

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI
SENTENÇA DE 24 DE AGOSTO DE 2010,
CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI,
(MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS),
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

INTRODUÇÃO

1. Concorde, através deste voto, com a decisão indicada, não só por compartilhar o que nela se indica, mas também porque se insere em uma direção que considero adaptada ao Direito e à Justiça, e em conformidade com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional no que respeita aos povos indígenas, o que considero que deveria ser aprofundado.

2. Em oportunidades anteriores, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - doravante a Corte IDH - determinou violações de direitos humanos com respeito aos membros de povos indígenas, interpretando o artigo 1.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹ - doravante, a Convenção - sob a perspectiva de que o titular dos direitos reconhecidos nela é a “pessoa” e que esta “é todo ser humano”.

3. Daí que a Corte IDH tenha constantemente declarado violações de direitos humanos em detrimento dos integrantes ou membros dos povos indígenas, sem fazê-lo, entretanto, ao menos de maneira direta e explícita, com relação a estes últimos enquanto, vale dizer, conjunto ou grupos étnicos diferenciados ou coletividades humanas com subjetividade jurídica internacional nesse âmbito.²

I.- DIREITO DOS MEMBROS DOS POVOS INDÍGENAS

A.- Orientação tradicional

4. Nesta oportunidade, a Corte IDH consolidou sua jurisprudência a esse respeito ao referir-se, enquanto vítimas neste caso, aos *membros da Comunidade Xákmok Kásek*,³ e ao declarar, em seu

¹ Artigo 1:

“1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos 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.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

² *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares. Sentença de 1º de fevereiro de 2000. Série C Nº 66; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146.

³ Exemplos: parágrafos 54, 55, 78, 79, 109, 116, 120, 121, 154, 168, 169, 182, 193, 197, 208, 217, 242, 243, 244, 252, 275, 278, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 291, 294, 295, 301, 306, 308, 309, 313, 318, 321, 323, etc.

detrimento e conseqüentemente, violações dos direitos humanos consagrados na Convenção,⁴ ao dispor que lhes devolvam os 10.700 hectares reclamados⁵ e ao decretar diversas medidas em seu favor.⁶

B.- Doutrina interamericana⁷

5. Tal perspectiva parecia ser compartilhada pela doutrina interamericana, como o demonstraria o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, preparado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1997,⁸ porquanto indica que:

“Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis ao pleno gozo dos direitos humanos individuais de seus membros”⁹

6. Por sua vez, os Comentários do Comitê Jurídico Interamericano ao referido Projeto, de 1998¹⁰ seguiriam a mesma orientação ao afirmar que:

“O Direito Internacional no âmbito dos direitos humanos protege, com poucas exceções, direitos individuais, embora se reconheça que, em certos casos o exercício de direitos individuais somente pode ser exercido efetivamente de maneira coletiva.”

II.- DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

A.- Eventual nova perspectiva

⁴ Pontos resolutivos 2, 3 e 5.

⁵ Ponto resolutivo 12.

⁶ Pontos 13, 15, 19 e 23, mesmo que nesses pontos resolutivos a referência direta que se faz é “à Comunidade”, mas ao referir-se aos parágrafos considerativos 291, 294 e 295, 301, e ao ponto 12 resolutivo, respectivamente, referida menção deveria entender-se realizada indiretamente com respeito “aos membros da Comunidade”.

⁷ Ainda quando sob este subtítulo sejam aludidas resoluções de dois órgãos de uma organização internacional, OEA, pelo que poderia ser considerado que se trataria melhor dito de manifestações da fonte auxiliar do Direito Internacional, denominadas “Resoluções das Organizações Internacionais Declarativas de Direito”, são catalogadas, portanto, como doutrina, outra fonte auxiliar do Direito Internacional, em atenção a que uma é uma proposta de Declaração ainda não adotada por quem corresponde e a outra contém observações sobre a primeira e em ambos os casos, são emitidas por órgãos consultivos da referida organização internacional.

⁸ AG/RES.1479 (XXVII-O/97).

⁹ Artigo II.2. primeira frase.

