



Open Access

<https://doi.org/10.15210/cedepem.v5i2.30924>

Revista
CEDEPEM

ISSN: 2763-8111

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

A Interpretação Evolutiva do Direito de Propriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Análise a partir da Sentença da Corte no Caso “Comunidade Xákmok Kásek versus Estado do Paraguai”

The Evolutionary Interpretation of the Right to Property by the Inter-American Court of Human Rights: An Analysis Based on the Judgment in the Case of 'Xákmok Kásek Community v. Paraguay'

Paulo Henrique Salmazo de Souza (<https://orcid.org/0000-0002-9167-0717>)

<http://lattes.cnpq.br/2286053900707878>

Doutorando do Programa de Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP, PUC/SP)

E-mail: phss@unemat.br

Resumo: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) se consolidou como instrumento jurídico internacional mais relevante para proteção da dignidade humana, estabelecendo direitos e princípios que se propuseram a ser universalmente reconhecidos. Destarte, com fundamento na DUDH se estabeleceu o sistema internacional de proteção de direitos humanos, criando mecanismos de proteção sobre diversos temas relativos ao assunto. Influenciados pelo sistema global de proteção criado pela ONU, várias regiões trataram de criar seus próprios sistemas regionais de proteção de direitos humanos, com destaque para o sistema regional interamericano, o qual vem se destacando nas últimas décadas pela promoção de direitos humanos, sobretudo na consolidação de uma jurisprudência transformadora e notadamente Latino-Americana. Nesse contexto, a presente pesquisa possui como objetivo investigar quais são os parâmetros de direitos humanos para os povos indígenas estabelecidos por meio da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso da Comunidade Xákmok Kásek versus Estado do Paraguai? Portanto, para atingir o objetivo proposto, realizou-se um estudo teórico de revisão bibliográfica e uma análise descritiva da mencionada decisão. Entendendo ser um método adequado à pesquisa proposta e para alcançar a base lógica da investigação, será utilizado o método dedutivo. Quanto à abordagem, a presente pesquisa será qualitativa e quanto à análise dos dados, a pesquisa terá natureza exploratória, identificando e analisando os fenômenos relacionados ao objeto proposto, bem como os principais pensamentos sobre o tema.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Comunidade Xákmok Kásek; Interpretação Evolutiva do Direito de Propriedade.



Esta obra está licenciada sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0. Qualquer reprodução deste material, total ou parcial, deve citar a fonte.

Abstract: The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) has established itself as the most relevant international legal instrument for the protection of human dignity, establishing rights and principles intended to be universally recognized. Accordingly, the international system for the protection of human rights was founded upon the UDHR, creating protection mechanisms addressing various topics related to the subject. Influenced by the global protection system created by the UN, various regions sought to establish their own regional human rights protection systems. Particular emphasis is placed on the Inter-American regional system, which has distinguished itself in recent decades through the promotion of human rights, especially regarding the consolidation of a transformative and notably Latin American jurisprudence. In this context, this research aims to investigate the human rights standards for indigenous peoples established by the Judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Xákmok Kásek Community v. Paraguay*. Therefore, to achieve the proposed objective, a theoretical literature review and a descriptive analysis of the aforementioned decision were conducted. Considered an appropriate method for the proposed research and to establish the logical basis of the investigation, the deductive method will be employed. Regarding the approach, this research is qualitative; regarding data analysis, it is exploratory in nature, identifying and analyzing phenomena related to the proposed subject, as well as the main perspectives on the topic.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; *Xákmok Kásek Community*; Evolutionary Interpretation of the Right to Property.

Introdução

O pressuposto sobre a existência de um valor absoluto e universal acerca da dignidade da pessoa humana, aplicável a todas as nações e em todos os períodos históricos, corresponde a um fundamento frágil para a conceituação e aplicação dos direitos humanos. A ideia sobre o que seria dignidade humana é influenciada pelo contexto histórico e desenvolvida por cada sociedade e sua respectiva cultura.

