

A REPARAÇÃO DOS DANOS COLETIVOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE COLLECTIVE REDRESS IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

Professora de Direito Civil – UFPR

Carlos Giovanni Pinto Portugal²

Professor Colaborador de Direito Civil – UNIBRASIL

RESUMO: O presente artigo trata das contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o reconhecimento de novos direitos calcados na lógica da coletividade, demonstrando uma superação, nesta instância supranacional de proteção dos direitos humanos e da compreensão individualista do direito de propriedade. Tal superação advém da interpretação das cláusulas protetivas e das possibilidades interpretativas mencionadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, impulsionando uma nova forma de promoção da responsabilidade civil dos Estados. Em especial, verifica-se o histórico condicionamento das populações indígenas pela opressão ocidentalizante

que mitiga as suas expressões culturais, religiosas e artísticas e que não respeita a sua especial vinculação com as terras que lhes acolhem para muito além da dimensão proprietário-burguesa. Delineia-se um quadro em que são acolhidos os direitos coletivos e a responsabilidade estatal pelo reconhecimento de danos injustos na esfera coletiva, causados à comunidade indígena Awás Tingni, denotando novas fórmulas ressarcitórias para além do dano individual. Entre os desafios traçados pela reparação coletiva está o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, depositando-se na função punitiva a garantia de não repetição.

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais (UFPR). Coordenadora do PPGD do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UNIBRASIL.

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL). Advogado militante em Curitiba.

PALAVRAS-CHAVE: Dano coletivo; dano individual; direitos humanos; função punitiva.

ABSTRACT: *This paper explores the contributions of the Inter-American Court of Human Rights for the recognition of new rights rooted in the logic of the collectivity, demonstrating an overrun, this supranational body for protection of human rights, individualistic understanding of the property right. This overrun stems from the interpretation of the protective clauses and interpretive possibilities mentioned in the American Convention on Human Rights, promoting a new way of promoting civil responsibility of States. In particular there is the historical conditioning of the indigenous populations by westernizer oppression that mitigates their cultural, religious and artistic expressions and not respecting their special bond with the land that receive them far beyond of the dimension proprietary-bourgeois. A framework in which they settle the collective rights and state responsibility by the recognition of the collective sphere unjust damage caused to the indigenous community Awás Tingni, showing new formulas of the reparation delineates beyond the individual damage. Among the challenges outlined by collective reparation is compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights, depositing on the punitive function to guarantee non-repetition.*

KEYWORDS: *Collective damage; individual damage; human rights; punitive function.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ruptura com o dano individual e a afirmação dos danos coletivos; 2 As comunidades indígenas como titulares dos direitos coletivos; 3 A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para consolidação da reparação coletiva; 4 As imposições da CIDH ao Estado nicaraguense como reconhecimento do dano coletivo da comunidade nativa; 5 Os desafios da reparação coletiva no sistema interamericano de direitos humanos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Intoduction; 1 The first break with the individual damage and the affirmation of collective damage; 2 Indigenous communities as holders of collective rights; 3 The contribution of the Inter-American Court of Human Rights for consolidation of collective redress; 4 The impositions Nicaraguan State to the CIDH in recognition of the collective damage of the native community; 5 The challenges of collective redress in the American system of human rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Pacto de São José da Costa Rica tem promovido, ao longo dos últimos anos, uma intensa modificação de compreensão dos direitos humanos, pensados, em primeiro plano, ainda sob o viés liberal-clássico.

O presente artigo busca delinear de que forma os direitos coletivos, ligados às comunidades indígenas, têm sido apurados pelas decisões da Corte, deixando a velha conotação individualista, do direito de propriedade, enunciada pelo Direito Privado moderno. Para isto, promove-se uma investigação acerca de caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, sentenciado pela Corte em 2001, e deduz-se daí a possibilidade também de uma nova estruturação da responsabilidade civil a envolver uma noção de danos coletivos que promovem a ruptura com a noção de dano individual, na esteira do fenômeno de ampliação dos danos suscetíveis de reparação, apontado por Fernando Noronha.

O tema remete para um debate que se trava no sistema interamericano de direitos humanos acerca da reparação coletiva, como o reconhecimento da existência de um sujeito coletivo de direitos, como distinto do dano sofrido por cada um dos membros do grupo atingido pela violação. A Corte move-se, gradativamente, nos quadros de uma reparação individual para a reparação coletiva, amparada do reconhecimento de direitos de dimensão coletiva, como o direito à terra das comunidades indígenas.

A reparação coletiva traz consigo novos desafios aos Estados e ao sistema interamericano de direitos humanos, que congregam, desde a definição de políticas públicas até a garantia de cumprimento das decisões da Corte. É neste último aspecto que, com fundamento em Stefano Rodotà e Maria Celina Bodin de Moraes, o presente artigo deposita na função punitiva da responsabilidade civil a garantia de reparação de danos extrapatrimoniais sociais, causados pela violação de direitos humanos.

Com vistas a desenvolver o tema e objetivo propostos, o artigo utiliza o método dedutivo, mas sem descurar da análise tópica do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este caso foi escolhido, por ter se tornando uma referência em sede de reparação coletiva amparada no reconhecimento de direitos dos povos indígenas, em toda a América Latina³.

Outrossim, o plano de trabalho foi dividido em cinco partes: (i) a ruptura com o dano individual e o reconhecimento dos danos coletivos, no âmbito da ampliação dos danos suscetíveis de reparação; (ii) o reconhecimento de direitos coletivos às comunidades indígenas, especialmente o direito à terra, sinalizando uma ruptura com a concepção individualista de propriedade; (iii) a contribuição

³ Cf. BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 399.

da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o reconhecimento da reparação coletiva, em torno do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*; (iv) as imposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Estado da Nicarágua, em face de danos coletivos, causados à comunidade indígena; (v) os desafios da reparação coletiva, cogitando-se da função punitiva como uma forma de assegurar a garantia de não repetição dos danos causados e de cumprimento das sentenças da Corte.