¹⁰ OEA/Ser.Q CJI/doc.29/98 rev.2

7. Entretanto, também é certo que a Corte IDH, na mesma sentença de autos referiu-se à citada *Comunidade Xákmok Kásek* como o sujeito que reclama direitos, particularmente no que respeita o direito ao território¹¹ e a “*propriedade comunitária*” que lhe corresponderia¹² e, inclusive, menciona expressamente a Comunidade como beneficiária das medidas que decreta,¹³ ainda que alguns destes últimos casos o faz referindo-se aos fundamentos da resolução onde, em troca, alude aos membros da coletividade¹⁴ e em outros o faz indistintamente a estes e à Comunidade.¹⁵

8. Com essas referências, então, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem afastar-se de sua posição tradicional, pareceria deixar margem para que no futuro pudesse dispor da possibilidade de adotar uma nova aproximação na matéria e isso, em particular, ao afirmar, no parágrafo 85 da decisão em análise, que

*“considerou que a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles, devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.”*¹⁶

9. Do mesmo modo, no parágrafo 86 da mesma sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reproduz o que havia manifestado em outras oportunidades,¹⁷ quanto a que entre os indígenas

“existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a membresia não está centrada em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato de sua própria existência têm o direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.”

¹¹ Exemplo: parágrafo 64 e ss. e 80 e ss.

¹² Exemplo: parágrafo 85 e ss.

¹³ Pontos Resolutivos 13 a 15, 23, 25 e 26.

¹⁴ Ver nota 6 *supra* com relação aos pontos resolutivos 13, 15 e 23.

¹⁵ Pontos Resolutivos 25 e 26.

¹⁶ Artigo 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 o 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”.

¹⁷ Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, citada em nota 2, par. 149; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, citada em nota 2, par. 118, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, citada em nota 2, par. 90.

10. E no parágrafo 87 dessa decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acrescenta que

“[a]lém disso, a Corte indicou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta “não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”. Esta noção do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas.”

B.- Caso do Paraguai

11. Com o fim de compreender o alcance dos parágrafos recém transcritos e em abono à tese de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pareceria vislumbrar uma orientação mais distante da postura clássica neste âmbito, há de se ter presente que no caso de autos tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como os representantes das vítimas reiteradamente indicaram que os direitos que consideram vulnerados pelo Paraguai eram os direitos tanto da *Comunidade Xákmok Kásek*, como de seus membros, sem que o Estado demandado em autos, o Paraguai, - doravante o Estado - controvertesse a qualidade da Comunidade como sujeito coletivo de direitos.¹⁸

12. Igualmente e na mesma ordem de ideias é procedente acrescentar, sempre no que respeita ao caso em questão, que mediante a Lei nº 234/93,¹⁹ o Estado ratificou e incorporou a seu direito interno a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989, que em seu artigo 3.1 dispõe que:

“Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.”

13. Por outro lado e em concordância com o recém indicado, igualmente deve ser advertido que a Constituição do Paraguai consagra direitos em favor tanto das comunidades indígenas quanto das coletividades²⁰ e que este Estado tem um Estatuto Indígena onde é reconhecida a personalidade jurídica das comunidades.²¹

¹⁸ Exemplo: Parágrafo 2.

¹⁹ Lei nº 234/93 que ratifica a Convenção nº 169 da OIT.

²⁰ Constituição Nacional, artigos 62 e 63.

²¹ Lei nº 904/81, Estatuto das Comunidades Indígenas (folha 376 p1, mérito; folha 378 p2); Lei nº 1.372/88 (folha 376 p2 mérito).

14. É em razão de tudo isso, que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a indicar, no caso *Yakye Axa*²², que:

“A comunidade indígena, para a legislação paraguaia, deixou de ser uma realidade fática para passar a converter-se em sujeito pleno de direitos, que não se reduzem ao direito de seus membros individualmente considerados, mas se radicam na própria comunidade, dotada de singularidade própria.”

15. Pareceria claro, então, que, ao menos no caso do Paraguai, tanto o Direito Internacional como seu Direito interno reconheceriam direitos aos povos indígenas enquanto tais e não só a seus membros.

C.- Desenvolvimento progressivo do Direito Internacional

16. Tal situação estaria localizada, em consequência, no mesmo processo de mutação que estaria experimentando, neste âmbito, o Direito Internacional Geral e que coincidiria com a nova perspectiva que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia utilizar no futuro no tratamento do tema²³ e que se manifesta, especialmente, a partir do disposto na mencionada Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989.

a.- Resoluções de organizações internacionais

17. Efetivamente, esse processo de mudança seria expresso, por exemplo, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, que estabelece, em seu artigo 1, que:

“Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

²² *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 83.

²³ Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *“Regra geral de interpretação.*

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

...

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

...