O excesso cometido pelo relativismo cultural se demonstrou ineficaz para uma abordagem antropológica dos direitos humanos. Apesar do pensamento relativista ser válido na busca de um olhar a partir do ponto de vista de outras culturas além da ocidental, este por sua vez não pode anular a validade dos preceitos de direitos humanos consolidados a partir do consenso entre os Estados.

Destarte, não se deve pensar em total incompatibilidade entre o universalismo e o relativismo antropológico, mas “uma relação de complementaridade, pois a concretização dos valores universais dos direitos humanos pressupõe a consideração dos diversos valores culturais das sociedades. A complementaridade entre a Antropologia e o Direito, nos casos relacionados a Tratados Internacionais e direitos de comunidades tradicionais, se demonstra no fato de que ambas as ciências fazem uso da hermenêutica em suas atividades.

Reivindicações de direitos humanos de minorias ou de povos tradicionais devem ser utilizadas como instrumentos de reconhecimento de direitos e mudanças jurídicas. Os debates propostos são evidenciadas na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso da Comunidade Xákmok Kásek e o Estado do Paraguai. A Corte se apropria de uma interpretação construtiva da Convenção Americana para a concretização do direito à propriedade comunitária. Em sua interpretação fica claro a afirmação sobre a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos.

A Proteção dos Povos Indígenas nos Sistemas Internacionais e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos

A partir do desenvolvimento de instituições e do direito internacional dos direitos humanos, foi possível avanços nos direitos de povos originários na seara internacional. Os primeiros instrumentos internacionais de proteção foram a proteção de direitos humanos estabelecidos, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (DUDH) e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

De acordo com o processo histórico da internacionalização dos direitos humanos, os primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos indígenas, tratam-se da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Carta das Nações Unidas. No entanto, tal proteção não é diretamente mencionada nestes instrumentos, mas a partir de uma proteção geral que alcança também os povos indígenas e populações tribais. A Carta das Nações Unidas traz em seu artigo 1º parágrafo 3º que

[...] são objetivos das Nações Unidas conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.¹

Wolfrum (2010, p. 601) esclarece que a Carta estabelece a proteção dos povos contra qualquer forma de discriminação racial, e a partir de uma interpretação extensiva entende-

¹ Brasil, Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**. Presidência da República–Casa Civil. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2024.

se que “estabelecida a proibição da discriminação racial, se efetivamente implementada, pelo menos assegura que os membros de povos indígenas teriam os mesmos direitos [...]”.

No artigo VII, a DUDH prescreve que “todos são iguais perante a lei, e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.”² Nesse sentido, “o primeiro artigo da Declaração afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie, como corolário do princípio da igualdade” (Piovesan, 2010, p. 54). Da mesma maneira que a DUDH, o PIDCP reconhece indiretamente a proteção dos direitos indígenas ao trazer em seu texto direitos protetivos das minorias no que diz respeito à vida cultural, à prática de sua própria religião, uso de língua própria e autodeterminação (Ikawa, 2010, p. 497-524). Na leitura do artigo 27 do PIDCP, pode ser claramente observada esse pressuposto:

No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a estas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de praticar e professar sua própria religião, e usar sua própria língua.³

Considerando que o PIDCP trata da defesa de direitos individuais, o exercício de tais direitos pelo indivíduo dentro de sua comunidade proporciona uma proteção indireta da coletividade a que este faz parte, como por exemplo uma comunidade tribal ou indígena. Algumas discussões permeiam a interpretação do artigo 27 do Pacto no que diz respeito à extensão da proteção aos povos indígenas. Uma das discussões diz respeito ao questionamento sobre se os povos indígenas devem ser tratados como uma minoria, contrapondo-se a ideia de que a proteção deve acontecer no campo do direito individual ou coletivo (Ikawa, 2010).

