



**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
***CASO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL***  
**ALEGAÇÕES FINAIS ESCRITAS**  
**ABRIL DE 2017**

## SUMÁRIO

<b>I. Apresentação .....</b>	<b>3</b>
<b>II. Considerações Introdutórias .....</b>	<b>6</b>
<b>II.1. Recentes Pedidos de Ingresso como <i>Amicus Curiae</i> .....</b>	<b>6</b>
<b>II.2. Limites da Lide .....</b>	<b>7</b>
<b>II.3. O Regime Jurídico Brasileiro das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Povos Indígenas.....</b>	<b>9</b>
II.3.1. Origem Democrática do Regime Jurídico Constitucional Brasileiro das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Povos Indígenas.....	9
II.3.2. Elementos que Informam a Relação entre os Indígenas e as Terras que Tradicionalmente Ocupam.....	15
II.3.3. O Direito de Posse Permanente e Usufruto Exclusivo sobre as Terras Tradicionalmente Ocupadas .....	17
<b>II.4. O Processo de Demarcação de Terras Indígenas e de Extrusão de Ocupantes Não-Indígenas.....</b>	<b>23</b>
<b>II.5. Fatos Constatados pelas Autoridades do Estado na Terra do Povo Indígena Xucuru ..</b>	<b>31</b>
<b>III. Exceções Preliminares .....</b>	<b>35</b>
<b>III.1. Incompetência <i>Ratione Temporis</i> quanto aos Fatos Anteriores à Data de Adesão do Estado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos .....</b>	<b>35</b>
<b>III.2. Incompetência <i>Ratione Temporis</i> quanto aos Fatos Anteriores ao Reconhecimento da Jurisdição da Corte.....</b>	<b>36</b>
<b>III.3. Não Interposição e Esgotamento Prévios dos Recursos Internos .....</b>	<b>42</b>
III.3.1. Análise do Requisito: Situações de Dispensa e Ônus da Prova.....	45
III.3.2. Não Interposição e Esgotamento dos Recursos Internos para Impulsionar a Demarcação e a Desintrusão da Terra Indígena ou Obter Reparação por Alegada Violação da Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xucuru.....	48
<b>IV. Mérito.....</b>	<b>58</b>
<b>IV.1. O Estado Não Violou o Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru ....</b>	<b>59</b>
IV.1.1. O Processo de Demarcação da Terra do Povo Indígena Xucuru.....	59
IV.1.2. Não Houve violação ao Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru pela Opção Legislativa Interna em Relação ao Regime Jurídico das Terras Indígenas .....	61
IV.1.3. Não Houve Violação ao Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru pela Alegada Demora Injustificada no Procedimento Demarcatório .....	70
IV.1.4. O Estado Realizou Desintrusão Efetiva e Garantiu a Posse Pacífica na Terra Indígena .....	72
<b>IV.2. O Estado Não Violou o Dever de Proteção Judicial Destinado a Garantir o Direito de Posse Coletiva Permanente do Povo Indígena Xucuru .....</b>	<b>77</b>
IV.2.1. Adequada Compreensão dos Direitos de Garantia Judicial e de Proteção Judicial à Luz dos Artigos 8.1 e 25.1 da CADH .....	77
IV.2.2. Os Fatos Alegados Não Caracterizam Violação ao Artigo 8.1 da CADH.....	81
IV.2.3. Os Fatos Alegados Não Caracterizam violação ao Artigo 25.1 da CADH .....	82
<b>IV.3. O Estado Não Violou o Direito à Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xucuru.....</b>	<b>85</b>

<b>V. Reparações .....</b>	<b>90</b>
<b>V.1. Inadequação de Condenação na Adoção de Medidas de Caráter Normativo para Regular a Demarcação e a Reivindicação das Terras Indígenas.....</b>	<b>90</b>
<b>V.2. Inadequação de Condenação na Adoção de Medidas de Desintrusão de Ocupantes não Indígenas .....</b>	<b>93</b>
<b>V.3. Inadequação de Condenação na Finalização de Processos Judiciais em Curso.....</b>	<b>94</b>
<b>V.4. Inadequação de Condenação na Reparação de Danos .....</b>	<b>94</b>
<b>V.5. Inadequação de Condenação em Medidas de Não Repetição .....</b>	<b>94</b>
<b>VI. Considerações Finais .....</b>	<b>95</b>
<b>VI.1. Informações Adicionais sobre os Ocupantes não Indígenas que Remanescem na Terra do Povo Indígena Xucuru .....</b>	<b>95</b>
<b>VI.2. Informações sobre a Apuração da Morte do Cacique do Povo Indígena Xucuru.....</b>	<b>97</b>
<b>VII. Conclusão.....</b>	<b>100</b>

## **I. Apresentação**

1. Em 16 de outubro de 2002, as organizações não governamentais Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste (doravante, "MNDH"), Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (doravante, "GAJOP") e Conselho Indigenista Missionário (doravante, "CIMI") apresentaram petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "Comissão", "Comissão Interamericana" ou "CIDH") em face da República Federativa do Brasil pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais em detrimento do Povo Indígena Xucuru e de seus membros.

2. Na mesma data, os peticionários solicitaram medidas cautelares à CIDH para garantir a vida e a integridade pessoal da liderança do povo Xucuru, Marcos Luidson de Araújo ("Cacique Marquinhos Xucuru") e de sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, em razão de supostas ameaças de morte contra ambos.

3. Em 29 de outubro de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concedeu medidas cautelares em favor do Cacique Marquinhos Xucuru e de sua mãe, a fim de que o Estado adotasse todas as medidas necessárias para proteção da integridade pessoal e vida dos beneficiários, assim como para o início imediato de investigação dos fatos que originaram as medidas cautelares.

4. O Estado brasileiro vem cumprindo as referidas medidas cautelares, por intermédio de programa apoiado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos, o Programa Estadual de Proteção aos Defensores de

Direitos Humanos de Pernambuco (PEPDDH/PE), que tem fornecido proteção ao Cacique Marquinhos Xucuru, por meio da instalação de equipamento de segurança em sua residência e de escolta da polícia militar em tempo integral. Os policiais militares que acompanham o referido beneficiário pertencem à etnia Xucuru.

5. A mãe do Cacique não manifestou interesse em ser incluída no PEPDDH/PE ou a necessária anuência para tanto, razão pela qual as medidas protetivas específicas estão adstritas ao seu filho. Independentemente disso, a situação de toda a comunidade do povo Xucuru vem sendo acompanhada constantemente pelas autoridades policiais e por técnicos do PEPDDH/PE.

6. Em 29 de outubro de 2009, 7 anos após a provocação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão emitiu o Relatório de Admissibilidade nº 98/09, em que admitiu a petição do caso, com relação às supostas violações dos artigos 8º (garantias judiciais), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante também “Convenção”, “Convenção Americana” ou “CADH”) em relação com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2º (dever de adotar disposições de direitos interno) da mesma Convenção. Em razão do princípio *iura novit curia*, a CIDH considerou a petição admissível também em relação à possível violação dos artigos XVIII (direito à justiça) e XXIII (direito de propriedade) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

7. Na etapa de mérito, os peticionários alegaram, supervenientemente, suposta violação aos direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4.1 (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

8. Em 28 de julho de 2015, mais de 12 anos após a provocação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão emitiu o Relatório Preliminar de Mérito nº 44/15, em que concluiu que o Estado brasileiro teria violado o artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e os artigos 21 e 5.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2º, assim como os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo do Povo Indígena Xucuru e de seus membros.

9. A Comissão Interamericana recomendou então ao Estado que (i) realizasse a desintrusão efetiva do território ancestral – retirada de não indígenas; (ii) finalizasse os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do

Povo Xucuru; (iii) realizasse reparações individuais e coletivas; e (iv) adotasse medidas de não repetição, em particular um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e exercer pacificamente sua propriedade coletiva.

10. O Estado foi notificado em 16 de outubro de 2015 a apresentar suas informações acerca das recomendações constantes no Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015. Em março de 2016, o Estado brasileiro apresentou as informações das medidas adotadas e aquelas em curso para dar cumprimento às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso em tela, abarcando, ademais, a política indigenista brasileira, a política de promoção dos direitos sociais e proteção territorial dos povos indígenas, bem como as políticas para povos isolados e de recente contato.

11. Em 19 de abril de 2016, quase 14 anos após a apresentação da petição perante a CIDH, o Estado brasileiro foi notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante também “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”) da submissão do caso à sua jurisdição.

12. Em 13 de julho de 2016, a Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos notificou o Estado brasileiro acerca da ausência de apresentação do EPAP – Escritos de Petições, Argumentos e Provas pelas vítimas, diretamente ou por meio de seus representantes, passando a correr o prazo da contestação a partir de então. Diante disso, o que fora alegado e analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório nº. 44/2015 constituiu a demanda integral contestada pelo Estado e analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

13. Entre os dias 1º e 5 de agosto de 2016, o Estado realizou visita oficial *in loco* à terra do Povo Indígena Xucuru, com o devido acompanhamento das lideranças indígenas.

14. O Estado apresentou seu escrito de exceções preliminares e contestação no presente caso através das comunicações de 14 e 16 de setembro de 2016, recebidas pela Secretaria da Corte nesses respectivos dias.

15. Por meio de Resolução do Presidente em Exercício da Corte de 31 de janeiro de 2017, o Estado foi comunicado sobre a realização da Audiência Pública para apresentação de alegações orais e oitiva de peritos e testemunha, durante a 57ª Sessão Extraordinária da Corte, no dia 21 de março de 2017.

