

VOTO CONCORDANTE E DISSIDENTE DO JUIZ AUGUSTO FOGEL PEDROZO

Particpei no pronunciamento da Sentença proferida pela Corte no caso XÁKMOK KÁSEK e discordo de alguns pontos resolutivos da mesma, com base nos fundamentos expostos nas deliberações, e que compreenderam as seguintes considerações:

I. Voto Concordante. Rejeição de Solicitação do Estado sobre suspensão do procedimento

1. No item 1 do Capítulo XIII “Pontos Resolutivos” manifestei que concordo com a rejeição da solicitação do Estado sobre a suspensão do presente procedimento contencioso, pelos fundamentos expostos nos parágrafos 36 a 50 e também porque a diferente denominação da etnia apresentada pelos representantes da Comunidade Xákmok Kásek, embora constitua um problema para a transferência de domínio do imóvel, já que o direito registral exige o devido esclarecimento da mudança produzida, isso é corrigível através da perícia recentemente já realizada através do Perito do Estado, ao que acrescento que a Comunidade indígena Xákmok Kásek pertence ao povo Sanapaná da mesma família linguística que os Enxet-Lengua. Nas aldeias Sanapaná é frequente a convivência com outras famílias do grupo linguístico denominado Maskoy¹ (denominada por Kalish como Enlhet-Enenlhet), o que resulta na dificuldade de determinar, culturalmente, a que povo pertencem os descendentes de casais de dois povos diferentes e é necessário determinar a que povo se adscrevem através de uma investigação com os membros da Comunidade.

2. No Censo indígena de 2002 é identificada a Comunidade Xákmok Kásek assentada na Fazenda Salazar como Sanapaná. Por outro lado, na obra “*Los Indígenas del Paraguay*” de José Zanardini e Walter Biederman é identificada como um dos lugares em que habitam a etnia Sanapaná a Fazenda Salazar com o nome de Xákmok Kásek; no entanto, representantes desta comunidade participaram no ano de 2003 em reuniões de comunidades Sanapaná com vistas à constituição de uma Associação de Comunidades Sanapaná.

II. Voto em dissidência. Direito à Propriedade Comunitária, Garantias Judiciais e Proteção Judicial

3. A respeito de que o Estado violou os direitos à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, segundo o parágrafo 170 da Sentença, e com relação à alegada violação do artigo 21 da Convenção Americana, eu entendo que o direito de propriedade não pode ser interpretado isoladamente, mas ao contrário levando em consideração o conjunto do sistema jurídico no qual opera, levando em conta o direito nacional e o Direito Internacional.

4. A Constituição Nacional Paraguaia garante a propriedade privada –individual e corporativa– e a propriedade comunitária a que têm direito os povos indígenas; o artigo 63 reconhece e garante o direito dos povos

¹ Zanardini, José e Walter Biedermann. *Los Indígenas del Paraguay*. Assunção. 2006.

indígenas a preservar e desenvolver sua identidade étnica no respectivo *habitat*. Ademais, o artigo 64 desta Constituição indica que:

Os povos indígenas têm direito à propriedade comunitária da terra, em extensão e qualidade suficiente para a conservação e o desenvolvimento de suas formas peculiares de vida. O Estado prover-lhes-á gratuitamente destas terras, as quais serão não embargáveis, indivisíveis, intransferíveis, imprescritíveis, não suscetíveis de garantir obrigações contratuais nem de ser arrendadas; igualmente, estarão isentas de tributos. É proibido a remoção ou o traslado de seu habitat sem o expresse consentimento dos mesmos.

5. O artigo 109 da Constituição Nacional estabelece que:

É garantida a propriedade privada, cujo conteúdo e limites serão estabelecidos pela lei, atendendo a sua função econômica e social, a fim de fazê-la acessível para todos.

A propriedade privada é inviolável.

Ninguém pode ser privado de sua propriedade exceto em virtude de sentença judicial, mas é admitida a expropriação por motivo de utilidade pública ou de interesse social, que será determinada em cada caso pela lei. Esta garantirá o prévio pagamento de uma justa indenização, estabelecida convencionalmente ou por sentença judicial, salvo os latifúndios improdutivos destinados à reforma agrária, conforme o procedimento para as expropriações a ser estabelecido por lei.

