

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

VIOLENCIA ESTRUTURAL (OU SISTEMICA) NA JURISPRUDENICA DA CORTE INTERAMERICANA COMO MEDIDA PARA ENFRENTAMENTO DE VIOLACOES AOS DIREITOS HUMANOS

STRUCTURAL (OR SYSTEMIC) VIOLENCE ON THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT JURISPRUDENCE AS A PARAMETER FOR DEALING WITH THE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS IN AMERICAS

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Resumo

O objetivo deste artigo é identificar a forma como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) identifica o contexto de discriminação estrutural em suas decisões e, ainda, de que forma tem definido as medidas de reparação com a pretensão de que esse quadro de violência estrutural seja devidamente enfrentado pelos Estados-Membros. Neste artigo, o conceito de discriminação estrutural (ou sistêmica) é definido como “regras jurídicas, políticas, práticas ou atitudes culturais predominantes tanto no setor público quanto no privado que cria desvantagens relativas a alguns grupos e privilégios para outros”. A análise da jurisprudência recente da CorteIDH indica que ela tem sido chamada a intervir no sentido de proteger os direitos de pessoas pertencentes a grupos tradicionalmente marginalizados os quais tem sofrido com frequência de discriminação ou desigualdades estruturais. A fim de cumprir os propósitos aqui definidos, serão brevemente analisados diferentes fatores que conduzem a discriminação sistêmica e suas formas ou manifestações. Em seguida, serão analisados três casos mencionados antes e serão sistematizadas o conjunto de medidas tomadas pela CorteIDH em face dos contextos específicos de discriminação estrutural enfrentados. Após uma breve avaliação sobre o grau de transformação levada a efeito pelas garantias de não-repetição tomadas pela Corte, conclui-se que se necessita de uma atuação mais concertada entre os diferentes atores internos a fim de prover mudanças significativas nas situações de discriminação estrutural.

Palavras-chave: Violência estrutural, Medidas de reparação transformativas, Sistema interamericano de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims identify the way as the Inter-American Court of Human Rights identify the context of structural discrimination in its decisions and, in addition, how it has defined the remedies with the purpose that the States should reduce this scenario of inequalities. The concept of structural discrimination is defined as “the legal rules, political, practical and cultural attitudes predominant in the public sector and in the private sphere that generate disadvantages to certain groups and privileges to others.” The analysis of the recent jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights indicates that the court has been demanded to interfere into the reality to protect the rights of people that join some

traditionally marginalized groups that have suffered frequently the discrimination and some structural inequalities

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Structural violence, Remedies for transformative reparations, Inter-american human rights system

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é identificar a forma como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) identifica o contexto de discriminação estrutural em suas decisões e, ainda, de que forma tem definido as medidas de reparação com a pretensão de que esse quadro de violência estrutural seja devidamente enfrentamento pelos Estados-Membros. A CorteIDH é bastante conhecida por seu ativismo e pela forma criativa com que fixa as obrigações a serem adotadas pelos Estados em suas sentenças, se se toma como parâmetro de comparação a abordagem adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (SHELTON, 2006, pp. 17-20).

Neste artigo, o conceito de discriminação estrutural (ou sistêmica) é definido como “regras jurídicas, políticas, práticas ou atitudes culturais predominantes tanto no setor público quanto no privado que cria desvantagens relativas a alguns grupos e privilégios para outros” (CESCR, General Comments n. 20, 2009, p. 5). Via de regra, a discriminação estrutural é profundamente enraizada no comportamento e organização sociais e envolve discriminações indiretas e sublinhaves. Por óbvio, para além dos comportamentos velados, ela também envolve a prática de “discriminação direta que é amplamente tolerada e institucionalizada” (SHEPPARD, 2010, p. 6).

A análise da jurisprudência recente da CorteIDH indica que ela tem sido chamada a intervir no sentido de proteger os direitos de pessoas pertencentes a grupos tradicionalmente marginalizados os quais têm sofrido com frequência de discriminação ou desigualdades estruturais. A partir da análise de quatro casos recentes (Caso Yean e Bosico; Caso Xákmok Kásek e Caso Campo Algodonero), cada qual focando em um grupo tradicionalmente vulnerável (migrantes, populações indígenas e mulheres), pretende-se mostrar que a CorteIDH tem tentado contribuir para a enfrentamento da discriminação ou violência estruturais através de diferentes mecanismos de reparação (voltados à não-repetição).