De acordo com a concepção da maioria dos povos indígenas, estes não se identificam como minorias, mas se declaram povos indígenas, tendo em vista compartilharem um mesmo território, língua, religião e demais tradições. Neste mesmo sentido é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual reconhece os povos indígenas não como uma minoria ou raça. O Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, a

² Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unic/Rio/005, janeiro 2009. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2024.

³ Brasil. Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Poder Executivo, Brasília/ DF, 06 jul. 1992. D.O.U. 7.7.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 17 dez. 2024.

partir de uma interpretação extensiva, respaldou direitos de povos indígenas no artigo 27 do Pacto⁴ e, nesse sentido Nowak (apud Ikawa, 2010, p. 505) esboça sua conclusão sobre a questão:

Ao tratar especificamente do artigo 27 do Pacto, por exemplo, indica a possibilidade de reconhecimento como minoria se o grupo indígena puder ser identificado como uma minoria linguística, religiosa ou étnica; se a demanda for individual; e se o direito demandado for um direito a ser fruído em conjunto com outros membros do grupo. Essa resposta remete às duas outras questões tangentes ao caráter individual ou coletivo do direito e às peculiaridades desse direito.

Sobre o PIDESC, Flávia Piovesan (2010) leciona que o instrumento traz em seu texto uma proteção geral contra a discriminação e que pode ser estendido aos direitos dos povos indígenas. A Recomendação Geral n. 16 do PIDESC esclarece sobre a necessidade de que a garantia de não discriminação deva ser respaldada pela lei e por políticas públicas que proporcionarão com que essa igualdade e não discriminação ocorra de fato. Destarte, a legislação que promova a igualdade e não-discriminação promoverá a igualdade formal, enquanto a igualdade material pode ser efetivada através de leis, políticas e programas que venham a diminuir a diferença entre determinadas camadas da sociedade. Da mesma forma, além de legislação específica, políticas e programas devem ser desenvolvidos para garantir materialmente os direitos de igualdade e não-discriminação dos povos indígenas, tendo em vista que possuem concepções diferentes de modo de vida, propriedade, cultura etc.

Para Flávia Piovesan (2010, p. 56) o PIDESC tem desenvolvido por meio do Comitê de Direitos Humanos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais um importante trabalho de interpretação construtiva dos dispositivos do Pacto. As recomendações gerais dos Comitês supracitados vêm buscando o desenvolvimento de jurisprudências que objetivam a concretização da proteção da igualdade e não-discriminação, a qual pode ser alcançada mediante uma interpretação que diferencia a igualdade formal da igualdade material. De acordo com o entendimento do Comitê, a igualdade formal prescrita no Pacto deve ser

⁴ “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (Brasil. Decreto n° 592 de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**. Poder Executivo, Brasília/ DF, 06 jul. 1992. D.O.U. 7.7.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 17 dez. 2024.

acompanhada de políticas públicas ou ações afirmativas por parte dos Estados, objetivando a garantia de fato dos direitos humanos à igualdade e não-discriminação tutelados.

Os direitos gerais de proteção dos direitos dos povos indígenas podem ser encontrados na Carta da ONU, na DUDH, e nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Todavia, e tendo em vista as peculiaridades que envolvem os povos indígenas, vários instrumentos específicos de proteção desses povos foram criados, proporcionando uma melhor tutela de seus direitos (Terezo, 2011). Dentre os principais, podem ser citados a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a qual trata-se do primeiro instrumento internacional com proteção específica aos povos indígenas e comunidades tradicionais, a Convenção 169 da OIT (1989), esta última se estabelecendo como ferramenta essencial para o sistema Interamericano de Direitos Humanos e por fim, depois de muitas rodadas de debates e reuniões, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

O Caso da Comunidade Xákmok Kásek vs Estado do Paraguai: Direito de Propriedade Comunitária, Garantia e Proteção Judicial

Por sete votos a um, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) decidiu que o Estado do Paraguai violou o direito à propriedade comunal, julgamento justo à proteção judicial da Comunidade Xákmok Kásek, com fulcro nos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por esta violação, a Corte determinou que o Estado do Paraguai devolvesse 10.700 hectares reclamados pela mencionada comunidade indígena, garantindo imediatamente que o território reivindicado não seja objeto de ação do Estado ou de terceiros.