1 A RUPTURA COM O DANO INDIVIDUAL E A AFIRMAÇÃO DOS DANOS COLETIVOS

No direito contemporâneo assiste-se ao “triplo fenômeno” de transformação da responsabilidade civil descrito por Fernando Noronha: (i) a “objetivização da responsabilidade civil”; (ii) “a expansão dos danos suscetíveis de reparação”; (iii) “a coletivização da responsabilidade civil”⁴. Enquanto o primeiro fenômeno desloca o paradigma da imputação responsabilidade civil da culpa para o risco, ensejando a responsabilidade objetiva, os dois últimos condensam-se na ruptura com a concepção individualista e patrimonialista de dano, apontando para o surgimento de “novos danos”. Tal fato decorre de uma expansão qualitativa e quantitativa, que combina novos instrumentos processuais com a tutela de interesses existenciais e coletivos⁵.

Considera-se o dano como lesão a um bem jurídico de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, ensejando a clássica distinção que também remonta a cisão entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Trata-se de uma classificação ancorada no caráter individual do dano, pois parte do pressuposto de que o bem jurídico é o patrimônio ou como algo que integra a personalidade do indivíduo. No entanto, há danos que não atingem uma pessoa, tomada individualmente, em seu patrimônio ou sua personalidade, mas toda uma coletividade. Portanto, é necessário alargar a concepção de bem jurídico, abrangendo, para além dos bens individuais, os bens transindividuais, o que resulta em danos individuais e coletivos. Enquanto os primeiros referem-se à lesão de bens jurídicos ligados

⁴ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 31-44, mar. 1999, p. 35.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

à titularidade de uma única pessoa, os segundos referem-se à lesão de bens jurídicos que tem a coletividade como titular⁶.

Trata-se, por exemplo, do meio ambiente como direito de todos, previsto no art. 225 da Constituição da República. Tais danos são ressarcíveis por meio de ações coletivas propostas por qualquer membro da comunidade⁷, associações civis, agências governamentais ou pelo Ministério Público. Esta proteção foi positivada na Lei nº 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública, na Constituição da República, art. 5º, LXX, art. 129, III e § 1º, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 81.

Em caso de violação a esses bens jurídicos coletivos, surgirá, para além das possibilidades dos danos patrimoniais, o dever de reparar o dano moral coletivo. Indaga-se, então, acerca da existência de uma nova modalidade de dano moral, integrando o fenômeno de ampliação dos danos suscetíveis de reparação, apontado por Fernando Noronha. Por outras palavras, o dano ambiental e os danos aos consumidores poderiam ser caracterizados como danos morais, apontando para a existência de dor, humilhação ou sofrimento de uma coletividade? Coloca-se em questão a tendência verificada na doutrina e jurisprudência de absorção do dano coletivo pelo dano moral, de tal modo a ensejar o “dano coletivo moral”⁸.

Ocorre que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Eis que o dano transindividual qualifica-se como um dano extrapatrimonial, que decorre da lesão a interesses difusos ou coletivos, sem atentar para uma possível lesão no espírito de uma comunidade. Não obstante, a positivação do termo “dano moral coletivo” no art. 6º, VI e VII, do CDC e no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, e em ações civis públicas por reparação de dano moral coletivo, propostas pelo Ministério Público, os danos transindividuais não se caracterizam como danos morais⁹. Trata-se de tentar enquadrar estes novos danos em uma das categorias já disponíveis no ordenamento jurídico: o dano moral, que está afeto à individualidade do dano, delimitada pela responsabilidade civil clássica.

⁶ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 391-392.

⁷ Como na ação popular (Lei nº 4.717/1965).

⁸ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 396.

⁹ Idem, p. 397.

A existência de outros danos extrapatrimoniais ao lado do dano moral foi consagrada em acórdão paradigmático do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, cujo Relator, à época o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, acatou pedido de indenização por dano psíquico:

Ação de reparação de danos. Dano psíquico e dano estético, advindo de lesões sofridas por professora. Comprovado o dano psíquico, afetando a capacidade laborativa, deve o mesmo ser indenizável, mesmo que a vítima passe a auferir proventos em razão da profissão que desempenhava. Não há como se confundir o direito à indenização advindo de fato ilícito, com o de percepção de proventos, porque as relações jurídicas são diversas. Adoção dessa premissa com reservas de parte da minoria. O direito deve proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro. Absorção do dano estético pelo psíquico acolhido pela maioria. Divergência a nesse particular, entendendo-se cumuláveis em determinadas circunstâncias. Votos vencidos.¹⁰

Posteriormente, a jurisprudência brasileira consolidou a distinção entre dano moral em sentido estrito, dano psíquico, dano estético e dano ao projeto de vida¹¹. No que se refere ao dano estético, a sua constatação não demanda maiores dificuldades. Já o dano psíquico e o dano ao projeto de vida exigem do juiz uma atividade de ponderação: a partir dos dados concretos, cabe-lhe examinar a singularidade da vítima em todas as circunstâncias, pautando-se pelo dever de razoabilidade¹².

Na esteira desse entendimento, o REsp 598.281 do Superior Tribunal de Justiça afastou a caracterização do dano moral coletivo por lesão ao meio ambiente, entendendo-se incompatível com o dano moral a ideia de transindividualidade¹³.

¹⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 183001056, 2º Grupo Cível, Novo Hamburgo, 25.03.1985, Rel. Des. Décio Erpen. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 29, p. 65, 1983.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. V, t. II (artigos 389 a 420), 2004. p. 342.

¹² *Idem*, p. 342.

¹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

Por outras palavras, o dano moral não abarca o dano coletivo, porque aquele é um dano individual, enquanto este é um dano extrapatrimonial que caracteriza uma redução da qualidade de vida¹⁴.