Para além das reparações individuais (através de compensações financeiras e não-financeiras, reparações simbólicas e restituição de direitos), a Corte tem fixado garantias de não-repetição que pretendem prevenir futuras violações de direitos e propiciar o desenvolvimento de mudanças sistêmicas nas instituições, leis, políticas e na própria sociedade no interior dos Estados-membros. Esses remédios são as principais ferramentas através dos quais a Corte tem tentado transformar as situações de discriminação estrutural (BASCH *et. al.*, 2010).

Apesar deste propósito, os impactos das medidas de reparação fixadas pela Corte têm sido reduzidos e têm se limitado a gerar mudanças superficiais. Até mesmo porque a efetividade destes remédios depende do engajamento do Estado em cumprir voluntariamente com essas obrigações e, infelizmente, o que se vê é a ausência de esforços efetivos por parte dos Estados para o enfrentamento das questões estruturais endereçadas pela CorteIDH. Em que pese sua relevância, a abordagem da CorteIDH revela-se de todo insuficiente para, per si, lidar com o adequado enfrentamento (e superação) deste quadro estrutural e sistêmico de discriminação.

A fim de cumprir os propósitos aqui definidos, serão brevemente analisados diferentes fatores que conduzem à discriminação sistêmica e suas formas ou manifestações. Em seguida, serão analisados três casos mencionados antes e serão sistematizadas o conjunto de medidas fixadas pela CorteIDH em face dos contextos específicos de discriminação estrutural enfrentados. Após uma breve avaliação sobre o grau de transformação levada a efeito pelas garantias de não-repetição fixadas pela Corte, conclui-se que se necessita de uma atuação mais concertada entre os diferentes atores internos a fim de prover mudanças significativas nas situações de discriminação estrutural.

2. FATORES DETERMINANTES E FORMAS DE MATERIALIZAÇÃO DE DISCRIMINAÇÕES ESTRUTURAIS (OU SISTÊMICAS)

O universo cultural no seio do qual nossas sociedades são construídas (e constituídas) é marcado pela afirmação de normas (códigos morais) dominantes que tendem a excluir ou marginalizar determinados grupos ou indivíduos. Como Colleen Shepard (2010, p. 43) explica “as desigualdades correntes encontram-se profundamente ligadas a histórias de exclusões e de subjugações.”

As práticas de dominação que se perpetuam (e se reinventam) historicamente, as atitudes discriminatórias enraizadas e as concepções estereotipadas de papéis individuais na sociedade, conjuntamente, requerem mudanças profundas e estruturais nas instituições. Afinal de contas, a discriminação sistêmica é frequentemente impregnada na linguagem normativa, nas práticas sociais e de forma tal que quase não se pode percebê-la claramente nas próprias instituições e na cosmovisão da própria comunidade.

O seu resultado “é a marginalização e a exclusão social desses indivíduos ou grupos, produzindo um estado de desigualdade estrutural entre grupos sociais, diferenciados por critérios étnicos/raciais em termos de seus papéis sociais, garantias e oportunidades”

(GÓNGORA-MERA, 2015, p. 833). Tratam-se de padrões multinivelados de violência que têm na sua dimensão direta (e visível) uma pequena evidência de um padrão mais abrangente de discriminação.

Por outro lado, a discriminação ou violência também pode ser indireta, através de leis aparentemente neutras que preveem exigências específicas que, apesar de terem uma roupagem de generalidade e abstração, acabam por impactar desproporcionalmente nos integrantes de determinados grupos, mesmo quando não se pode identificar explicitamente nenhum sinal aparente de discriminação (e.g., os critérios aparentemente meritocráticos de acesso ao ensino superior) (GAYET, 2013, p. 10).

Ambas essas formas de discriminação, direta e indireta, são frequentemente reforçadas por práticas de violência cultural que justifica os tratamentos diferenciados a certos grupos em sociedades, através de estereótipos e má-compreensões sobre estes grupos de pessoas (e.g. índios são vagabundos que não gostam de trabalhar na terra; mulheres vítimas de violência doméstica que não denunciam seus agressores são coniventes com a violência).