16. Em 2 de março de 2017, o Estado apresentou, em resposta à solicitação de informações da Corte comunicada ao Estado em 17 de fevereiro de 2017 (nota CDH-4-

2016/046), os autos completos da ação ordinária nº 0002246-51.2002.4.05.8300 (número original 2002.83.00.002246-6), interposta por Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu e outros; a atualização desde 1996 até aquele momento da ação de reintegração de posse nº 0002697-28.1992.4.05.8300 (número original 92.0002697-4), interposta por Milton do Rego Barros Didier e outros; bem como a informação de que dispunha sobre a situação jurídica das seis ocupações não indígenas ainda não removidas da Terra Indígena Xucuru.

17. Em 21 de março de 2017, o Estado apresentou suas alegações finais orais perante à Honorável Corte, tendo, na ocasião, reiterado suas exceções preliminares e pontos de mérito, demonstrando através de provas testemunhal e pericial que a atual situação da Terra Indígena Xucuru é de uma terra indígena demarcada, titulada e na qual não existe conflito entre indígenas e ocupantes não indígenas, sendo que o Povo Indígena Xucuru detém sobre a mesma, além da reconhecida posse jurídica permanente, o controle fático.

18. Nesta oportunidade, o Estado apresenta suas alegações finais escritas de forma a subsidiar um julgamento justo e adequado pela Corte. Com base nas razões que exporá adiante, o Estado brasileiro compreende que exceções preliminares impedem que este caso seja apreciado no mérito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e que, se o for, não deverá, pelas razões que exporá, ser julgado procedente.

## **II. Considerações Introdutórias**

### **II.1. Recentes Pedidos de Ingresso como *Amicus Curiae***

19. Antes de adentrar nas defesas preliminar e de mérito nestas alegações finais escritas, o Estado vem exprimir seu inconformismo em relação à recente nota CDH-4-2016/086, de 17 de abril de 2017, por meio da qual foi informado sobre a apresentação de cinco escritos de *amicus curiae* no caso, a saber:

- escrito enviado pela Clínica de Direitos Humanos (HRREC) da Universidade de Ottawa, Fundação para o Devido Processo, Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná e Rede de Cooperação Amazônica;

- escrito enviado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, e Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia;
- escrito enviado pela Associação Juízes para a Democracia;
- escrito enviado pela Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará; e
- escrito enviado pela Defensoria Pública da União (DPU).

20. O Estado entende que deve ter a oportunidade de analisar detidamente cada uma destas petições de *amicus curiae*, uma vez que podem ter conteúdo inovador e gravoso à defesa Estado.

21. A concessão de prazo razoável para a análise e a manifestação do Estado é um imperativo dos princípios fundamentais, direitos humanos de 1ª geração, do contraditório e da ampla defesa.

22. Desta feita, é fundamental que essa Corte Interamericana de Direitos Humanos receba manifestação do Estado antes de proferir sua decisão acerca da admissibilidade destes escritos de *amicus curiae*.

23. Tendo em vista que o Estado recebeu a referida comunicação e as cópias dos cinco escritos em 17 de abril de 2017 e que o prazo improrrogável para apresentação das alegações finais escritas é 24 de abril de 2017, o Estado teria o exíguo prazo de 4 dias úteis para empreender a análise do conteúdo dos escritos caso sua manifestação houvesse que ocorrer nestas alegações finais escritas.

24. Desta forma, o Estado roga à Corte que, em respeito à lealdade processual, ao necessário contraditório, e em consideração à reiterada demonstração de compromisso do Estado brasileiro com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, receba sua manifestação sobre os cinco escritos de *amicus curiae* em data posterior à de apresentação destas alegações finais, determinando novo prazo para tanto, que garanta paridade de armas e segurança jurídica ao Estado.

## **II.2. Limites da Lide**

25. Como a CIDH deixa claro em seu Relatório de Mérito nº 44/15, a Comissão limitou, em seu Relatório de Admissibilidade, o objeto da análise de mérito a duas

questões principais, consistentes nas alegadas violações ao "direito à propriedade do povo indígena Xucuru em virtude da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e à ineficácia da proteção judicial destinada a garantir seu direito à propriedade"<sup>1</sup>. Essas duas questões poderiam ser resumidas, nas palavras da própria Comissão, na "demora no reconhecimento e na falta de desintrusão [retirada de não indígenas] oportuna e efetiva [da terra indígena]"<sup>2</sup>.

26. A seguir, é feita uma exposição sumária dos fatos analisados pela CIDH e da violação que daí resultaria, segundo a CIDH, à Convenção Americana, conforme o Relatório nº 44/15.

27. A suposta falta de proteção eficaz do direito à propriedade, decorrente da demarcação e do reconhecimento supostamente tardios da terra indígena e a suposta falha em assegurar a propriedade e a posse pacíficas pela ausência de desintrusão efetiva teriam, segundo a CIDH, resultado na violação ao artigo 21 da Convenção, em conexão com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado.

28. Nota-se que a CIDH decidiu, ademais, considerar violado o artigo 5.1 da Convenção Americana, mesmo sem ter admitido a petição do caso com relação a esse dispositivo – o qual não fora sequer invocado pelos peticionários. Segundo a CIDH, o art. 5.1 poderia ter sido considerado violado em análise *prima facie* dos fatos, com fundamento no princípio *iura novit curia*, o qual foi igualmente aplicado a artigos da Declaração Americana no momento da admissão da petição do caso.

29. A Comissão aplicou, portanto, tardiamente o princípio *iura novit curia* com relação a fatos que já eram de seu conhecimento no momento da análise de admissibilidade, para considerar violado, por ocasião da análise de mérito, o artigo 5.1 da Convenção Americana, em decorrência de violação à integridade psíquica e moral dos membros do povo Xucuru, violação que, aparentemente, foi presumida a partir de suposta existência de situação de precariedade, conflito, risco à vida e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru.

30. Segundo a CIDH, da falta de efetividade do processo administrativo para a desintrusão da terra indígena e da demora na demarcação da terra indígena resultariam

---

<sup>1</sup> CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 63.

<sup>2</sup> CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 72, parte final.



também violações aos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o seu artigo 1.1, a partir de 25 de setembro de 1992.

31. De forma mais específica, a CIDH considerou que a duração no seu entender não razoável de dois processos judiciais iniciados por ocupantes não indígenas do território do Povo Xucuru (ação ordinária iniciada em fevereiro de 1992 para anulação do processo administrativo de demarcação e ação de reintegração de posse iniciada em março de 1992) teria resultado em violação ao artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com o seu artigo 1.1.

32. Essas foram as supostas violações que, segundo a CIDH, teriam decorrido de ações e omissões do Estado brasileiro após 10 de dezembro de 1998, conforme indicado no escrito de apresentação do caso<sup>3</sup>. Em resumo, essas ações e omissões submetidas ao Tribunal são as seguintes:

- A violação do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em decorrência de uma demora de sete anos, sob a competência temporal, no processo de reconhecimento desse território;

- A violação do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em decorrência da falta de regularização total desse território ancestral de 1998 até a data do escrito de apresentação do caso;

- A violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial vinculadas com a mesma demora no processo administrativo de demarcação e reconhecimento; e

- A violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial – desde 10 de dezembro de 1998 – na decisão de ações civis interpostas por ocupantes não indígenas sobre partes do território ancestral.

### **II.3. O regime jurídico brasileiro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas**

#### **II.3.1. Origem democrática do regime jurídico constitucional brasileiro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas**

33. Para a melhor compreensão da problemática envolvida nos autos, o Estado vem realizar os necessários esclarecimentos acerca do regime jurídico das terras indígenas no Brasil.

---

<sup>3</sup> CIDH. *Caso Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil*. Escrito de apresentação, 16 mar. 2016, p. 2.

34. O cerne do regime jurídico brasileiro sobre as terras ocupadas pelos indígenas reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante “Constituição” ou “CRFB”), que trata da temática em capítulo próprio (Capítulo VIII), cujos artigos 231 e 232 estabelecem o que segue:

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

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

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

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

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

35. A redação destes dispositivos é originária, desde 1988, não tendo sido alvo de emendas constitucionais posteriores. Neste sentido, é forçoso admitir que seu

conteúdo está muito à frente de seu tempo, por inovar em aspectos econômico-sociais e manifestar evidente preocupação com os direitos das coletividades indígenas.

36. Não foi diversa a conclusão da Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Dra. Victoria Tauli-Corpuz, em seu Relatório da Missão ao Brasil ocorrida entre 7 e 17 de Março de 2016, transmitido ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (doravante “ONU”) em 8 de agosto de 2017. Na ocasião, a Dra. Victoria Tauli-Corpuz felicitou o Estado brasileiro pelo estabelecimento de um quadro jurídico e administrativo internacionalmente reconhecido para a demarcação e a proteção dos direitos territoriais indígenas.<sup>4</sup>

37. A disciplina constitucional dos direitos indígenas é, para a doutrina pátria abalizada, o reconhecimento de uma sociedade multicultural e pluriétnica. Nas palavras de Deborah Duprat Macedo de Britto Pereira<sup>5</sup>:

Já agora, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável.

A princípio resultado de exercício hermenêutico, tal compreensão, na atualidade, está reforçada por vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque a Convenção 169, da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno, e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, “um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

---

<sup>4</sup> Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Medidas Positivas e Iniciativas, Item b. p. 5.

<sup>5</sup> PEREIRA, Deborah Duprat Macedo de Britto. *O Direito sob o Marco da Pluriétnicidade/Multiculturalidade*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadãos-na-carta-cidadã/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-pluriétnicidade-multiculturalidade>. Acesso em 05/09/2016.