Há, ainda, uma incompatibilidade da função da responsabilidade civil em sede de danos transindividuais. Enquanto a função da reparação dos danos individuais é restitutória, pois se pretende retornar ao *status quo ante*, tal função não se faz possível em relação aos danos coletivos. Eis que a proteção dos interesses difusos e coletivos demanda a punição do agente que se beneficia do dano à coletividade, acarretando um caráter preventivo à reparação, que se torna possível na punição do ofensor. Trata-se de uma hipótese excepcional de utilização da função punitiva da responsabilidade civil na aceção de Maria Celina Bodin de Moraes:

É de aceitar-se ainda, um valor a mais na reparação do dano extrapatrimonial para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos e coletivos, tanto na relação de consumo, quanto no direito ambiental. Aqui a *ratio* será a função preventiva-precautória, que o “caráter punitivo” inegavelmente possui, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Embora não se possa titulá-la de “indenização preventiva”, um verdadeiro paradoxo, ela teria como parâmetros de quantificação as possibilidades de risco que hoje já podem ser avaliáveis objetivamente.¹⁵

Partindo deste fundamento, e apoiando-se no art. 3º da Lei nº 7.347/1985, que permite à ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro, para além das obrigações de fazer ou não fazer, Rafael Viola afirma ser “impensável a responsabilidade civil coletiva sem um caráter punitivo”¹⁶. Eis que, em tais casos, torna-se imperioso dar-se uma resposta à conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou quando se trata de prática

¹⁴ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 398.

¹⁵ *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004, p.77.

¹⁶ O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva, p. 402.

maliciosa e danosamente reiterada, configurando-se um dano que não atinge somente ao indivíduo, mas à coletividade por violação à solidariedade social. É o dano extrapatrimonial social que tem por finalidade reparar o dano causado à sociedade¹⁷.

Trata-se da ruptura com uma concepção individualista e patrimonial da reparação dos danos, reconhecendo-se interesses transindividuais ou supraindividuais, que passam a ser considerados como dignos de proteção. É o resultado de um trabalho tecido pela jurisprudência, que desloca o centro da responsabilidade civil do ato ilícito para uma “proteção mínima de direitos fundamentais”¹⁸. Nesta perspectiva, indaga-se acerca da reparação coletiva por violação aos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Antes, porém, importa tratar brevemente dos direitos coletivos indígenas, considerando tais comunidades gentílicas na medida de sua coesão comunitária e cultural.

2 AS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO TITULARES DOS DIREITOS COLETIVOS

Certo é que na esteira do delineamento de novos danos, como o dano coletivo tratado *supra*, faz-se necessário um reconhecimento anterior: o de “novos” direitos que ultrapassam a noção de estrita individualidade, e, por consequência, induzem em um repensar do direito à luz de novos paradigmas. É neste sentido que

impõe-se a construção de novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de “novos” direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e individual.¹⁹

Por certo que, ao tratar dos danos à coletividade indígena dos países latino-americanos, certas especificações e cuidados merecem ser tomados.

¹⁷ Idem, p. 401-402.

¹⁸ Stéfano Rodotà apud MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201, p. 176.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013, p. 124.

Como assevera Flávia Piovesan, um acentuado grau de desigualdades sociais já é notadamente verificado no contexto da América Latina²⁰. Tais peculiaridades são ainda majoradas quando se compreendem os indígenas como um grupo social de risco. Ainda, como resquício de um passado colonialista mais remoto, e de uma história ainda recente de regimes ditatoriais²¹, a região do globo sob a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos sofre as mazelas de sua histórica condição de desigualdade social, estando ainda, para alguns efeitos, sob a marca do “sul global”²², do qual trata Boaventura de Sousa Santos. Alie-se isto a todo contexto de subjugação, a posição tribal e historicamente acidentada dos índios latino-americanos, e perceber-se-á evidente descompasso material frente ao discurso protetivo dos direitos humanos na comunidade internacional. O “processo histórico de dizimação”²³ foi característica marcante até momentos recentes, implicando uma dívida notável da comunidade contemporânea para com a cultura vitimizada.

Quanto ao contexto social e cultural da América Latina, vale dispor o posicionamento para o qual

a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático.²⁴

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 85.

²¹ A ditadura Somoza é exemplo claro das mazelas nicaraguenses do século anterior.

²² Implica isto dizer que, somados aos fatos histórico-sociais condicionantes, alguns elementos culturais e epistemológicos têm o condão de marcar, de forma evidente, uma certa “desimportância” do contexto latino-americano quando comparado ao peso das correntes de pensamento do “norte global” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: _____; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009. passim.

²³ A referência aqui é de Caio Mário da Silva Pereira, para o qual: “Os nossos aborígenes, encontrados pelos descobridores, foram vítimas, no período colonial, de um processo quase sistemático de dizimação, expulsos da orla litorânea e pouco a pouco atingidos no interior em que residiam ou se refugiaram” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011. p. 240.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 87.

Comumente tratados por “inferiores”, as comunidades indígenas precisam, na esteira de recompor a sua condição material por meio de reconduções jurídicas, ser tratadas como merecedoras de regimes especiais de proteção, assim como declara o ordenamento jurídico brasileiro. Não, porém, na medida de sua *incapacidade*, como o fazia o antigo Código Civil²⁵, que, sob o critério declarado de proceder à sua melhor tutela, retirava das comunidades “silvícolas”²⁶ um importante *status* jurídico que o marcava e estereotipava ainda mais perante a coletividade “ocidentalizada”.