As desigualdades em relação a determinados grupos podem indicar o seu alto grau de vulnerabilidade que, em última instância, podem atentar contra a sua própria existência, como se pode observar por alguns indicadores apresentados por Manuel Eduardo Góngora-Mera (2015, p. 833-4):

1. O estado de miséria e pobreza extrema de certos grupos étnicos/raciais no interior de um país;
2. Sua particular vulnerabilidade e vitimização em contextos de violência, em parte devido a padrões de impunidade sistemática derivados de barreiras socioeconômicas e culturais no acesso à justiça, e a falta de eficácia das medidas de proteção adotadas;
3. A criminalização de seus protestos e a perseguição ou assédio contra seus dirigentes; e
4. O impacto diferenciado em termos de custos ambientais nos projectos de investimento de interesse geral, como a exploração petrolífera, mineração, indústrias florestais, agroindústrias, e megaprojetos de energia e infraestrutura (por exemplo, impactos na saúde e nutrição, destruição e poluição do ambiente tradicional; esgotamento dos recursos para a sobrevivência física e cultural; interrupção dos papéis sociais tradicionais)

Alguns destes contextos de discriminação podem ser claramente identificados em diversos países latino-americanos, contextos estes que vem sendo especialmente percebidos e enfrentados pela CorteIDH (GAYET, 2013) e que permitem com que Manuel Eduardo Góngora-Mera (2015) identifique traços em que as particularidades locais são intimamente interligadas à atuação de atores e dinâmicas transnacionais, propiciando o que o autor viria a

qualificar como diálogo de “convergência paralela entre a Corte Interamericana e os tribunais latino-americanos”.

Fixadas estas premissas conceituais (e superficiais) sobre o conceito de “discriminação estrutural ou sistêmica”, passa-se, pois, à delimitação da forma como a CorteIDH se comportou em casos em que se deparou com contextos mais abrangentes de violência estrutural.

3. IDENTIFICAÇÃO DOS PADRÕES DE APROXIMAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA À QUESTÃO DA DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL EM CASOS ENVOLVENDO GRUPOS VULNERÁVEIS.

Como resultado de um contexto de profunda espoliação de riquezas e aniquilamento de culturas ocorrido ao longo do processo de exploração colonial na América Latina, a formação cultural latino-americana é fortemente marcada por processos de exclusão e de eliminação da alteridade. As práticas de genocídio contra as populações indígenas (quer seja pela expropriação da terra, quer seja através da expropriação de seus vínculos comunitários) e a utilização de mão-de-obra escrava em vastas áreas do continente concorreram para a construção de uma elite econômica e cultural (de exaltação das origens e traços europeus) que condenam ao silêncio diferentes grupos historicamente marginalizados.

A percepção desse cenário mais abrangente de violação e a decisão institucional da CorteIDH em enfrentar esses contextos abrangentes de violência fez com que a compreensão de violação aos direitos humanos no continente seja delimitada a partir de uma abordagem preponderantemente contextual sobre os casos analisados de forma tal que a descrição do Caso contencioso é precedida de sua inserção no quadro mais abrangente de violação.

Ao definir este quadro contextual de violação, a CorteIDH não somente passa a fixar critérios para a valoração da prova submetida à sua apreciação (realizando uma espécie de inversão do ônus probatório em alguns contextos discriminatórios), mas sobretudo, subsidia a fixação dos remédios a serem determinados tendo em vista ao dever de não-repetição da violação em referência.

3.1. ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA DOS MIGRANTES NÃO-DOCUMENTADOS: CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS. REPUBLICA DOMINICANA.

O processo de consolidação do estado moderno foi marcado por um processo de demarcação de territórios que, para além da questão geográfica, visava igualmente empreender mecanismos de separação entre nós (os nacionais, em sentido moderno) e eles (os estrangeiros), de forma tal que o vínculo a ser fixado entre os nacionais e o Estado (de obrigações e deveres recíprocos) importava no regramento daqueles que não integram a comunidade política dos nacionais (BASTOS JR, 2014). Isto posto, como corolário direto dos poderes soberanos, o controle daqueles que podem adentrar ao seu território e nele permanecer sempre esteve umbilicalmente ligado à supremacia da vontade do soberano.

Pois bem, um dos principais desafios da agenda de proteção dos direitos humanos tem sido a necessidade de estabelecer limites ao exercício soberano das prerrogativas dos estados frente aos diferentes fluxos migratórios internacionais (REIS, 2004)

O caso em questão foi o primeiro em que a Corte enfrentou a questão relativa ao adequado tratamento dado os imigrantes haitianos na República Dominicana. A CorteIDH condenou o país por ter se recusado em conferir certificados de nascimento a crianças de origem haitiana nascidas em seu interior e, ao tratar do direito à nacionalidade, enfrentou as consequências de exclusão das crianças que indocumentadas tinham bloqueado o direito à identidade e o acesso a recursos básicos como saúde e educação¹ (a filha mais velha não podia ser matriculada na escola). Apesar de não usar expressamente as palavras “sistêmica” ou “estrutural”, reconhecem que essa situação as situam em uma situação de extrema vulnerabilidade. (CORTEIDH, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 2005, § 174).

