

**VOTO FUNDAMENTADO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCIA RAMÍREZ À
SENTENÇA DE MÉRITO E REPARAÇÕES DO CASO DA
“COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI”**

1. Coincidiu com o voto majoritário dos Juízes que integram a Corte na Sentença de mérito e reparações do presente caso, que declara a existência de violações aos artigos 21 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em detrimento da Comunidade Mayagna Awas Tingni. Para chegar a esta decisão, a Corte examinou cuidadosamente as pretensões dos peticionários, apresentadas perante esta jurisdição pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como a posição do Estado – que explicitamente reconheceu direitos da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e seus integrantes (par. 152 da Sentença) –, as provas exibidas na respectiva audiência e outros elementos de conhecimento que figuram nos autos. Com esta sustentação, a Corte fez uma interpretação pertinente, a meu modo de ver, do artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2. No exercício de sua jurisdição contenciosa, a Corte Interamericana está obrigada a observar as disposições da Convenção Americana, interpretando-as conforme as regras previstas por este mesmo instrumento e as demais que pudessem ser invocadas conforme o regime jurídico dos tratados internacionais, que figuram na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Igualmente, deve-se ter em conta o princípio de interpretação que obriga a considerar o objeto e fim dos tratados (artigo 31.1 da Convenção de Viena), ao que *infra* se faz referência, e a regra *pro homine*, inerente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – frequentemente invocada na jurisprudência da Corte –, que conduz à maior e melhor proteção das pessoas, com o propósito último de preservar a dignidade, assegurar os direitos fundamentais e alentar o desenvolvimento dos seres humanos.

3. O artigo 29 da Convenção Americana, relativo à interpretação deste instrumento, manifesta que nenhuma de suas disposições poderá ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes (...)”. Em outros termos, aqueles que se encontram protegidos pelo regime da Convenção não perdem por isto – ainda se esta contivesse restrições ou limitações de direitos precedentes, o que não é o caso – as liberdades, prerrogativas ou faculdades que já tenha conforme a legislação do Estado sob cuja jurisdição se encontram. Estas não se vêm excluídas pelos direitos que reconhece a Convenção, mas se conciliam com eles para precisar seu alcance, ou são acrescentadas a estes para integrar o crescente catálogo dos direitos humanos.

4. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados dispõe no citado artigo 31.1: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objeto e fim”. Na espécie, o objeto e fim da Convenção Americana sobre Direitos Humanos se concentram no reconhecimento da dignidade humana e das necessidades de proteção e desenvolvimento das pessoas, na estipulação de compromissos a esse respeito e na provisão de instrumentos jurídicos que preservem aquela e realizem estes. Por outro lado, ao examinar o sentido corrente dos termos do tratado que agora se aplica – ou

seja, a Convenção Americana –, é preciso considerar o alcance e significado – ou os alcances e significados – que nos países da América tem o termo “propriedade”.

5. É relevante mencionar aqui que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo OC-16/99 (*O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*) fez ver que “ao dar interpretação a um tratado não apenas se levam em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (...), mas também o sistema dentro do qual se inscreve” (par. 113), e para esse efeito citou a Corte Internacional de Justiça quando esta sustenta que “um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no âmbito do conjunto do sistema jurídico vigente no momento em que se pratica a interpretação” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pág. 16 ad 31). Assim o fez a Corte Interamericana ao proferir Sentença no presente caso.

6. Diversos instrumentos internacionais concernentes à vida, cultura e direitos dos indígenas invocam o reconhecimento explícito de suas instituições jurídicas e, entre elas, das formas de propriedade que prevaleceram e prevalecem entre estes. Da revisão destes textos, à qual concorre uma ampla corrente de convicções, experiências e exigências, observa-se a legitimidade que têm e o respeito que merecem estes sistemas de posse da terra, bem como a necessidade que existe, em tal virtude, de disponibilizar seu reconhecimento e defesa. No âmbito dos direitos individuais dos indígenas e coletivos de seus povos se integra, por fim, com as estipulações dos instrumentos gerais sobre direitos humanos aplicáveis a todas as pessoas, ilustradas com os dados que constam nesses outros catálogos específicos, sobre os quais existe um consenso cada vez mais amplo e resolvido. Estes dados constituem elementos úteis – mais ainda, indispensáveis – para a interpretação das normas convencionais que deve aplicar a Corte.