Para sustentar sua decisão a Corte levou em consideração que os povos indígenas possuem uma relação de vínculo com suas terras tradicionais e seus recursos naturais, devendo esse direito de propriedade ser garantido nos termos do artigo 21 da Convenção Americana. O conceito de propriedade empregado para os povos tradicionais vão além do conceito comum de propriedade, representando para esses povos o seu sustento, cultura e sobrevivência, como pode ser observado na transcrição a seguir referente a argumento da Corte sobre o assunto:

Ademais, a Corte tem levado em consideração que entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comum de propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua propriedade não é de um indivíduo, mas sim do grupo e sua comunidade. Os indígenas por sua própria existência têm direito de viver livremente em seus territórios. A estreita relação que os indígenas mantinham com a terra deve ser reconhecida e compreendida como base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para os povos indígenas, a sua relação com a terra não é somente questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações (Corte IDH, 2010, p. 23-24).

Fica evidenciado no entendimento da Corte que o direito de propriedade para as comunidades indígenas e tradicionais possui uma significação coletiva, sendo que a propriedade pertence ao grupo e não ao indivíduo. Esse conceito, apesar de suplantar o entendimento tradicional de propriedade, deve ser amparado pelo artigo 21 da Convenção Americana. Reforçando esse entendimento, a decisão da Corte menciona que “desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo, equivaleria a sustentar que só 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” (Corte IDH, 2010, p. 24).

Conceitos de Terras Indígenas,

Terras Tradicionalmente Ocupadas e o Direito de Propriedade

Na decisão da Corte Interamericana, no que diz respeito à propriedade comunitária, é possível observar alguns dos pressupostos modernos do conceito de terra indígena. O entendimento sobre a ligação de populações a determinados territórios é objeto de estudos antropológicos, bem como faz parte de uma concepção popular. No entanto, esse entendimento “não deriva necessariamente da vinculação natural de determinada população a um determinado lugar, ou apenas a concepções nativas de territorialidade, inscritas nas práticas ou na cosmologia dessa população” (Oliveira, 2012, p. 369).

Com isso, quer se dizer que uma terra se torna indígena de fato, não pela simples afirmação de nativos ou da própria sociedade, mas consuma-se o direito à propriedade indígena quando o conjunto de interesses, quais sejam, estatais, políticos, burocráticos e sociais convergem para essa finalidade.

Apesar das expectativas de que terras indígenas correspondam às concepções nativas desse espaço, os processos de estabelecimento desses territórios levadas a cabo pelo estado nacional são efeito de um feixe de propostas, legislações, interesses e estratégias de território que raramente expressam a

representação fidedigna do que os grupos indígenas concebem como o próprio território (Oliveira, 2012, p. 371).

Deve-se levar em consideração quando se propõe a defesa do reconhecimento de uma propriedade indígena, ou mesmo na presente análise de Sentença da Corte, os fatores políticos, históricos, contextuais e processuais que envolvem a criação de uma terra indígena. Esses pressupostos podem ser observados na Sentença da Corte no caso *Xákmok kásek vs Paraguai*, onde se denota que, apesar do estado paraguaio dispor de legislação específica e protetiva aos direitos indígenas, grandes empecilhos postos pelo mesmo estado para o reconhecimento do direito de propriedade comunitária dos indígenas.