O reconhecimento da violação ao direito a não-discriminação neste caso surge da aplicação arbitrária e discriminatória do direito no registro tardio de nascimento das meninas Yean e Bócio. Ficou demonstrado que as autoridades haitianas aplicavam seletivamente os critérios para o reconhecimento de registros tardios de crianças quando elas eram descendentes de haitianos, mesmo quando nascidas em território dominicano. Ao descrever a violação experimentada pelas crianças na representação, a CorteIDH se ocupava em descrever o contexto mais abrangente de vulnerabilidade a que está sujeita a população haitiana e os dominicanos de origem haitiana.

¹ “En la República Dominicana ha habido casos en que las autoridades públicas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Como consecuencia, a los referidos niños les ha resultado difícil obtener la cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano; estudiar en escuelas públicas, y acceder a servicios de salud y asistencia social.” (CorteIDH, Caso Yean y Bosico vs. Rep. Dominicana, 2005, § 109.11)

Para estabelecer esse contexto de discriminação estrutural, a CorteIDH tomou em conta outros documentos produzidos por entidades voltadas à proteção das crianças (relatórios da Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos). Esses relatórios descrevem o acesso limitado deste grupo populacional a moradia, a educação e a serviços de saúde e, ainda, destacam o número muitíssimo limitado de haitianos que, mesmo vivendo na República Dominicana por longo período (inclusive, desde 1957), não obtiveram a naturalização. (CORTEIDH, Caso Yean y Bosico vs. Rep. Dominicana, 2005, § 169-170).

Após discorrer sobre as evidências demonstradas nos processos sobre esse contexto de discriminação a que estavam sujeitos esses grupos populacionais e associá-los diretamente à origem étnico/nacional, a CorteIDH reafirmou o direito à não-discriminação (art. 1.1 da CADH) fixando que o status migratório não pode ser suficiente para autorizar a violação sistemática de direito ao tratamento igualitário de determinado grupo populacional. E foi a partir desta premissa que foram analisadas as violações concretamente imputada à República Dominicana em relação ao caso específico das meninas Yean e Bócio.

Quanto ao direito de nacionalidade, a CorteIDH firmou um importante (e controverso) estandarte interpretativo no tocante à relação entre o direito à nacionalidade e a apatridia, tocando em uma área que representa um dos pilares fundantes das prerrogativas do Estado: a definição dos critérios para o reconhecimento da condição de nacional.

Neste contexto, a Corte Interamericana estabeleceu que:

- a) o status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a outorga da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de forma alguma, uma justificativa para lhe privar do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos;
- b) o status migratório de uma pessoa não se transmite para seus filhos; e
- c) a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere às pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a do Estado onde nasceram. (CORTEIDHA, Caso Yean y Bosico vs. Rep. Dominicana, 2005, § 156).

Dessa forma, a Corte conferiu especial sentido ao direito à nacionalidade tendo como referência o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade ante a lei (art. 24 da CADH) em sua leitura conjunta com a cláusula de não-discriminação constante do art. 1.1 da CADH. De acordo com essa chave de leitura, a CorteIDH assinalou que os Estados têm “a obrigação de garantir esse princípio fundamental aos seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa” (CORTEIDH, Caso Yean y Bosico, 2005, § 155).

Igual raciocínio empreendeu a Corte quando analisou o direito à personalidade e ao nome (previstos no art. 3 da CADH) e o direito à proteção à família (art. 17 da CADH).

A ofensa ao direito à personalidade e ao nome, se materializaria porquanto o direito a ter sua identidade reconhecida pelo Estado (direito ao registro civil), no contexto de violação estrutural desse grupo populacional, importava na redução da pessoa em um “limbo jurídico”, pois “apesar das crianças existirem e se virem inseridas em um determinado contexto social, sua existência mesmo não estava juridicamente reconhecida, ou seja, não detinham personalidade jurídica” (CORTEIDH, Caso Yean e Bócio, 2005, § 180).

Por seu turno, a ofensa do direito à proteção à família, se materializaria em face da demonstração do contexto de vulnerabilidade porquanto as crianças (e suas famílias) encontravam-se sujeitas a um estado permanente de apreensão já que, a qualquer momento, poderiam ser deportadas para o Haiti. Ao proceder dessa forma, a Corte reconheceu que nunca houve qualquer iniciativa do Estado no sentido de separar suas famílias, no entanto, “a ameaça de uma separação é real, dado que o Estado realiza sistematicamente expulsões coletivas de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana”, o que está relacionado à “condição de vulnerabilidade das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico” (CORTEIDH, Caso Yean y Bosico, 2005, §§ 193 e 197).