6. Por sua vez, o artigo 137 estabelece:

A Lei Suprema da República é a Constituição. [...] os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis proferidas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional na ordem de prelação enunciada.

Quem quer que tente mudar a referida ordem, à margem dos procedimentos previstos nesta Constituição, incorrerá nos delitos que serão tipificados e penalizados na lei...

Carecem de validade todas as disposições ou atos de autoridade contrários ao estabelecido nesta Constituição.

7. Os sujeitos amparados pelo direito à propriedade incluem tanto os indígenas da Comunidade Xákmok Kásek, como o restante dos indígenas, e em geral todos os cidadãos, no contexto do princípio da igualdade das pessoas, consagrado pelo artigo 46 da Constituição Nacional, que estabelece: "Todos os habitantes da República são iguais em dignidade e direitos. Não se admitem discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que as mantenham ou as propiciem".

8. "As proteções que se estabeleçam sobre desigualdades injustas não serão consideradas como fatores discriminatórios, mas sim igualitários." Os que deveriam ser discriminados positivamente, no contexto paraguaio, compreendem pelo menos 2.000 famílias indígenas do Chaco e 2.000 famílias da Região Oriental carentes de terra, assim como aproximadamente 90.000 famílias de camponeses sem terra, prostrados em extrema pobreza. A meu juízo é neste contexto no qual se deve interpretar as disposições da Convenção Americana.

9. A Lei 904/81, anterior à Constituição Nacional, sancionada em 1992, regula o acesso das comunidades indígenas à propriedade comunitária da terra. Em seu artigo 8 estabelece que, prévio cumprimento de trâmites estabelecidos "será reconhecida a personalidade jurídica das comunidades indígenas preexistentes à promulgação

desta Lei, e às constituídas por famílias indígenas que se reagrupam em comunidades para acolher-se aos benefícios dados por ela”. No último caso a quantidade mínima de famílias indígenas é de 20 (Artigo 9). Em relação ao assentamento das comunidades indígenas, a Lei 904 estabelece:

Artigo 14. O assentamento das comunidades indígenas atenderá no possível à posse atual ou tradicional das terras. O consentimento livre e expresse da comunidade indígena será essencial para seu assentamento em lugares distintos aos de seus territórios habituais, salvo por razões de segurança nacional.

Artigo 15. Quando nos casos previstos no artigo anterior resulte imprescindível o traslado de uma ou mais comunidades indígenas serão proporcionadas terras aptas e pelo menos de igual qualidade às que ocupavam e serão convenientemente indenizadas pelos danos e prejuízos que sofrerem em consequência do deslocamento e pelo valor das melhorias.

10. Por sua vez, o artigo 22 da referida Lei 904 dispõe o procedimento para o assentamento de comunidades indígenas em terras fiscais, e nos artigos 24 e 25 os procedimentos para o assentamento em terras do domínio privado, que os indígenas ocupem. No artigo 26 a lei estabelece: “Nos casos de expropriação, o procedimento e a indenização serão ajustados ao disposto na Constituição e nas Leis e para o pagamento das indenizações serão previstos os recursos necessários no Orçamento Geral da Nação”.

11. A Lei 43/89 que estabelece um regime para a regularização dos assentamentos das comunidades indígenas, em seu artigo 4º estabelece: “Durante a tramitação administrativa e judicial contemplada no artigo 2º o Instituto Paraguaio do Indígena (INDI) e o Instituto de Bem-Estar Rural (IBR) deverão propor soluções definitivas para os assentamentos de comunidades indígenas, conforme a Lei 854/63 Estatuto Agrário e, a Lei 904/81, Estatuto das Comunidades Indígenas, propondo a expropriação de acordo com o artigo 1º da Lei 1.372/88 quando não se obtenham soluções por outras vias previstas”.²

12. Tanto as disposições da Lei 904, como as da Lei 43/89 estabelecem, em ausência de contrato de acordo com o proprietário, a expropriação como via para regularizar os assentamentos das comunidades indígenas estabelecidas em terras do domínio privado. Estas disposições são concordantes com as normas do Código Civil, que estabelecem que o domínio dos imóveis perde-se por: a) sua alienação; b) transmissão ou declaração judicial; c) execução de sentença; d) expropriação; e d) seu abandono declarado em escritura pública, devidamente inscrita no Registro de Imóveis, e nos demais casos previstos em lei (artigo 1967). Portanto, o artigo 1.966 enumera taxativamente as formas de aceder à propriedade de imóveis: a) contrato; b) acessão; c) usucapião; e d) sucessão hereditária.