Ainda na legislação brasileira encontrou-se com grande facilidade uma imperfeição evidente quanto ao respeito pela cultura da alteridade indigenista. O advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, expunha que os “silvícolas” ficariam sob certo regime tutelar que apenas cessaria “na medida em que se forem adaptando à civilização do País”²⁷. Veja-se, com clareza singular, que, ainda nesta época próxima, certo viés de destruição da composição cultural da comunidade indigenista é encontrado, forçando uma adaptação civilizatória e ocidentalizadora premiada com a plena capacidade jurídica. A salvaguarda legislativa mais era estigmatizante do que respeitadora e tuteladora da condição especialíssima dos índios.

Em tempo, exponha-se que o Código Civil vigente não mais considera os índios brasileiros como incapazes, remetendo o seu tratamento legislativo a regime especial, consideração que chega com enorme atraso frente ao clamor dos grupamentos indígenas há muito tempo no ostracismo da tutela jurídica. Em 1973, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), muito embora de certo cunho protetivo, ainda insistentemente se fundamenta no paradigma sob o qual há que se “integrar” as comunidades indígenas à civilidade institucionalizada. Veja-se, por exemplo, que, logo em seu art. 1º, de forma paradoxal declara o seu viés de preservação da identidade cultural e, no mesmo passo, dita a sua visão programática integracionista, retirando por completo

²⁵ Art. 6º, IV, do Código Civil brasileiro, revogado, de 1916.

²⁶ Atente-se que o termo utilizado pelo Código Civil brasileiro de 1916 valia-se do termo “silvícola”, muito mais adstrito à noção de indivíduo “selvagem” e não civilizado. “Silvícola m. e adj. Pessoa, que nasce ou vive nas selvas ou matas. (Lat. silvicola)” (FIGUEIREDO, Cândido. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1843. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014).

²⁷ Legislação que deu nova tecitura ao texto do art. 6º do Código Civil brasileiro de 1916.

o direito do índio de viver a sua cultura e *modus vivendi* especial²⁸. Integrá-los pretendendo manter e respeitar os seus costumes é evidente posicionamento desconcertado. Para Carlos Frederico Marés, a “tônica de toda a legislação indigenista, desde o descobrimento, é a integração, dita de modo diverso em cada época e diploma legal”. E continua, dispondo que “a lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a idéia de que integração era um bem maior que se oferecia ao gentio...”²⁹.

A Constituição da República de 1988, porém, pautada em ventos de real matiz democratizadora, desfaz este equívoco histórico que insistia em percorrer, com as mais variadas composições textuais, a seara do discurso integracionista e arrasador. O então novel texto constitucional³⁰, ampliando uma postura reclamada historicamente, reconhece aos índios brasileiros o direito de permanecer índio, “com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. [...] Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam”³¹. A virada textual, contudo, apenas tangencia as problemáticas concretas dos índios brasileiros.

A progressão da proteção jurídica dos índios brasileiros avança da mera questão individualizada para acompanhar, como não poderia deixar de ser, a sua compreensão em termos gerais, ou seja, tomando-os como coletividade que são. Certos direitos ligados ao grupo indígena não são, por certo, fáceis de se individualizar nos padrões seguidos pelo clássico direito da responsabilidade civil ou pelo próprio mecanismo processual disponível. Emerge aqui a importância da compreensão dos chamados direitos coletivos da comunidade

²⁸ BRASIL. Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973): “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”.

²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 106.

³⁰ Interessante notar a diferença de abordagem normativa, não integracionista, mas de manutenção da liberdade cultural (BRASIL. Constituição da República Federativa: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”).

³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107.

indígena. Tais direitos coletivos não podem ser a somatória de direitos subjetivos individuais, mas são encontráveis relacionados a certo grupo de pessoas, e, além, “são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis”³², não tendo economicidade que se concentre de forma individual, mas apenas se torna explícito no contexto da coletividade específica.

Esta titularidade difusa estampa a necessidade de se considerar os direitos coletivos vinculados ao grupo social que detém a sua titularidade especial³³. Os povos indígenas e as minorias étnicas possuem direitos coletivos que são tanto territoriais quanto culturais, bem como são detentores de direitos à organização social específica³⁴. Não obstante ser bastante nítida a dificuldade processual para o tratamento da demanda coletiva no Direito brasileiro, partindo-se das questões de titularidade ativa, até a forma de compensação de eventuais danos já causados, importa, para os propósitos deste artigo, delinear as possibilidades contidas na esfera de proteção propugnada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e a sua respectiva Corte internacional.

No plano internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas (DUDPI) ganha expressividade tal que chega a representar uma transformação fundamental no relacionamento dos povos indígenas e dos Estados nacionais nos quais se inserem territorialmente³⁵. Fato é que se expressa na DUDPI³⁶, no âmbito da ONU como sistema internacional de proteção dos direitos humanos, um significativo instrumento de luta pelos direitos indigenistas. Estes, como demonstrado, durante muito tempo foram

³² Idem, p. 179.

³³ O art. 227 da Constituição da República dispõe que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”.

³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 184.

³⁵ APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35 (35-57).

³⁶ A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007, com 143 votos a favor, 4 contrários e 11 abstenções. Os votos contrários à declaração, frise-se, foram dos Estados canadense, estadunidense, neozelandês e australiano. Vale ressaltar que entre os motivos para a contrariedade estão “o entendimento de que as leis comunitárias infringem a universalidade constitucional” (APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 46).

absolutamente esquecidos e considerados parte integrante, em detrimento de suas especificidades linguísticas, culturais, etc., do Estado nacional que por eles (não) respondia. De verdadeiros subcidadãos do Estado à consideração de povo autêntico e merecedor de especial respeito, a empreita para o reconhecimento da dignidade dos povos minoritários foi e tem sido bastante intensificada, promovendo-se uma superação da estrutura individualista e liberal dos direitos humanos na comunidade internacional.