Fica evidenciado no presente caso a real proteção de interesses econômicos em detrimento da comunidade, mais precisamente quando se observa os vários mecanismos utilizados pelo estado paraguaio como justificativa ao não reconhecimento do direito de propriedade da comunidade. Um desses mecanismos utilizados foi a criação de reserva natural particular em parte do território reclamado pela Comunidade, sem que esta fosse consultada e sem levar em consideração a reivindicação feita pela mesma. De acordo com a lei do Estado paraguaio a reserva natural particular não pode ser objeto de expropriação e restrições de uso e domínio que incluem as práticas tradicionais da comunidade como caça, pesca etc. Por este ato de arbitrariedade do Estado, a comunidade promoveu uma Ação de Inconstitucionalidade, que restou inefetiva, tendo o estado paraguaio suspenso os procedimentos de análise da ação proposta (Corte IDH, 2010).

Sobre a criação de reserva natural privada, claro se observa o mecanismo criado por interesses maiores para obstaculizar o reconhecimento da propriedade da comunidade, o que pode ser identificado nas considerações do perito Rodolfo Stavenhagen (Corte IDH, 2010, p. 43) utilizadas para fundamentar decisão da Corte Interamericana sobre o assunto:

[...] e assim como a declaração de reserva natural privada de parte do território reclamado, não só impede o desenvolvimento de suas atividades tradicionais sobre as mesmas, como também sua expropriação e ocupação. Resulta em especial preocupação para esta Corte as considerações do Perito Rodolfo Stavenhagen, segundo as quais, a declaração de área silvestre protegida poderia constituir uma nova e sofisticada forma que os proprietários privados podem adotar em relação a territórios reclamados por comunidades indígenas para obstaculizar a reclamação de território de povos tradicionais, sempre alegando formas legais e invocando finalidades puras como a conservação do meio ambiente.

O procedimento administrativo estabelecido pelo Estado paraguaio excede o prazo razoável estabelecido pela Carta Americana de Direitos Humanos, pelo que a Corte reiterou que “o procedimento administrativo de reivindicação de terras têm sido inefetivo e não têm mostrado uma possibilidade real para que os membros da Comunidade Xákmok Kásek recuperem suas terras tradicionais” (Corte IDH, 2010, p. 154).

Da análise da sentença da Corte Interamericana no caso em questão, se depreende a concepção contemporânea de terras tradicionalmente ocupadas. Com respeito a isso “os preceitos evolucionistas de assimilação dos povos indígenas tribais na sociedade dominante foram deslocados pelo estabelecimento de uma nova relação jurídica entre o estado e esses povos” (Almeida, 2012, p. 375). Apesar dessa ruptura que levou os Estados a adotarem uma postura pluriétnica e reconhecer em seus estatutos vários desses direitos, não foram adotados por muitos países, mecanismos e políticas públicas sistemáticas para tornar esses direitos efetivos, como exemplo o Estado do Paraguai no caso em debate.

O Estado do Paraguai até reconhece o direito da comunidade às terras reclamadas, no entanto sua defesa respalda-se no fato de não ser possível à outorga do direito de propriedade à Comunidade sem ferir o direito de propriedade individual daqueles que estão em posse da terra, além de alegar prescrição no direito de reivindicá-la, oferecendo terras alternativas para resolver o litígio. Sobre essa alegação do Estado do Paraguai, a Corte assevera que:

O Estado sustenta que o direito dos membros da comunidade poderia ser satisfeito com terras alternativas às reclamadas, já que as terras tradicionais não se limitam às terras reclamadas. Não obstante, o estado não indica quais seriam as terras alternativas, de igual extensão e qualidade que possa satisfazer a reclamação da comunidade. [...] Não basta que haja outras terras disponíveis. Tal como indicou o representante do estado, para a outorga de terras alternativas às reclamadas, estas devem ao menos ter certas aptidões agroecológicas e ser submetidas a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da comunidade (Corte IDH, 2010, p. 31 sentença).