13. Neste ponto deve notar-se a colisão entre a norma constitucional e o artigo 64 da Lei 1.863/02; enquanto esta última limita as possibilidades de expropriação aos imóveis não explorados racionalmente, o artigo 109 da

²

A Lei 854/63 foi derogada pela Lei 1.863/02.

Constituição Nacional (a lei suprema da República) estabelece que para o caso de expropriação de latifúndios improdutivos destinados à reforma agrária a mesma lei estabelece a quantia da indenização, enquanto que nos outros casos a referida quantia é estabelecida convencionalmente ou por sentença judicial. A mesma Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça estabeleceu jurisprudência afirmando que para que seja procedente a expropriação é suficiente a convicção do legislador sobre a existência de uma necessidade ou interesse social ou causa de utilidade pública, e que a mesma possa ser reparada com a expropriação de imóveis específicos.

14. Em face dos fundamentos expressados, discordo da Sentença porquanto declara que o Estado violou, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek do povo Enxet-Lengua, o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana. As gestões para garantir o direito de propriedade da Comunidade Xákmok Kásek não foram efetivas devido a vazios normativos no direito interno.

15. Quanto à alegada violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana (Garantias Judiciais e Proteção Judicial) e mais especificamente em relação ao procedimento instaurado contra os membros da Comunidade, considero que os agravos à Comunidade ligados à violação das garantias processuais devidas, originados nos primeiros passos processuais, na Primeira Instância, poderiam ter sido reparados em outras etapas do mesmo processo no direito interno.

III. Voto em dissidência. Direito à Vida

16. Quanto à alegada violação do artigo 4.1 da Convenção Americana (**Direito à Vida**), a demanda da Comissão Interamericana afirma que o Estado do Paraguai descumpriu, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek, a obrigação de garantir o direito à vida consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em detrimento de indígenas falecidos devidamente identificados da comunidade, e que o Estado “colocou em situação de risco permanente todos os membros da comunidade”, afetando o desfrute e gozo de seus direitos humanos fundamentais ao permanecer a situação de vulnerabilidade da comunidade. O referido artigo 4 da Convenção estabelece:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve estar protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

17. Em relação aos indígenas falecidos, deve ser enfatizado que caso tivesse sido apresentado oportunamente no direito interno denúncias sobre eventuais negligências que poderiam conduzir a mortes evitáveis se tivesse sido possível reparar ou, pelo menos, atenuar os males de saúde em questão; essa via teria permitido investigar violações ao direito à vida, punir os responsáveis e conceder reparação aos familiares das vítimas. A falta de reparação, em casos provados de negligência de agentes do Estado, poderia ter originado a responsabilidade interna do Estado do Paraguai.

18. Cabe ressaltar que o assentamento da Comunidade Xákmok Kásek na Fazenda Salazar, diferentemente de outras comunidades muito isoladas, estava a pouca distância da rota Transchaco e, portanto, com possibilidade de pedir ambulância ao centro de saúde do Distrito de Irala Fernández, a cargo do Dr. Rolón, situado sobre a mencionada estrada a menos de uma hora. Ademais, a comunidade contava com auxiliar de Saúde.

19. Entretanto, a interpretação do direito à vida de modo que compreenda medidas positivas de proteção para que os indígenas desfrutem do direito a viver com dignidade tem sustentação na doutrina e na jurisprudência internacional, e supõe novos avanços no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

20. A Corte Interamericana indicou que o dever do Estado de tomar medidas positivas deve priorizar-se precisamente em relação à proteção da vida de pessoas mais vulneráveis como os indígenas. Esta concepção do direito à vida, referida a comunidades indígenas em situação de indigência, que pode ser expressa em doenças e falecimentos evitáveis, estabelece a obrigação de proporcionar proteção social e de erradicar a pobreza extrema. Por sua condição de afetadas por severas privações estas comunidades indígenas carecem de estratégias que lhes permita enfrentar adequadamente os riscos aos que estão expostas, de modo que possam aproveitar as oportunidades de melhoramento das condições de vida que se lhes apresente e alcançar condições mínimas de qualidade de vida.