O reconhecimento desse contexto de violência estrutural fez com que a Corte Interamericana determinasse a adoção de determinadas medidas de não-repetição voltadas para a eliminação de determinados fatores que concorriam para a condição de vulnerabilidade desses grupos sociais.

Nesse sentido, a CorteIDH determinou que o Estado deveria “adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, nos termos do art. 2 da CADH, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para regular o procedimento e os requisitos necessários à aquisição da nacionalidade dominicana, mediante a declaração tardia de nascimento.” A determinação da Corte não se limitou a exigir que esse procedimento fosse fixado, mas igualmente fixou-lhe alguns balizamentos de forma que o mesmo “seja fácil, acessível e razoável, tomando em consideração que, de outra forma, os solicitantes poderiam quedar-se em condição de apatridia”. Por fim, exigiu ainda que fosse assegurado a todos aqueles que tivessem negada a solicitação, um recurso efetivo nos termos da CADH. (CORTEIDH, Caso Yean y Bosico, 2005, § 260.8 e §§ 239-241).

Apesar da associação emblemática entre desigualdade estrutural e a questão dos grupos populacionais migrantes e a forma com que essa associação condicionou a percepção das demais violações aos direitos convencionais, estes remédios revestem-se de limitado

potencial de transformação (GAYET, 2013, p. 16). De fato, a CORTEIDH atacou diretamente somente um dos aspectos em que a discriminação se materializa (a questão relativa aos registros civis tardios de crianças nascidas no país de pais de origem haitiana); no entanto, essa questão foi compreendida como ponto de partida de uma mudança a ser empreendida de conferir visibilidade e de reconhecer a condição de nacionalidade desse grupo que lhe retiraria a condição de subcidadãos.

3.2. DIFÍCIL QUESTÃO DA GARANTIA DO ACESSO À TERRA: CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI.

O Caso Xákmok Kásek foi o terceiro caso relativo aos direitos de povos indígenas julgados contra o Paraguai e está relacionado à incapacidade do Estado em assegurar o direito da comunidade indígena Xákmok Kásek e seus integrantes à sua propriedade ancestral, conquanto o pleito vem sendo processado desde o ano de 1990 até a data do julgamento do caso, em 2010, a questão ainda não havia tido um desfecho satisfatório.

Nesse caso, a CorteIDH dedica um longo capítulo a descrever o processo histórico de colonização da região do Chaco no Paraguai (que tem seu marco de início o processo de venda de dois terços dessas terras na Bolsa de Londres, nos anos de 1885 e 1887) (CORTEIDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §§ 56-63) e, especificamente, a luta da Comunidade em questão no processo de reivindicação do reconhecimento de terras tradicionais (CORTEIDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §§ 64-79).

Após reconhecer esse processo de exclusão e de luta (reivindicação e resistência da comunidade indígena), a Corte reconhece que como resultado do processo de “privatização” do Chaco, as comunidades indígenas tem sido reduzidas à situação de extrema vulnerabilidade no que diz respeito ao acesso à alimentação e atenção à saúde, que importam no reconhecimento de um processo de ameaça contínua à integridade da comunidade Xákmok Kásek e à sobrevivência de seus membros.

O ponto de partida para essa análise consiste na afirmação da Corte segundo a qual a situação da comunidade Xákmok Kásek ao tempo do julgamento resulta de um processo de décadas de exclusão crescente dos povos indígenas de suas terras tradicionais, devido ao aumento da propriedade privada e da multiplicação de barreiras de impedimento de acesso e de uso das terras ancestrais.

Apesar do fato de ter a Comissão Interamericana pugnado pelo reconhecimento de que a Corte declarasse que a situação em que se encontrava a referida comunidade importava no

reconhecimento de uma situação de discriminação sistêmica contra as comunidades indígenas no Paraguai, a Corte não a qualificou dessa forma. No entanto, reconheceu que esta comunidade se encontrava em uma situação de “extrema e especial vulnerabilidade” e que esta condição era resultante de uma conjunção de vários fatores institucionais, administrativos e ideológicos, entre os quais:

a presença frágil das instituições estatais obrigadas a prestar serviços e bens aos membros da comunidade, em especial, a alimentação, água, saúde e educação; e a prevalência de uma visão da propriedade que outorga maior proteção aos proprietários privados sobre os reclamos territoriais indígenas, desconhecendo-se, com isso, sua identidade cultural e ameaçando sua subsistência física. (CORTEIDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, § 273).

