

Uma análise do transconstitucionalismo a partir de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos como proposta de fortalecimento dos Direitos Humanos

JANAINA CARLA S VARGAS TESTA*

Resumo:

O presente estudo pretende promover uma reflexão sobre um possível diálogo entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional no que se refere à proteção de direitos humanos. A intenção é verificar a aplicabilidade da teoria do transconstitucionalismo e suas contribuições para o fortalecimento dos direitos humanos, por meio da análise de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado do Equador, cujo tema se referiu à proteção socioambiental de uma comunidade indígena, o Povo *Kichwa de Sarayku*. Para tal intento, o estudo fez uso da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: diálogo entre ordens jurídicas; sentença internacional; Constituição Federal; Convenção Americana.

Abstract:

The present study intends to promote a reflexion about a possible dialogue between the juridical national order and the juridical international one regarding the protection of human rights. The intention is to verify the applicability of the transconstitutionalism theory and its contributions to the empowerment of the human rights, by means of the analysis of a decision of the Inter-American Court of Human Rights against the State of Ecuador, whose theme referred to the socio-environmental protection of an indigenous community, the *Kichwa de Sarayku* people. In order to achieve the objective, the study has made use of bibliographical and jurisprudential research.

Key words: Dialogue between juridical orders; international sentence; Federal Constitution; American Convention.



* JANAINA CARLA S VARGAS TESTA é Mestre em História Política (UEM). Mestre em Direito (UEL). Advogada trabalhista. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos na UNOPAR.



Introdução

A proteção de direitos humanos, cujos problemas não são mais passíveis de serem tratados apenas em âmbito nacional, passou a ser objeto de duas ordens jurídicas distintas: a nacional, pelo Direito Constitucional; e a internacional, por meio de organismos, tribunais e tratados internacionais.

Ao que parece, o desenvolvimento do direito internacional de direitos humanos, decorrente da atuação de Cortes Internacionais, tem permitido um diálogo entre as normas protetoras de direitos humanos pertencentes a estas duas ordens jurídicas diversas. Por isso,

o primeiro questionamento que surge é se seria possível verificar a existência desse diálogo, proposta defendida pela teoria do transconstitucionalismo.

Para desenvolver esta análise, fez-se necessário a escolha de um objeto, qual seja, uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado do Equador. A escolha não se deu a título aleatório e a seleção se deve ao fato de que a Constituição do Equador, por introduzir a ideia de bem viver e os direitos da natureza, sob um viés biocêntrico, tem sido considerada uma das mais avançadas no mundo e poderá servir de novo paradigma

constitucional para as sociedades contemporâneas.

Deste modo, ao analisar a ordem jurídica internacional, buscou-se selecionar justamente uma condenação que envolvesse o Estado do Equador e que tivesse como objeto de conflito a violação de direitos humanos, mais especificamente, a proteção socioambiental, por envolver não somente a questão ambiental, mas outros temas correlatos, tais como direito à propriedade e o direito à identidade cultural.

Assim, com base nas razões acima expostas, apresenta-se como objeto de análise da ordem jurídica internacional a sentença prolatada em junho de 2012 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayku vs. Ecuador*”, que envolveu a exploração petrolífera de uma empresa argentina em território do povo Kichwa de Sarayku, no Estado do Equador.

A intenção primordial é pensar se há um diálogo entre as ordens jurídicas, nacional e internacional, na decisão supracitada pela Corte Interamericana de direitos humanos, isto é, se tem ou não feito uso da teoria do transconstitucionalismo em suas razões de decidir.

Para tanto, o texto foi dividido em dois tópicos: o primeiro destina-se à análise do transconstitucionalismo e o diálogo entre as ordens jurídicas nacional e internacional; e, o segundo, versará sobre a análise da decisão internacional selecionada.

Para a consecução dos objetivos aqui traçados, o método para a abordagem do tema que ora se propõe é o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, com predominância da discussão teórica mediante a análise de obras e artigos

sobre o tema. O estudo também fará uso de pesquisa documental, ao analisar a sentença internacional prolatada pela Corte Interamericana.

Demonstrar-se-á se existe ou não um diálogo entre a ordem interna constitucional e a ordem jurídica internacional em relação à tutela de direitos que promovam, ao mesmo tempo, a proteção ambiental, a propriedade de terra e a identidade cultural, ao verificar a aplicabilidade do transconstitucionalismo pela Corte Interamericana e sua pretensa contribuição para a efetivação dos direitos humanos.