21. O direito à vida está consagrado em diversos instrumentos, e conforme a estes a existência de pobreza extrema, com tendência crescente no país, significa a negação dos direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo os direitos a uma alimentação adequada, à saúde, à alimentação e ao trabalho. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que a pobreza extrema atenta contra o direito fundamental à vida e determinou os direitos humanos que são essenciais para a proteção do direito à vida (alimentação, água potável, saúde). Por sua vez, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena no ano de 1993, considerou que a pobreza extrema constitui um atentado contra a dignidade humana, como já se indicou em sentenças anteriores. No caso das comunidades indígenas, em especial as afetadas pela pobreza crítica essa situação implica a denegação sistemática da possibilidade de gozar dos direitos inerentes ao ser humano. Certamente, a Comunidade Xákmok Kásek está afetada pela extrema pobreza, conforme se observa dos testemunhos oferecidos por testemunhas e peritos.

22. As intervenções apresentadas pelo Estado devem prevenir, mitigar e superar os riscos, tais como desnutrição, prevalência de anemia, morbidade e mortalidade, criando as condições mínimas em matéria de assistência de saúde, nutrição adequada, educação, formação para o trabalho, e geração de ingressos. No caso do Estado paraguaio, embora os confronte toda a população mais vulnerável, não o faz de melhor maneira por escassez de recursos.

23. O dever do Estado de tomar medidas positivas para proteger o direito à vida, ainda quando compreenda prestações que ponha a disposição de populações vulneráveis afetadas pela extrema pobreza, não pode limitar-se a eles, já que a referida assistência ao não atacar os fatores produtores de pobreza em geral, e de pobreza extrema em especial, não podem criar as mencionadas condições para uma vida digna.

24. Na minha opinião, na interpretação evolutiva do direito à vida consagrada pela Convenção Americana, deve levar-se em conta a situação socioeconômica do Paraguai e da maioria dos países da América Latina, caracterizada pelo crescimento da pobreza extrema, em termos absolutos e relativos, apesar da implementação de políticas de proteção social. Na interpretação do direito à vida não se trata somente de observar o cumprimento, por parte do Estado, de prestações próprias de proteção social, que garantam temporalmente condições de vida mínimas, sem atender às causas que subjazem à produção de pobreza, que reproduzem suas condições e produzem novos pobres, tal como é discutido no contexto das Nações Unidas. Isso suscita a necessidade de vincular as medidas de erradicação da pobreza ao conjunto de fenômenos que a originam, tendo em conta a incidência das decisões que se tomam no âmbito dos Estados, de órgãos multinacionais e multilaterais; na reprodução das condições de pobreza existem responsabilidades de atores e instituições internacionais e nacionais comprometidas.

25. Nesse contexto a capacidade de intervenção dos Estados dos países em desenvolvimento, entre eles o Paraguai, e a aplicação das normas internacionais referidas à pobreza extrema não constitui uma questão jurídica que envolva somente o Estado, que com frequência está condicionado, tanto pelos limitados recursos financeiros de que dispõe, como pelos fatores estruturais ligados ao “processo de ajuste”, que transcendem o domínio do Estado do Paraguai considerado isoladamente. A responsabilidade internacional não se limita ao direito à assistência internacional no caso que um Estado Parte não puder alcançar por si mesmo o modelo estabelecido pelo Pacto, consagrado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

26. Nesta visão, o agravamento da pobreza é um resultado de decisões, basicamente de natureza econômica e financeira, tomadas por atores privados acordados com atores públicos que têm muito mais poder que os Estados dos países em desenvolvimento. Nesse contexto são analisadas as responsabilidades das empresas transnacionais e dos organismos multilaterais nas violações dos direitos econômicos, sociais e culturais; assim, a Comissão de Direitos Humanos ao reconhecer que a pobreza atenta contra o direito fundamental à vida pediu que se examinassem as políticas do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio, do Fundo Monetário Internacional, e de outros organismos internacionais.

