

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS – UMA ANÁLISE DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

***CONSTITUTIONAL PROTECTION REGARDING
AREAS TRADITIONALLY OCCUPIED BY INDIGENOUS
POPULATIONS - A COMPARATIVE ANALYSIS OF
CONSTITUTIONAL LAW***

Luciana Laura Carvalho Costa Dias

Procuradora Federal

Mestranda em Direito das Relações Internacionais no UniCEUB

SUMÁRIO: 1 Do Exercício completo de Comparação; 1.1 Parâmetros utilizados na Comparação; 1.2 A escolha dos Países a serem Comparados com o Brasil; 2 Comparação entre Textos Constitucionais; 3 Dos Julgados envolvendo a proteção Constitucional das Terras Indígenas; 3.1 Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol; 3.2 Caso Awás Tingni *versus* Nicarágua; 3.3 Casos Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kasec *versus* Paraguai; 4 Do efetivo cumprimentos dos Julgados analisados; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata o presente artigo de um exercício concreto de comparação entre ordenamentos constitucionais acerca do regramento reservado às terras tradicionalmente ocupadas por índios, a partir da análise de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. São comparados os dispositivos constitucionais, e suas respectivas efetivações, do Brasil, da Nicarágua e do Paraguai. A escolha dos países que terão suas Constituições comparadas à Constituição brasileira deu-se por meio da ótica de efetivação jurisprudencial dos respectivos textos constitucionais no que diz respeito às terras tradicionalmente ocupadas por índios. Em se analisando a jurisprudência internacional, percebe-se que o Brasil jamais se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca especificamente à questão da propriedade ancestral indígena, embora tenha ocorrido a judicialização interna de diversos processos demarcatórios de terras indígenas. O mais emblemático dos julgados nacionais acerca da demarcação e efetivação de terras indígenas certamente foi o julgamento da Petição 3388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tratou da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Juntamente com a conclusão do presente trabalho surge uma indagação no sentido de haver ou não uma relação entre o regime jurídico constitucional dispensado às terras indígenas e a resolução interna dos conflitos envolvendo o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Comparado. Terras Indígenas. Regramento Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Efetivação de Julgados.

ABSTRACT: This article deals with the exercise of a concrete comparison between constitutional provisions about lands traditionally occupied by indigenous populations, using the analysis of decisions originated from the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. Constitutional provisions are compared, and their respective efetivations, in Brazil, Nicaragua and Paraguay. The choice of the countries which have their Constitutions compared to the Brazilian Constitution justifies itself by the optical of the efectiviness of the jurisprudential decisions regarding the lands traditionally occupied by Indians. Analyzing the international jurisprudence, it is clear that Brazil was never submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in relation specifically to the issue of indigenous ancestral property, although there were various internal processes regarding the constitucional provision of the demarcation of indigenous lands. The most emblematic national trial concerning the demarcation

of indigenous lands was certainly Petition 3388/RR's judgment by the Brazilian Supreme Court, which dealt with the continuous demarcation of the Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Along with the conclusion of this work arises a question in the sense of whether there is a relationship between the constitutional provisions dispensed to indigenous lands and the resolution of internal conflicts involving the theme.

KEYWORDS: Constitutional Law. Comparative Law. Indigenous Lands. Constitutional Provisions. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights. Enforcement of Judgment.

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de um exercício concreto de comparação entre ordenamentos jurídicos constitucionais, sendo que o tema a ser comparado é o tratamento constitucional reservado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

No ordenamento jurídico pátrio, o tema em questão ainda é objeto de diversas discussões sob os mais diferentes enfoques - social, ambiental e econômico, v. g. -, embora o texto constitucional seja bastante claro ao estabelecer os modos e limites de propriedades dessas terras.

Para a escolha dos países a terem seus ordenamentos constitucionais comparados à Constituição brasileira, elegeu-se um critério jurisprudencial.