Como reação ao alegado pelo Estado de que se havia prescrito o direito de reivindicação das terras, a Corte não acata o argumento proposto pelo mesmo, alegando que “a base espiritual e material de identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, pelo que enquanto existir essa relação, o direito de reivindicação de tais terras permanecerá vigente” (Corte IDH, 2010, p. 30).

O Estado do Paraguai não nega a existência de direito por parte da comunidade, mas questiona a legitimidade de terras ancestrais das vítimas, uma vez que a comunidade historicamente habitava em uma extensão de área muito superior à reclamada e que a mesma se mobilizava dentro da área em constantes migrações internas. Desta maneira argumenta que a área particular reclamada nunca foi um lugar definitivo de morada da comunidade e que a mesma a reivindica por simples ato de vontade, não justificando para o Estado a desapropriação de uma estância particular produtiva em prol da Comunidade (Corte IDH, 2010).

A Corte por sua vez, através dos laudos antropológicos, decidiu favoravelmente à Comunidade considerando que a área tradicional corresponde sim a uma área bem mais ampla do que a requerida, no entanto, o nomadismo da comunidade se dava de forma circular seguindo um ciclo anual. Demonstrou ainda que “os lugares indicados pelos membros da comunidade como aldeias, zonas de caça, pesca, lugares de enterro, fontes de plantas medicinais e pontos relevantes em sua história obedecem a este padrão exposto pelos especialistas” (Corte IDH, 2010, p. 25).

Paralelo a este entendimento da Corte, os estudos antropológicos demonstram que o conceito de terra tradicional atualmente se tornou mais complexo e mais amplo em decorrência de grandes mobilizações étnicas dos povos indígenas, o que ocorre no caso em tela, sendo que o conceito de populações tradicionais “afasta-se mais e mais do quadro natural e do domínio de “sujeitos biologizados” para abarcar agentes sociais que assim se autodefinem, isto é, que se mostram conscientes de suas condições socioeconômicas” (Almeida, 2012, p. 380).

Ampliando a concepção do conceito de terras tradicionalmente ocupadas e reconhecendo a auto-identificação como critério de classificação de grupos sociais, a Convenção nº 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho estabeleceu em seu artigo 2º que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos os quais se aplicam as disposições desta Convenção”.

Os artigos 14 e 16 da mencionada Convenção, vão ao encontro ao exposto pela Corte na Sentença, quais sejam:

Art. 14 – Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Art. 16 – Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar às suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado ou reassentamento.

A comunidade Xákmok Kásek, expulsa de seu território por motivos diversos, tais como empreendimento agropecuários, movimento de colonização e outros mais, possui direito claro ao retorno às suas terras ancestrais, conforme os enunciados da OIT, e da mesma maneira, conforme a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não deixou de contemplar o direito dos povos tradicionais neste caso. A comunidade alegou a existência de uma afetação na identidade cultural dos membros como consequência da não restituição do território tradicional, argumentando que seu território é a “base fundamental para o desenvolvimento de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e desenvolvimento econômico”.

A cultura dos membros de comunidades indígenas se distingue das demais culturas, possuindo uma estrita vinculação com a terra, sem a qual não podem prestar seus cultos por eles estarem vinculados a suas terras ancestrais e exercer sua identidade. A Corte bem asseverou que “quando se trata de povos indígenas ou tribais, as posses tradicionais de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação formam parte de sua identidade” (Corte IDH, 2010, p. 44).

A esse estreito vínculo de etnias que “formam grupos sociais com vida coletiva ligados à construção de uma territorialidade” (Laraia, 2012, p. 70) dá-se o nome de comunidades étnicas. Essas comunidades étnicas são caracterizadas “por controlar parte dos processos de socialização de seus membros e demarcar um território, permanente ou transitório, ao qual atribui valor prático e simbólico” (idem, p. 70).