A Convenção nº 169 da OIT³⁷ figura como importante exemplo de instrumento do direito internacional que promove a defesa dos direitos dos povos tradicionais, sempre visando ao estabelecimento de relacionamentos mais harmonizados entre os povos autóctones e a sociedade parametrizada em torno da lógica do Estado contemporâneo. Garante, o documento, a permanência dos índios nos territórios por eles ocupados tradicionalmente, implicando aos Estados o reconhecimento de sua especial relação com a terra³⁸. Tal Convenção internacional, ratificada pelo Brasil, tem plena vigência no ordenamento jurídico pátrio, e, em se tratando de direitos humanos, compreendidas como normas hierarquicamente acima da ordem jurídica infraconstitucional. Requer-se, por meio dela, não apenas a tutela física dos nativos, mas também seus costumes, suas necessidades territoriais, suas imposições dispostas aos Poderes Públicos no sentido de promoção de sua proteção, etc.

Sistema complementar, e não incompatível com o sistema internacional de proteção dos direitos indígenas, é o sistema normativo regional e interamericano de proteção dos direitos humanos com base no Pacto de São José da Costa Rica. Marca evolutiva da proteção coletiva dos direitos dos autóctones no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se dá por meio da expressiva análise de sua jurisprudência. É assim que importantes sentenças, como nos casos *Plan de Sánchez v. Guatemala* (2004), *Yatama v. Nicarágua* (2005), *Moiwana v. Nicarágua* (2005), *Yakye Axa v. Paraguai* (2005)³⁹, indicaram incontestáveis avanços na defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas. Isto indica, por outro lado, que o aparente pequeno rol de direitos humanos contidos

³⁷ Importante asseverar que a Convenção nº 169 foi ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002.

³⁸ DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 75 (75-96).

³⁹ Todas as sentenças disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

na Convenção Americana de Direitos Humanos não impede o grande avanço protetivo implementado por esta instância supranacional.

Assim, o direito à propriedade privada, sensivelmente modificado por meio de uma interpretação plural de sentido, ultrapassa a sua construção liberal de direito subjetivo individual e passa a compreender a sua extensão para muito além daquela forjada pelo direito civil clássico.

Ao superar o “olhar individualista”, a leitura da Corte quanto ao direito de propriedade implica alastrar o alcance da melhor interpretação acerca dos direitos coletivos, e, em especificidade, a noção de “propriedade comunal”⁴⁰.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA CONSOLIDAÇÃO DA REPARAÇÃO COLETIVA

A Convenção Americana de Direitos Humanos refere-se à reparação individual dos direitos humanos, ensejando no Sistema Interamericano de Direitos Humanos um debate cada vez mais crescente acerca da reparação coletiva. No entanto, é possível notar uma preocupação em considerar as medidas de reparação coletiva nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como nos casos de massacres indígenas, de violações do direito à terra, dos direitos trabalhistas ou de pessoas em regime carcerário. Em tais casos, Carlos Martíns Beristain identifica que a reparação coletiva não decorre da existência de um sujeito de direitos coletivos, mas do impacto coletivo produzido pelas violações. No caso dos Cinco Pensionistas do Peru, a Corte Interamericana considerou que a violação do direito à pensão dos afetados não passava de uma violação individual. Para que a violação aos direitos econômicos e sociais pudesse ser considerada como uma violação coletiva, seria necessário que o grupo representasse um conjunto amplo da sociedade⁴¹.

Nessa perspectiva, indaga-se o significado de uma reparação individual, sendo possível afirmar que o desenho da Corte Interamericana de Direitos Humanos está atrelado a uma concepção individualista de direitos humanos como direitos de liberdade do indivíduo oponíveis ao poder do Estado, enquanto

⁴⁰ MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci_arttext#top3>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁴¹ BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 392-393.

à reparação coletiva é imprescindível à noção de direitos coletivos e de direitos dos povos⁴².

A primeira vez em que a Corte Interamericana determinou a reparação coletiva com fundamento no reconhecimento de um direito coletivo de propriedade de terras foi no caso *Awas Tingni v. Nicarágua*⁴³: reconheceu que o direito territorial dos povos indígenas tem um caráter coletivo, já que se relaciona com a sua cultura e a preservação presente e futura da comunidade. Tal caso gerou impacto relevante na jurisprudência da Corte Interamericana, por retratar o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas em toda a América Latina⁴⁴. Por outras palavras, a tutela privilegiada dos direitos humanos de primeira geração, tecidos por uma pretensa continuidade histórica de afirmação destes direitos, foi rompida em favor do reconhecimento de direitos coletivos e dos direitos dos povos.

A comunidade Mayagna Awas Tingni é uma comunidade indígena da Nicarágua, reconhecida pela Constituição, que vivia de agricultura familiar e comunal, de coleta de frutas e plantas medicinais, da caça e da pesca, dentro de um espaço territorial, de acordo com o sistema tradicional de pertencimento, vinculado à organização política de uma comunidade. O Estado da Nicarágua⁴⁵ foi responsabilizado por violar o direito à terra desta comunidade indígena, ao outorgar uma concessão à Companhia Sol del Caribe S.A. para realizar, em terras Awas Tingni, trabalhos de construção de carretas e de exploração de madeira sem o consentimento da comunidade. A Comissão solicitou perante a Corte que

⁴² Victor Madrigal Borloz apud BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 397.

⁴³ Cuja teor de sentença data de 31 de agosto de 2001 e da qual foi partícipe o brasileiro Antônio A. Cançado Trindade. CIDH. *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁴⁴ BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 395.

⁴⁵ Estado-parte da Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica) desde 25 de setembro de 1979, tendo, inclusive, reconhecido a competência da Corte em 12 de fevereiro de 1991. Aduz o art. 62.3 do documento: “A Corte tem competência para conhecer qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial” (CADH. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 set. 2014.

o Estado da Nicarágua fosse obrigado a se abster de outorgar ditas concessões e a indenizar a comunidade, até que as terras dos indígenas fossem demarcadas.