1. A ordem jurídica internacional: a Corte Interamericana e a proposta do transconstitucionalismo

Por meio da acentuada integração da sociedade mundial, conforme já mencionado alhures, os problemas relacionados aos direitos humanos não são mais passíveis de serem resolvidos apenas internamente, tendo em vista a existência de uma ordem jurídica internacional, cuja responsabilidade é a proteção internacional dos direitos humanos, incluídos neste rol, o direito ao meio ambiente, à propriedade e à identidade cultural.

Para os autores Marçal e Freitas (2013), é neste cenário que surge uma espécie de direito constitucional que transcendeu as fronteiras dos Estados para a solução de problemas atinentes aos direitos humanos, por meio do diálogo entre ordens jurídicas diferentes: as normas referentes à proteção interna/nacional dos direitos humanos, de caráter constitucional, cotejadas às normas de direito internacional¹.

¹ Não é pretensão de este ensaio discutir as teorias que debatem o ingresso das normas internacionais no ordenamento jurídico.

Sabe-se que o processo de globalização permitiu a expansão cultural que, antes restrita às fronteiras nacionais, acabou por se difundir pelo mundo, consoante observa o autor Marcelo Neves (2009). A integração da sociedade em nível mundial criou uma nova situação em que os problemas relacionados a direitos humanos deixaram de ser tratados somente pelo direito interno de cada país para assumir uma relevância internacional (NEVES, 2009).

É neste contexto que se insere a proposta do transconstitucionalismo como um caminho eficaz na promoção da prevalência dos direitos humanos. Referida proposta defende, em síntese, o diálogo entre as normas nacionais, advindas das Constituições dos Estados; e internacionais, decorrentes de tratados, na proteção de direitos humanos.

Independentemente da formalidade da incorporação dos tratados de direitos humanos como norma jurídica nacional e do *status* que tais normas adquirem no ordenamento interno (supraconstitucional, constitucional, supralegal ou infraconstitucional), a ideia é tão somente demonstrar a utilização – ou não –, pela Corte Interamericana, das normas constitucionais dos Estados, em suas razões de decidir, por meio de um diálogo com as normas advindas de tratados e convenções internacionais, proposta defendida pela teoria do transconstitucionalismo. Para o estudo da formalidade de incorporação de normas e da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* ou natureza jurídica das normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico nacional brasileiro, consultar as seguintes obras: “Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional” de Flávia Piovesan; “Tratado de direito internacional de direitos humanos” de Antônio Augusto Cançado Trindade; “Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira” de Sidney Guerra; “O transconstitucionalismo e a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos como propostas para a prevalência dos direitos humanos e a humanização do direito” de Janaina Vargas Testa e Elve Miguel Cenci.

Marcelo Neves (2009), ao propor o transconstitucionalismo, enfatiza a necessidade dos Estados oferecerem soluções por meio de uma relação transversal entre ordens jurídicas para solucionar problemas constitucionais comuns (NEVES, 2009). Deste modo, os Estados assumem um viés transconstitucionalista, o que implica a relação de complementaridade entre as inúmeras ordens jurídicas, no sentido de fortalecê-las (NEVES, 2009). Não se trata de conceber a superioridade da ordem externa em relação ao Estado nacional, mas de uma ação paralela e correlativa.

Deste modo, a fim de conceber um problema que envolve a violação de direitos humanos como um problema transconstitucional, passível de solução por tribunais estatais e por tribunais internacionais, faz-se necessário, conforme mencionado, que haja diálogos constitucionais com tratados de direitos humanos, na intenção de fortalecer as ordens jurídicas.