De forma acertada, a Corte identificou a violação sofrida pela comunidade por ter sido afetada sua identidade cultural, sendo que a principal causa desta violação se dá pela ausência de seu território. A aplicação de reparações e recomendações ao Estado do Paraguai traduz-se em uma efetiva ferramenta para preservação da identidade cultural da comunidade Xákmok Kásek pois “a adoção de políticas que reconheçam direitos coletivos aos portadores de uma identidade étnica leva a mudança nos processos de constituição dessa mesma identidade, verifica-se um fortalecimento do grupo como instância legitimadora da identidade” (Pinto, 2012, p. 77).

O Direito de Propriedade Comunitária e a Interpretação Evolutiva do Direito

A Corte, na interpretação construtiva do direito de propriedade comunitária, conseguiu inovar na interpretação do artigo 21 da Convenção Americana, no intuito de garantir o direito de propriedade indígena alcançando os conceitos de terras tradicionais, territorialidade, cultura etc., necessários a concretização dos direitos requeridos pela comunidade.

A Corte observou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um sentido coletivo, no sentido de que a propriedade da terra não se concentra em um indivíduo, mas sim no grupo e sua comunidade. Esta noção de domínio e posse não corresponde necessariamente 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, dado pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só 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 (Corte IDH, 2010, p. 24).

O artigo 21 da Comissão interamericana dispõe que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens, protegendo, do ponto de vista positivista da norma, somente o direito individual de propriedade. A Corte Interamericana, ao interpretar este artigo, juntamente com o entendimento do artigo 14 e 16 da Convenção 169 da OIT, promoveu uma interpretação construtiva da norma.

O alcance que o Direito Civil outorga ao direito à propriedade privada não são suficientes para abarcar um conjunto mais amplo de realidades relacionadas com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, a Corte Interamericana entendeu que o Direito à Propriedade Privada, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem um significado distinto que no Direito Civil e, a partir dessa compreensão, interpretou o artigo 21 da Convenção Americana com sentido e alcances concordes com as realidades emergentes às quais coube a ela enfrentar (Melo, 2006, p. 34).

A Corte, com a interpretação dada ao artigo 21 da Convenção Americana demonstra a natureza diferenciada do conceito de propriedade para as comunidades indígenas, sendo esta, um fator diretamente relacionado à preservação de sua cultura, identidade, desenvolvimento e até mesmo de sua sobrevivência, fatos que justificam a restrição da propriedade privada face ao interesse coletivo dos indígenas. A interpretação da

Convenção realizada pela Corte encontra amparo nos pressupostos do Direito como integridade propostos por Ronald Dworkin. O autor ensina que o direito é apresentado como uma atitude interpretativa que vai analisar não a vontade do autor, mas o propósito do intérprete, respaldando-se na história do direito, na equidade, justiça e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (Dworkin, 2003, p. 291).

A integridade “interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”, no qual se garante a coerência dos princípios, buscando-se não as contradições e conflitos entre eles, mas as decisões que os harmonize, sendo que na incidência de vários princípios ao mesmo caso, vai-se buscar a medida de aplicação de cada um. A integridade ensina que as decisões do passado servem sim para fundamentar e garantir direitos, mas que os direitos mutáveis devem ser sempre reinterpretados no intuito de adequar o caso concreto a finalidade do direito. Dworkin (2003, p. 286) ensina que “o veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível”.

Observa-se nas decisões da Corte Interamericana, e mais especificamente no caso da Comunidade Xákmok Kásek, além de uma interpretação construtiva do direito, a fundamentação de suas decisões com fulcro nos valores basilares e universais dos Direitos Humanos. A fundamentação de uma decisão com fulcro nos valores maiores de uma nação, quais sejam, das constituições nacionais, e em se tratando de decisões internacionais, decisões fundamentadas nos valores universalmente aceitos, são condições de legitimidade de uma decisão (Streck, 2010).