Ao decidir o caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que a Constituição da Nicarágua reconhece e protege a propriedade comunal indígena dos Awas Tingni. O Estado não dispõe de um procedimento específico para titulação, delimitação e demarcação destas terras indígenas. Por isso, o Estado deveria adotar, em seu direito interno, medidas legislativas e administrativas necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das terras da comunidade, de acordo com os seus valores, usos e costumes.

A Corte também reconheceu a existência de uma tradição comunitária sob a forma de propriedade coletiva da terra. Este sentido de pertencimento não se centra no indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. A relação entre os indígenas e a terra é a base fundamental da cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Não se trata de mera posse, mas de um elemento cultural.

A partir de casos como o da comunidade Awas Tingni *v.* Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou a reparação de danos coletivos, como tradução do reconhecimento de direitos coletivos e direitos dos povos como direitos humanos. Por conseguinte, para Carlos Martíns Beristain, a reparação dos danos no sistema interamericano de direitos humanos deve considerar:

- a) O caráter individual ou coletivo das violações de direitos humanos: é necessário verificar o caráter individual ou coletivo do direito violado, e se o grupo afetado constitui-se em um coletivo definido ou apenas um coletivo que sofre violação em seus direitos. No caso Awas Tingni, um direito coletivo à terra foi violado⁴⁶;
- b) Prevenção ou garantia para outros coletivos: a reparação coletiva pode se referir a um grupo específico ou a reparação pode se estender a outros coletivos atingidos pela mesma violação. Atenta-se, ainda, para as garantias de não repetição como forma de reparação coletiva⁴⁷;

⁴⁶ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 393.

⁴⁷ *Idem*, p. 394.

- c) Tipo de efeitos: a violação dos direitos humanos pode referir-se a uma soma de efeitos individuais ou ter efeitos coletivos, como a desestruturação do tecido social, a perda de elementos de identidade comunitária, como a relação com o território ou a cultura⁴⁸;
- d) Identidade coletiva: a reparação dependerá do tipo de identidade coletiva que sofreu violação de seus direitos. Pode se tratar de um coletivo com identidades culturais diferenciadas, como no caso *Awas Tingni*, com uma definição territorial, com uma dimensão coletiva baseada em um regime de coexistência de vida, uma identidade ideológica (movimento político) ou com um elemento ligado a uma atividade profissional ou social (comerciantes)⁴⁹.

Vale considerar uma nota de fundamental importância para a definição do caso em comento que se destaca no voto fundamentado conjunto de A. A. Cañado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli. Destacam os juízes justamente a dimensão intertemporal da forma comunitária de propriedade que prevalece entre os membros das comunidades indígenas, que, em realidade, traduz-se pela noção do sagrado. A terra para a comunidade é também substancial para o seu desenvolvimento familiar, cultural e religioso. A noção de coletividade ultrapassa aqui, inclusive, a concepção tradicional e ocidentalizada do termo, posto que se inclui na condição de manutenção da posse da terra o vínculo sagrado com os membros já falecidos (antepassados) que de forma divinizada se aderem ao solo. O direito à expressão cultural e à liberdade religiosa se configura sob o testemunho de um dos membros da dita comunidade, para o qual: *“Por eso nosotros tenemos como Cerro Sagrado. [...] Asangpas Muigeni es espíritu del monte, es igual forma como um humano, pero es um espíritu [que] vive debajo de los cerros”*⁵⁰.

Esta noção de propriedade excede a noção clássica do ocidentalizado individualismo, que, nessa seara, requer esforços de compreensão do sentido de coletivização e de vínculo da comunidade nativa à terra. Vejamos, contudo, em que sentido se moldam as sanções aplicadas ao Estado nicaraguense, bem como o modo como os danos coletivos foram entendidos.

⁴⁸ Idem, p. 394.

⁴⁹ Idem, p. 394.

⁵⁰ CIDH. Sentença do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

4 AS IMPOSIÇÕES DA CIDH AO ESTADO NICARAGUENSE COMO RECONHECIMENTO DO DANO COLETIVO DA COMUNIDADE NATIVA

Ponto de grande relevância no procedimento processual da Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá no sentido do esforço pela busca de um consenso para emissão da sentença condenatória ou que condene o Estado-parte nas demandas que lhe são trazidas a lume. Assim, prima-se pelo diálogo, buscando ao menos um consenso majoritário, o que indica que os julgadores que pensam diversamente apenas apontam seus votos dissidentes expondo os motivos da discordância⁵¹. Ademais, importa considerar que o art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos permite à Corte determinar que seja “assegurado ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados”, e que “sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

As possibilidades da Corte em promover variados meios de reparação são notas dignas de menção. Primeiramente, por se diferenciar de outro importante sistema regional de proteção aos direitos humanos, o europeu. No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma ampla gama de modelos ressarcitórios ou compensatórios⁵² é admissível por força da abertura do art. 68.1, impondo-se aos Estados a integral observação das “obrigações de fazer e não fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado”⁵³.

No caso em comento, algumas medidas da Corte foram absolutamente importantes na tutela da comunidade indígena. Verificando restarem infringidos pelo Estado-parte os arts. 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (violação do direito de propriedade e do direito à proteção judicial, respectivamente), impondo a imediata adoção, no direito interno do Estado, de medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias para a criação de um mecanismo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

⁵² O art. 2º da Convenção declara que “[...] os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

comunidades, em conformidade com os seus valores e costumes⁵⁴. Para além das compensações pecuniárias pelos gastos com os procedimentos judiciais nacionais e internacionais e pelos sofridos danos “imateriais”, a sentença da Corte tem grande valor moral, no sentido de reprovar a conduta do Estado quanto aos direitos humanos das comunidades atingidas pelo seu desvelo. Esta parte da sentença bem esclarece que ela, *de per se*, se posta como uma sanção, desvinculando a responsabilização de sua nota clássica característica: a resposta meramente pecuniária: “La CORTE, [...] 5. Declara que la presente Sentencia constituye, per se, una forma de reparación para los miembros de La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. [...]”⁵⁵.