7. Nesta ordem de ideias, a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, adotada pela 76ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1989), animada pela ideia da existência perdurável dos povos indígenas e tribais – com respeito à sua identidade e às instituições que são produto e resguardo desta –, sustentou que “os governos deverão respeitar a importância especial que possui, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação” (artigo 13.1); e afirmou também: “Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (artigo 14.1).

8. O Projeto de Declaração sobre Discriminação contra as Populações Indígenas, emanado da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 20 de abril de 1994) se refere claramente a estas mesmas questões e contribui a fixar, dessa maneira, o critério da comunidade jurídica

internacional ao redor dos temas que dizem respeito aos grupos indígenas e seus integrantes. De fato, o artigo 2 estipula: "Os povos indígenas têm direito a conservar e reforçar (...) seus sistemas jurídicos (...)". Adiante, o artigo 25 indica que esses povos "têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual e material com suas terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado ou utilizado de outra forma e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras"; e o artigo 26, que afirma o direito desses povos a "possuir, desenvolver, controlar e utilizar suas terras e territórios" adverte que isto "inclui o direito ao pleno reconhecimento de suas leis, tradições e costumes, sistemas de posse da terra (...) e o direito a que os Estados adotem medidas eficazes para prevenir toda ingerência, usurpação ou invasão em relação a estes direitos".

9. Por sua vez, o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 27 de fevereiro de 1997, que se refere à existência, relevância e respeitabilidade de direitos individuais e coletivos dos indígenas, estabelece: "Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das distintas modalidades e formas de sua posse, domínio e gozo de territórios e propriedade" (artigo XVIII.1); e manifesta que estes povos "têm direito ao reconhecimento de sua propriedade e dos direitos de domínio sobre as terras, territórios e recursos que ocupem historicamente, bem como ao uso daqueles a que tenham tido igualmente acesso para realizar suas atividades tradicionais e de sustento (idem, par. 2).

10. Diversos ordenamentos ibero-americanos contêm disposições semelhantes, inspiradas em uma mesma experiência histórica e cultural. Entre eles figura a Constituição da Nicarágua, país sob cuja jurisdição se encontra a Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, localizada na região da Costa Atlântica deste país centro-americano. Esta constituição, sob o título "Direitos das comunidades da Costa Atlântica", estabelece: "O Estado reconhece as formas comunais de propriedade das terras da Comunidade da Costa Atlântica. Igualmente reconhece o gozo, uso e desfrute das águas e florestas de suas terras comunais". Este reconhecimento categórico deve ser considerado à hora de interpretar e aplicar a Convenção Americana, conforme o seu já citado artigo 29.A.

11. No exame deste caso, o tribunal argumentou o alcance do artigo 21 da Convenção Americana, que sob a epígrafe "Direito à Propriedade Privada" reconhece que "(t)oda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens". No exame desta questão, tiveram-se em vista os trabalhos preparatórios da Convenção, dos que se observa o processo seguido até culminar na expressão que hoje contém o artigo 21. Em um primeiro momento foi proposto reunir neste preceito, explicitamente, o direito à propriedade privada. Posteriormente, variou a fórmula para ficar como atualmente aparece: direito ao uso e gozo de bens. São estes os elementos que caracterizam o direito dos sujeitos amparados pela Convenção. Obviamente, não existe só um modelo de uso e gozo de bens. Cada povo, conforme sua cultura, interesses, aspirações, costumes, características, crenças pode instituir certa versão do uso e gozo dos bens.

Em suma, trata-se de conceitos históricos que devem ser examinados e entendidos sob esta mesma perspectiva.

12. Em diversos países da América, os grupos étnicos indígenas, cujos antepassados – povoadores originais do Continente – construíram antes da conquista e colonização instituições jurídicas que se mantêm vigentes, em certa medida, estabeleceram especiais relações de fato e de direito a propósito da terra que possuíam e da qual obtinham seus meios de subsistência. Estas figuras jurídicas, que traduzem o pensamento e o sentimento de seus criadores e se encontram revestidas de plena legitimidade, enfrentaram a erosão de múltiplas medidas adotadas a partir da conquista. Porém, sobreviveram até nossos dias. Diversas legislações nacionais as reassumiram e contam com o respaldo de respectivos instrumentos internacionais, que reivindicam os interesses legítimos e os direitos históricos dos primitivos habitantes da América e de seus sucessores.