Assim, buscou-se junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos os países que já haviam se submetido à mencionada jurisdição regional para a resolução de conflitos afetos à propriedade ancestral indígena e sua respectiva efetivação no campo nacional. Por meio desse critério, chegou-se aos Estados da Nicarágua e do Paraguai.

Ao longo do trabalho, percebe-se uma clara distinção entre o conteúdo dos dispositivos constitucionais nacionais e o conteúdo relativo às Constituições da Nicarágua e do Paraguai.

A partir da diferença claramente percebida, analisam-se casos concretos de julgamento e efetivação dos dispositivos relativos às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de modo a se perquirir as conseqüências das opções realizadas pelos legisladores constituintes dos três países estudados, vale dizer Brasil, Nicarágua e Paraguai.

No que se refere aos métodos de pesquisa a serem utilizados, estes terão natureza analítica, a qual consiste no exame para que se torne cognoscível a natureza do problema ora objeto de pesquisa, bem como natureza explicativa, que visa a tornar claro, inteligível, a realidade fático-jurídica em exame. Terão também natureza monográfica, que importa no estudo do tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos.

Em se tratando do procedimento metodológico, as técnicas a serem utilizadas serão bibliográfica e documental. Está última diz respeito à análise de acórdãos, para que a partir deles torne-se viável uma avaliação do tema sob exame, a partir dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 DO EXERCÍCIO CONCRETO DE COMPARAÇÃO

1.1 Parâmetros utilizados na comparação

Para que se realize uma comparação entre dois ou mais ordenamentos constitucionais, há que se levar em consideração a importância de se ter parâmetros balizadores da comparação a ser perpetrada.

Assim, com vistas à fixação dos mencionados parâmetros, traz-se à discussão a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, por ter estabelecidos de modo exaustivo os dez traços essenciais do constitucionalismo moderno, quais sejam soberania popular, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, separação dos poderes, governo limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da própria Constituição.

Sob a ótica da aludida Declaração, o tema objeto de comparação, isto é, o tratamento constitucional dispensado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, claramente se insere no terceiro princípio essencial do constitucionalismo moderno, os direitos humanos.

1.2 Escolha dos países a serem comparados com o Brasil

A escolha dos países que terão suas Constituições comparadas à Constituição brasileira deu-se por meio da ótica de efetivação

jurisprudencial dos respectivos textos constitucionais no que diz respeito às terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Em se analisando a jurisprudência internacional, percebe-se que o Brasil jamais se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca especificamente à questão da propriedade ancestral indígena, embora tenha ocorrido a judicialização interna de diversos processos demarcatórios de terras indígenas.

O mais emblemático dos julgados nacionais acerca da demarcação e efetivação de terras indígenas certamente foi o julgamento da Petição 3388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tratou da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

No entanto, ao analisarmos a jurisprudência regional acerca do tema, percebemos que países como a Nicarágua e o Paraguai submeteram-se à Corte Interamericana de Direitos em casos afetos ao tema ora analisado.

A Nicarágua submeteu-se à Corte regional no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicarágua, com sentença proferida em 31.08.2001. O Paraguai, por sua vez, foi figurou como parte passiva em três julgamentos diversos relativamente ao tema ora sob estudo, tendo como parte ativa, respectivamente a Comunidade Yakye Axa (sentença proferida em 17.06.2005), a Comunidade Sawhoyamaya (sentença de 29.03.2006) e a Comunidade Xákmok Kasek (sentença de 24.08.2010).

Desse modo, a comparação presente nesse trabalho partirá da análise de julgados envolvendo Brasil, Nicarágua e Paraguai, uma vez que as três nações enfrentaram julgamentos quer nacional (como ocorreu no caso brasileiro) quer regional, envolvendo especificamente a defesa da propriedade indígena ancestral e constitucionalmente assegurada, como veremos ao longo deste artigo.

2 COMPARAÇÃO ENTRE TEXTOS CONSTITUCIONAIS

A totalidade dos países objetos deste exercício concreto de comparação possuem dispositivos constitucionais expressos no sentido de se garantir proteção jurídica às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora tal proteção dê-se de um modo particular em cada uma das nações analisadas.