Especificamente quanto ao aspecto tratado neste artigo (o reconhecimento de quadro de violência estrutural apta a configuração de ofensa à igual proteção da lei), a Corte reiterou sua jurisprudência² no sentido de reconhecer especificamente que “é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que tome em conta suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação especial de vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes” (CORTEIDH, Caso Xákmov Kásek, 2010, § 270).

Essa obrigação de não-discriminação foi tida por desrespeitada pelo Estado paraguaiano, porquanto não tem adotado medidas suficientes e efetivas para garantir sem discriminação os direitos dos membros da Comunidade Xákmok Kásek evidenciam uma **discriminação de facto** em face dos membros desta comunidade, por estarem marginalizados do efetivo acesso aos direitos reconhecidos na sentença.

Se por um lado, o caso em comento é pródigo em fixar um conjunto muito abrangente de medidas de reabilitação voltadas à imposição de exigências ao Estado paraguaio no sentido de prover bens e estruturar a prestação de serviços básicos à referida comunidade (CORTEIDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §§ 300-306). Por outro lado, as medidas de não-repetição endereçados ao país vizinho revelam um esforço desenvolvido pela Corte em compelir ao Estado que adote um conjunto de medidas de não-repetição voltados ao enfrentamento do quadro de grave discriminação (e vulnerabilidade) a que estão submetidas as diferentes comunidades indígenas no Paraguai.

De acordo com os propósitos deste artigo, estas últimas medidas são emblemáticas ao imporem ao Estado paraguaio que adegue sua legislação interna à Convenção no sentido de que

² CORTEIDH, Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, § 63; Caso do Povo Saramaka vs. Suriname, 2007, § 178; Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, § 96

a legislação paraguaia leve em conta que o interesse social da propriedade em relação às terras das comunidades indígenas “deve ter em conta as circunstâncias de quem as mesmas são terras indígenas ancestrais, o que deve ver-se refletido tanto no plano substantivo quanto processual” (CORTEIHD, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, § 309).

Em acréscimo, a Corte foi além, é fixou que o Estado, nos termos do art. 2 da CADH, deve adotar disposições de direito interno, **no prazo de 2 (dois) anos**, um sistema eficaz de reivindicação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas que possibilite a concreção de seu direito à propriedade. Determinando, ainda, que:

“Este sistema deverá consagrar normas substantivas que garantam: (a) que se tome em conta a importância que para os indígenas tem sua terra tradicional; e (b) que não baste que as terras reclamadas estejam em mãos privadas e sejam racionalmente exploradas para que se rechace qualquer pedido de reivindicação. Ademais, este sistema deverá consagrar que uma autoridade judicial seja competente para resolver os conflitos que se apresentem entre os direitos à propriedade dos particulares e dos indígenas.” (CORTEIDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, § 310).

Três aspectos são extremamente relevantes sob a perspectiva adotada nesse artigo. O primeiro (e mais importante) está associado à necessidade do reconhecimento pelo marco legislativo nacional da essencialidade da propriedade coletiva e do acesso à terra às comunidades indígenas, em face de sua umbilical identificação com seu território ancestral, condição para sua própria sobrevivência. O segundo, consiste na determinação para que o Paraguai dê conta de adequar sua legislação interna de forma tal que os procedimentos de reconhecimento e de demarcação de terra indígena sejam balizados pelos estandartes da Corte, afastando a possibilidade de adoção de argumentos de caráter utilitaristas como fatores impeditivos (*per si*) ao reconhecimento do direito de acesso à terra. O terceiro, e não menos importante, a fixação de um **prazo** para que se opere essa adaptação da ordem interna ao parâmetro fixado, conferindo ao poder judiciário nacional a palavra final sobre os eventuais conflitos decorrentes dos processos demarcatórios.

3.3. DISCRIMINAÇÃO BASEADA EM GÊNERO E A SOBREEXPLORAÇÃO DO TRABALHO FEMININO: CASO “CAMPO ALGODONEIRO” VS. MÉXICO.

Esse caso é significativo na jurisprudência da Corte porque, pela primeira vez, ela reconhece a existência de um quadro de violência estrutural contra a mulher, tomando especial consideração a obrigação do art. 1º da Convenção de Belém do Pará. O Caso diz respeito à responsabilidade internacional do Estado mexicano pelo desaparecimento e morte de 3 (três)

adolescentes, cujos corpos foram encontrados em um Campo de Algodão, na cidade de Juárez, em 6 de novembro de 2001.