Desse modo, ao decidir impor ao Estado nicaraguense uma reparação coletiva em favor da comunidade Awas Tingni, o fez por meio da imposição de: (i) obrigações de não fazer: o Estado devia se abster de praticar atos que afetassem a existência, o valor, os usos e o gozo de bens na zona geográfica em que habita a comunidade indígena; (ii) medidas legislativas e administrativas para efetivar a delimitação e titulação das propriedades da comunidade indígena, de acordo com os costumes, usos e valores; (iii) reparação de danos imateriais sofridos pelos indígenas, no valor de cinquenta mil dólares, em obras e serviços de interesse coletivo em benefício da comunidade e de comum acordo com ela, sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e (iv) reparação de danos patrimoniais, no valor de trinta mil dólares, quanto aos gastos e às custas da comunidade e de seus representantes, nos processos internos e no processo internacional perante a Corte.

5 OS DESAFIOS DA REPARAÇÃO COLETIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A reparação coletiva é um desafio para os Estados, na medida em que exige, por vezes, mudanças legais, medidas socioeconômicas e a definição de políticas públicas de direitos humanos. No caso Awas Tingni, a propriedade da terra exigiu mudanças legislativas para a sua titulação. Trata-se de obrigar os Estados a respeitar a relação da comunidade com a terra, de tal modo a exigirem-se medidas legislativas e administrativas para efetivar a delimitação,

⁵⁴ Página 87 da sentença citada.

⁵⁵ Página 87 da sentença citada.

demarcação e titulação das propriedades da comunidade indígena de acordo com os seus costumes e valores⁵⁶.

No caso Awas Tingni, para que a reparação concretizasse o direito à terra, houve a necessidade de definir projetos sociais e de infraestrutura⁵⁷. Trata-se de medidas socioeconômicas, no que se refere à infraestrutura ou ao desenvolvimento local, como a realização de obras ou serviços em benefício da comunidade para reparar o dano imaterial causado. Cogita-se, todavia, do risco que tais medidas substituam as políticas públicas de desenvolvimento. Para afastá-lo, é necessário ter em consideração a perspectiva das vítimas e a análise crítica das respostas do Estado. Os projetos de reparação coletiva devem se basear em acordos sobre atividades ou infraestruturas e estabelecer mecanismos de participação e controle das decisões. Eis que a reparação deve atuar como um catalisador de desenvolvimento social destas comunidades, e não como um substituto de políticas públicas⁵⁸.

Ocorre que tais desafios acham-se, por vezes, comprometidos pelas dificuldades na fase de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, que acabam por reproduzir as razões que ensejaram a demanda. Sobre isso, pronunciou-se Carlos Martín Beristain, fazendo menção ao caso Awas Tingni:

El largo tiempo en el que se afrontan estos problemas hace que – varios años después de las sentencias – la situación de las comunidades siga siendo la misma, en términos prácticos. Por ejemplo, durante más de cinco años, el caso Awas Tingni ha sido conocido internacionalmente, estudiado en las universidades y se ha convertido en un referente para los pueblos indígenas y los estudios de los derechos colectivos; mientras tanto la comunidad se encontraba en las mismas circunstancias que antes de la sentencia, con un aumento de

⁵⁶ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 399.

⁵⁷ *Idem*, p. 398.

⁵⁸ Nas palavras do autor: “Para evitar que la reparación colectiva sustituya a las medidas de desarrollo de las políticas públicas, se necesita tener en cuenta la perspectiva de las víctimas y el análisis crítico de las respuestas del Estado, cuando trata de limitar el problema a la derivación de ciertas partidas del presupuesto. Los proyectos de reparación colectiva necesitan basarse en acuerdos sobre las actividades o infraestructuras a llevar a cabo, así como establecer algún mecanismo de participación y control en la toma de decisiones” (BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 400-401).

*la conflictividad local con las comunidades vecinas. En el caso Yakye Axa, tres años después de la sentencia la comunidad permanecía en la misma cuneta de la carretera, frente a la tierra adjudicada en la reparación, a la que sigue sin tener acceso.*⁵⁹

Considerando os fatos relatados pelo autor, indaga-se como dar maior efetividade às sentenças da Corte que determinam a reparação de danos coletivos. Com vistas a delinear uma resposta, retoma-se o tema do caráter punitivo da responsabilidade civil coletiva.

Referindo-se ao caráter punitivo dos *punitive damages*⁶⁰ e a sua recepção pelo Direito brasileiro⁶¹, limitada somente a casos taxativamente previstos em lei, Maria Celina Bodin de Moraes segue as lições de Stefano Rodotà sobre o tema:

[...] em certas situações os *punitive damages* têm uma razão de ser. Principalmente, por exemplo, em situações de danos coletivos nas quais é difícil identificar aqueles que tenham efetivamente sofrido o dano para fins de ressarcimento; ou então as situações nas quais a cifra determinada para a reparação do dano, após ser dividida por todos os que sofreram o dano, torna-se um valor insignificante para cada um destes, sendo que se fosse estabelecido um ressarcimento adequado na todos

⁵⁹ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 435.*

⁶⁰ “Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart Money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se - nesse aspecto funcional - aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16)

⁶¹ Na práxis norte-americana, os *punitive damages* foram estendidos da responsabilidade extrapatrimonial, que estava afeta à sua origem, para a responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social. No direito brasileiro, a figura continua circunscrita ao dano extrapatrimonial (Cf. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18).

estes, o montante total a ser pago subiria a ponto de ter efeitos econômicos devastantes para quem o paga.⁶²

Trata-se, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, de admitir uma figura semelhante aos *punitive damages*. Ela teria lugar, quando for necessário dar uma resposta à sociedade, ou, ainda, de aceitar-se um valor a mais da indenização na reparação de danos extrapatrimoniais, em situações que podem causar lesões a um grande número de pessoas, quando estão em jogo direitos difusos e coletivos. É a função preventivo-precautória, capaz de quantificar as probabilidades de risco. Em tais casos, o valor da indenização não teria como destinatário a vítima, mas uma coletividade de pessoas, na medida em que fosse depositado em fundos predeterminados⁶³.