Uma decisão de Corte Internacional mal fundamentada, ou seja, que não se respalda nos valores universalmente aceitos, quer sejam os valores dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos ou em outras convenções as quais o Estado em julgamento seja parte, não pode ser revestida de legitimidade. A Corte fundamentou sua decisão nos valores dispostos na declaração Universal de Direitos Humanos, bem como na Convenção

Americana de Direitos Humanos, fato que legitima a condenação do Estado do Paraguai. Somado a isso, a interpretação construtiva ou evolutiva dos direitos humanos, e mais especificamente na interpretação do direito de propriedade comunitária dos indígenas, é condição essencial para que a Corte alcance através de suas decisões o objetivo maior da proteção dos direitos humanos, haja vista uma comunidade universal em constante transformação.

Considerações Finais

Do mesmo modo que se desenvolveu uma hermenêutica inovadora por diversos Estados Nacionais na aplicação do princípio constitucional da igualdade, objetivando não somente uma igualdade formal, mas principalmente material, no direito internacional alguns grupos vulneráveis devem contar com proteção especial visando a concretização dessa isonomia, fato que foi demonstrado pela Corte na sentença em análise.

Um importante fator a ser observado na Sentença em comento, diz respeito ao fato de que quando há reivindicação a uma Corte Internacional, significa que a proteção requerida está ausente no ordenamento jurídico nacional ou se presente no ordenamento, este instrumento consubstancia-se inefetivo.

Reivindicações de direitos humanos funcionam como uma espécie de recurso face ao ordenamento jurídico nacional, significando que o ordenamento encontra sérias deficiências na proteção dos direitos humanos. Estas reivindicações constituem-se em um grande instrumento de reformas no direito interno visando mudanças políticas, jurídicas e sociais. Esse pressuposto pode ser observado nas medidas de reparação impostas pela Corte ao Estado do Paraguai, entre elas, a determinação da Corte que o Estado adequue sua legislação aos princípios e normas estabelecidos na Convenção.

A sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos no presente caso reforça o trabalho da proteção internacional dos direitos humanos em garantir em que os estados participantes da Convenção tornem efetivos os direitos tutelados. Da mesma maneira, ao identificar falhas no ordenamento jurídico interno dos países, as recomendações e medidas de reparações impostas pela Corte, impulsionam os mesmo a adotarem políticas públicas e mudanças legislativas adequadas aos princípios e normas convencionadas.

A partir da análise da sentença do caso em comento, pode-se afirmar que de fato o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é uma importante ferramenta para consecução dos valores humanos universalmente aceitos. Tais valores, compreendido pela Corte a partir de uma perspectiva relativizante dos valores ocidentais, e apropriando-se de uma interpretação construtiva dos direitos humanos, faz ampliar o entendimento de que os direitos humanos são exequíveis, justiciáveis e dotados de legitimidade.

Referências

Almeida, Alfredo Wagner Berno de. Terras Tradicionalmente ocupadas. In: Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, 2012. pp. 375-390.

Brasil. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**. Presidência da República. Casa Civil. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2023.

Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Editora Martins, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano**. San José: IDH, 2008.

Ikawa, Daniela. **Direito dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 497-524.

Laraia, Roque de Barros. Cultura. In: Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, 2012. pp. 55-67.

Melo, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 4, pp. 30-47, jun. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>. Acesso em: 26 jan. 2026.

Oliveira Filho, João Pacheco. Perícia Antropológica. In: Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, 2012. pp. 125-140.

Oliveira, João Pacheco. Terras Indígenas. In: Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, 2012. pp. 369-374.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unic/Rio/005, janeiro 2009. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2023.

Pinto, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, 2012. pp. 68-78.

Piovesan, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional**. 11.ed. Rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Piovesan, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp.35-93.

Streck, Lenio Luis. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 1, n. 1, pp. 93-105, ago. 2010. ISSN 2236-6334. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 26 jan. 2025.

Terezo, Cristina Figueiredo. **A Atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2011. pp. 26-81.

Wolfrum, Rudiger. **A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.