, como se demonstrou na pesquisa.

Observa-se, portanto, um limite em comparação aos tão avançados métodos de interpretação, os quais vêm permitindo que a CorteIDH amplie o rol dos direitos elencados na CADH, desenvolvendo-o diante de casos concretos amparados por outras fontes normativas alheias às interamericanas, como nos casos em que reconhece o direito à Consulta Prévia, Livre e Informada e impõe várias obrigações aos Estados ao ingressar em território pertencente a um povo indígena, como o estudo prévio de impacto ambiental.

No tocante ao princípio da precaução, em que pese sua importância para o estudo de impacto ambiental, a corte não faz seu uso diretamente, não somente pela ausência normativa interamericana do referido princípio, mas pelo fato de o mesmo não ser objeto de arguição pelas partes interessadas, não provocando a corte a se pronunciar.

Nos casos destacados, ao longo do presente artigo, verifica-se que, ora a CIDH, ora os representantes das vítimas levaram tais discussões ao conhecimento da CorteIDH, em casos envolvendo povos indígenas e diretamente o princípio da precaução nos casos de conflito armado interno, o que permitiu ao Tribunal de San José ampliar os direitos contidos na CADH e reconhecer o princípio da precaução em contextos de conflitos armados internos.

Com efeito, percebe-se que o pronunciamento da corte sobre o princípio da precaução certamente dependerá dos argumentos das partes envolvidas.

Referências

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, p. 105-161, 2014.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *Revista Sur*, v. 3, n. 5, p.42-69,2006.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais*, de 30 de dezembro de 2009.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, de 30 de dezembro de 2009.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório sobre acesso à justiça e inclusão social: o caminho para o fortalecimento da democracia na Bolívia*, de 28 de junho de 2007.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório sobre povos indígenas, comunidades afrodescendentes e indústrias extrativistas*, de 31 de dezembro de 2015.

CIJ. Corte Interamericana de Justiça. *Caso Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslováquia)*. Sentença de 25 de setembro de 1997.

CIJ. Corte Interamericana de Justiça. *Nicarágua v. Costa Rica*. Sentença de 16 de dezembro de 2015.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoiyamaya v. Paraguai*. Sentença de 29 de março de 2006.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai*. Sentença de 17 de junho de 2005.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Povo Saramaka v. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros v. Panamá*. Sentença de 14 de outubro de 2014.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Massacre de Santo Domingo v. Colômbia*. Sentença de 30 de novembro de 2012.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*. Sentença de 27 de junho de 2012.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentença de 26 de junho de 1987, parágrafo 30.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Viviana Gallardo e outros v. Costa Rica*, Resolução de 15 de julho de 1981, parágrafo 16.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Opinião Consultiva n. 4, de 19 de janeiro de 1984*. Opinião apartada do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante.

CorteIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Opinião Consultiva n. 1, de 24 de setembro de 1982*.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 6, n. 10, p. 52-81, 2009.

GAMBOA, Jorge F. Calderón. *La evolución de la reparación integral en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). *O princípio da precaução*. Belo Horizonte: Editora Del Rey; Escola Superior do Ministério Público da União. (Coleção Direito Ambiental em Debate). Disponível

em: http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf. Acesso em: 20 jun. 2017.

NEUMAN, Gerald L. Importação, exportação e aprovação regional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *European Journal of International Law*, n. 19, p. 101-123, 2008.

NOIVILLE, Cristine. Ciência, decisão e ação: três observações em torno do princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos riscos*. Brasília, DF: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005. p. 37. Disponível em: http://marcelodvarella.org/Riscos_files/Governo%20dos%20Riscos.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017.

ONU. *Organização das Nações Unidas*. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Disponível em: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SILVA, Rosmerlin Estupiñan; RIVAS, Juana María Ibáñez. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales. In: BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red DHES, 2014. p. 316-356.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). *O princípio da precaução*. Belo Horizonte: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União. (Coleção Direito Ambiental em Debate). Disponível em: http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf. Acesso em: 20 jun. 2011.