A responsabilidade do Estado em face da morte das jovens, apesar dos atos não serem praticados diretamente por agentes estatais, decorreu do reconhecimento de um conjunto de fatores que, associados, configuram o quadro de violência estrutural a que são vítimas as mulheres naquela localidade, que se materializam:

“na falta de medidas de proteção às vítimas, a falta de prevenção destes crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que deixado centenas de mulheres e jovens assassinadas, a falta de resposta das autoridades em face da denúncia de seu desaparecimento, a falta de diligência devida nas investigações dos assassinatos, assim como a negação de justiça e a falta de adequada reparação às vítimas”. (CORTEIDH, Caso do Campo de Algodão vs. México, 2009, § 3).

A análise dos elementos conjunturais no caso levou em conta as vítimas em concreto (as vítimas eram jovens, pobres, trabalhadoras ou estudantes, assim como muitas das vítimas de assassinato de mulheres na cidade de Juárez, fatores esses que foram considerados suficientes para associar essas mortes ao padrão de violência que havia sido identificado pela Corte.

Por seu turno, os fatores estruturais considerados pela Corte, levaram em conta que a mudança do papel desempenhado pelas mulheres não foi acompanhada pela mudança nas atitudes e mentalidade patriarcais, perpetuando os estereótipos dos papéis a serem desenvolvidos pelos homens e mulheres na sociedade. E, mais ainda, a Corte assinalou que:

“A impunidade dos crimes cometidos emite a mensagem que a violência contra a mulher é tolerada: o que, associada à aceitação social do fenômeno, conduz à perpetuação do sentimento das mulheres de que elas não estão seguras e à permanente desconfiança delas em relação ao sistema de administração da justiça.” (CORTEIDH, Caso do Campo de Algodão vs. México, 2009, § 400).

Considerando a dimensão de discriminação estrutural em que a violência contra estas três mulheres ocorreu, a Corte deixou claro que os remédios tinham um objetivo de correção e de transformação. Nas palavras da Corte, não basta a restituição ao *status quo ante*, próprio das demandas que apuram ilícitos, porque “o restabelecimento do mesmo contexto de violência e discriminação estruturais não é aceitável”, e as medidas de reparação não de ser revestidas de natureza corretiva e “v) sejam orientadas a identificar e eliminar os fatores determinantes da discriminação; vi) sejam adotadas a partir de uma perspectiva de gênero, tomando em conta os impactos diferenciados que a violência causa em homens e mulheres”. (CORTEIDH, Caso do Campo de Algodão vs. México, 2009, §§ 450-451).

Por sua vez, diretamente associados a estes propósitos, a Corte determinou que o Estado mexicano adotasse um conjunto de medidas voltadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres: (i) utilização de determinados padrões internacionais nos esforços de padronização dos protocolos e serviços relacionados ao desaparecimento, violência sexual e homicídios praticados contra mulheres; (ii) alterar o protocolo (Protocolo Alfa) relativo à desaparecimento de pessoas (em especial, de mulheres) que articule as diferentes forças de segurança pública no enfrentamento da violência contra mulher, adotando diretrizes³ fixadas na própria sentença da Corte Interamericana; (iii) implantação de programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos a serem adotados a partir de uma perspectiva de gênero com diversas finalidades, dentre as quais, a superação dos estereótipos sobre o papel social da mulher endereçados aos servidores públicos do sistema de justiça; e (iv) realizar um programa de educação destinado à população em geral no estado de Chihuahua (onde se localiza a cidade de Juárez).

O Caso do Campo de Algodão representa um divisor de águas no tratamento dado pela Corte em relação ao enfrentamento da violência contra a mulher, pois provê exemplos de remédios de transformação detalhados e abrangentes. A opção pela adoção de remédios detalhados parece estar voltada à intenção da Corte em fornecer parâmetros úteis para os demais Estados e para as Cortes nacionais e engajá-las nos processos de transformação social.

³ 19. El Estado deberá, en un plazo razonable y de conformidad con los párrafos 503 a 506 de esta Sentencia, adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años: i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida; ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona; iii) eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares; iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda; v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas referida en los párrafos 509 a 512 supra, y vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea una niña.