13. Neste caso se encontra o regime da propriedade indígena, que não exclui outras formas de propriedade ou posse da terra – produto de um processo histórico e cultural diferente –, mas contribui com elas na formação do amplo e plural espaço dos direitos com que contam os habitantes de diversos países americanos. Este conjunto de direitos, que se encontram comunicados por coincidências essenciais – a ideia nuclear do uso e aproveitamento dos bens –, mas mostram também diferenças importantes – sobretudo com relação à disposição final desses bens –, constituem o sistema de propriedade que caracteriza a maioria de nossos países. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens que consagra o artigo 21 da Convenção Americana, e pretender que unicamente existe uma forma de usar e desfrutar dos bens, equivaleria a negar a milhões de pessoas a tutela desse preceito, subtraindo-os assim do reconhecimento e da proteção de direitos essenciais, que se oferecem, em troca, às demais pessoas. Desta forma, longe de assegurar a igualdade de todas as pessoas, seria estabelecida uma desigualdade contrária às convicções e aos propósitos que inspiram o sistema continental dos direitos humanos.

14. Na análise do tema sujeito à sua jurisdição, a Corte Interamericana contemplou os direitos de uso e gozo reconhecidos no artigo 21 sob a perspectiva, perfeitamente válida, dos membros das comunidades indígenas. Em meu conceito, esta forma de analisar o tema, para os fins da presente Sentença, não implica de modo algum desconhecer ou negar direitos de outra natureza ou alcance vinculados com estes, como são os de caráter coletivo, aos que com a maior frequência aludem as normas e instrumentos nacionais e internacionais que invoquei neste voto. É indispensável observar que estes direitos comunitários, que formam parte profunda da cultura jurídica de muitos povos indígenas, e, portanto, de seus integrantes, constituem a fonte e o amparo dos direitos subjetivos individuais. Em suma, existe uma íntima e indissolúvel vinculação entre os direitos de ambas as ordens – individuais e coletivos –, de cuja vigência efetiva depende a genuína tutela das pessoas que formam parte dos grupos étnicos indígenas.

15. No curso da audiência realizada para receber provas sobre o mérito do litígio que a Corte julgou, foram recebidos pareceres que aludem diretamente ao ponto

mencionado no parágrafo anterior. Assim, o perito Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum fez notar – como se lê na versão sintética de seu parecer verbal, reunido nesta Sentença – que “(e)m certos contextos históricos os direitos da pessoa humana são garantidos e podem ser exercidos plenamente somente se são reconhecidos os direitos da coletividade e da comunidade à qual pertence esta pessoa desde seu nascimento e da qual forma parte e a qual lhe dá os elementos necessários para poder se sentir plenamente realizado como ser humano, que significa também ser social e cultural”.

16. Na história dos países que hoje formam a América Latina, proliferou o assédio contra as expressões coletivas do direito indígena, que violam imediatamente os direitos individuais dos membros das comunidades, como os destas em seu conjunto. Outro perito cujo parecer a Corte escutou, Roque de Jesús Roldán Ortega, referiu-se a este aspecto da questão. Manifestou na emissão de seu parecer, verbalmente: “A experiência que existe na América Latina em relação ao tema da propriedade comunal é muito exemplificativa. Toda a política dos Estados Latino-Americanos se orientou, durante quase 180 anos, a buscar a supressão das formas de propriedade coletiva e das formas de governos autônomas dos povos indígenas. Isto contribuiu para liquidar grande parte dos povos indígenas, a levá-los não só a seu desaparecimento cultural, mas a seu desaparecimento físico”.

17. A Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribui ao reconhecimento de algumas relações jurídicas específicas, que contribuem para integrar o estatuto característico de uma boa parte dos habitantes da América, cada vez melhor compreendido e reconhecido pelas legislações nacionais e os instrumentos internacionais. O tema desta Sentença, e por fim ela mesma, situa-se em um ponto de convergência entre direitos civis e direitos econômicos, sociais e culturais; dito de outra maneira: encontra-se no ponto a que concorrem o direito civil e o direito social. A Convenção Americana, aplicada nos termos da interpretação que ela mesma autoriza, e que ademais figura nas regras da matéria conforme o Direito dos Tratados, deve significar e de fato significa um sistema normativo de proteção seguro para os indígenas de nosso Continente, não menos que para outros povoadores dos países americanos aos que chega o sistema tutelar da Convenção Americana.

Sergio García Ramírez

Juiz

Manuel E. Ventura Robles

Secretário