27. Nos avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos requer-se que a comunidade internacional assuma que a pobreza, e particularmente a pobreza extrema, é uma forma de negação de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos e culturais, e atue em consequência, de modo a facilitar a identificação de perpetradores sobre os quais recai a responsabilidade internacional. O sistema de crescimento econômico unido a uma forma de globalização que empobrece crescentes setores constitui uma forma “massiva, flagrante e sistemática de violação dos direitos humanos”, em um mundo crescentemente interdependente. Nesta interpretação do direito à vida que acompanhe a evolução dos tempos e as condições de vida atuais é necessário

prestar atenção a causas produtoras de pobreza extrema e aos perpetradores que estão detrás delas. Nesta perspectiva não cessam as responsabilidades internacionais do Estado do Paraguai e dos outros Estados Signatários da Convenção Americana, mas as mesmas são compartilhadas com a Comunidade Internacional que requer de novos instrumentos.

IV. Voto em dissidência. Reconhecimento da Personalidade Jurídica

1. A Comissão alegou (par. 245) que o Estado não implementou mecanismos que facilitem aos membros da Comunidade “os documentos de identificação necessários para fazer efetivo o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica”. Indicou que segundo o censo de 2008 ao menos 43 dos 273 membros da Comunidade não possuíam documentos de identidade. Deles, ao menos 33 são menores de idade.

29. Os representantes agregaram que o “elevado número de pessoas de Xámkok Kásek que carecem de documentos [...] impede que estas pessoas possam juridicamente demonstrar sua existência e identidade”.

30. Na minha opinião, estas insuficiências de documentação prejudicavam grande parte das comunidades e não só os indígenas de Xámkok Kásek pela escassez de recursos orçamentários, mas eram atenuados pela “carteira” indígena, expedida pelo INDI.

31. Este Instituto respondia à solicitação das comunidades na medida da disponibilidade de veículos e combustível e das solicitações das comunidades.

V. Voto em dissidência. Descumprimento do Dever de não Discriminar

32. A Comissão alegou que “o presente caso ilustra a persistência de fatores de discriminação estrutural no ordenamento jurídico do Paraguai, no relativo à proteção de seu direito à propriedade do território ancestral e dos recursos que aí se encontram” apesar dos avanços gerais de seu ordenamento jurídico em reconhecer os direitos dos povos indígenas persistem disposições jurídicas no ordenamento civil, agrário e administrativo que se aplicaram neste caso e que determinam o funcionamento do sistema estatal em forma discriminatória, já que se privilegia a proteção do direito à propriedade privada racionalmente produtiva sobre a proteção dos direitos territoriais da população indígena.

33. Por sua vez, os representantes indicaram que existe “uma política de discriminação que reflete um padrão sistemático facilmente observável e que, ademais, goza de um elevado consenso no Paraguai, com o qual se está conduzindo aceleradamente à deterioração extrema das condições de vida das comunidades indígenas em geral, e no caso [particular] [...] para [a Comunidade] Xámkok Kásek”. [...] “A suposta impossibilidade fática e jurídica, sobre

a titularidade das terras,] aludida pelo Estado do Paraguai, não é outra coisa senão a aplicação deliberada de uma política racista e discriminatória”.

34. No meu entender, embora exista certa discriminação por parte da população em relação aos indígenas, por uma herança do colonialismo, através do sistema educativo esta situação deve ser revertida, não existe um acordo deliberado nem consenso de aplicação de uma política racista nem discriminatória, que privilegia a proteção do direito à propriedade privada racionalmente produtiva sobre a proteção dos direitos territoriais da população indígena. Entendo que não se viola o dever de não discriminar, mesmo que na realidade falte adequar a legislação para agilizar os trâmites de acesso das comunidades indígenas a suas terras ancestrais, coincidindo com o critério da Corte, entretanto, são aplicadas as normas constitucionais tais como as que garantem a propriedade privada, que é inviolável e do que somente pode ser privado por expropriação, por sentença judicial, prévio pagamento de uma justa indenização e igualmente em razão da primazia da Constituição sobre todo tratado ou convênio internacional e a expressa menção de que carecem de validade todas as disposições ou atos de autoridade opostos ao estabelecido na Constituição. Ademais, deveriam ser valorados os ingentes recursos assignados pelo Estado nos últimos anos para a aquisição de terras.

Augusto Fogel Pedrozo

Juiz *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário