

A CATEGORIA DE PROPRIEDADE ANCESTRAL NAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DE CONTENCIOSOS RELATIVOS A TERRAS INDÍGENAS NO PARAGUAI

THE CATEGORY OF ANCESTRAL PROPERTY IN THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ABOUT DISPUTES RELATING TO INDIGENOUS LANDS IN PARAGUAY.

MARCELLO AMORIM VIEIRA¹

I Universidade Federal Fluminense (UFF). Niterói (Rio de Janeiro). Brasil.

HUMBERTO RIBEIRO JÚNIOR²

II Universidade Vila Velha (UVV). Vila Velha (Espírito Santo). Brasil.

RESUMO: O presente artigo analisa a categoria de propriedade ancestral, explorando-se as sentenças dos casos Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai e Xákmok Kásek vs. Paraguai na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A partir do aporte dos estudos decoloniais, utilizando-se ideias legadas por Aníbal Quijano, Boaventura de Sousa Santos, Catherine Walsh, Enrique Dussel e Santiago Castro-Gómez, buscou-se problematizar a dinâmica de trabalho das instituições jurídicas paraguaias, que reproduziam camadas do chamado pensamento abissal, bem como confrontar o modelo de interpretação nacionalista com a tendência internacionalista construída pela CIDH. Tal investigação levou a resultados que refletem a necessidade de incorporação no âmbito estatal dos mecanismos plurais de interpretação normativa, bem como da consideração de precedentes em patamar de igualdade com o conteúdo positivado em âmbito de direito interno, elucidando também os desafios ainda existentes para se vislumbrar práticas sociais interculturais no que tange à participação indígena nas decisões referentes às suas demandas.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade ancestral; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direitos Indígenas; Paraguai; Decolonialidade.

ABSTRACT: This paper analyzes the category of ancestral property, exploring the sentences of the cases of the Yakye Axa Indigenous Community vs. Paraguay, Sawhoyamaxa Indigenous Community vs. Paraguay and Xákmok Kásek vs. Paraguay at the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). From the contribution of decolonial studies, using ideas bequeathed by Aníbal Quijano, Boaventura de Sousa Santos, Catherine Walsh, Enrique Dussel and Santiago Castro-Gómez, we sought to problematize the work dynamics of Paraguayan legal institutions, which reproduced layers of the so-called abyssal thought, as well as to confront the model of nationalist interpretation with the internationalist tendency built by the IACHR. This investigation led to results that reflect the need to incorporate plural mechanisms of normative interpretation into the state sphere, as well as the consideration of precedents on an equal footing with the content established in the scope of domestic law, also

¹ <https://orcid.org/0000-0003-0668-1022>

² <https://orcid.org/0000-0002-1542-1161>



elucidating the challenges that still exist to envision intercultural social practices regarding indigenous participation in decisions regarding their demands.

KEYWORDS: Ancestral property; Inter-american Court of Human Rights; Indigenous rights; Paraguay; Decoloniality

INTRODUÇÃO

Compreender o fenômeno da positivação normativa e da produção decisória jurisdicional perpassa a análise dos elementos contextuais que influenciam objetiva ou subjetivamente o fenômeno jurídico. Assim, o presente escrito tem como objetivo analisar a discussão acerca da ideia de propriedade ancestral na Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando como fontes primárias a documentação relativa às decisões da corte nos casos *Yakye Axa vs. Estado do Paraguai*, *Xákmok Kásek vs. Estado do Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. A compilação dos três litígios para estudo se deu em função da presença da categoria de propriedade ancestral como objeto de discussão e, também, da ocupação do polo passivo da ação por um mesmo e único Estado, qual seja, a República do Paraguai.

As fontes serão apreciadas a partir do emprego da técnica de pesquisa bibliográfica, esquematizada por Lima e Miotto (2007), no sentido de explorar interpretativamente o debate jurídico sobre propriedade ancestral, bem como sua caracterização de viés coletivista, em virtude das disposições contidas em ramos do Direito interno paraguaio e da própria Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. Uma premissa fundamental a ser trabalhada previamente à abordagem dos casos de forma isolada, é a desmistificação do sistema de racionalidade eurocêntrico, tido como base de estabelecimento do que doravante há de se chamar pensamento abissal, enquanto única estruturação de conhecimento legítima para regência da sociedade.

A partir de reflexões cunhadas dos estudos decoloniais, com ênfase na produção bibliográfica de Aníbal Quijano, Boaventura de Sousa Santos, Catherine Walsh, Enrique Dussel e Santiago Castro-Gómez, é proposto que a ótica de observação de uma produção jurídica voltada diretamente aos dilemas da América Latina deva reconhecer a legitimidade dos saberes e conhecimentos que não estejam inseridos no projeto de construção jurisdicional historicamente influenciada pelo fenômeno da colonialidade. Portanto, a partir do apelo pragmático que o referencial adotado incentiva, estabelece-se neste escrito um empreendimento



analítico e propositivo, no sentido de interpretar ativamente o conteúdo das decisões selecionadas sob um prisma de necessidade e produção jurídica que vise a incorporação de práticas comunitárias, bem como caminhe rumo à abertura das instituições tradicionais à interculturalidade.

1. DILEMAS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE ANCESTRAL NA REPÚBLICA DO PARAGUAI E A ELUCIDAÇÃO DOS CASOS PESQUISADOS

A América Latina apresenta questões jurídicas que refletem muito de sua matriz colonial na contemporaneidade e os processos em questão exemplificam esta afirmativa. Desde o século XIX, os povos que habitavam a região do Chaco vinham tendo sua autonomia negligenciada, isto porque o Estado do Paraguai negociou à época parte significativa da região na Bolsa de Valores de Londres enquanto estratégia para se recuperar da guerra contra a Tríplice Aliança. Durante o século XX, os povos do Chaco viram ainda a tentativa de um empreendimento de colonização por parte da Igreja Anglicana, na primeira metade do século, e na segunda metade a comercialização de outras partes da região para a iniciativa privada.

Para além da contextualização exposta, há de se ver no balanço de pesquisa referente aos casos das comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kásek, a forte resistência institucional conferida aos seus pedidos apresentados no âmbito da Jurisdição paraguaia, bem como as difíceis condições de acessibilidade dos membros destas comunidades a mecanismos de identificação e reconhecimento estatal quanto à sua própria existência, fatores que combinados geraram violações de Direitos Humanos que ensejam o conteúdo demandado nos processos estudados junto à categoria de destaque em análise no presente escrito, isto é, a da propriedade ancestral comunal, como há de ser exposto na análise dos casos a seguir.

1.1 CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAI

O caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. República do Paraguai, em resumo, diz respeito à propriedade ancestral e à situação precária de vivência à qual a Comunidade Yakye Axa foi exposta. Esta comunidade chegou a habitar um assentamento próximo a uma via de circulação veicular, bem como viviam em condições financeiras insuficientes à sua subsistência, tendo lesados, por consequência, a garantia da dignidade de sua pessoa humana.

A Comunidade Indígena Yakye Axa, então, pautou os pontos centrais de sua reivindicação na lesão ao Direito à Vida, ao Direito das Garantias Judiciais, ao Direito à Propriedade e ao Direito da Proteção Judicial (CIDH. 2005, p. 2). No que tange às alegações da comunidade sobre o não acesso às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial, é sustentado pelos representantes que, em âmbito interno, foi dada entrada no procedimento de reivindicação de terras ancestrais em 13 de Outubro de 1993 e, mesmo após 12 anos, não se obteve uma resposta do aparato jurídico paraguaio acerca desta reivindicação.

Em síntese, a comunidade expôs a morosidade do Estado do Paraguai, bem como a falta de recursos necessários para que estes pudessem acessar ao Poder Judiciário para efetivar suas garantias fundamentais. Em defesa, a República do Paraguai reiterou que sua legislação nacional estava em plena vigência, colocando que não reconhecia as alegações levantadas pela Comunidade Indígena Yakye Axa em relação à lesão de Garantias Judiciais e à Proteção Judicial. Ainda acerca do caráter procedimental da demanda, o Estado se pronunciou no sentido de que as petições, bem como manifestações gerais da comunidade, estavam inadequadas ao rito presente no Judiciário, sendo este um dos principais motivos para a negligência apontada.

Acerca da violação do Direito à Propriedade, a Comunidade Indígena Yakye Axa alegou que a República do Paraguai não reconhecia o seu direito às terras reclamadas, bem como incluiu na discussão que a abordagem de reconhecimento deste Direito deve se dar por uma via não monista, pois a concepção deste povo sobre a terra vai além da dimensão conceitual compreendida no âmbito do direito privado. Em resposta à alegação, a República do Paraguai (CIDH. 2005, p. 57) ignora as sugestões interpretativas da comunidade e expõe que o reconhecimento do conceito de propriedade ancestral não é cabível na Jurisdição do país, devido a isso, não seria possível um debate sobre as terras reclamadas pautado na historicidade de ocupação anterior por povos ancestrais da comunidade representante. Somado a isso, o Estado pontuou que a comunidade não tinha posse e nem propriedade do território reclamado, não se encaixando nas exigências legais para o reconhecimento.

Versando sobre a violação do Direito à Vida, a Comunidade Indígena Yakye Axa indicou que 16 pessoas que compunham a comunidade morreram, e também buscou pontuar em sua argumentação como a não atenção estatal às condições precárias pelas quais a comunidade passava, em virtude de estarem alocados num território que impossibilitava o modo

tradicional de sua subsistência, provocava condição de lesão a direitos básicos à manutenção de uma vida digna em comunidade que, por consequência, levou à morte de pessoas. Em resposta a esta postulação, a República do Paraguai questionou a credibilidade da informação acerca do número de mortos, reiterou a qualidade do sistema público de saúde nacional e a positividade normativa, em âmbito de Jurisdição interna (CIDH. 2005, p. 86), do Direito à vida. Contudo, afirmou a impossibilidade de prestação do serviço de saúde por parte do Estado na localidade onde a comunidade estava residindo, pois o local, à beira da estrada, não oferecia condições para que o serviço fosse prestado de forma adequada.

Nos pontos resolutivos do documento acerca do caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. República do Paraguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a violação por parte do Estado paraguaio do Direito à Vida, das Garantias Judiciais, do Direito à Propriedade e da Proteção Judicial (respectivamente positivados nos artigos 4.1, 8, 21 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), no que tange à ação frente à Comunidade Yakye Axa (CIDH. 2005, p. 107). A sentença ainda se coloca como um instrumento de reparação à ação não assertiva do Estado condenado e evidencia a vinculação do mesmo ao cumprimento das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Um dos aspectos mais interessantes da decisão está na apreciação pela Corte do conceito de propriedade ancestral, que foi contemplado e validado pela sentença, bem como demonstrado que o seu reconhecimento não foge aos princípios de Direito material e processual defendidos pela Corte. Em suas considerações prévias, esta entidade demonstra a obrigação que os Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica têm de levar em consideração as cosmovisões e individualidades dos povos originários que vivem na circunscrição de seus territórios quando apreciarem demandas propostas por povos indígenas, entendimento que regeu o caso em questão.

As disposições da sentença no que tange ao objetivo de reparação dos danos provocados pela lesão de direitos vêm em seguida. A Corte, portanto, determinou que caberia à República do Paraguai proceder com a identificação do território tradicional da Comunidade Yakye Axa, realizando sua entrega de forma gratuita em, no máximo, três anos após à notificação da sentença. Durante o período em que a Comunidade Yakye Axa ainda estivesse fora de suas

terras identificadas, a República do Paraguai deveria arcar com bens e serviços necessários à subsistência da comunidade.

Por fim, a República do Paraguai deveria ainda criar um fundo destinado à aquisição de terras para serem entregues à Comunidade Yakye Axa num prazo máximo de um ano, contado a partir da notificação da sentença, bem como implementar um sistema e um fundo para o desenvolvimento comunitário dos Yakye Axa. A Corte também disciplinou que o Estado responsabilizado deveria arcar com as custas processuais, tomar medidas em âmbito de Direito interno que reforçassem o teor da sentença e, pontuou, que haveria supervisão na ação estatal paraguaia para restituição do *status quo ante* e garantia de Direitos Humanos à Comunidade Yakye Axa.

1.2 CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAI

O caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. República do Paraguai, por sua vez, refere-se à denúncia das condições precárias em que os membros desta comunidade viviam nos assentamentos Santa Elisa e Km. 16 – os mais numerosos –, que se localizavam à beira de estradas sem qualquer estrutura digna para habitação (CIDH. 2006, p. 9). Destaca-se também que outros membros da comunidade se distribuíram por localidades ao redor, muitos viviam em fazendas privadas na condição de funcionários, contudo, este cenário desapontava os membros que gostariam de ter a posse das terras ancestralmente destinadas às suas vivências. Um fator crucial neste caso é a falta de documentos, pois muitos membros da Comunidade Sawhoyamaxa não possuíam documentação de identidade, sendo que para obter uma certidão de nascimento, por exemplo, era necessário que os membros destas comunidades se deslocassem para Assunção, a capital paraguaia.

A problemática da identificação também os acompanhava nos procedimentos de óbito. Revelaram os membros da comunidade, em depoimento, que o máximo que havia no passado era uma folha preenchida pela Igreja Anglicana, presente no local, informando da morte de determinado membro. No entanto, tendo em vista que tal documento não tinha validade perante os órgãos oficiais do Estado, isso foi levantado pela comunidade como uma situação de dificuldade para provar e estabelecer requerimento de suas terras perante à República do Paraguai.

Contudo, ainda assim, houve em 1991 a primeira tentativa de reclamação da posse das terras. A Comunidade Sawhoyamaxa submeteu ao Instituto de Bem-Estar Rural um pedido, do qual o Instituto Indígena Paraguaio também foi cientificado, sendo solicitada a inclusão desta demanda ao orçamento do Instituto Indígena Paraguaio para compra de terras, todavia, o corte de verbas destinado ao Instituto prejudicou o desenvolvimento das negociações. A comunidade na tentativa de resolver internamente ainda levou ao Parlamento a demanda, solicitando a desapropriação das terras ancestrais em favor da Comunidade Sawhoyamaxa, mas a Comissão de Direitos Humanos e Assuntos Indígenas do Congresso negou o pedido, sendo o mesmo retirado em virtude da não expectativa de aprovação em plenário.

No ano de 1999, o Presidente da República reconheceu o estado de emergência da Comunidade Sawhoyamaxa, o que motivou um novo pleito da comunidade no Parlamento versando sobre desapropriação em favor da comunidade e, após um ano de análise, o pedido foi rejeitado. Assim, no ano de 2001, a Organização não governamental *Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco* denunciou a situação pela qual passava a Comunidade Indígena Sawhoyamaxa à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando violações a título de Garantias Judiciais, Direito à Propriedade e à Proteção Judicial. Após análise dos levantamentos referentes à Comunidade, bem como da comunicação para ciência da versão dos fatos pela República do Paraguai, a Comissão Interamericana levou à Corte o caso em questão.

Em apreciação, a Corte Interamericana reconhece que, no caso em questão, a República do Paraguai violou o direito às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial, o Direito à Propriedade³, o Direito à Vida e o Direito à Personalidade Jurídica em face de diversos membros da Comunidade Sawhoyamaxa (CIDH. 2006, p. 104). A sentença proferida se constitui como uma forma de reparação, devendo ser reconhecida como tal em sede de Direito interno na República do Paraguai. Acessoriamente às disposições de reconhecimento elencadas acima, a Corte visa à efetivação de suas resoluções através do estabelecimento de algumas diretrizes a serem seguidas pelo Estado condenado no caso.

Assim, em virtude da condenação, o Paraguai foi notificado a adotar medidas legislativas e administrativas, em prazo máximo de três anos, para entrega das terras reclamadas

³ Sob a dinâmica interpretativa da propriedade comunal de natureza ancestral, abordagem já utilizada no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*.

à Comunidade Sawhoyamaxa, implementando também um fundo de desenvolvimento comunitário que ampare à comunidade. Durante o período em que a comunidade não estiver na posse de suas terras, o Estado do Paraguai fica encarregado de dar assistência aos seus membros no que tange à bens e serviços básicos à subsistência. Em âmbito de Direito interno, a República do Paraguai deveria ainda criar um mecanismo jurídico-administrativo eficaz para a reclamação de terras ancestrais por comunidades indígenas, devendo estabelecer também mecanismos de comunicação nas comunidades para reportar condições de insalubridade. Por fim, destaca-se que a sentença condenatória contra o Paraguai, na ação movida pela Comunidade Indígena Sawhoyamaxa, deveria ser devidamente publicizada e também, a partir dela, caberia ao Estado o pagamento de danos imateriais e custas processuais.

1.3 CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI

O caso da Comunidade Xákmok Kásek apresenta mais um litígio envolvendo comunidades indígenas e a não efetivação de seus direitos no que tange à obtenção de posse de terras comunais ancestrais. É evidente que a comunidade se viu afetada em virtude da não titularidade das terras, bem como da disposição das mesmas mercadologicamente sem que os seus membros pudessem se manifestar a respeito, concentrando-se numa localidade chamada Fazenda Salazar, onde não tinham posse territorial e nem acesso a condições básicas de subsistência humanamente digna. A República do Paraguai ainda realizou a declaração de uma área de 12.450 hectares enquanto reserva natural de domínio privado, sendo que aproximadamente 4.175 hectares desta área faziam parte da totalidade de terras reclamadas pela comunidade, obstaculizando assim o seu acesso à Justiça (CIDH. 2010, p. 20).

Esta demanda, movida em face do Estado do Paraguai, gira em torno do não reconhecimento do direito de propriedade ancestral por parte deste povo. A sentença datada do ano de 2010 encerra um trâmite iniciado no ano de 2001, quando a comunidade Xákmok Kásek apresentou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma petição de entrada, a qual foi aceita pela Comissão no ano de 2003 através da aprovação do Relatório 11/2003 (CIDH. 2010, p. 1). A análise de mérito se deu com a aprovação do Relatório 30/2008 pela Comissão, no ano de 2008. Frisa-se que este processo contou com produção probatória de declarações escritas, depoimentos testemunhais e análises periciais.

A República do Paraguai foi notificada no ano de 2009, tendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos imputado ao Estado a violação dos artigos 3 (reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (direito à vida); 8.1 (garantias judiciais); 19 (direitos da criança); 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, tendo ainda os representantes da comunidade solicitado que a Corte acrescentasse à demanda a violação do artigo 5º da Convenção, referente ao direito à integridade pessoal.

Acerca do inteiro teor da demanda, a defesa da República do Paraguai não reconheceu as violações, principalmente no que tange ao direito à propriedade comunitária, mas sim pontuaram que condições fáticas impossibilitaram o Estado de satisfazer as demandas da comunidade naquele tempo, oferecendo assim uma solução amistosa (CIDH. 2010, p. 8), a qual foi recusada pelos representantes da Comunidade Xákmok Kásek, pois os mesmos acreditavam que o aceite da proposta iria dar margem para que o Estado continuasse a retardar a resolução desta lide e a comunidade sairia, portanto, prejudicada.

Tendo em vista a recusa da solução amistosa, a defesa do Estado recorrido pediu a suspensão do processo, utilizando como principal tese argumentativa a impossibilidade de satisfação das demandas da comunidade em virtude de sua composição multiétnica, fato que seria um complicador para que o Estado promovesse uma decisão de acordo com os tratados internacionais e seu Estatuto do Indígena em âmbito interno. No entanto, com base no princípio de autodeterminação dos povos, a Corte não reconheceu o pedido pois entendeu que nem o Estado e nem a própria Corte seriam competentes para versar acerca da dimensão de pertencimento da comunidade e seus membros.

Os pontos resolutivos da sentença prolatada pela Corte trazem a responsabilização da República do Paraguai pela violação do Direito à Propriedade Comunitária, do Direito à Vida, do Direito à Integridade Pessoal, o Direito ao reconhecimento de personalidade jurídica de alguns membros da comunidade, os Direitos da Criança e pelo descumprimento do dever de não discriminar (CIDH. 2010, p. 77). Em seguida, a sentença segue para pontos pragmáticos para que as devidas reparações possam ser feitas quanto às garantias jurídicas da Comunidade Xákmok Kásek, tendo em vista que a própria sentença se declara como um instrumento materializado desta reparação.

Por fim, a sentença ordena a devolução dos 10.700 hectares de terras reclamados pela comunidade, bem como pede que o Estado retire qualquer obstáculo institucional que possa travar o trâmite da devolução, garantindo o funcionamento pleno de um posto de saúde e de um sistema de comunicações no local onde a comunidade fosse definitivamente assentada. A República do Paraguai foi também notificada de que deveria conferir a titularidade para a Comunidade Xákmok Kásek de 1.500 hectares de terras localizadas em 25 de Febrero, sendo também responsável pelo pagamento de valores à comunidade a título de danos morais e materiais, além de possuir o dever de dar publicidade, em seu território, ao conteúdo da decisão.

2. OS ESTUDOS DECOLONIAIS COMO FERRAMENTA ANALÍTICA NECESSÁRIA À PRÁXIS JURÍDICA LATINO-AMERICANA

Percebe-se que o ponto de debate a ser observado na utilização da ideia de Propriedade Ancestral pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) gira em torno do movimento interpretativo incorporado pela corte ao estender a abrangência do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁴, um tipo normativo de caráter liberal-individual⁵, para a cobertura de uma demanda em matéria de propriedade de caráter coletivo-comunal. Estes conflitos entre normas positivadas de teor antropocêntrico liberal e as novas tendências no reconhecimento às garantias coletivas de Direitos Humanos, como demonstrado por Eugenio Raúl Zaffaroni na obra *La Pachamama y El Humano* (2011, p. 92), têm vindo à tona na atualidade enfrentando uma divisão de opiniões, uma parte conservadora opta pela manutenção do tradicionalismo institucional, enquanto outra, mais progressista, apoia as novas tendências.

Remontando à historicidade das normas e instituições, percebe-se o viés liberal inerente ao texto da CADH, este influenciado objetivamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), enquanto uma reprodução indireta das ontologias europeias e anglo-americanas de estrutura normativa⁶. A qualificação generalista e individual não absorve as demandas, por exemplo, das comunidades indígenas de maneira expressa, mas ainda é o padrão

⁴ O artigo 21 da CADH diz respeito ao Direito à Propriedade Privada.

⁵ Caráter reforçado por sua redação diretamente voltada à garantia deste direito à pessoa humana, isto é, não há menção expressa à garantia deste direito a coletividades.

⁶ Lynn Hunt (2009, p. 206), na obra *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*, afirma que apesar de inovar nas disposições e não apenas reafirmar o teor normativo da Constituição Estadunidense de 1787 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui inegável influência destes diplomas.

de positivação normativa que se vê não apenas nos Tratados de Direitos Humanos, mas também em Constituições de diversos Estados americanos⁷.

A ideia de interculturalidade enquanto uma perspectiva de participação ativa na constituição da cidadania, concepção oposta ao multiculturalismo aditivo, conforme debate Catherine Walsh (2002a; 2002b; 2019), deve tomar os indígenas como parte do processo de pensamento das instituições e não apenas incluir estes povos a modelos institucionais já acabados. Portanto, as sentenças tomadas como fontes primárias desta investigação serão analisadas enquanto como avançadas em relação à realidade posta do Judiciário paraguaio em negligência às necessidades dos povos indígenas, todavia, enfatiza-se que práticas interculturais estão além do tensionamento de uma categoria ocidental, como a noção civilista de propriedade, de forma a satisfazer necessidades primárias do sujeito outro negligenciado. A perspectiva intercultural perpassaria então a noção de colonialidade do poder e se colocaria ela própria como uma reação a este fenômeno.

É imprescindível a compreensão da colonialidade do poder (QUIJANO. 2005, p. 120) como a dimensão política e econômica da colonialidade, fenômeno histórico-cultural posterior ao Colonialismo que reproduz lógicas coloniais e modernas, que depende da classificação e segregação racial das populações que vivem na atual periferia do capitalismo, bem como do controle do trabalho desde o período colonial à contemporaneidade. Portanto, posicionando-se a partir da diferença colonial, tomar-se-á “a significação de interculturalidade como uma perspectiva e prática ‘outra’, que encontra sustentação e razão de existência na colonialidade do poder” (WALSH. 2019, p. 10).

Da assimilação insuficientemente adaptada que se vê nos diplomas normativos, por exemplo, resta a superveniência de ideais modernos que não se mostram como as práticas mais inclusivas para as demandas da América Latina, mas sim como elementos disciplinares à ação das sociedades pós-coloniais, o que Santiago Castro-Gómez (2005) debateu como sendo parte do chamado projeto da modernidade.

⁷ Como exemplo, cita-se a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e a Constituição da República do Paraguai de 1992 (CRP/1992).

Para o filósofo argentino Enrique Dussel (2005, p. 30), no texto *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*, a reprodução de saberes de inspiração iluminista a um contexto pós-colonial reafirma, assim, um caráter eurocêntrico – o que, para a presente investigação, significa pensar a delimitação subjetiva do sujeito de direito como o homem branco ou aquele que esteja inserido na reprodução social das cosmovisões compreendidas por esta sistemática importada da Europa⁸.

Este conjunto de saberes foi analisado pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos como um pensamento abissal (2010, p. 23). As principais características apontadas por Santos (2010, p. 24) como inerentes a este pensamento, coadunando com premissas trabalhadas por Dussel (1993), seria o estabelecimento de uma linha invisível entre este lado (o central) e o “outro” lado (o periférico), bem como a não viabilidade de coexistência de ambos os lados da linha. Portanto, o Direito enquanto representação do pensamento abissal delimita em sua positivação quem são os sujeitos contemplados e quem são os invisibilizados⁹.

As relações de poder derivadas do contexto da colonialidade colocam o “outro” em condição de submissão institucional frente a este lado da linha. A estruturação de saberes que regem a organização das sociedades pós-coloniais não reconhece, portanto, as práticas comunitárias de seus povos originários enquanto meios legítimos de apresentação de suas demandas (QUIJANO, 2010, p. 74), premissa esta que há de ser ilustrada nas análises causais propostas.

3. A POSITIVAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS NA BIFURCAÇÃO ENTRE MANUTENÇÃO E SUPERAÇÃO DO PENSAMENTO ABISSAL

A CADH, como mencionada anteriormente, teve como referências de sua confecção diversos documentos que foram sacramentando a positivação dos Direitos Humanos

⁸ Para além do artigo mencionado, Dussel (1993) desenvolveu na obra *1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da Modernidade* uma observação sobre como o conhecimento europeu desenvolvido durante a Modernidade, desde o período das Grandes Navegações, foi instrumentalizado para a afirmação de narrativas que colocam a Europa enquanto o centro global e suas colônias como periferias, perspectiva que produz impactos até à Idade Contemporânea.

⁹ “A divisão é tal que ‘o outro lado da linha’ desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer forma de ser relevante ou compreensível. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção aceite de inclusão considera como sendo o Outro” (SANTOS, Boaventura de Sousa. 2010, p. 23-24)

historicamente. Sendo assim, é comum afirmar que a DUDH foi uma das fontes de referência e, de maneira direta ou indireta, a Constituição dos Estados Unidos (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), citados por Hunt (2009) como alguns dos mais impactantes exemplos do caráter que os Direitos Humanos receberam após os processos históricos legados pela Modernidade e pelo advento da Contemporaneidade. Assim, pontua-se que apesar dos sistemas regionais buscarem realizar uma adaptação dos direitos inerentes à manutenção da dignidade da pessoa humana que seja compatível com as necessidades do público ao qual eles servirão, não se deve obstar a repercussão provocada pelas formas legadas pelos mencionados documentos.

É de suma importância destacar que os referidos marcos legais reproduzem aspectos do chamado projeto da modernidade (CASTRO-GÓMEZ, 2005), e não se deve obstar que se tratam de marcos ocidentais que trazem consigo uma instrumentalização disciplinar objetivando direcionar “racionalmente” a conduta dos cidadãos. Assim, frisa-se que ainda que se possa debater um certo caráter progressista na leitura e aplicação dos dispositivos da CADH realizadas pela CIDH, não se pode perder de vista as limitações inerentes à construção de uma cultura jurídica que se comporte de maneira aditiva e não constitutiva (WALSH, 2019) em relação aos que estão no lado periférico da linha traçada no seio do pensamento abissal, neste caso, os povos indígenas.

A observação da positivação conferida ao Direito à Propriedade na CADH, será de suma importância para que, anteriormente à apreciação do conteúdo decisório dos casos levados à CIDH tratando de propriedade ancestral, compreenda-se como esta Corte se movimentou juridicamente para formular suas decisões sobre o tema e como os entendimentos formulados dialogam com as possibilidades inerentes ao texto de referência de seus julgamentos. Portanto, o artigo 21 da CADH se coloca da seguinte forma

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. (Organização dos Estados Americanos, 1969)

Da leitura do dispositivo, extrai-se o uso da abordagem individualista característica das legislações de viés liberal, logo, o artigo supracitado expressamente liga a garantia de propriedade à pessoa humana. Longe de qualquer redundância, a ênfase no destaque da construção individualista é aqui confrontada perante as concepções de propriedade dos povos indígenas que ocuparam o polo ativo dos casos selecionados para investigação, isto porque já se antecipa que a visão de propriedade postulada nos casos trabalhados refere-se a uma concepção comunal e não individual.

Assim, percebe-se que a influência absorvida pela Convenção Americana de Direitos Humanos em relação documentos que positivaram os Direitos Humanos de primeira dimensão e até mesmo a DUDH implicou na forma final da redação como se encontra positivada. Neste sentido, afirma-se que o pensamento abissal demonstra permanência onde reside uma concepção importada que, a propósito, não oferece proteção do Direito à Propriedade de maneira isonômica perante à pluralidade de cosmovisões acerca do tema que os povos das Américas possuem. O que não significa dizer que a própria Convenção, que sacramenta princípios gerais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como um todo não ofereça possibilidades para que a interpretação de seus dispositivos possam se adaptar, respeitando os princípios e ritos da Corte, às necessidades referentes às demandas propostas.

A ontologia da CADH engloba em seu escopo o incentivo à ampliação do acesso dos povos americanos aos Direitos Humanos, ideal que pode ser contemplado tanto em seu preâmbulo como em dispositivos que compõem as garantias salvaguardadas pelo documento. O primeiro artigo da CADH¹⁰, que versa no sentido de que os Estados signatários da respectiva

¹⁰ “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

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

convenção devem se comprometer com os direitos e liberdades positivados nela, apesar de se direcionar à pessoa humana repetindo a roupagem liberal-individualista discutida, abre também uma possibilidade de que se analise questões levadas à Corte em perspectiva ampla. Isto porque, do texto do respectivo artigo, pode-se extrair que concepções culturais ou condições sociais não devem ser obstáculo ao acesso das pessoas aos direitos que lhes são conferidos em virtude da condição humana.

Há de se mencionar ainda que o artigo 29 da CADH, que direciona a maneira de interpretação dos dispositivos da própria Convenção, também se inclui no rol de dispositivos e mecanismos constantes do documento que permitem uma interpretação abrangente das normas de roupagem liberal. O artigo em questão pontua a necessidade de não se realizar uma interpretação isolada do texto da CADH, sendo recomendado ao jurista que opera em observância a esta norma que utilize de fontes do Direito Internacional¹¹ e verifique a também a viabilidade de conciliação das decisões para com a realidade normativa em âmbito interno dos Estados-parte da Organização dos Estados Americanos.

A superação do pensamento abissal ganha viabilidade parcial dentro das próprias dimensões do texto que o consagra, seja do ponto de vista objetivo com a determinação de diretrizes que visem tornar os direitos previstos para garantias de acesso adaptável às cosmovisões daqueles que os reclamam, ou mesmo do ponto de vista subjetivo, tendo como norma geral o encorajamento a incorporação de outras normas visando a resolução dos casos discutidos. No entanto, tais avanços, ainda que significativos na geração de efeitos no que tange à garantia de direitos aos povos originários, não os tornam parte do processo de pensamento de uma cultura jurídica. Assim, reconhece-se os ganhos pragmáticos das decisões trabalhadas, contudo, elucida-se que apenas incluir “o outro” em um sistema de racionalidade moderno não terá efeitos significativos no combate às assimetrias legadas pela colonialidade do poder (QUIJANO. 2005; WALSH. 2019).

motivo 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”. (Organização dos Estados Americanos, 1969)

¹¹ Nos casos trabalhados a seguir, por exemplo, pode-se ver que a ótica utilizada para aplicar o artigo 21 da CADH à apreciação de demandas sobre propriedade comunal ancestral possui influência da Convenção n° 169 da OIT e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

A debatida ruptura parcial para com a lógica estabelecida remonta ao que Antonio Carlos Wolkmer (2015, p. 14) entende como medidas que podem ser válidas à reação e “percepção de crise e de esgotamento do modelo jurídico liberal-individualista, próprio da cultura monista, iluminista e racionalizada na tradição ocidental”. O método de trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos será agora analisado frente a este cenário, o que torna indispensável a mentalização da concepção reiterada pelo órgão dos Direitos Humanos enquanto instrumentos vivos e adaptáveis para compreensão das novas perspectivas de superação das limitações que o formalismo das leis evidencia.

4. DIMENSÕES INTERPRETATIVAS E O OLHAR INTERNACIONALISTA ENQUANTO MECANISMO DE GARANTIA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A apreciação das medidas buscadas para efetivação do direito dos povos indígenas às terras ancestrais se pautou nas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai e Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. A partir da pesquisa bibliográfica e da análise das fontes de Direito invocadas pelas respectivas sentenças, a pretensão aqui exposta é a de investigar os argumentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para relacionar o conceito de propriedade privada, assegurado pelo artigo 21 da CADH, com o direito à propriedade comunal reclamado pelas comunidades que litigaram no polo ativo das mencionadas ações, observando-se também o posicionamento da Corte em relação à ideia de propriedade ancestral enquanto critério de elegibilidade de titularidade para exercício de direito humano.

Destaca-se que os casos escolhidos não envolvem como objeto da demanda apenas a reclamação quanto à negligência estatal, por parte da República do Paraguai, em relação ao direito de propriedade das comunidades. Em comum, as três ações selecionadas denunciam também a violação do Direito à Vida, às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial¹². Ambos os casos se desenvolvem no sentido de que a negativa estatal à concessão das terras reclamadas

¹² Os casos da Comunidade Sawhoyamaxa e da Comunidade Xákmok Kásek têm em comum também a denúncia à violação à Integridade Pessoal. Ainda no caso na Comunidade Xákmok Kásek, denunciou-se violações ao Reconhecimento de Personalidade Jurídica e dos Direitos da Criança.

acabou por se caracterizar como elemento condicionante da mitigação da dignidade da pessoa humana relativa aos membros destas comunidades. Tem-se, por exemplo, no caso *Yakye Axa vs. Paraguai* o relato das condições da comunidade estando alocada num assentamento precário próximo a uma via de circulação veicular onde, além de faltarem elementos fundamentais à subsistência (CIDH. 2005, p. 2), contavam ainda com o não alcance a serviços públicos de saúde, o que comprometia a manutenção de uma vida íntegra.

Apesar das concessões já realizadas no que tange ao caráter liberal-individualista do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, nota-se que as decisões trabalhadas concederam o reconhecimento ao direito ancestral à propriedade comunal reclamado nas ações, identificando as violações da República do Paraguai aos direitos denunciados. O julgamento procedente destas postulações faz com que se busque o aporte no qual se ancorou este reconhecimento, o que leva o observador diretamente às referências citadas nas sentenças pesquisadas. Aqui, destaca-se a utilização do artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – doravante chamada de Convenção de Viena –, do artigo 13 da Convenção de nº 169 da OIT, bem como da consideração das cosmovisões dos povos que compõem as comunidades reclamantes e entendimentos de outros Tribunais de Direitos Humanos.

A dimensão interpretativa criada à luz do artigo 31 da Convenção de Viena, permitiu à Corte a utilização de instrumentos que vão além de acordos e tratados, isto porque o inciso segundo do referido artigo admite qualquer instrumento que tenha relação com o tratado-base do julgamento e que seja estabelecido por alguma das partes. A utilização desta norma de Direito Internacional foi vista de forma direta na sentença do caso *Yakye Axa vs. Paraguai* (OEA. 2005, p. 77), foi utilizada de maneira indireta no litígio *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, tendo em vista que apesar do artigo não ter sido citado, este caso utiliza àquele como referência de julgamento e o cita durante o corpo de sua sentença, incorporando assim seus valores interpretativos. Destaca-se que o artigo 31 da Convenção de Viena foi ainda percebido no julgamento do caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai* no voto concordante do juiz Eduardo Vio Grossi (CIDH. 2010), o qual explica que a interpretação extensiva do Direito à Propriedade Privada encontra bases nas normas gerais de Direito Internacional e que seria uma mutação válida para uma adaptação e abrangência evolutiva das normas de Direitos Humanos.

Não obstante às próprias normas de interpretação contidas no artigo 29 da CADH, referentes à não supressão das prerrogativas dos sujeitos de direito e dos Estados Partes da OEA desde que respeitada a dignidade da pessoa humana, o enfoque dado à utilização da Convenção de Viena na apreciação dos casos está direcionado à costumeira busca da Corte em manter uma interpretação internacionalista das normas de Direitos Humanos, como pontuado por André de Carvalho Ramos (2012). Este olhar internacionalista, para o autor, seria uma maneira de evitar os descumprimentos às normas de Direitos Humanos revestidos de apropriação nacional dos tratados ratificados. Ao denunciar os localismos na interpretação dos tratados assinados, André de Carvalho Ramos (2012) atenta, portanto, para uma manutenção de um sistema de garantia formal de direitos e não efetivação, o que se aplica ao Estado do Paraguai no caso em questão.

Nas sentenças destacadas nota-se o fato de que o Paraguai, enquanto Estado, reconhece o direito das comunidades que pleitearam suas terras ancestrais sobre elas, contudo, o Estado em sua defesa utiliza-se dos postulados em de Direito Civil nacional para justificar a não concessão das terras às referidas comunidades. O Estado se utilizou, para compor sua defesa frente à exposição do direito das comunidades às propriedades, de argumentos no sentido de que as comunidades reclamantes falharam na apresentação de suas postulações em conformidade com os moldes formais exigidos pela Jurisdição paraguaia, questionando-se ainda a tempestividade das postulações e, tratando-se objetivamente do mérito, afirmando que apesar do reconhecimento do direito, há um conflito de direito interno no que concerne ao embate do direito das comunidades e o direito dos proprietários das terras reclamadas.

A legislação paraguaia, de maneira geral, não se mostra de maneira retrógrada, o país reconhece a pluriculturalidade presente em seu território, bem como possui positivado no texto de sua Carta Magna diversas prerrogativas direcionadas aos povos originários¹³ e o reconhecimento de seus costumes como fontes de Direito. Todavia, retomando a argumentação de Ramos (2012), apesar de se ver que os Estados contemporâneos, como é o caso paraguaio, aparentam ter meios para efetivar tais garantias, falta uma abordagem interpretativa que, de fato, coloque em prática os compromissos assumidos pelo Estado. Em digressão à colocação dos fatos que ensejam as ações trabalhadas, atesta-se que as linhas abissais que separam o

¹³ O Capítulo V da Constituição Nacional do Paraguai disciplina as prerrogativas constitucionais dos povos indígenas do país.

sujeito de direito nos moldes legislativos da modernidade ocidental continuam a ser delimitadas no próprio âmbito interno das jurisdições estatais.

O caso da comunidade indígena Yakyé Axa vs. Paraguai traz uma situação capaz de ilustrar a negligência interpretativa institucional em relação às concepções que compõem a subjetividade dos povos que litigaram em âmbito interno, a CIDH em resposta às sustentações do Estado acerca da decisão prolatada nos domínios da Jurisdição paraguaia remonta que

O Estado argumentou que o direito à propriedade dos membros da Comunidade não pôde ser cumprido porque os representantes da mesma mantiveram uma atitude “intransigente na obtenção de 18.000 [hectares] da Estancia Loma Verde” e porque o Congresso “considerou a produtividade ou a utilização econômica da terra” como critério para negar a expropriação dos territórios reivindicados, tornando-se impossível que o Estado confisque terras desconsiderando o direito à propriedade privada de seus atuais donos. (CIDH. 2005, p. 80)

A historicidade remontada pelas decisões paraguaias que não solucionaram os casos das comunidades de maneira satisfatória em âmbito nacional está diretamente conectada ao que Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 26) designou enquanto sendo a “dicotomia visível entre o legal e o ilegal que deste lado da linha organiza o domínio do direito”.

Isto é, há um nítido conflito entre interesses opostos envolvendo “o outro”, papel atribuído às comunidades nesta dinâmica social, e aqueles que estão “deste lado da linha” e, apesar do embate ilustrado não se apresentar de maneira convencional, pois neste cenário percebe-se que as comunidades já possuem algum reconhecimento de prerrogativas na esfera institucional, vê-se que o aparato estatal como um todo, e aqui se frisa que não necessariamente de maneira expressa, ainda reproduz dilemas que limitam o gozo e o reconhecimento atinente ao acesso dos povos originários a elementos fundamentais de vivência de acordo com suas cosmovisões.

5. O RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE ANCESTRAL E SUA SIMBOLOGIA PARA OS NOVOS DIÁLOGOS COM A CULTURA JURÍDICA DO TEMPO PRESENTE

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, com fundamento em decisões precedentes e convenções internacionais, a aplicabilidade do artigo 21 da CADH, referente à propriedade privada, às demandas analisadas. Em coleta de informações, observa-se que nos

três casos as sentenças redigidas demonstraram certa preocupação em pontuar que a CIDH reconhecia a conotação que as terras reclamadas tinham para as comunidades em questão e que aqueles territórios, para muito além de demarcações físicas de propriedade, representavam um elemento importante no que tange à identificação cultural das comunidades reclamantes (CIDH, 2005; CIDH, 2006; CIDH, 2010) e tal compreensão de cosmovisão deveria ser levada em consideração para a concatenação do entendimento proposto, assim devolvendo também a devida qualidade de sujeito de direitos e prerrogativas às comunidades proponentes.

A título de precedentes elaborados pela Corte a respeito do tema, percebe-se que as decisões que foram sendo formuladas auxiliaram entre na cristalização do entendimento, assim, viu-se que o caso *Yakye Axa vs. Paraguai* teve menção direta na apreciação das demandas das comunidades *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* e *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, pontuando-se ainda que a decisão do caso envolvendo a comunidade *Sawhoyamaxa* foi diretamente citado na decisão da demanda da comunidade *Xákmok Kásek*, o que sinaliza a utilidade destes entendimentos para os julgamentos das demandas de natureza similar. No entanto, além das decisões que compõem as fontes primárias desta pesquisa, há um entendimento anterior à redação dos casos trazidos que foi de suma importância no julgamento destes, refere-se aqui à sentença referente ao julgamento do caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*.

A sentença do caso envolvendo povos originários na região da Nicarágua é datada do ano de 2001 e foi o desfecho de uma demanda levantada no intuito de resolver os problemas decorrentes da não demarcação de terras por parte da Nicarágua em relação ao território reivindicado pela comunidade *Awas Tingni* e pela outorga de concessão a terceiros no território reclamado sem a anuência da referida comunidade (CIDH. 2001, p. 2). Este caso foi um dos pioneiros para a construção do entendimento da necessidade de aumento do escopo interpretativo do artigo 21 da CADH¹⁴, sendo diretamente citado e utilizado nos três casos

¹⁴ “Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de 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

selecionados à composição desta pesquisa, a partir dele observa-se, por parte da sentença, um impulso de demonstração da vivacidade dos postulados de Direitos Humanos, que devem ir se atualizando e se adaptando aos casos em que se aplicam. Através do reconhecimento contextual do caso trabalhado, foi possível que se estabelecesse uma concepção legal que mitigasse ao máximo a limitação ideológica do conteúdo decisório.

A Convenção de nº 169 da OIT sobre povos indígenas também se constituiu como uma das principais bases à análise de mérito dos casos que envolveram as comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kásek, notadamente seu artigo 13 que obriga os Estados que adotarem as disposições do respectivo documento ao respeito às cosmovisões dos povos originários em relação a terras. A República do Paraguai enquanto signatária da Convenção, possuía assim o dever de cumprir com aquilo que nela se postulou, entretanto, aqui mais uma vez se evidencia a problemática já apontada acerca da adesão formal dos Estados em relação a tratados e convenções de Direitos Humanos e um cenário de não alteração significativa na produção de entendimentos que coadunem com a pluralidade evocada pelos mesmos em âmbito interno.

As condições de interpretação aqui reunidas não se reduzem a mero precedente, é importante sopesar criticamente o impacto que a crescente formulação de decisões e entendimentos plurais possuem sobre os rumos que os Direitos Humanos. Ao falar dos desafios que a América Latina possui para formular uma justiça comum, Flavia Piovesan atenta para a necessidade de inspiração da cultura jurídica em novos paradigmas, objetivando ampliar o diálogo, o que não se reduz apenas ao fenômeno de positividade normativa pois, de acordo com a autora, “a existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade do diálogo jurisdicional em direitos humanos” (PIOVESAN, F. 2014, p. 96). Logo, é preciso buscar a pluralidade nos vários níveis que compõem a cúpula do Direito e nas mais diversas fontes do estudo desta ciência, para assim se vislumbrar efetividade e talvez caminhar rumo à superação dos modelos já apontados por Antonio Carlos Wolkmer (2015) enquanto deficitários no tempo presente.

produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.” (CIDH. 2001, p. 78)

No rol de pontos resolutivos das três sentenças analisadas levantou-se, no que toca às medidas de busca à efetividade do acesso das comunidades ao Direito à Propriedade, que a CIDH adotou um rito padrão que ordena a devolução das terras reclamadas por parte do Estado condenado às comunidades (CIDH, 2005; CIDH, 2006; CIDH, 2010), nas hipóteses de impossibilidade considera-se a subsidiariedade no dever do Estado em pagar quantia para adesão de novas terras às comunidades que tiverem seus pedidos julgados procedentes, devendo ainda o Estado condenado adotar medidas em sua Jurisdição própria que facilitem o acesso dos povos originários às terras ancestrais. Este processo deve ter publicidade por parte do Estado, comprometendo-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos a supervisionar a adoção das medidas disciplinadas em sentença.

A busca pela efetivação de Direitos Humanos, mostrou-se como um dos pilares centrais na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e apesar do reconhecimento do direito às terras reclamadas ter se dado de maneira menos complexa do que o processo de estruturação das medidas sancionadas à República do Paraguai, percebeu-se um esforço empreendido na constituição de uma base jurisdicional sólida para o desenvolvimento de um viés interpretativo mais inclusivo à pluralidade dos povos americanos. Assim, a atuação da Corte ao incorporar princípios que coadunem com as concepções originárias acerca da propriedade ancestral se mostra como uma das estratégias atuais que podem ser instrumentalizadas no sentido de auxiliar a ampliação do diálogo jurisdicional.

A historicidade e o reflexo do discurso foram premissas fundamentais para o desenvolvimento da presente pesquisa, tal ponto esclarece os impactos que a positivação normativa em si possui e as interseções desta construção com a dimensão interpretativa que a entorna. Esta reflexão traz evidência a uma transfiguração de impactos, isto porque, levando-se em consideração o passado colonial das Américas, pode-se falar que a manutenção dos saberes jurídicos aos moldes da modernidade ocidental por meio do fenômeno da positivação normativa exerce grande influência sobre a forma como as instituições se desenvolveram nos Estados destes continentes, como é o caso brasileiro (VIEIRA e BRITTO. 2021). Contudo, quando se trabalha com o Direito no tempo presente, percebe-se que a positivação normativa foi decaindo no que se refere à exclusividade de remanescência da Jurisdição que outrora teve e foi, pouco a pouco, passando a dividir espaço com outras técnicas de resolução de conflitos, conforme

expõe Lobão (2014) ao tratar da jusdiversidade e fenômenos contemporâneos referentes à Justiça redistributiva em sociedades pós-coloniais.

A queda referente ao grau de impacto da legislação positivada pode ser atestada no caso ilustrado da República do Paraguai, que através da ratificação de tratados e Convenções internacionais sobre Direitos Humanos e povos indígenas positivou em âmbito interno tais prerrogativas. Todavia, ainda que a previsão expressa da lei fosse uma realidade, a mesma não foi suficiente para garantir uma cultura jurídica que permitisse uma interpretação adequada à resolução dos pleitos referentes ao direito comunitário à propriedade ancestral das comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek.

Reconhece-se que a insuficiência da positivação enquanto elemento determinante à efetivação de direitos pode ser explicada por meio da negligência estatal ao interesse dos povos originários, questão relacionada à inércia de aparatos que reproduzem o projeto da modernidade (CASTRO-GOMEZ. 2019) no que tange à contemplação dos sujeitos que estão no lado periférico das relações no contexto pós-colonial. A seletividade na atribuição de alto valor das fontes de Direito, para além da letra da lei, e do aporte interpretativo vistos na maneira como o Estado do Paraguai tratou as demandas de seus povos originários foram fundamentais para a análise da forma como a Jurisdição se apresenta no âmbito dos Estados-nação e como a colonialidade impacta nesta produção jurídica, bem como na forma como os tratados e convenções são apropriados nesta esfera.