38. Boaventura de Sousa Santos, ao tratar da concepção multicultural dos direitos humanos como forma de potencializá-los e torná-los verdadeiramente efetivos conceituou multiculturalismo da seguinte forma:

(...)

Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemónica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemónica de direitos humanos no nosso tempo<sup>6</sup>.

39. É possível reconhecer que estamos inegavelmente diante de uma carta constitucional aberta e plural, como o fez a Dra. Victoria Tauli-Corpuz, *in verbis*:

A progressista Constituição de 1988 contém algumas disposições exemplares para a proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas. A diversidade cultural do país é reconhecida e em dois artigos da Constituição os direitos dos povos indígenas são tratados.<sup>7</sup>

40. Vale a pena, neste momento, rememorarmos o contexto político em que a progressista Constituição de 1988 foi democraticamente gestada.

41. Segundo linhas gerais de J.J. Gomes Canotilho, o poder constituinte é um conceito-limite do Direito Constitucional, já que está na zona cinzenta entre o Direito e a política. Seria como um poder capaz de “jurisdicizar” a política. Já José Afonso da Silva, importante autor brasileiro, compreende o poder constituinte como a mais alta expressão do poder político, sendo aquele capaz de estabelecer os fundamentos da organização da sociedade.

42. No Brasil, prevalece que a natureza jurídica do poder constituinte é a de um poder de fato, de acordo com a corrente juspositivista de Kelsen. Tratar-se-ia de uma força fático-histórica sem fundamentação no Direito ou em qualquer norma anterior. Com as teorias neoconstitucionalistas, ganhou força, entretanto, a ideia de que o fundamento do poder constituinte seria a dignidade da pessoa humana.

43. No caso do Brasil, em 1988, o exercício do poder constituinte se deu por eleição, mediante a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte soberana em

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 48, junho de 1997. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. Pg. 19.

<sup>7</sup> Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Contexto demográfico, legal e político, item 11. p. 4.

seus atos. Assembleia soberana porque não estava limitada por um plebiscito anterior, nem por um referendo posterior. As características da Assembleia Nacional Constituinte - formada por eleição e dotada de soberania - conferiram legitimidade à Constituição Federal de 1988.

44. E, no processo de legitimidade democrática, tiveram participação também os indígenas e indigenistas, inclusive com atuação bastante incisiva de um dos ora peticionários, o CIMI, conforme se pode extrair da doutrina:

Igual como o ocorrido em outros países na América Latina, onde *movimentos indígenas* se mobilizaram e pressionaram as estruturas de poder dos Estados, visando conquistar voz e poder de voto na Assembleia Constituinte e nos parlamentos nacionais, como, por exemplo, na Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, no Brasil, em meados dos anos 1980, por ocasião do processo político que resultou no atual texto da Constituição Federal de 1988, também houve esforços semelhantes. Em vários estados da federação, vimos indígenas ingressando em partidos políticos, onde enfrentaram disputas internas por espaço político e financiamento de campanha e, pelo menos, uma dezena participou em 1986 da disputa eleitoral para “deputado constituinte”. A *União das Nações Indígenas* (UNI), constituída no início dessa década, foi um pólo de articulação de “lideranças indígenas” e de organizações de apoio (Inesc, Cedi, CPI-SP, ABA etc) e a principal responsável pela campanha *Povos Indígenas na Constituinte*. O Conselho Indigenista Missionário (Cimi) teve, igualmente, papel de destaque no processo, apoiando ações do movimento indígena no Congresso Nacional e nos estados.

Embora não tenha sido possível eleger, ao menos, um representante indígena para o Congresso Nacional, nem conquistado quota específica de representação das *nações* ou *povos* indígenas nessa casa legislativa, essa mobilização deu, no entanto, visibilidade às “questões indígenas”, extrapolando as fronteiras dos atores sociais que formam o chamado *campo indigenista* brasileiro. Também possibilitou o apoio de parlamentares de diferentes matizes à inclusão de um capítulo específico na atual Constituição Federal, intitulado *Dos Índios*, com dois artigos-chave para o futuro das campanhas de defesa e promoção dos direitos indígenas no país.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Ver Marés 1996; Bengoa 2000; Van Cott 2004; Montejo 2004; Bello 2004; Díaz-Polanco 2005; Dávalos 2005; Clavero 2008; Walsh 2009. Para maiores detalhes ver: CEDI 1987, 1991; Lacerda 2008. VERDUM. Ricardo. *Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*. In: Povos Indígenas – Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos e Sociedade Econômicos, 2009. p. 95.

45. Como se pode perceber, os próprios peticionários participaram do cenário político que culminou com a promulgação da CRFB/88, uma conquista da democracia brasileira. Houve um amplo espaço para debates e discussões, incluindo a participação dos indígenas que, além de poderem ser ouvidos, conquistaram um capítulo na Constituição dedicado à proteção e promoção dos seus direitos, fato inédito na história do país.

46. A efetiva participação dos povos indígenas no processo constituinte contribuiu para afastar do panorama nacional, de forma definitiva, a perspectiva assimilacionista e tutelar com relação aos povos indígenas. A partir de 1988, a legislação passa inegavelmente a reconhecer a organização social dos povos indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições; os direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis; o uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem; a saúde comunitária adequada às suas especificidades culturais; a proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, parte constituinte do patrimônio cultural brasileiro; e o reconhecimento dos seus direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

47. Portanto, houve plena legitimidade democrática na construção do regime jurídico de proteção dos povos indígenas no Brasil, inclusive quanto à instituição do direito de posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas e de que os índios necessitam para sua sobrevivência física e cultural, com pleno respeito ao caráter ancestral dessas terras e garantia do usufruto exclusivo de suas riquezas. Trata-se de previsão constitucional que resultou de debates dos quais os povos indígenas, diretamente ou por meio de representantes, participaram.

48. Para finalizar essa breve introdução histórica sobre a bases políticas do regime constitucional das terras indígenas no Brasil, salienta-se o teor do documento base da Conferência Nacional de Política Indigenista, ocorrida em 2015:

O protagonismo do movimento indígena e a rede de apoio da sociedade civil levaram a uma intensa mobilização para influenciar o processo Constituinte. Foram essas “as bases da coalização de forças reunidas, na Assembleia Nacional Constituinte, num lobby (pressão) ‘pró-índio’, com intensa participação indígena”, que venceu “batalhas expressivas sob a forma final do texto constitucional de 1988” (Souza Lima, 2010: 35). Participaram, ativamente, diversos indígenas, indigenistas, antropólogos e outros atores sociais, em inúmeros

debates e manifestações em diversos lugares do Brasil. De todo modo, com a Constituição Federal de 1988, as contradições entre reconhecimento e negação de direitos foram sanadas. Os objetivos de integração e assimilação foram rejeitados. Afastase, definitivamente, a noção de que os povos indígenas se acabariam e reconhece-se a esses o respeito e o direito às suas formas próprias de organização social, e o direito originário às terras que tradicionalmente habitam, entendidas como indispensáveis à sua reprodução física e cultural. Reconhece-se, também, que os índios (sejam indivíduos, comunidades, povos ou associações) se façam representar dos seus modos próprios. O Estado, assim, deixa de ser um agente tutelar, cabendo a ele zelar pelo reconhecimento desses direitos por parte da sociedade<sup>9</sup>.

### **II.3.2. Elementos que informam a relação entre os indígenas e as terras que tradicionalmente ocupam**

49. A Constituição de 1988 elegeu a relação antropológico-cultural dos indígenas com a terra ancestral como elemento jurídico-normativo central na disciplina das terras indígenas. Partindo dessa relação, a CRFB/88 adotou a teoria do indigenato.

50. O indigenato possui previsão no art. 231, §1º, da CRFB/88:

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

(...)

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

51. A teoria do indigenato foi primeiro estabelecida pelo Alvará Régio de 1º de abril de 1680, o qual reconheceu aos índios a condição de primários e naturais senhores de suas terras, independentemente de título, prevalecendo, assim, a posse indígena sobre qualquer outro título aquisitivo sobre a terra.

52. A Constituição Federal de 1988 expressamente reconhece aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de maneira que a posse indígena – diferente da posse civil – também se legitima - no instituto do indigenato.

<sup>9</sup> Em FUNAI, 2015. Documento Base da Conferência Nacional de Política Indigenista. Disponível em: <http://www.conferenciaindigenista.funai.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/Documento-Base-ONLINE.pdf>

53. Nas palavras de José Afonso da Silva, “os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato”.<sup>10</sup> O instituto do indigenato é o manancial primário e congênito dessa posse territorial, que é independente de título ou reconhecimento formal.<sup>11</sup>

54. Sobre o assunto, Luís de Freitas Júnior afirma que o “indigenato não é o mesmo que ocupação dos índios sobre a terra, porque a ocupação é um tipo de aquisição derivada da propriedade, enquanto a relação do índio com a terra é inaugural da sua própria existência, já que foram congenitamente apropriadas”.<sup>12</sup>

55. O indigenato, portanto, constitui fundamento positivado no ordenamento jurídico brasileiro que consagra uma percepção jurídica imaterial, única e essencial à cultura indígena, que não encontra identidade nos institutos de direito civil tradicionais. Diferentemente da posse civil, a posse indígena independe de titulação, precede qualquer título outro que haja sobre a terra e se baseia primordialmente em elementos de identificação antropológica e cultural do povo com o território.