O diálogo entre as normas também permitiria o acesso, pelos operadores do direito, das normas internacionais de direitos humanos, conforme observado por George Marmelstein (2008, p. 205-206, grifo nosso):

Na verdade, se é certo que os tratados de direitos humanos são pouco manejados na prática, isso se deve principalmente ao fato de **os operadores do direito não conhecerem seu conteúdo**. No ensino acadêmico, os tratados internacionais de direitos humanos são relegados a um segundo plano. **São poucos os advogados e juízes que invocam os tratados internacionais para fundamentar determinado ponto de vista**, a não ser o tão citado caso da prisão civil do depositário infiel, onde o Pacto de San José da Costa Rica é sempre

mencionado, por prestigiar a liberdade de modo mais abrangente do que a constituição. **Certamente, se os juristas passassem a conhecer mais o conteúdo dos tratados, em vez de ficarem discutindo apenas a sua força normativa, ou então conhecessem mais a fundo a jurisprudência da Cortes Internacionais, certamente os direitos humanos poderiam se transformar em uma ferramenta argumentativa importante.**

Se há um certo desconhecimento das normas internacionais de direitos humanos por parte dos operadores do direito e dos tribunais nacionais, conforme observado por George Marmelstein (2008), o que dificulta a efetivação destes direitos, o mesmo não ocorre com as Cortes internacionais. As Cortes, ao que tudo indica, têm promovido o diálogo e o transconstitucionalismo. Para os autores Marçal e Freitas (2013), é possível verificar a existência de elementos em comuns entre as duas ordens jurídicas – interna e internacional – nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos².

² A Corte Interamericana de Direitos Humanos, um dos órgãos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, foi criada, em 1969, pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Iniciou as suas atividades em 1979, em São José da Costa Rica, mediante duas funções: *contenciosa e consultiva*. Em síntese, na primeira função, a Corte atua como órgão jurisdicional e, na segunda, apenas emite pareceres e recomendações. A competência jurisdicional da Corte está prevista nos artigos 61, 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), sendo responsável pela solução de controvérsias relativas à violação de direitos humanos e pela aplicação da Convenção. Esta competência jurisdicional é exclusiva aos Estados-membros da Convenção que reconheceram expressamente a sua jurisdição. A competência consultiva, por sua vez, está

Os autores Marçal e Freitas (2013) e Miranda e Máximo (2013), em seus estudos sobre a interpretação da Corte Interamericana em relação à proteção de direitos dos povos tradicionais da América Latina, salientarem que a Corte, ao promover o cumprimento da Convenção Americana, muitas vezes, reinterpretando-a, procurou respaldo na legislação constitucional dos Estados, o que revela o diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional.

Para Flávia Piovesan (2012), este fortalecimento entre o sistema interno e a ordem jurídica internacional é de extrema importância, haja vista ser possível identificar quais são as potencialidades e debilidades de cada sistema, para que, de forma mútua, possam pensar em estratégias de aprimoramento constitucional dos Estados e regional do Sistema Interamericano.

Se em matéria de Direitos Humanos é inconcebível o privilégio de lei nacional em detrimento de diretrizes previstas em tratados internacionais e com ela conflitantes, a solução plausível e imediata seria a promoção de um diálogo entre as normas internas e internacionais para optar por aquela que carregar maior proteção à pessoa humana.

Destarte, a construção do transconstitucionalismo, a possibilidade de transcender as normas constitucionais para além das fronteiras do Estado, de modo a dialogar com a ordem jurídica internacional, cria espaço apenas para a concepção de que os tratados de direitos humanos tenham tratamento constitucional nas fronteiras dos Estados ou supraconstitucional, se

prevista no artigo 64 da Convenção Americana e se refere à interpretação de seus dispositivos e demais tratados sobre direitos humanos, quando a Corte emite pareceres consultivos.

trouxessem normativa mais protetora. Esta é uma interpretação condizente com o propósito de uma busca contínua pela humanização do direito.

A fim de corroborar com este entendimento, ou seja, sobre a possibilidade de diálogo entre o sistema regional interamericano e o sistema constitucional dos Estados, analisar-se-á, a seguir, o caso “*Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*”, já mencionado neste estudo, com o objetivo de demonstrar se a Corte, neste caso concreto, promoveu o transconstitucionalismo como razões de decidir, e se o pretense diálogo entre as ordens jurídicas apresentou-se ou não como importante mecanismo na proteção dos direitos humanos.

2. Análise do caso “Povo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Equador”

A partir da premissa de que a teoria transconstitucionalista, proposta por Marcelo Neves, materializada na dialética entre as normas nacionais e decorrentes dos tratados internacionais, se apresenta como uma forma de fortalecimento dos direitos humanos, analisar-se-á, neste tópico, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ou não promovido esta dialética.