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

18. Em igual sentido seria inserido o indicado em 2005 pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, quanto a que o direito a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas também assiste aos povos indígenas em sua qualidade de sujeitos coletivos e não unicamente a seus membros como sujeitos individuais de direitos.²⁴

19. Posteriormente e na mesma ordem de ideias, este Comitê, em sua Observação Geral nº 21 de 2009, interpretou que a expressão “*toda pessoa*” contida no artigo 15.1.a) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,²⁵

*“refere-se tanto ao sujeito individual como ao sujeito coletivo. Em outras palavras, uma pessoa pode exercer os direitos culturais: a) individualmente; b) em associação com outras; ou c) dentro de uma comunidade ou um grupo”.*²⁶

b.- Doutrina Interamericana

20. E inclusive a doutrina interamericana igualmente se inclinaria por esta tendência universal, como o demonstraria, ao mesmo tempo, o artigo II.1 do já mencionado Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ao dispor que

²⁴ Observação Geral 17, pars. 7, 8 e 32.

²⁵ Artigo 15

“1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. Entre as medidas que os Estados Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.”

²⁶ Observação Geral 21, par. 9.

“Os povos indígenas têm direito ao pleno e efetivo gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais reconhecidos na Carta da OEA, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos; e, nesta Declaração, nada pode ser interpretado no sentido de limitar, restringir ou negar de qualquer forma esses direitos ou no sentido de autorizar ação alguma que não se coadune com os princípios de Direito Internacional, inclusive o dos direitos humanos.”

21. Tal opinião é reiterada no artigo XVIII.2. deste Projeto, ao indicar que

“Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento de sua propriedade e dos direitos de domínio sobre suas terras, territórios e recursos que ocupem historicamente, bem como ao uso daqueles a que tenham tido igualmente acesso para realizar suas atividades tradicionais e obter seu sustento.”

22. Por sua vez, os também aludidos Comentários do Comitê Jurídico Interamericano ao recém citado Projeto, indicam, no parágrafo 3.6, que:

“Está fora de toda dúvida que as populações indígenas e as pessoas que as integram têm direito ao gozo pleno e efetivo dos direitos humanos reconhecidos universalmente, e assim deve reafirmá-lo a Declaração [...]”

c.- Outros instrumentos

23. Também outro instrumento jurídico internacional, mas esta vez de caráter regional, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, seria inserido no mesmo predicamento ao estabelecer a proteção especial de certos direitos dos povos indígenas em função de seu exercício como direitos coletivos.²⁷

III.- ALCANCE DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS E DE SEUS MEMBROS

A.- Direitos específicos

24. Então, poderia sustentar-se que os transcritos textos internacionais, alguns fontes autônomas do Direito Internacional, como os tratados, e outras fontes auxiliares do mesmo, como as resoluções de órgãos de organizações internacionais, fazem referências aos direitos humanos dos povos indígenas e também de seus membros enquanto se trata de direitos específicos seja dessas coletividades seja de seus integrantes e, em consequência, distintos ou diferentes aos vigentes para todo ser humano, dado que se não fosse assim, não teria sentido ou não se justificaria referida proclamação especial ou peculiar através de algum dos

²⁷ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: artigo 20 que protege o direito à existência e autodeterminação dos povos; artigo 21 que protege o direito sobre os recursos naturais e à propriedade sobre suas terras, artigo 22 que garante o direito ao desenvolvimento.

instrumentos jurídicos indicados, os que precisamente procuram ter efeitos jurídicos, vale dizer, estabelecer ou determinar as obrigações jurídicas internacionais que se derivam dos direitos assim proclamados.

B.- Direitos da coletividade

25. Todo o anterior permitiria, portanto, chegar a uma compreensão mais ampla do disposto no artigo 1 da Convenção,²⁸ no tocante a que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos consagrados por ela incluiria também as coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que a tais entidades lhes reconheçam pelo menos alguns desses direitos, os que, portanto, seus membros unicamente poderiam desfrutar e exercer por seu intermédio e em razão de que formam parte da mesma, o que, definitivamente implicaria que não seriam unicamente de caráter individual.

CONCLUSÃO

26. Em outras palavras, tendo em conta o precedentemente exposto e aplicando o previsto no artigo 29.b e 29.d da Convenção,²⁹ poderia concluir-se que, conforme o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria procedente, por um lado, incluir no termo “*pessoa*” contido em diversos artigos daquela e como vítimas de violações a direitos consagrados pela mesma, não somente os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, mas também estes últimos enquanto tais e, por outra parte, consequentemente considerar entre esses direitos os concernentes aos referidos povos, com o que não somente se faria justiça, mas, além disso, a jurisprudência seria localizada assim, mais nitidamente e sem margem para equívocos, na moderna tendência que se estaria perfilando com cada vez maior nitidez no Direito Internacional que regulamenta esta matéria.

EVG.-

Eduardo Vio Grossi

Juiz

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário

²⁸ Ver nota 1.

²⁹ Artigo 29:

"Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

...

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;

... 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."