56. O direito originário de posse permanente e usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas, direito consagrado constitucionalmente aos indígenas, está fundado em quatro elementos, a saber:

A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma sozinha, a saber: 1ª) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2ª) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3ª) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4ª) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

57. De forma mais sucinta, Alexandre Silva dos Santos traz os quatro elementos essenciais à vivência indígena:

É também no dispositivo supracitado que encontramos os quatro elementos do indigenato: terras habitadas em caráter permanente; terras utilizadas para atividades produtivas; terras imprescindíveis à

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da *apud* VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2ª edição. Salvador: Edita JusPodivm, 2013, p. 118.

<sup>11</sup> FREITAS JÚNIOR, Luís. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. 2010. 179 f. Dissertação - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p.157.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*. p. 78.



preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios; terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios.<sup>13</sup>

58. Diante do exposto, é possível perceber a razão pela qual a Constituição brasileira, no capítulo dedicado aos povos indígenas, pode ser considerada exemplar. De forma vanguardista, a Carta de 1988 compreendeu a natureza essencialmente coletiva e cultural da posse indígena, bem como a necessidade de seu reconhecimento de forma originária.

### **II.3.3. O Direito de Posse Permanente e Usufruto Exclusivo sobre as Terras Tradicionalmente Ocupadas**

59. Sob o ponto de vista do caso em tela, o mais importante direito enunciado pela Constituição ao dispor sobre o regime jurídico dos povos indígenas é a posse permanente das terras por eles ocupadas tradicionalmente, nos termos de seu art. 231, §2º:

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

60. As terras tradicionalmente ocupadas são de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível:

[...] não se trata de uma espécie de composses ou de um condomínio, pois a terra tradicionalmente ocupada pelos índios é de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível, cabendo a todos os seus membros o usufruto das riquezas nela existentes. A posse indígena é sobre coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário da composses, estabelecida pelo Código Civil Brasileiro (art.1.199), não terá termo com a manifestação da vontade individual de qualquer dos membros da comunidade indígena.<sup>14</sup>

61. A posse atribuída às comunidades indígenas é considerada direito real, oponível a todos de forma geral, *erga omnes*.<sup>15</sup> Nesse sentido, todas as demais pessoas devem respeitar o direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. Sendo

---

<sup>13</sup> SANTOS, Alexandre Silva dos. *O Instituto do Indigenato e a Indenização pela Nulidade do Título em Virtude de Demarcação de Terra Indígena*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 39, n. 1, p. 93 - 112, 2014.

<sup>14</sup> FREITAS JÚNIOR, Luís. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. 2010. 179 f. Dissertação - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p.95.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 99.

assim, nem mesmo a União Federal, titular dessas terras por mandamento constitucional, pode restringir o direito de posse dos povos indígenas.

62. Como bem explicado pelo Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em seu laudo pericial apresentado por *affidavit* à Corte com antecedência à Audiência Pública de 21 de março de 2017:

[...] reconhece a Constituição que 1) são terras indígenas aquelas ocupadas tradicionalmente pelos povos (art. 231, caput); 2) as terras indígenas, isto é, aquelas tradicionalmente ocupadas, são bens da União Federal (art. 20); 3) as terras indígenas são destinadas à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º); 4) considera terras tradicionalmente ocupadas aquelas habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos costumes e tradições (art. 231, § 1º). Sendo assim, os povos indígenas, no Brasil, de acordo com a Constituição detêm todos os direitos inerentes à propriedade à exceção da livre disposição externa, isto é, não podem alienar a terra.<sup>16</sup>

63. A posse, dessa maneira, sobrepõe-se a todos os demais direitos incidentes sobre a terra, inclusive à propriedade atribuída pelo o art. 20, inciso XI, da CRFB/88 à União:

Art. 20. São bens da União:

(...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

64. Isto se justifica diante do fato de que a propriedade atribuída pela Constituição à União Federal possui intuito eminentemente protetivo das terras indígenas, de forma a elas sejam atribuídas todas as prerrogativas que apenas se destinam aos bens públicos.

65. Como explica o Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Dentro de um sistema tão radical de propriedade privada da terra, a solução encontrada, de incluir a terra indígena como propriedade da União, era a que mais garantias poderia dar aos direitos indígenas, isto porque: 1) inviabilizaria qualquer tentativa de direito privado de disputar propriedade ou posse; 2) excluiria a condição de terra devoluta, isto é, deixaria de ser passível de concessão pelos estados federados; 3) determinaria a afetação do bem pela própria ocupação indígena, excluindo a terra das limitações impostas ao uso privado e

---

<sup>16</sup> Filho. Carlos Frederico Marés de Souza. Laudo Pericial sobre o Regime Jurídico das Terras Indígenas no Brasil. P.1-2.

permitindo que seja usada segundo a afetação que lhe é própria, ou seja, segundo os usos, costumes e tradições do povo que a ocupa.<sup>17</sup>

66. Decorre da dominialidade pública das terras indígenas a aplicabilidade a elas não só da imunidade tributária prevista pelo art. 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal do Brasil, como também o regime jurídico dos bens públicos, o qual é marcado pelas características da inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, não-onerabilidade e intangibilidade. Por outro lado, a propriedade pública sobre as terras indígenas não confere à União as prerrogativas típicas da propriedade civil de usar, fruir e dispor das terras, exatamente porque cabe exclusivamente aos índios o usufruto dessas terras e, como visto, elas são constitucionalmente inalienáveis.

67. Tem-se, pois, que a titulação das terras indígenas em nome da União é acompanhada de três características jurídicas de proteção à terra indígena: i) inalienabilidade, segundo a qual as terras não podem ser transferidas a terceiros, ou seja, não podem ser objeto de comércio, arrendamento ou de qualquer outra ação que implique a perda da posse ou do usufruto exclusivo; ii) imprescritibilidade, pela qual o direito sobre as terras pode ser invocado a qualquer momento pelos indígenas, o que pode levar, inclusive, à anulação de qualquer ato que tenha por objeto sua ocupação, domínio ou posse por pessoas estranhas à comunidade, a qualquer tempo; iii) indisponibilidade, que é a garantia de que os indígenas não poderão abrir mão de seus direitos territoriais e de que a União não poderá disponibilizar essas terras para uma função diversa daquela prevista na Constituição, ou seja, a garantia da posse permanente e exclusiva dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

68. A atribuição do direito de propriedade à União é garantia de observância da proibição, também constitucional, de venda ou transmissão da terra a outrem, a qualquer título, nos termos de seu art. 231, §4º:

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

69. Destaca-se, neste ponto, o ensinamento do Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Os bens públicos, no sistema jurídico constitucional-administrativo, são inalienáveis sempre que forem e enquanto estiverem afetados. Pois bem, as terras indígenas estão afetadas de forma permanente pela

---

<sup>17</sup> Ibidem. p. 8-9.

posse e usufruto do povo. O Poder Público somente pode desafetar seus bens por Lei, mas não neste caso, cuja afetação se dá por dispositivo constitucional. Sendo assim, a União Federal, titular das terras indígenas, não tem sobre elas nenhum poder de “proprietário”, não dispõe, não tem posse, não tem direito a uso, mas mantém a obrigação de reavê-las de quem injustamente as detenha.<sup>18</sup>

70. Sendo a desafetação da terra uma impossibilidade (o que significa proteção para os povos indígenas), conforme explica o Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza filho, por ser a afetação à posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas um mandamento constitucional, a possibilidade de perda do direito dos indígenas sobre as terras restringe-se somente à hipótese de abandono voluntário:

O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ao que se denominou posse indígena, somente se perderá quando as terras objeto da posse forem definitiva e voluntariamente abandonadas pelas comunidades indígenas que nelas habitavam. Nesse caso, por proposta do órgão federal de assistência aos índios - Fundação Nacional do Índio -, e mediante ato declaratório do Poder Executivo, essas terras se reverterão à posse e ao domínio pleno da União, conforme o art. 21 do Estatuto do Índio.

Assim, é mister frisar a existência de entendimento sumulado do STF que limita a extensão das terras consideradas como posse indígena, nos seguintes termos: “Súmula n.º 650 STF: Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto.”<sup>19</sup>

71. Nessa mesma linha, é possível concluir que a expulsão dos indígenas de suas terras não desconfigura a posse indígena sobre o território tradicionalmente ocupado.

72. Em razão do exposto é possível entender a razão pela qual a proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro não apenas respeita mas até mesmo supera a proteção conferida a essas terras pelo artigo 21 da CADH, que se afigura mais restrita aos padrões mínimos e tradicionais de proteção à propriedade, segundo a formulação dos Direitos Humanos de 1ª geração.

73. Com efeito, tem-se no Brasil regime jurídico que garante proteção superior às comunidades indígenas ao prever a posse permanente de uma terra que é inalienável, imprescritível e indisponível, tendo os indígenas ainda o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, além de participação nos resultados de lavra.

---

<sup>18</sup> Ibidem. p. 9.

<sup>19</sup> FREITAS JÚNIOR, Luís. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. 2010. 179 f. Dissertação - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p.95.p. 102.

74. Ao contrário do que poderia parecer em uma análise superficial, o fato de o Estado brasileiro ter adotado uma decisão política de manter para si a propriedade de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios decorre justamente da necessidade de se garantir a proteção integral dessas terras e, por consequência, a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas que as ocupam com exclusividade.