Assim, a Constituição brasileira prevê expressamente:

Art. 20 São bens da União:

[...]

IX – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras

a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A Constituição da Nicarágua também prevê expressamente a proteção jurídica às terras ora objeto de análise:

Artículo 5 Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. El pluralismo político asegura la existencia y participación de todas las organizaciones políticas en los asuntos económicos, políticos y sociales del país, sin restricción ideológica, excepto aquellos que pretenden el restablecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. Las diferentes formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social. Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto, se inhibe y proscribire todo tipo de acción política, militar,

económica, cultural y religiosa, y la intervención en los asuntos internos de otros Estados. Reconoce el principio de solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional, y proscribe el uso de armas nucleares y otros medios de destrucción masiva en conflictos internos e internacionales; asegurar el asilo para los perseguidos políticos y rechaza toda subordinación de un Estado respecto a otro. Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente. Nicaragua privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana.

Artículo 8 El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

Artículo 89 Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

A Constituição paraguaia dispõe textualmente acerca da proteção às terras indígenas:

Artículo 62 DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 64 DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

A partir das transcrições acima, é possível perceber que o Brasil é o único dos três países analisados a não reconhecer o direito de propriedade comunitária das terras indígenas pelos seus povos, uma vez que o sistema brasileiro concede à União a propriedade das terras indígenas, apenas com o usufruto reservado às comunidades indígenas.

3 DOS JULGADOS ENVOLVENDO A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS TERRAS INDÍGENAS

3.1 Caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A Terra Indígena Raposa/Serra do Sol é uma área situada no nordeste do estado de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã e entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang. Faz fronteira com a Venezuela e é ocupada pelos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas.

No que diz respeito à Petição 3.388/RR, tratou-se de ação popular ajuizada pelo senador da República Augusto Botelho contra a União, assistido pelo também senador Mozarildo Cavalcanti, em que se impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. O pedido carreado na mencionada ação consistiu na declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005, editada pelo Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15 de abril de 2005, editado pelo Presidente da República.

A supramencionada Portaria, posteriormente confirmada pelo Decreto homologatório, veio a ampliar a área anteriormente demarcada, por meio da precedente Portaria nº 820/98, de 1.678.800 ha (um milhão seiscentos e setenta e oito mil hectares) para 1.743.089 ha 28a 5ca (um milhão setecentos e quarenta e três mil e oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares).

Na tramitação da ação popular, compareceram, com o fim de requerer seu ingresso no feito, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Estado de Roraima, a Comunidade Indígena Barro e outros, Lawrence Manly Harte e outros, e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó. Tais entes foram admitidos no feito, em decisão de questão de ordem, na qualidade de assistentes simples.

O julgamento da mencionada ação popular trouxe à baila, a par das discussões acerca de eventuais irregularidades no processo demarcatório, diversas questões concernentes às mais variadas conseqüências a serem experimentadas quando da confirmação da demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, tais como os desdobramentos econômicos e sociais para o Estado de Roraima, alegados comprometimentos da segurança e da soberania nacionais (frente a demarcação abarcar também áreas de fronteiras internacionais), desequilíbrio no concerto federativo, entre outros.

Os pedidos, por fim, da mencionada Ação Popular foram julgados parcialmente procedentes, nos termos do voto do relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena, determinando-se que sejam observadas dezoito condições:

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 – O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 – O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fискаção, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 – O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;

15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 – Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

3.2 Caso Awas Tingni versus Nicarágua

O caso Awas Tingni vs. Nicarágua foi de suma importância para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais das comunidades indígenas e referiu-se à outorga, pelo Governo da Nicarágua, de uma concessão a uma empresa estrangeira para explorar madeira em uma extensão de terra não demarcada, a qual incluía parte do território ancestral da comunidade indígena Awas Tigni.

Com base no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte reconheceu o caráter coletivo do direito à terra dos índios do povo Awas Tingni, bem como a intrínseca relação entre a terra, a cultura e a espiritualidade daquele povo.