Com o objetivo de melhor compreender este diálogo, pretende-se, a seguir, conhecer e analisar o caso “*Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*”, por meio dos fatos, alegações das partes e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de verificar se a decisão apresenta, em suas razões de decidir, elementos da Constituição do Equador e/ou de outras ordens jurídicas nacionais, bem como de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos,

revelando, assim, a (in)aplicabilidade do transconstitucionalismo.

O conflito do povo indígena Kichwa de Sarayaku com o Estado do Equador teve como palco a província de Pastaza, local que o povo indígena, aproximadamente 1200 habitantes, tem moradia e subsiste da agricultura familiar, da caça, pesca e mantém as tradições e costumes de seus ancestrais (MARÇAL; FREITAS, 2013). O problema central do conflito referiu-se à instalação da empresa petrolífera CGC – Companhia Geral de Combustíveis no território indígena após o consentimento do Estado do Equador.

A empresa argentina CGC, com o fim de exploração petroleira, introduziu explosivos de alto poder em vários pontos do território indígena, construiu sete portos, destruiu cavernas, fontes d’água, rios subterrâneos utilizados pela comunidade para consumo próprio, derrubou árvores e plantas de grande valor ambiental e de subsistência para os Sarayaku (MARÇAL; FREITAS, 2013).

No início, cerca de duas mil pessoas se manifestaram contra a presença da empresa, tanto a comunidade Sarayaku, quanto a Organização dos Povos Indígenas de Pastaza, opuseram-se em face do projeto petroleiro desde o começo.

A concessão de direitos para explorar petróleo feita pelo governo equatoriano à Companhia CGC da Argentina ocorreu em 1996 na região no Bloco 23 na Província de Pastaza. Em 1999, a concessão da CGC contou com uma série de vendas e aquisições entre diversas companhias. Assim, a exploração do Bloco 23 acabou sendo realizada por um consórcio internacional que, em 2003, incluiu a empresa CGC, a *Burlington Resources*

de Texas e a *Perenco*, uma companhia britânico-francesa (FIGUEROA, s/d). Há evidências de que a CGC teria oferecido cerca de 60 mil dólares ao povo de Sarayaku com a finalidade de obter seu consentimento para a prospecção sísmica. A comunidade indígena, por sua vez, além de não aceitar a oferta, decidiu por não manter nenhum tipo de diálogo com a petrolífera (FIGUEROA, s/d).

Conforme consta na própria sentença prolatada pela Corte em 27 de junho de 2012, no caso aqui ora analisado, a Associação do Povo Kichwa de Sarayaku, após passar pela jurisdição interna do Estado do Equador, apresentou uma petição inicial perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 19 de dezembro de 2003. A Comissão admitiu a petição, mas não obteve êxito na solução do conflito, o que a levou a apresentá-la perante a Corte Interamericana, em 26 de abril de 2010, nos termos dos artigos 51 e 61 da Convenção Americana (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012). Em síntese e de acordo com a Comissão:

O caso se refere, entre outros temas, à concessão por parte do Estado de uma permissão a uma empresa petroleira privada para realizar atividades de exploração petroleira no território do Povo indígena Kichwa de Sarayaku, na década de 1990, **sem qualquer consulta prévia e sem o seu consentimento**. Iniciaram-se as fases de exploração petroleira, inclusive com a introdução de explosivos de alto poder em vários pontos do território indígena, criando com isso uma alegada situação de risco para a população, já que durante o período havia **impedido a busca por meios de subsistência e havia limitado ao povo o seu direito de circulação e de expressar sua**

cultura. Além disso, o caso se refere à alegada falta de proteção judicial e de observância das garantias judiciais. (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012, p. 4, tradução livre, grifos nossos).

No caso, a Comissão Interamericana solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado do Equador por violação: a) ao direito à propriedade privada, reconhecido no artigo 21, em relação aos artigos 13,23 e 1.1 da Convenção Americana em prejuízo ao povo indígena de Sarayaku e seus membros; b) o direito à vida, as garantias judiciais e proteção judicial, contemplados nos artigos 4, 8 e 25 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em prejuízo do povo e seus membros; c) o direito de circulação e residência reconhecido no artigo 22 com relação com o artigo 1.1 da Convenção América, em prejuízo dos membros do povo; d) o dever de adotar disposições de direito interno reconhecido no artigo 2 da Convenção Americana, e) ordenasse ao Estado determinadas medidas de reparação.