75. A República Federativa do Brasil é um país de dimensões continentais, formado pela união de 26 (vinte e seis) Estados e por 1 (um) Distrito Federal, com um total de 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios, todos autônomos nos termos do art. 18 da Constituição Federal brasileira. Com 8,51 milhões de quilômetros quadrados de área (equivalente a 47% do território sul-americano), e com cerca de 202 milhões de habitantes, o país possui a quinta maior área territorial do planeta e o quinto maior contingente populacional do mundo.<sup>20</sup>

76. A grandeza territorial do Brasil, somada à sua diversidade político-administrativa, já demonstra a sua complexa estrutura administrativa, bem como o enorme desafio que é governar e manter a observância do sistema político e jurídico vigente, de modo a garantir direitos e deveres dos seus cidadãos. Essa enorme dificuldade, reafirmada ao longo da história do país, também revelou que titular essas terras diretamente às comunidades indígenas poderia representar uma grave fragilidade na proteção dos territórios indígenas, na medida em que suas lideranças poderiam ser encorajadas ou pressionadas a realizar negociações contratuais prejudiciais aos interesses presentes ou futuros dos seus povos, o que implicaria enormes riscos de deterioração desse patrimônio, especialmente se considerado que os indígenas, em muitos casos, não falam a língua portuguesa.

77. Além disso, o regime de proteção idealizado pela CRFB de 1988 atende ao princípio do respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais, reforçado pelo princípio ambiental da solidariedade intergeracional, ou seja, da solidariedade entre as gerações indígenas presentes e futuras quanto à preservação desses territórios, a fim de que também possam ser usufruídos pelas próximas gerações da comunidade, ainda que, eventualmente, não fosse essa a vontade das lideranças atuais de certa tribo.

78. Ademais, a ancestralidade das terras indígenas é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a posse e o usufruto exclusivo da terra

---

<sup>20</sup> Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Geografia\\_do\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Geografia_do_Brasil)

indígena não são constituídos juridicamente pela titulação. Trata-se de reconhecimento de um direito originário desses povos, em verdadeiro reconhecimento constitucional e legal de suas tradições.

79. Por isso, o Estado brasileiro não tem dúvidas de que a decisão política de manter essas terras sob propriedade da União foi absolutamente acertada, porquanto estabelece regime mais seguro de proteção dos membros das comunidades indígenas, atuais e futuros, contra tentativas de negociação de suas terras.

80. Além disso, deve-se notar que este regime jurídico, além de garantir a ocupação permanente e exclusiva das terras tradicionais pelos indígenas (direito de posse permanente e usufruto exclusivo), permite o uso de mecanismos administrativos e jurídicos de proteção patrimonial típicos daqueles que protegem os bens públicos, em caso de tentativas de esbulhos e ocupações indevidas de qualquer natureza.

81. Verifica-se, pois, que o regime constitucionalmente atribuído às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas no Brasil é o que melhor permite a devida proteção da relação mantida entre os indígenas e as terras tradicionalmente ocupadas e está em absoluta harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com a jurisprudência da Honorable Corte.

82. Importante destacar que o Estado brasileiro realizou, em 2015, a partir de uma demanda histórica do movimento indígena, a I Conferência Nacional de Política Indigenista, com o objetivo de avaliar, aprimorar e consolidar os direitos indígenas reconhecidos na Constituição de 1988.

83. Com esse intuito, foram realizadas 142 etapas locais, 26 etapas regionais e a etapa nacional. Ao todo, participaram do processo conferencial indígenas, além de gestores, pesquisadores e sociedade civil de apoio aos povos indígenas.

84. Na etapa nacional, foram aprovadas 868 propostas, entre os seis eixos temáticos da Conferência: Eixo 1 – Territorialidade e o Direito Territorial dos Povos Indígenas; Eixo 2.1 – Participação, Transparência, Controle Social e Representação Política; Eixo 2.2 – Direito à Consulta, Autonomia, Autodeterminação, Fortalecimento Institucional e Governança; Eixo 3 – Desenvolvimento Sustentável de Terras e Povos Indígenas; Eixo 4.1 – Direitos Individuais e Coletivos dos Povos Indígenas; Eixo 4.2 – Educação; Eixo 4.3 – Saúde; Eixo 5 – Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica no Brasil; Eixo 6 – Direito à Memória e à Verdade.

85. No eixo 1 (territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas), foram aprovadas e priorizadas 60 propostas. Em nenhuma delas os representantes dos povos

indígenas propuseram mudança no processo de demarcação e na forma de titulação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. As propostas apontaram, ao contrário, para o fortalecimento da política fundiária levada a cabo pelo Estado brasileiro, mantendo o regime instituído pela Constituição Federal de 1988.

86. Esse resultado é, para o Estado, indício de grande força no sentido de que o regime constitucional brasileiro das terras indígenas, além de ser compatível com os padrões internacionais, goza de robusta legitimidade interna.

#### **II.4. O Processo de Demarcação de Terras Indígenas e de Extrusão de Ocupantes Não-Indígenas**

87. A Constituição Federal de 1988 garante aos povos indígenas do Brasil o direito à posse permanente de seus territórios, o usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos neles existentes e o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, estabelecendo o dever da União de demarcar e proteger as terras indígenas, imprescindíveis à reprodução física e cultural desses povos enquanto sociedades diferenciadas.

88. Os deveres de demarcação e de proteção das terras indígenas, atribuídos constitucionalmente à União Federal, são precipuamente realizados pela Fundação Nacional do Índio (doravante “FUNAI”), órgão federal.

89. Consideramos importante destacar que, entre os pontos que elencou como medidas positivas e iniciativas, a Dra. Victoria Tauli-Corpuz felicitou o governo brasileiro pelo papel construtivo e proativo que vem sendo realizado ao longo dos últimos anos pelas agências brasileiras especializadas na proteção dos direitos dos povos indígenas, notadamente a FUNAI<sup>21</sup>.

90. Neste sentido, quanto ao aspecto da regularização fundiária, em cumprimento à Constituição brasileira, que garante aos povos indígenas o direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo de seus territórios, cabe especialmente à FUNAI, proceder às ações visando seu implemento.

91. Essa ação tem se desenvolvido também com a participação de diferentes órgãos governamentais, visando a que o processo ocorra sem violência e que garanta, por um lado, o usufruto exclusivo do território aos indígenas e, por outro, a proteção dos

---

<sup>21</sup> Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Medidas positivas e iniciativas, item a. p. 5.

direitos de cidadãos não indígenas detentores de direitos de boa-fé, inclusive com seu reassentamento em outras terras, por meio de procedimentos de reforma agrária.

92. Em sua Declaração Pericial encaminhada em versão escrita para a Corte previamente à Audiência Pública de 21 de março de 2017, o Prof. Dr. Cristhian Teófilo da Silva ressaltou os aspectos da tecnicidade e da transparência do procedimento demarcatório brasileiro, que teriam possibilitado o alcance de significativo grau de eficiência tanto nas ações de demarcação propriamente ditas quanto na indenização dos ocupantes de boa-fé retirados das terras indígena, com a resolução dos conflitos e a garantia, para além da sobrevivência física, do direito de autodeterminação dos povos indígenas:<sup>22</sup>

... o processo administrativo de demarcação de terras indígenas no Brasil é resultado de décadas de experiência e aprendizado por parte do órgão indigenista oficial e demais órgãos do Poder Executivo responsáveis pela regularização fundiária, encontrando-se adequado aos termos constitucionais e das convenções e declarações internacionais sobre direitos humanos e sobre direitos dos Povos Indígenas. A formalidade, a tecnicidade e transparência (*accountability*) que assumiu o processo tem possibilitado alcançar um significativo grau de eficiência para empreender a demarcação das terras indígenas, indenizar ocupantes de boa-fé e promover a resolução de conflitos e a paz social. O mais importante, o processo de demarcação adotado pelo Estado brasileiro tem assegurado mais do que a sobrevivência física e simbólica dos Povos Indígenas, tem garantido o direito à autodeterminação, valorizado as identidades indígenas e permitido o acesso a uma série de políticas públicas. Não por outro motivo, constata-se no país o crescimento populacional dos Povos Indígenas acima da dinâmica observada na América Latina e no mundo.

93. Atualmente, as terras indígenas (TIs) homologadas no Brasil somam 689 áreas, ocupando uma extensão total de 113.190.570 hectares. Isso equivale a 1.131.905,7 km<sup>2</sup> de terras indígenas, o que excede, em muito, a extensão territorial de vários países do mundo. Tendo como referência a extensão total do Brasil, 851.196.500 hectares, cerca de 13% do território do país é composto por terras indígenas. A excepcionalidade do caso brasileiro é demonstrada pelos números.

94. A maior parte das TIs concentra-se na Amazônia Legal: são 422 áreas, 111.401.207 hectares, representando 22,25% do território amazônico e 98,42% da extensão de todas as TIs do país. O restante, 1,58%, espalha-se pelas regiões Nordeste, Sudeste e Sul e pelo estado de Mato Grosso do Sul.

---

<sup>22</sup> Da Silva, Cristhian Teófilo. Declaração Pericial. Ref.: Caso no 12.728. Povo Indígena Xucuru e seus Membros a respeito da República Federativa do Brasil. p. 35.



95. A necessidade de dar maior transparência e formalidade aos procedimentos de objeção à demarcação de terras indígenas por particulares que alegam ter direitos violados com demarcações de terras indígenas se deve ao fato de que a maioria das terras indígenas no Brasil é antropizada e, muitas vezes, com ocupantes não índios que detêm títulos de boa-fé.

96. Assim, além do procedimento padrão de regularização, é necessário adotar processos de diálogo e conciliação de forma a garantir os direitos de todos os envolvidos. É preciso avançar na construção dessas alternativas. Uma delas é a previsão de pagamentos sobre títulos de boa-fé.

97. Em razão disso, é natural que haja questionamentos judiciais e administrativos por parte de particulares que alegam violação a seus direitos durante o curso de processos de regularização fundiária de terras indígenas.