Nessa oportunidade, a Corte estabelece que:

La Corte,

Por siete votos contra uno,

1. declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2

de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por siete votos contra uno,

2. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 155 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por unanimidad,

3. decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.

por unanimidad,

4. decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la presente Sentencia. por unanimidad,

5. declara que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

por siete votos contra uno,

6. decide, por equidad, que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 167 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por siete votos contra uno,

7. decide, por equidad, que el Estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US\$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 169 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por unanimidad,

8. decide que el Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.

por unanimidad,

9. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo.

A partir das determinações acima transcritas, percebe-se que o direito de propriedade foi aplicado sob uma perspectiva coletiva, configurando um marco jurisprudencial da propriedade comunal.

3.3 Casos Yakye Axa, Sawhoyamaxe e Xákmok Kasec versus Paraguai

Como já mencionado, especificamente no que toca ao reconhecimento da propriedade ancestral das terras indígenas, o Paraguai já se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em três oportunidades.

Em sentença proferida em 06.02..2006, a Corte julgou o caso da comunidade Yakye Axa, uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco paraguaio, vivendo em situação de extrema pobreza, em razão de seus territórios ancestrais estarem sob a propriedade privada de terceiros.

Ante a inação do Estado paraguaio, tanto para reconhecer a personalidade jurídica da comunidade indígena quanto para conceder-lhe a titularidade de suas terras ancestrais, a comunidade veio se assentar em local inóspito e em condições de vida precárias, em clara violação aos direitos à vida, à propriedade coletiva, ao devido processo e à proteção judicial.

Na análise dessa situação fática, a Corte considerou, uma vez mais, que a estreita relação que os indígenas mantêm com sua terra deve ser entendida como base e meio propulsor para o pleno exercício de seus demais direitos assegurados, como à defesa de sua cultura, integridade e sobrevivência econômica. Nesse sentido:

6. el Estado deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselos de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 211 a 217 de la presente Sentencia.

7. mientras los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 221 de la presente Sentencia.

8. el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 218 de la misma.

9. el Estado deberá implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario, en los términos de los párrafos 205 y 206 de la presente Sentencia.

10. el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas, en los términos del párrafo 225 de la presente Sentencia.

11. el Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 226 de la misma.

12. el Estado deberá publicar, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, tanto la sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutivos Primero a Décimo Cuarto de ésta. Asimismo, el Estado deberá financiar la transmisión radial de esta Sentencia, en los términos del párrafo 227 de la misma.

13. el Estado deberá efectuar los pagos por concepto de daño material y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 195 y 232 de esta Sentencia.

14. la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 241 de la misma.

Relativamente ao caso Comunidade Sawhoyamaxa *versus* Paraguai, novamente houve a constatação de que o Estado não garantiu o direito constitucional à propriedade ancestral do Povo indígena em questão, uma vez que, desde 1991, não havia dado resposta satisfatória ao processo de reivindicação territorial. Assim a comunidade foi levada a um estado de vulnerabilidade de natureza alimentar, médica e sanitária, o que pôs em risco sua sobrevivência e integridade.

Ao longo do processo, apurou-se que o Povo Sawhoyamaxa foi retirado de seus territórios e obrigado a viver às margens de rodovias: “Dentro de las estancias ganaderas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia”.

Assim, as seguintes determinações foram feitas:

6. el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa sus tierras tradicionales, en los términos de los párrafos 210 a 215 de la presente Sentencia.
7. el Estado deberá implementar un fondo de desarrollo comunitario, en los términos de los párrafos 224 y 225 de la presente Sentencia.
8. el Estado deberá efectuar el pago por concepto de daño inmaterial y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 218, 226 y 227 de esta Sentencia.
9. mientras los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 230 de la presente Sentencia.
10. En el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado deberá establecer en los asientos Santa Elisa y Kilómetro 16 de la Comunidad Sawhoyamaxa un sistema de comunicación que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia, en los términos de los párrafos 232 de la presente sentencia.
11. el Estado deberá realizar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, un programa de registro y documentación, en los términos del párrafo 231 de la presente Sentencia.
12. el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier

otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas que haga cierto sus derechos sobre sus tierras tradicionales, en los términos del párrafo 235 de la presente Sentencia.