As violações apresentadas pela Comissão foram reconhecidas pela Corte, além de várias outras, decorrentes de uma análise tanto da legislação interna do Estado do Equador, quanto da legislação internacional.

Após a explanação dos fatos e alegações das partes na Sentença, a Corte iniciou uma grande argumentação que serviria de fundamento para a sua decisão.

Primeiramente, a Corte, na sentença, destaca a importância do Estudo do Impacto Ambiental (EIA) no caso, apresentando falhas na elaboração e na execução do Estudo. Segundo consta na sentença, o EIA foi elaborado em maio

de 1997 e aprovado no ano seguinte pelo Ministério de Energia e Minas, entretanto, o Ministério afirmou que o estudo nunca chegou a ser implantado na prática. Os Estudos de Impacto Ambiental, para a Corte, são imprescindíveis porque determinam e avaliam os possíveis danos e impactos que o projeto de desenvolvimento poderia causar sobre a propriedade da comunidade em questão. Era importante ainda que a comunidade tivesse conhecimento dos riscos ambientais e do comprometimento da salubridade para, então, aceitar ou não o projeto (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012).

Não obstante a necessidade e importância do EIA, a Corte observou, no presente caso, que o Estudo: a) foi realizado sem a participação do Povo Sarayaku; b) foi realizado por uma entidade privada subcontratada pela empresa petroleira, sem ser submetido a um controle estrito posterior por parte dos órgãos estatais de fiscalização; c) não considerou qualquer incidência social, espiritual e cultural que as atividades de desenvolvimento previstas podiam ter sobre o Povo Sarayaku. Deste modo, o Tribunal conclui que o plano de impacto ambiental não se realizou em conformidade com o disposto em sua jurisprudência nem com os padrões internacionais sobre a matéria (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012).

Além da inobservância das regras do Estudo do Impacto Ambiental, da violação dos direitos previstos na Convenção Americana, a Corte constatou que o Estado do Equador também não havia seguido outras normas internacionais, como o Convênio n. 169 que dispõe sobre

Povos Indígenas e Tribos em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Equador havia ratificado a Convenção em 15 de maio de 1998, que passou a vigorar no país em maio de 1999.

A Convenção 169 da OIT, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, é o principal documento internacional que dispõe sobre os direitos dos povos tradicionais, ao estabelecer como obrigação dos Estados signatários, a aplicação das disposições da Convenção, atentando-se para as especificidades do conceito de território, conforme preceitua o seu artigo 13 transcrito a seguir (OIT, 1989, p.1):

Art. 13

1. Ao aplicar as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão se atentar para a especial importância que, para as culturas e valores espirituais desses povos, tem, em alguns casos, sua relação com a terra ou território, ou com ambos, que ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terra" nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, que abrange a totalidade do habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de alguma forma.

Ademais, a Corte ainda destacou que o Estado do Equador também teria violado o art. 6º da Convenção 169 da OIT, ao prever a necessidade de realização de consulta prévia aos povos interessados, por meio de procedimentos adequados, bem como criar meios pelos quais os povos pudessem participar livremente, em todos os níveis decisórios, sempre que houvesse medidas, programas ou políticas que os afetassem (OIT, 1989).

A Corte evidenciou que o Estado do Equador violou a Convenção supracitada porque não se atentou para a relação do Povo Indígena com a terra/território e não criou medida alguma que pudesse resguardar o seu direito à consulta e à participação das decisões (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012).

Outra norma internacional violada pelo Estado do Equador, destacada pela Corte Interamericana em suas razões de decidir, se refere ao artigo 22, transcrito abaixo, da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente, ao coaduná-lo com os preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos:

As populações indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na organização do meio ambiente e em sua manutenção devido a seus conhecimento e práticas tradicionais. Nesse sentido, os Estados devem reconhecer e apoiar devidamente sua identidade, cultura e interesses, para tornar possível sua participação efetiva no desenvolvimento sustentável (ONU – DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE, 1992, p. 1).

Entretanto, a Corte, antes de apresentar as condenações finais, não se limitou a mostrar a inobservância das normas internacionais pelo Estado do Equador, pois enfatizou que o Estado não teria nem sequer seguido a sua legislação interna, nem mesmo as suas normas constitucionais, ao violar os direitos do Povo *Kichwa de Sarayaku*.