A coexistência de mecanismos de reprodução do positivismo jurídico com novas formas de administrar conflitos traz novas alternativas para se pensar demandas que envolvam o “outro” e relações onde se expressa a chamada diferença colonial (WALSH. 2002b), pois tais alternativas apresentam uma margem de interpretação que possa ampliar a contemplação de cosmovisões distintas das ocidentais nas culturas jurídicas, e com isso se majora também a possibilidade de inserção de mais diálogos à cultura jurídica, o que não significa que as mesmas gerarão um pleno diálogo intercultural (WALSH. 2019). No entanto, a problemática reside no histórico de uma institucionalidade que foi assentada sobre uma matriz colonialista e, que após sua superação, legou impactos sentidos hoje sob a forma da colonialidade. Assim, tendo os casos dos povos originários do Chaco paraguaio por base, vê-se que o impacto dos saberes

componentes do pensamento abissal são estabelecidos e impactam não apenas a interpretação legal, mas todo o *modus operandi* de uma institucionalidade.

O caso da negligência do Poder Judiciário paraguaio em efetivar o direito das comunidades indígenas às propriedades comunitárias ancestrais revela um contexto onde aqueles que são colocados no papel do “outro”, na dinâmica do pensamento abissal, acaba por não gozar de prerrogativas de fato (CASTRO-GÓMEZ. 2005; DUSSEL. 2005; SANTOS. 2010). A dismorfia analisada entre o texto constitucional paraguaio, os princípios inerentes a documentos de Direito Internacional aos quais o Estado assinou e a atividade jurídica no que tange à apreciação das demandas apresentadas comprovam a carência que os aparelhos estatais de operação da lei têm em relação aos paradigmas levados em consideração numa interpretação de viés internacionalista. Tal reflexão é coroada quando se confronta a condenação da República do Paraguai nas três sentenças analisadas e o apontamento pela Corte Interamericana das incoerências da ação judiciária paraguaia nos domínios de seu âmbito interno.

Portanto, vê-se que alguns pontos de crise referentes à não incorporação de cosmovisões representativas dos componentes das sociedades americanas ainda não foram resolvidos. Deve ser ressaltada a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos trabalhados, bem como da construção relativa ao diálogo entre as formas estabelecidas de Direito e as práticas de comunidades historicamente afastadas dos processos de sociabilidade institucionais desenvolvida na apreciação das demandas, pois o impacto da formação de precedentes em grandes tribunais, como é o caso da Corte analisada, gera repercussão na seara jurídica. Este movimento, então, pode alimentar positivamente a renovação das culturas jurídicas necessárias ao processo de inclusão das práticas comunitárias à institucionalidade do Direito no âmbito interno das sociedades pós-coloniais americanas, meio pelo qual passa-se a vislumbrar soluções à crise do caráter monista da lei e respostas aos dilemas referentes à necessidade de construções pós-abissais no campo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou remontar os litígios levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek em face do Estado do Paraguai. Por meio de pesquisa bibliográfica empreendida na análise das

sentenças dos três casos foi possível estabelecer uma investigação acerca das negligências enfrentadas por estas comunidades indígenas em âmbito de direito interno. Fato este que, a partir dos estudos decoloniais, permitiu remontar que a institucionalidade da República do Paraguai está pautada e ainda reproduz a colonialidade através da reprodução dos postulados do pensamento abissal no campo do Direito, evidenciando uma crise de acessibilidade e representatividade da Jurisdição principalmente no que se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais de povos indígenas.

As expectativas da pesquisa passavam pela análise das garantias positivadas das comunidades perante à lei paraguaia, os dilemas referentes à interpretação das mesmas em âmbito interno, bem como a análise entre conteúdo jurídico interpretativo e positivado sobre o tema na seara da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo integralmente atingidas as metas propostas. Destes levantamentos, absorve-se que o olhar internacionalista visto nos mecanismos de interpretação plural e na própria *práxis* dos juízes da Corte se coloca como um modelo de transposição de barreiras institucionais ao reconhecimento de demandas e postulações comunitárias, oferecendo assim, comparativamente, maior respaldo às comunidades do que os aparatos de direito interno. No entanto, não se exclui a perspectiva de que a construção de uma cidadania que transponha os efeitos do projeto da modernidade deve considerar a participação dos povos originários na dimensão constitutiva dos instrumentos de regulação da vida pública, posicionando tais iniciativas a partir do que se chamou a diferença colonial (QUIJANO. 2005; WALSH. 2002a; 2002b; 2019.).

Dos resultados não se absorve apenas a maior abertura da Corte Interamericana em considerar as cosmovisões das comunidades reclamantes na apreciação das demandas, ainda que seja no sentido de tensionar uma categoria de Direito Civil de forma a “adicionar” as perspectivas demandadas pelos povos indígenas à ideia de propriedade, mas deve-se perceber que a incorporação do que se chamou aqui olhar internacionalista é um instrumento interessante de implementação em sede das jurisdições nacionais americanas, pois na dinâmica de curto e médio prazo ela se apresenta enquanto um meio eficaz de mitigação dos dilemas coloniais, ainda remanescentes nas sociedades americanas, e na busca pela superação da crise do Judiciário para ampliação das garantias e direitos conferidos à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências Sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In.: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. 1. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, 2001.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, 2005.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, 2006.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, 2010.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In.: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. 1. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. especial, p.37-45, 2007.

LOBÃO, Ronaldo. Desafios à capacidade redistributiva do Direito em contextos pós-coloniais. **Confluências**, Niterói, v. 16, n. 2, pp. 61-79, 2014.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]**. 27 jun. 1989.

PARAGUAI. Constituição (1992). **Constitución Nacional del Paraguay**. Assunção: Centro Gráfico, 1992.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In.: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. 1. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005.



_____. Colonialidade do poder e classificação social. In.: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In.: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

VIEIRA, Marcello Amorim; BRITTO, Rossana Gomes. Metamorfoses da ideologia no discurso jurídico: uma perspectiva comparada dos direitos fundamentais no Brasil contemporâneo (1967 - 1988). **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. s/n, n. 64, p.318-336, 2021.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. In: SALGADO, Judith (Comp.). **Justicia indígena, Aportes para um debate**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, 2002a. P. 23-36.

_____. Las geopolíticas de conocimiento y la colonialidad del poder. Entrevista a Walter Mignolo. In: WALSH, Catherine; SCHIWY, Freya; CASTRO-GÓMEZ, Santiago (Eds.). **Indisciplinar las ciencias sociales**. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, 2002b. P. 17-44.

_____. Interculturalidade e decolonialidade do poder um pensamento e posicionamento “outro” a partir da diferença colonial. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL)**, Pelotas, v. 05, n. 1, p. 6-39, Jan-Jul, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. 1. ed. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2011.

Sobre os(as) autores(as):

Marcello Amorim Vieira | E-mail: marcello.amorim@outlook.com

Mestrando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), sendo bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV) e História pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Laboratório de História das Relações Político-Institucionais (HISPOLIS), da UFES, bem como do Grupo de Inovação e Pesquisa Empírica em Direito (GIPED), da UFF, e do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília (CECC-UnB).

Humberto Ribeiro Júnior | E-mail: humberto.junior@uvv.br

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Segurança Pública (PPGSEG) e Sociologia Política (PPGSP) e dos cursos de graduação em Relações Internacionais e em Direito da Universidade Vila Velha (UVV). Coordenador do Grupo de Pesquisa Zacimba Gaba “Criminologias, Segurança Pública e Políticas Prisionais”.

Data de submissão: 01 de agosto de 2022.

Data do aceite: 27 de outubro de 2023.