13. el Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 236 de la presente sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma. De igual forma, el Estado deberá financiar la transmisión radial de esta Sentencia, en los términos del párrafo 236 de la misma.

14. la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 247 de la misma.

O derradeiro caso jurisprudencial a ser analizado traz como partes a Comunidade Xákmok Kásek, no pólo ativo, e o Estado do Paraguai, no pólo passivo da demanda.

A situação fática narrava que cerca de dez mil hectares do território indígena estavam titulados em nome de outros proprietários, acarretando violação aos direitos à propriedade coletiva, à vida, à integridade pessoal, aos direitos da criança, à proteção judicial, às garantias judiciais e à pessoa jurídica, como veio a reconhecer a Corte:

DECLARA,

Por siete votos contra uno, que

2. El Estado violó el derecho a la propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados respectivamente en los artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 54 a 182 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

3. El Estado violó el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

4. El Estado violó el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Sara Gonzáles López, Yelsi Karina López Cabañas, Remigia Ruiz, Aida Carolina Gonzáles, NN Ávalos o Ríos Torres, Abundio Inter Dermott, NN Dermott Martínez, NN García Dermott, Adalberto Gonzáles López, Roberto Roa Gonzáles, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Dermontt Ruiz y NN Wilfrida Ojeda, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 231 a 234 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

5. El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 242 a 244 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno,

6. El Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de NN Jonás Ávalos o Jonás Ríos Torres, Rosa Dermott, Yelsi Karina López Cabañas, Tito García, Aída Carolina González, Abundio Inter. Dermot, NN Dermott Larrosa, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Dermott Martínez, NN Dermott Larrosa, NN García Dermott, Adalberto González López, Roberto Roa Gonzáles, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Ávalos o Ríos Torres; NN Dermott Ruiz, Mercedes Dermott Larrosa, Sargento Giménez y Rosana Corrientes Domínguez, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 251 a 254 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

7. El Estado no violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, en perjuicio de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 255 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

8. El Estado violó los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los niños y niñas de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 259 a 264 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

9. El Estado incumplió con el deber de no discriminar, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3, y 19 del mismo instrumento, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos 273 a 275 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

10. El Estado expresó su aceptación de ciertas reparaciones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 32 de este Fallo, lo cual ha sido valorado por la Corte, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado párrafo de la presente Sentencia.

4 DO EFETIVO CUMPRIMENTO DOS JULGADOS ANALISADOS

No que toca ao julgamento acerca da constitucionalidade da demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol, passados alguns anos de sua realização, as questões suscitadas não são poucas nem fáceis de serem respondidas.

Certamente, ainda há muitos desafios a serem vencidos, uma vez que as famílias produtoras rurais reassentadas reclamam que as terras são bem menores que as propriedades que tinham na reserva. Dizem também que a qualidade do solo é diferente e que não têm condições de produzir da mesma forma que antes. Além disso, quatro novas favelas brotaram na periferia de Boa Vista, nos últimos dois anos. O surgimento de Monte das Oliveiras, Santa Helena, São Germano e Brigadeiro coincide com a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

De toda sorte, o caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o seu efetivo cumprimento são tão significativos porque, pela primeira vez, põe-se à prova o compromisso da Constituição Federal de 1988 em efetivar os direitos dos índios. Não restam dúvidas de que o texto constitucional representou um avanço na proteção desses direitos, reconhecendo expressamente o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a exclusividade no uso de recursos e na exploração de riquezas existentes nessas áreas. Porém, a real entrega da mencionada Terra às etnias presentes na região consagra o debate sobre a diversidade, revelando de que forma a experiência da “diferença” pode construir uma sociedade mais plural.