A Corte Interamericana destacou que, em abril de 2008, o Estado do Equador havia promulgado um Regulamento de Aplicação de Mecanismos de Participação Social estabelecidos na Lei

de Gestão Ambiental que regula, entre outros aspectos, os mecanismos e alcance de participação social em gestão ambiental, o que revelou a concordância do Estado equatoriano da necessidade em regulamentar a matéria (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012).

Em relação à Constituição do Estado do Equador, que entrou em vigência em 20 de outubro de 2008, a Corte enfatizou a necessidade em cumprir o disposto no art. 57, que reconhece e garante às comunidades, povos e nacionalidades indígenas, direitos humanos e direitos coletivos. Em particular, a Corte apontou que a legislação equatoriana contém uma série de normas de gama constitucional e legal sobre os direitos dos povos indígenas, pelo que o Estado se obrigou a adotar medidas especiais para garantir-lhes o gozo efetivo de seus direitos humanos, sem restrições; assim como incluir medidas que promovam a plena efetividade de seus direitos sociais, econômicos e culturais, respeitando a sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e instituições (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012).

Em que pese a Constituição supramencionada tenha entrado em vigor apenas em 2008, a Corte observou que a Constituição equatoriana de 1998 também consagrava o direito à consulta prévia por parte das comunidades indígenas (da mesma forma a Constituição de 2008), afirmando que até a data da demanda o Equador não contava com mecanismos e procedimentos específicos que desenvolvessem adequadamente o marco estabelecido por sua nova Constituição política e pela Convenção n. 169 da OIT (CORTE IDH, *Caso*

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012).

No que se refere à consulta, a Corte Interamericana foi firme ao afirmar que o reconhecimento do direito à consulta das comunidades e dos povos indígenas e tribais está sedimentado no respeito aos seus direitos à cultura própria e identidade cultural, os quais devem ser garantidos, particularmente, em uma sociedade pluralista, multicultural e democrática, como pretende ser o Estado do Equador, segundo a sua Constituição política.

O fato é que o Estado do Equador não informou e nem consultou o povo *Sarayaku* sobre o projeto que impactaria diretamente o seu território. Sendo assim, o Estado descumpriu as suas obrigações:

(...) conforme os princípios de direito internacional e seu direito interno, de adotar as medidas necessárias para garantir aos povos indígenas a participação através de suas próprias instituições e de acordo com os seus valores, usos, costumes e formas de organização, na tomada de decisões sobre assuntos e políticas que incidem ou podem incidir na vida cultural e social dos povos indígenas. Os representantes alegaram que o **Estado incorreu em responsabilidade internacional por infringir os artigos 21, 13 e 23 da Convenção [Americana de Direitos Humanos]** (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012, p. 35, tradução livre, grifos nossos).

Interessante mencionar que a Corte, ao proclamar o comprometimento da construção, na América Latina, de uma sociedade pluralista, multicultural e democrática, citou, além da Constituição equatoriana, diversos

textos constitucionais de Estados latino-americanos e, inclusive, uma jurisprudência da Suprema Corte da Colômbia que enfatizou a necessidade de resguardar a identidade cultural e o modo de viver das comunidades indígenas.

Diante de todos os fatos, fundamentos e razões sucintamente expostas, a Corte condenou o Estado do Equador (CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012) a cumprir diversas obrigações de fazer (desativar os explosivos da região; promover consulta prévia em projetos, etc.), bem como ao pagamento de indenização a título de dano material e moral ao Povo Sarayaku.

A riqueza da decisão da Corte aqui analisada está, sem dúvida, em seus fundamentos. Ao proteger os direitos estatuidos na Convenção Americana e em outras normas internacionais, a Corte também protegeu, no caso ora analisado, o texto constitucional do Estado do Equador, o que revela o diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional. E mais: propôs adequações na legislação nacional a partir de normas internacionais.

A fim de corroborar com este entendimento, importante trazer à discussão as observações feitas pelos autores Marçal e Freitas (2013), em estudo sobre as decisões da Corte. Destacaram os autores que é possível verificar um diálogo entre o sistema regional interamericano e o sistema constitucional dos Estados no caso "*Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*". Para eles, a decisão da Corte ao afirmar que o Estado teria o dever de consultar previamente as comunidades étnicas, por meio de um diálogo intercultural, para que os povos pudessem exercer seu direito à autonomia frente à economia capitalista,

mostrou que a Corte Interamericana não está alheia à legislação doméstica:

Deste modo, queda-se claro que este é um exemplo demasiadamente relevante de diálogo transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual utilizou para resolver uma lide envolvendo o Estado equatoriano, uma jurisprudência colombiana e legislação de vários países da América Latina como *ratio decidendi*. (MARÇAL; FREITAS, 2013, p. 224).