4. A GUISA DE CONCLUSÃO: REFLEXÕES SOBRE OS DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO DAS SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA ESTRUTURAL

As violações de direitos humanos ocorridas nestes casos ocorrem no contexto de discriminação estrutural em relação a determinados grupos vulneráveis (migrantes, populações indígenas e mulheres vítimas de violência). Apesar da preocupação específica por parte da Corte em determinar a adoção de remédios voltados ao enfrentamento de quadros de violência estrutural, a sua fixação depende da adoção por parte dos Estados de esforços de engajamento a fim de que as soluções preconizadas sejam materializadas no plano doméstico dos estados.

Se por um lado, muitos dos destinatários não implementaram as medidas contra si dirigidas nos precedentes analisados, por outro lado, as mesmas fornecem importantes pistas de como as diferentes instituições nacionais devem lidar com os desafios de compreenderem os problemas concretos que lhe são apresentados a partir da sua inserção em um quadro mais abrangente em que se operam as violações em tela.

A contribuição do tratamento dado pela Corte Interamericana no enfrentamento dessas questões pode ser analisado a partir de três perspectivas diferentes: (i) nos possíveis impactos que essas decisões são capazes de produzir em face dos Estados contra quem são dirigidas, tendo em vista a possibilidade de que, caso eles se engajem no esforço de sua concretização, sejam capazes de produzirem efeitos transformativos na realidade nacional; (ii) no efeito multiplicador que a prolação dessas decisões produz quando são difundidas para os demais integrantes do Sistema Interamericano e dos diferentes sistemas de justiça que são afetados pelos mecanismos de envio/recepção e de diálogo jurisprudencial construtivo; e, ainda, (iii) no efeito de empoderamento e de instrumentalização da luta de determinadas entidades da sociedade civil, com atuação nacional e transnacional, que se valem do exemplo de medida transformativa fixada pela Corte como parâmetro e critério para suas lutas.

Por fim, essa forma de enfrentamento deste quadro de violência por parte da Corte Interamericana contribui não somente para o redimensionamento do alcance dos dispositivos convencionais (associando-os às medidas transformativas concebidas pela Corte), mas sobretudo, fornece matrizes de análise a serem adotadas pelos diferentes órgãos estatais, sobretudo, os órgãos jurisdicionais quando são confrontados por demandas que exigem o enfrentamento de situações de múltiplas violações a direitos.

Quando a Corte reconhece a existência de um cenário mais abrangente que está a condicionar (e conferir especial significado) às violações concretas experimentadas, esse padrão de análise permite que sejam enfeixados diferentes nuanças associadas à violação em

comento. Essa tomada de consciência da dimensão do contexto de violência estrutural institucionalizada nos diferentes setores do aparato estatal e da própria realidade cultural circundante, pode auxiliar os atores envolvidos nos litígios internos essa preocupação na adoção de medidas estruturais de enfrentamento dos contextos de violência.

Afinal de contas, o reconhecimento de que os padrões discriminatórios revelam-se através de múltiplas formas e, muitas vezes, sob o manto da própria igualdade da lei (supostamente impregnada de uma suposta neutralidade axiológica), exige dos atores comprometidos com o seu enfrentamento que deduzam suas pretensões de maneira inventiva e cientes da sua multidimensionalidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.** [online]. 2009, vol.6, n.11, pp. 6-39. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>.

ACOSTA LÓPEZ, Juana I. The Cotton Field case: gender perspective and feminist theories in the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 21, p. 17-54, 2012.

BASCH, Fernando, FILIPPINI, Leonardo, IAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 7, n. 12, jan./jun. 2010, pp. 9-35.

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto. Territorialidade, soberania e constituição: as bases institucionais do modelo de estado territorial soberano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, p. 181-200, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p181-200>

COMMITTEE on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment n. 20. Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). 42th. Session. Geneva, 4-22 May 2009. E/C.12/GC/20 2 July 2009.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214

_____. Caso de las niñas Yean e Bosico vs. Republica Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

_____. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172,

_____. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

_____. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190

GAYET, Anne-Claire. Contexts of structural discrimination in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. **International Human Rights Internship Working Papers Series**, McGill University, v. 1, n. 3, Spring 2013.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. Caso da Comunidade Indígena Xálmok Kázak vs. Estado do Paraguai: hermenêutica das “tensões” na sentença da Corte Intearmericana de Direitos Humanos. **Hendu: Revista Latino-americana de Direitos Humanos**. v. 5, n. 5, p. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v5i2.2253>

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004.

SHELTON, Dinah. **Remedies in International Human Rights Law**. Oxford: Oxford Universit Press, 2006.

SHEPPARD, Collen. **Inclusive equality**: the relational dimensions of systemic discrimination in Canada. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2010.

UNESCO. Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais. Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. 20a Sessão. 27 Nov. 1978.