Relativamente aos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da análise dos procedimentos das respectivas Supervisões de Cumprimento de Sentença, constata-se que no caso *Awas Tingni versus Nicarágua*, o Estado deu pleno cumprimento à sentença, tendo sido o procedimento arquivado em 03.04.2009.

RESUELVE:

1. Dar por concluída la supervisión del “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en razón de que el Estado ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2001.
2. Archivar el expediente del presente caso.
3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2009.
4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

De modo oposto, relativamente aos casos em que o Estado de Paraguai figurou no pólo passivo da demanda, nos respectivos procedimentos de Supervisão de Cumprimento de Sentença (relativos aos casos envolvendo as Comunidades Yakye Axa e Sawhoyamaya), convocaram-se audiências públicas com vistas a apurar razões para o

parcial descumprimento dos dispositivos contidos nas sentenças de fundo reparação e custas:

Y Resuelve:

1. Requerir al Estado del Paraguay que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Solicitar al Estado del Paraguay que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 12 de mayo de 2008, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, y se pronuncie, conforme a lo indicado en el Considerando 47, sobre el supuesto pago a destiempo y la alegada aplicabilidad de intereses moratorios. El formato del informe estatal deberá ser el indicado por esta Corte en las notas de 18 de septiembre de 2006, 25 de abril y 23 de agosto de 2007.

3. Solicitar a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten las observaciones que estimen pertinentes al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de dos y cuatro semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.

4. Continuar supervisando los puntos pendientes de cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas.

5. Solicitar a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado del Paraguay, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

[...]

RESUELVE:

1. Convocar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los representantes de las víctimas y a la República del Paraguay a una audiencia pública que se celebrará en el día 15 de julio de 2009, a partir de las 9:00 horas y hasta las 11:00 horas, en

la ciudad de La Paz, República de Bolivia, con el propósito de que la Corte obtenga información por parte del Estado sobre el cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, y escuche las observaciones de la Comisión Interamericana y de los representantes de las víctimas al respecto.

Relativamente ao caso Xákmok Kásec, o prazo fixado pela Corte para efetivação da sentença perdura até o ano de 2013, de modo que não é possível no momento a aferição acerca do real cumprimento da sentença.

5 CONCLUSÃO

Juntamente com a conclusão do presente trabalho surge uma indagação no sentido de haver ou não uma relação entre o regime jurídico constitucional dispensado às terras indígenas e a resolução interna dos conflitos envolvendo o tema.

Isso porque, como vimos ao longo do trabalho, o Brasil não dispensa um regime de propriedade comunitária a tais terras, embora os demais países constantes deste exercício concreto de comparação assim o façam.

Como cediço, a Constituição brasileira estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencem à União, com usufruto das populações tradicionais. De outro modo, Nicarágua e Paraguai estabelecem expressamente em seus textos constitucionais que as terras indígenas são de propriedade coletiva dos próprios povos e comunidades indígenas.

Constatou-se que, dentre os países comparados, apenas o Brasil logrou efetivamente solucionar em sua jurisdição nacional um conflito envolvendo o tema, já que Nicarágua e Paraguai submeteram-se, ante a ineficiência de suas jurisdições nacionais neste particular, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De toda sorte, a análise aqui formulada não pode ser de modo algum conclusiva quanto à relação entre a resolução interna dos conflitos envolvendo terras indígenas e a não aplicação constitucional do regime de propriedade comunitária, já que a comparação deu-se de modo pontual e meramente exploratório.

REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Sentença. 31 ago. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*. Sentença. 29 mar. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai*. Sentença. 17 jun. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Xákmok Kasé v. Paraguai*. Sentença. 24 ago. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 3 de abril de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de maio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 08 de fevereiro de 2008.

INTERNET. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/09/indigenas-da-reserva-raposa-serra-do-sol-tem-problemas-com-o-alcoolismo.html>> Acesso em: 29 junho 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. PET nº 3388. Relator: Carlos Britto. Data do Julgamento: 19.03.2009. DJ de 30.06.2010.