Segundo o estudo desenvolvido pelos autores supracitados, a jurisprudência da Corte não nega a legislação local e a utiliza, muitas vezes, como fundamento para as decisões, o que revela o diálogo entre a Convenção Americana e os textos constitucionais dos países do continente americano. A Corte profere suas decisões com base em um estudo de direito comparado minucioso e aprofundado para fundamentar as suas sentenças.

É possível inferir que o caso “*Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” é um grande exemplo de um contínuo e profundo trabalho em prol da efetivação dos direitos humanos, principalmente no que se refere à identidade cultural e a relação deste direito com a propriedade e o meio ambiente. A importância da decisão se revela pela aplicabilidade do transconstitucionalismo, pelo fortalecimento da proteção de direitos humanos, ao promover um diálogo entre normas internacionais e normas nacionais.

É preciso defender que a prevalência dos direitos humanos e a consequente humanização do direito necessitam da interação das duas ordens jurídicas no sentido de fortalecê-las. O diálogo entre normas nacionais e internacionais –

proposto pelo transconstitucionalismo – se revela como importante mecanismo na maximização da proteção de direitos humanos, porque além de buscar a norma mais favorável à proteção humana, intensifica e enriquece a discussão jurisprudencial internacional que, sem dúvida, influenciará, paulatinamente, a jurisprudência interna dos Estados nacionais.

Considerações finais

O propósito deste trabalho foi analisar um possível diálogo entre a ordem jurídica interna dos Estados e a ordem jurídica internacional, o que se materializou, neste estudo, pela análise de uma decisão da Corte Interamericana.

Inferiu-se que na ordem jurídica internacional, diante da análise de um caso concreto, há uma nítida interpretação acerca da ligação entre os direitos humanos previstos nos tratados internacionais com os direitos fundamentais positivados nos textos constitucionais dos Estados nacionais.

Assim, o nítido diálogo entre a Constituição equatoriana, e outras normas nacionais, com as normas internacionais protegidas pelo Sistema Interamericano, defendida pelo transconstitucionalismo e aplicada pela Corte, demonstrou ser um importante mecanismo de fortalecimento dos direitos humanos.

Não é mais possível dividir em dois campos estanques a jurisdição nacional e suas normas e, de outro, a jurisdição internacional e seu ordenamento jurídico. As duas esferas precisam promover o diálogo, no sentido de fortalecê-las, para então caminhar na construção de uma comunidade universal em que as diferenças, pelo menos no que se referem aos direitos

básicos, pertencentes ao mínimo existencial, sejam inexistentes.

É preciso lembrar que quanto maior o diálogo entre as normas de direitos humanos, em âmbito internacional e nacional, mais adequada, justa e legítima será a decisão.

Referências

CORTE IDH. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.** Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponível em <http://www.CorteIDH.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 25.06.2014.

FIGUEROA, Isabela. Povos indígenas versus petrolíferas: controle constitucional na resistência. **Revista Conectas.** Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/artigos4/ort/artigo_figueroa.htm. Acesso em 23.06.2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Constitucional dos Estados Latino-Americanos. **Unesc International Legal Seminar, Chapecó**, v. 2, n. 1, 2013, p. 215-230.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Maressa da Silva; MÁXIMO, Marcela de Fátima Menezes. Os Povos Tradicionais na América Latina: a interpretação do Sistema Interamericano de Direitos

Humanos. **E-Civistas – Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH-** Belo Horizonte, v. VI, n. 2, dez./2013. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento.** Rio de Janeiro, junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 29.06.2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169 sobre povos Indígenas e Tribais.** Adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764>. Acesso em 26.06.2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TESTA, Janaina Vargas; CENCI, Elve Miguel. O transconstitucionalismo e a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos como propostas para a prevalência dos direitos humanos e a humanização do direito. In: **Direito internacional e direitos humanos II.** CONPEDI/UFPB – Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 418-442.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

Recebido em 2015-02-25
Publicado em 2015-11-14