No âmbito da reparação coletiva, delineada pelo sistema interamericano de direitos humanos, o caráter punitivo dos *punitive damages* pode ser relacionado ao que Carlos Martín Baristain denomina “garantias de não repetição”. É um conjunto de medidas que envolvem as mudanças legislativas, a implementação de procedimentos administrativos, as mudanças institucionais e o funcionamento de mecanismos de controle ou formação de funcionários no campo de direitos humanos ou protocolos internacionais⁶⁴. A sua importância está não apenas em ter um efeito psicológico positivo para as famílias das vítimas, mas em colocar fim à violação dos direitos humanos, restituindo os direitos das vítimas. Portanto, as garantias de não repetição são um elemento central no litígio, de tal modo a compor as medidas de reparação⁶⁵.

Entre as medidas de não repetição, Carlos Martín Baristain atenta para a possibilidade de utilização da reparação econômica com um caráter dissuasório:

⁶² Apud *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004, p. 76.

⁶³ Idem, p.76. Neste sentido também opinam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “[...] um fundo criado por lei – a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a ‘indenização’ para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para regerar os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante ‘lógica do mercado’” (Úsos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 25).

⁶⁴ *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 373.

⁶⁵ Idem, p. 374.

*Así, las medidas de memoria y reconocimiento tratan de rescatar una imagen positiva de la víctima, denunciar los hechos, lograr un compromiso público del Estado y transmitir esa memoria a las nuevas generaciones. La reparación económica en algunos casos puede tener también un componente disuasorio con respecto a las violaciones.*⁶⁶

Atentando-se para que o comenta o autor, é possível incluir entre as medidas de reparacão dos danos coletivos, no sistema interamericano de direitos humanos, o caráter punitivo da responsabilidade civil. Esta pode ser a melhor resposta para os casos de violacões de direitos humanos, que não cessam na fase de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos, como no caso *Awas Tingni*. Eis que, após proferida a sentença pela Corte, a comunidade ainda se encontrava nas mesmas condições em que estava antes do julgamento do caso e em uma situacão de aumento do conflito com comunidades vizinhas⁶⁷. Os componentes dissuasório e de exemplaridade, presentes nos *punitive damages*, possibilitariam a restituicão do direito à terra, na medida em que integram a garantia de não repetiçao. Consequentemente, a reparacão coletiva atuaria não apenas por meio de uma funçao ressarcitória ou compensatória, mas por meio de uma funçao dissuasória, impondo ao Estado violador dos direitos humanos em jogo uma “indenizacão punitiva”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos prevalecia a reparacão individual dos danos, que estava atrelada à concepçao de direitos humanos como direitos de liberdade do indivíduo, oponíveis ao poder do Estado. No caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, a Corte Interamericano de Direitos Humanos afirmou a reparacão de danos coletivos, como o resultado do reconhecimento de direitos coletivos, entre os quais o direito à terra.

Esse reconhecimento insere-se no fenômeno da ampliacão dos danos suscetíveis de reparacão, que transforma os alicerces da responsabilidade civil clássica. Porém, o dano coletivo não se confunde com o dano moral, já que este último é um dano individual. A jurisprudência brasileira, por meio do Superior Tribunal de Justiça, afastou os danos coletivos dos danos morais, entendendo-se que

⁶⁶ Idem, p. 376.

⁶⁷ Idem, p. 435.

tal identificação não passa de uma tentativa de enquadrar os novos danos em uma das categorias já disponíveis no ordenamento jurídico.

O dano coletivo não possibilita a função restitutória da responsabilidade civil, sendo-lhe indispensável uma reparação de caráter punitivo. Trata-se de dano extrapatrimonial social, que tem por finalidade reparar um dano causado à sociedade. Com amparo em Maria Celina Bodin de Moraes, sinaliza-se afirmativamente quanto à sua função punitiva, entendendo-se como uma medida preventiva capaz de evitar novas violações de direitos humanos às comunidades indígenas. Nesta perspectiva, com fundamento em Stefano Rodotà, desloca-se o centro da responsabilidade civil do ato ilícito para a proteção de direitos fundamentais.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a reparação coletiva não se esgota nesta restituição do direito à terra. Trata-se do reconhecimento de direitos coletivos na medida em que se ligam à identidade cultural da comunidade e aos meios de desenvolvimento desta comunidade. Portanto, a restituição do direito à terra está acompanhada de medidas coletivas de reparação econômica e social. É a obrigação de realizar obras e serviços em favor do desenvolvimento econômico e social da comunidade.

Os direitos humanos ampliam as medidas de reparação coletiva, conformando-as à realidade econômica e social das comunidades indígenas e transpondo o paradigma de reparação de danos, delineado pelo modelo sanção-reparação. Nesta perspectiva, torna-se possível transpor para o sistema interamericano a função punitiva, imprescindível à reparação dos danos coletivos. Trata-se de incluí-la entre as garantias de não reparação, na medida em obriga os Estados a dar cumprimento às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e impedir novas violações aos direitos das comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CIDH. Sentença do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdfZ>. Acesso em: 12 set. 2014.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

FIGUEIREDO, Cândido. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1843. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. V, t. II (artigos 389 a 420), 2004.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci_arttext#top3>. Acesso em: 15 set. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: _____. MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.