98. Uma vez definidos, pelas instâncias competentes do Poder Executivo e, eventualmente, do Poder Judiciário, os limites das terras indígenas, que devem ser titularizadas em nome da União Federal e ocupadas exclusivamente pelos povos indígenas a que estejam afetadas, a União, ente a que compete a proteção dessas terras consoante mandamento constitucional, passa a adotar medidas para garantir a posse plena pelos indígenas, inclusive por meio da desintrusão (ou extrusão), que é a retirada de eventuais ocupantes não indígenas.

99. O processo de demarcação das terras indígenas no país é eminentemente declaratório, e não constitutivo do direito à posse. Ou seja, para que as comunidades indígenas possuam e usufruam das terras que permanentemente ocupam, não é imprescindível a demarcação. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: TERRAS ÍNDIGENAS NÃO DEMARCADAS PELA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL PARA EMISSÃO DE JUÍZO CONCLUSIVO SOBRE A SITUAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS ÁREAS ABRANGIDAS PELOS TÍTULOS. Questão de Ordem que assim se resolve: (1) a demarcação prévia da área abrangida pelos títulos, não é, em si, indispensável ao ajuizamento da própria ação; (2) o Tribunal pode examinar se a área é indígena ou não para decidir pela procedência ou improcedência da ação. (ACO 312 QO, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2002, DJ 27-10-2006 PP-00030 EMENT VOL-02253-01 PP-00106 RTJ VOL-00199-01 PP-00003).

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, como que o ato de demarcação se torna de natureza

declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§6º do art. 231 da CF). (Pet. 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, DJE de 01/07/2010).

100. Portanto, caso seja verificado que o grupo ocupante de determinada área é indígena, a manutenção de sua posse por parte do Estado independe da conclusão do processo administrativo de demarcação. Nessa linha é a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÍNDIOS QUE SE ENCONTRAM NA MARGEM DE RODOVIA. ALEGAÇÃO DE QUE, DESCUMPRINDO LIMINAR JUDICIAL, OS ÍNDIOS INVADIRAM A FAZENDA DO AUTOR. DECISÃO QUE DETERMINA AO CACIQUE QUE SE ABSTENHA DE INCENTIVAR A INVASÃO E QUE ORDENA À FUNAI A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS “PARA LOCAL DISTANTE”. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARCIALMENTE.

1. O agravo é recurso destinado à revisão das decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau, não servindo à argüição de matérias novas, não submetidas ao juízo singular e que, segundo a lei, encontram lugar na contestação.

2. Não merece censura a decisão que, visando a assegurar o cumprimento de medida liminar possessória anteriormente deferida, determina a intimação do líder indígena para que se abstenha de incentivar ou autorizar nova turbação ou esbulho.

3. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal.

4. Não se mostra razoável a determinação, dirigida à FUNAI, para que promova, em dez dias, a remoção de índios instalados à margem de rodovia, levando-os para “local distante” e não definido. 5. Agravo parcialmente conhecido e provido em parte”.

(TRF/3ªR, 2ª Turma, AI 202.940/MS, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 31.05.2005, v.u, DJU 10.06.2005, p. 385.)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÃO INDÍGENA. MEIO AMBIENTE. OCUPAÇÃO PROVISÓRIA. CONSTRUÇÃO DE CASAS DE MORADIA E DE CASA DE REZA EM PARQUE ESTADUAL. RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS. DECISÃO MANTIDA.

1. Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão do juízo monocrático que, em sede de ação civil pública, determinou o

cumprimento de várias providências, tendo em vista a ocupação provisória, por parte de indígenas, do Parque Estadual Xixová-Japuí, localizado em São Vicente, no litoral do Estado de São Paulo, inclusive determinando à FUNAI que providenciasse a construção de oito casas e mais uma casa de reza, para a acomodação das famílias.

2. A decisão, no ponto em que atacada, mostra-se adequada para a proteção dos interesses tutelados constitucionalmente em favor das comunidades indígenas e não padece de nenhuma ilegalidade e sequer tem o caráter de situação consumada, conquanto, em face do deslinde futuro da demanda, as casas construídas segundo os padrões tradicionais da cultura indígena, poderão, eventualmente, ser removidas, ensejando a completa recuperação da área, aliás, já degradada e, portanto, não implicou prejuízo ao meio ambiente que já não fora anteriormente experimentado.

3. Na verdade, os agravantes não apontam, objetivamente, fato concreto que demonstre o alegado dano ambiental, conquanto, as casas ocupadas pelos indígenas e a casa de reza, conforme construídas, integram-se ao meio ambiente e não implicam prejuízo ou dano a este.

4. Não se deve olvidar que o caso em tela envolve interesses sociais relevantes, todos tutelados pela Constituição Federal de 1988, pois, se de um lado, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo ser preservado para as presentes e futuras gerações (art. 225), não se ignorando, outrossim, que a Mata Atlântica é patrimônio nacional, de outro lado, 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 (art. 231)

5. Como se verifica, a Constituição da República reconhece os direitos originários dos povos indígenas sobre a terra, direito esse anterior à criação do próprio Estado Brasileiro, sendo que a demarcação apenas evidencia os limites das terras indígenas, sendo necessário o estudo antropológico aludido, porém, até a solução da demanda de forma definitiva, não é sensato pretender a remoção dos índios da área por eles ocupada, até porque nenhuma prova indica para qualquer prejuízo ao meio ambiente em razão da permanência deles na área do mencionado Parque Estadual.

6. Agravo de instrumento improvido”.

(TRF/3ªR, 2ª Turma, AI 224.576, Rel. Juiz Conv. Valdeci dos Santos, j. 24.03.2009, v.u, DJE 02.04.2009, p. 211.)

101. Quanto ao processo de demarcação das terras indígenas em si, este é determinado no Brasil pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Por meio dele, é possível verificar a existência de cinco fases bem delimitadas.

102. A 1ª fase é a denominada de Identificação e Delimitação (art. 2º, caput e §§1º a 5º do Decreto nº 1775/96):

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo

fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

103. Essa primeira fase do processo de demarcação tem início com a edição de Portaria pelo Presidente da FUNAI, que constitui grupo técnico multidisciplinar (GT) coordenado por antropólogo de qualificação reconhecida, com a finalidade de realizar estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessário à delimitação.

104. Ao final desta etapa, após exaustivos estudos que preservam a participação dos indígenas e dos estados federados, é elaborado um relatório chamado Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), com requisitos e elementos essenciais delimitados pela Portaria nº 14/96 do Ministério da Justiça e Segurança Pública. A Portaria, em síntese, impõe ao Relatório o dever de abordar os quatro requisitos constitucionais da definição de terras tradicionalmente ocupadas, constantes do artigo 231, §1º, da Constituição Federal, a saber: (i) habitação permanente; (ii) atividades produtivas; (iii) meio ambiente; e (iv) reprodução física e cultural, sempre orientado pelos usos, costumes e tradições da etnia em estudo. Ademais, esse Relatório contém (v) os dados gerais sobre o grupo indígena; (vi) o levantamento fundiário; e (vii) a conclusão que, se favorável, indicará o perímetro da área a ser demarcada.

105. Note-se que nesta fase do estudo já é possível a participação de qualquer interessado, consoante dicção do §8º do artigo 2º do Decreto nº 1775/96, *in verbis*:

"desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se (...)"

106. Adiante, o produto do trabalho do GT é submetido à análise técnica pelo setor competente da Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI (art. 2º, §§ 6º e 7º do Decreto nº 1775/96):

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

107. Os seus setores técnicos revisam criticamente o que foi desenvolvido pelo grupo de trabalho multidisciplinar, podendo sugerir ajustes. Estando formal e materialmente adequado, o relatório segue para aprovação do Presidente da FUNAI, cujo despacho é publicado nos órgãos de divulgação oficial da União e do Estado interessado, além de afixação em local adequado nos Municípios afetados.

108. Após essa publicação, é facultada aos interessados a apresentação de manifestações ou contestações (art. 2º, § 8º do Decreto nº 1775/96) ao relatório circunstanciado já aprovado. Essas contestações são subsequentemente apreciadas pelos setores da FUNAI, sendo elaborado um parecer para cada contestação ou manifestação apresentada.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

109. Com as análises técnicas das contestações, dá-se início à 2ª fase do procedimento – a fase de Declaração. Neste momento, o processo administrativo é remetido ao Ministro da Justiça e Segurança Pública para a declaração de limites (art. 2º, §§ 9º e 10 do Decreto nº 1775/96):

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

110. Recebido e analisado o processo, existem três alternativas: (i) desaprovar a identificação, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes; (ii) prescrever diligências complementares ao trabalho apresentado; e (iii) concordar com o relatório de identificação, declarando-se, através de portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação.

111. Segue-se a isso a 3ª fase, denominada Demarcação Física, quando os marcos de delimitação são colocados no perímetro indicado na Portaria Ministerial. Também aqui se inicia o procedimento visando ao pagamento das indenizações pelas benfeitorias erigidas de boa-fé, consoante mandamento constitucional (art. 231, § 6º, CF):

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.

(...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

112. Na 4ª fase, após a demarcação física e o início do pagamento das benfeitorias, o processo é remetido ao Presidente da República para Homologação, ato que atesta a validade do procedimento realizado (art. 5º):

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

113. Ao final, na 5ª fase, a FUNAI levará a terra indígena a Registro (art. 6º) perante o Oficial de Imóveis competente:

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

114. A partir de então, o decreto homologatório terá publicidade perante terceiros, promovendo a segurança jurídica dos negócios imobiliários na circunscrição da terra indígena. Nesta fase, é solicitado ainda o cadastro da terra perante a Secretaria do Patrimônio da União.

115. O procedimento é concluído, por fim, com a extrusão dos não índios, após o pagamento das indenizações pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, e com o reassentamento dos pequenos ocupantes, a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

## **II.5. Fatos Constatados pelas Autoridades do Estado na Terra do Povo Indígena Xucuru**

116. Em análise detida do Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015, verifica-se que a Ilustre CIDH, ao concluir que o Estado teria violado obrigações da CADH, baseou-se em dados fáticos do caso que hoje estão ultrapassados, tanto em relação à constatação da situação dos indígenas na terra demarcada, quanto no que tange às ações judiciais nele mencionadas.

117. É de se ressaltar que o *Caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil* esteve em trâmite por longo período na CIDH, tendo havido o peticionamento na CIDH em 16 de outubro de 2002 e a emissão do Relatório Preliminar de Mérito apenas em 28 de julho de 2015, com a submissão do caso à jurisdição da Corte em 19 de abril de 2016. Neste período, a realidade da terra indígena do Povo Xucuru se alterou drasticamente.

118. O Estado brasileiro, com auxílio de força especial para verificação *in loco* realizada no período de 1º a 5 de agosto de 2016<sup>23</sup>, deparou-se com realidade completamente diversa da descrita pela Comissão.

119. Durante os trabalhos de identificação dos ocupantes não indígenas na Terra Indígena do Povo Xucuru e de indenização das benfeitorias por eles realizadas na terra, quando de boa-fé, em cumprimento ao mandamento constitucional (artigo 231, parágrafo 6º, da CRFB), o Estado havia identificado inicialmente 624 ocupações por não indígenas no território do Povo Xucuru. Destas 624, 523 ocupações foram objeto de desintrusão e seus antigos ocupantes receberam a completa indenização por benfeitorias de boa-fé nelas realizadas, de forma que foram totalmente saneadas pelo Estado.

120. Das 101 restantes em que, em tese, penderia indenização, verificou-se que 19 eram, na verdade, pertencentes aos próprios indígenas, já previamente identificadas, restando, portanto, apenas 82 ocupações por não indígenas em que efetivamente penderia a realização da indenização por benfeitorias de boa-fé.

121. Destaca-se, no entanto, que destas 82 ocupações sem a indenização dos antigos ocupantes, 75 já estão sob a posse permanente e exclusiva do Povo Indígena Xucuru, havendo apenas a pendência indenizatória, que não afeta a posse indígena, sendo contenda que envolve os antigos ocupantes não indígenas e o Estado e em que se discute apenas os valores das indenizações e não o direito de posse sobre a terra<sup>24</sup>.

122. Dessas 75 antigas ocupações não indígenas sob a posse indígena, 14 ocupações, identificadas pela região denominada por Fazenda Pedra D'Água, estão sob posse dos membros da comunidade indígena Xucuru desde 1990 e 61 ocupações, mantidas anteriormente por 45 ocupantes não indígenas, foram sendo ocupadas pelo Povo Xucuru gradativamente, entre 1992 e 2012. Os 45 antigos ocupantes não indígenas estão em tratativas o Estado para que recebam indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé ao tempo em que ocupavam a terra indígena.

123. Assim, apenas 7 ocupações são mantidas atualmente por não indígenas. E somente 6 ocupantes estão nelas. Estes 6 ocupantes não indígenas hoje convivem sem conflitos com os membros do Povo Indígena Xucuru, que em acompanhamento à visita *in loco* do Estado à terra indígena não manifestaram discordância acerca de sua presença no território.

---

<sup>23</sup> Instrução Técnica Executiva n. 214/2016/DPT, de 26 de julho de 2016.

<sup>24</sup> Informação Técnica nº. 143/2016/CGAF/DPT/FUNAI e Informação Técnica nº 155/2016/CGAF/DPT-FUNAI.



124. Entre essas áreas que foram gradativamente ocupadas estão todas aquelas que foram objeto de litígio das duas ações judiciais mencionadas pela CIDH em seu relatório: ação de reintegração de posse nº. 0002697-28.1992.4.05.8300, proposta por Milton Barros Didier e Maria Edite Barros Didier; e a ação anulatória nº 0002246-51.2002.4.05.8300, proposta por Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu e outros.

125. A ação de reintegração de posse dizia respeito à Fazenda Caípe, de aproximadamente 300 ha, no Município de Pesqueira/PE, que fora ocupada por cerca de 350 índios da comunidade indígena Xucuru em 1992. Tal ação transitou em julgado em 28 de março de 2014, a favor dos autores, tendo a FUNAI, em 10 de março de 2016, manejado ação rescisória para desconstituir o julgado por afronta à dominialidade pública da área e aos direitos possessórios do Povo Indígena Xucuru. A ação rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000 tramita atualmente no Tribunal Regional Federal da 5ª Região e está em fase de citações que antecedem a contestação, conforme informado pelo Estado na Petição de 2 de março de 2017.

126. A despeito disso, conforme constatado *in loco*, os não indígenas que antes ocupavam a Fazenda Caípe não estão mais ocupando aquela terra, estando a área sob a posse exclusiva e pacífica dos membros do Povo Indígena Xucuru. Milton Didier e Maria Edite Didier estão em tratativas com o Poder Público para que recebam indenização pelas benfeitorias que realizaram de boa-fé no território. A situação de fato indica que houve absoluta perda de interesse dos autores da ação em ocupar novamente a área, que hoje está, reprise-se, totalmente ocupada pelos indígenas.

127. Em relação à ação anulatória, verificou-se que, em 17 de maio de 2014, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiu recurso especial interposto pela FUNAI (Recurso Especial nº 1501362/PE), ordenando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, o que ocorreu em 25 de novembro de 2014. No momento, os autos estão conclusos para decisão do Ministro julgador, conforme informado pelo Estado na Petição de 2 de março de 2017. Destaca-se, entretanto, que ainda que o recurso esteja pendente de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, os ocupantes não indígenas não mais permanecem no território do Povo Indígena Xucuru. Os antigos ocupantes não indígenas estão em tratativas com o Poder Público para que recebam indenização pelas benfeitorias que realizaram de boa-fé no território. Aqui também a situação de fato indica que não há mais interesse dos antigos ocupantes não indígenas em retornar à terra indígena.

128. A Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos teve, em 21 de março de 2017, a oportunidade de obter estes dados fáticos diretamente da testemunha do Estado, o senhor José Sérgio de Souza, que relatou à Corte sobre sua experiência de mais de duas décadas como funcionário da FUNAI na terra indígena do Povo Xucuru.

129. O senhor José Sérgio de Souza, em seu testemunho, informou à Corte sobre a atual situação da terra indígena, que está hoje demarcada, titulada e livre de conflitos. Através do testemunho fidedigno do senhor José Sérgio de Souza, a Corte obteve a corroboração dos fatos atuais da terra aqui relatados, notadamente da realidade de presença ínfima de ocupantes não indígenas na terra e do fato de que o Povo Xucuru, para além de possuir o direito de posse permanente e de usufruto exclusivo, está efetivamente no controle de fato da terra ancestral.

130. A Corte, desta forma, deve ter em conta, para proferir um justo julgamento, que todas as terras anteriormente ocupadas por cidadãos não indígenas na Terra Xucuru estão sob posse permanente e exclusiva do Povo Xucuru com exceção de 7 ocupações em 160,43 ha da Terra Indígena (sob posse de 6 não índios), o que representa apenas 0,58% do extenso território indígena.

131. Esta análise da situação fática de posse permanente e exclusiva pelo Povo Indígena Xucuru da quase totalidade da Terra Indígena demarcada revela que os 6 não indígenas acima discriminados ocupam cerca de apenas 0,582% da Terra Indígena. Cabe sublinhar a contínua atuação do Estado brasileiro no sentido de efetuar as indenizações e retirar de maneira justa e final os ocupantes não indígenas.

132. Paralelamente à situação de fato, temos a atual situação jurídica das seis ocupações não indígenas não indenizadas e removidas da Terra Indígena Xucuru. Neste ponto, o Estado brasileiro continua envidando esforços para que se proceda o total pagamento das indenizações por benfeitorias realizadas por ocupantes de boa-fé retirados e em vias de serem retirados da área.

133. Neste ponto, informamos que, após a visita *in loco* e identificação das ocupações que ainda precisam ser indenizadas pelo Estado, a Coordenação Geral de Assuntos Fundiários da FUNAI autuou o processo administrativo n° 08620.043000/2013-31/FUNAI, refletindo os dados dos ocupantes e ex-ocupantes cujas benfeitorias de boa-fé pendem de indenização. Os autos deste processo administrativo serão encaminhados à consideração da Procuradoria Federal junto à FUNAI a fim de que sejam ajuizadas as ações judiciais cabíveis, notadamente ação de consignação em

pagamento e ação de reintegração na posse quanto aos seis ocupantes que permanecem na área.

### III. Exceções Preliminares

#### III.1. Incompetência *Ratione Temporis* quanto aos Fatos Anteriores à Data de Adesão do Estado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos

134. A adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, representa o marco temporal inicial a partir do qual se pode responsabilizar o Estado brasileiro por violações àquele tratado.

135. Quanto à interpretação dos efeitos temporais da aludida adesão, o Estado recorda um dos pilares do direito internacional público, advindo do princípio *pacta sunt servanda*, expresso no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe sobre regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações em tratados: a irretroatividade dos tratados.

136. Segundo o dispositivo, ao tempo da entrada em vigor do tratado para um Estado, suas disposições obrigam-no para fatos posteriores e anteriores que ainda não deixaram de existir, os chamados fatos de efeitos continuados:

Art. 28. A não ser que uma intenção diferente resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma, as disposições de um tratado não obrigam uma parte em relação a um fato ou ato que ocorreu ou a uma situação que deixou de existir, antes da entrada em vigor do tratado, para essa parte.<sup>25</sup>

137. Nesse sentido, essa Egrégia Corte deve reconhecer sua incompetência *ratione temporis* para conhecer das supostas violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos causadas por fatos anteriores à ratificação da CADH pelo Estado brasileiro.

138. Entre o conjunto de fatos supostamente violadores da CADH trazidos no presente caso estão aqueles notificados pela Comissão referentes ao processo administrativo de reconhecimento, demarcação e titulação do território indígena Xucuru antes do procedimento previsto pelo decreto nº 1.775, de 08/01/1996.

139. A Comissão incluiu quase todas as fases de um procedimento preliminar de demarcação, antes do procedimento previsto pelo novel decreto, a contar de março de

---

<sup>25</sup> ONU. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, art. 28.

1989, quando foi editada a Portaria n. 218/FUNAI/89, que determinou a criação de grupo técnico para identificar o território indígena. Incluiu, ademais, a portaria do Ministro da Justiça de maio de 1992 (Portaria n.259/MJ/92), que declarou os limites da terra indígena e determinou sua demarcação. Entretanto, todos esses fatos, ocorridos antes de setembro de 1992 são, evidentemente, anteriores à data de adesão do Brasil à Convenção e não estão sob a competência em razão do tempo do Tribunal.

140. À vista do exposto, notadamente da data de adesão do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, essa Colenda Corte Interamericana deve reconhecer sua incompetência *ratione temporis* para conhecer e julgar supostas violações da CADH iniciadas antes da data de adesão do Brasil à Convenção (25 de setembro de 1992), o que significa afastar da análise de mérito quanto aos fatos noticiados pela Comissão referentes ao processo de demarcação da terra indígena Xucuru a contar de 1989 até setembro de 1992.

### **III.2. Incompetência *Ratione Temporis* quanto aos Fatos Anteriores ao Reconhecimento da Jurisdição da Corte**

141. O Estado brasileiro assumiu obrigações jurídicas no plano internacional quanto à proteção e à observância dos direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde a edição do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, que formalizou sua adesão à Convenção.

142. A Convenção Americana, em seu artigo 62, dispôs que cada Estado deveria declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

143. Consagrou também que a referida declaração poderia ocorrer no momento do depósito do instrumento de ratificação da Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, assim como poderia ser incondicional ou condicionada à reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

144. Têm-se duas espécies de declaração de aceitação da jurisdição dessa Corte, portanto. E cada uma delas pode produzir efeitos temporais distintos, como se verá adiante.

145. No exercício da faculdade conferida pelo art. 62, 1, da CADH, diversos Estados Partes formularam declarações de aceitação da jurisdição obrigatória dessa Honrável Corte sem qualquer limitação temporal.

146. Para estes, por força do princípio da irretroatividade que rege o Direito dos Tratados, é certo que essa Honorable Corte não pode julgar supostas violações de direitos humanos causadas por fatos de efeitos instantâneos e anteriores ao reconhecimento de sua jurisdição.

147. A doutrina reconhece como evidente a irretroatividade da declaração de reconhecimento da jurisdição obrigatória dessa Honorable Corte:

*Despite this principle, the Inter-American Court holds that it cannot rule on any violation of the Convention's rights that occurred before the State accepted the Court's jurisdiction. In other words, the Court has jurisdiction over events that took place in a State Party to the American Convention only after that State accepted the jurisdiction of the Court or over events that continued after the date of acceptance.*<sup>26</sup>

148. A declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH em termos irrestritos não evita, contudo, que os Estados sejam julgados por fatos anteriores à data da declaração, nos termos do citado artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Logo, a submissão de Estados à jurisdição da Corte para fatos iniciados antes de seu reconhecimento e que não deixaram de existir ao tempo da declaração é decorrência do regime geral de submissão dos Estados a compromissos internacionalmente assumidos.

149. Neste sentido, o Estado não desconhece que, amparada no princípio da *compétence de la compétence (kompetenz-kompetenz)*, segundo o qual todo tribunal tem a autoridade inerente para determinar os limites da própria competência<sup>27</sup>, e invocando o art. 28 da CVDT, essa Corte firmou jurisprudência que reconhece sua competência *ratione temporis* para conhecer de violações aos direitos humanos de caráter continuado, mesmo que iniciadas em momento prévio ao reconhecimento estatal da jurisdição contenciosa da Corte.

150. Ocorre que aquele mesmo dispositivo da Convenção de Viena, ao dispor sobre o regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações internacionais, também excepciona “uma intenção diferente [que] resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma”.

151. A Convenção Americana, no que tange ao reconhecimento de sua jurisdição pelos Estados, é um desses tratados que autorizam regime temporal diverso:

---

<sup>26</sup> PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pgs. 5604.

<sup>27</sup> BURGORGUE-LARSEN, L. & ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011, p. 4.

Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.<sup>28</sup>

152. Assim, amparados no art. 62 da Convenção, os Estados que são parte da Convenção podem elaborar declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte IDH em termos irrestritos (art. 62, 1) ou condicionais (art. 62, 2).

153. A declaração de aceitação em termos irrestritos submete o Estado declarante ao regime geral de efeitos temporais do compromisso, instituído pelo art. 28 da CVDT. A declaração em termos condicionais, autorizada pelo art. 62, 2, da CADH, pode, ao revés, estabelecer regime temporal diferenciado.

154. Em outras palavras, a declaração de aceitação da jurisdição da Corte em termos irrestritos, nos termos do art. 62, 1, da CADH, submete o Estado à sua jurisdição para fatos que lhes são posteriores ou anteriores e que ainda não deixaram de existir (violação continuada) na data da declaração. Já a declaração em termos que condicionam a aceitação da jurisdição a certo limite temporal permite aos Estados postergar o momento em que os fatos violadores de direitos humanos estarão sujeitos à jurisdição da Corte ou mesmo afastar sua competência para fatos que lhes são anteriores, ainda que ocasionem violação continuada e supostamente em curso após a data fixada na declaração estatal.

155. Há Estados Partes da Convenção Americana que impuseram limitação temporal para o reconhecimento da jurisdição obrigatória dessa Corte. Ao invés de simplesmente reconhecerem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tais Estados se valeram da faculdade insculpida no art. 62, 2, da CADH para aceitar sua competência apenas quanto aos fatos posteriores a determinada data:

*Chile recognized the Court's jurisdiction only as to "situations occurring subsequent to the date of deposit of this instrument of ratification, or, in any event, to circumstances which arose after 11 March 1990". Likewise, Brazil, Paraguay, Guatemala, Mexico,*

---

<sup>28</sup> OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 62, 2 e 3.

*Nicaragua, and El Salvador incorporated conditions of nonretroactivity in their instruments of acceptance.*<sup>29</sup>

156. Este é justamente o caso do Brasil, como cita a doutrina. O Estado brasileiro optou por reconhecer a competência dessa Corte em momento posterior à adesão à Convenção Americana, ocorrida em 1992, bem como optou por reconhecê-la “sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”, nos termos do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, *in verbis*:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

157. Ao apreciar os termos e as circunstâncias do reconhecimento de sua jurisdição por declarações com limitação temporal proferidas por determinados Estados, essa Corte tem acertadamente construído o entendimento de que tais declarações restringem sua jurisdição para os fatos ou omissões iniciados após a data indicada na declaração.

158. Decorre do exposto que, no caso do Estado brasileiro, a autorização convencional para o exercício de jurisdição por essa Corte está restrita à análise de eventuais violações específicas e autônomas iniciadas posteriormente a 10 de dezembro de 1998.

159. Consequentemente, segundo aquela construção jurisprudencial, a suposta violação estatal do dever de proteção judicial (art. 25.1 da CADH), alegada em razão de o Estado supostamente não ter fornecido ao Povo Indígena Xucuru recurso efetivo para resolver o reclamo territorial de seus membros, só estaria sujeita à jurisdição da Corte se tais processos e recursos tivessem sido iniciados após o marco temporal indicado na declaração de reconhecimento de jurisdição da Corte. Processos iniciados antes daquele marco temporal, ainda que estivessem em curso após aquela data, não poderiam ser invocados para se alegar violação do Estado ao dever de proteção judicial, por incompetência *ratione temporis* dessa Corte.

---

<sup>29</sup> PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pos. 5692.

160. A corroborar o presente entendimento, tem-se o importante fato de que a Comissão Interamericana não apontou, seja na tramitação dos processos judiciais, seja na tramitação do processo administrativo de demarcação, as chamadas “violações específicas e autônomas de denegação de justiça”, em outras palavras, não apontou fatos independentes e violadores da Convenção, observados no curso dos processos, que, se ocorridos em data posterior ao limite temporal fixado para o reconhecimento da competência da Corte, estariam alcançados por sua jurisdição *ratione temporis*.

161. Deve-se ter em conta que, em relação à suposta violação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Comissão expressamente afirmou que (...) não conta com elementos suficientes para considerar que foram consumadas violações autônomas do direito de recorrer aos tribunais consagrado nessa Declaração entre o início do processo administrativo em 1989 e 25 de setembro de 1992. Se não existiram elementos suficientes para caracterização de violação específica e autônoma à Declaração, por decorrência lógica não existiriam também tais elementos quanto à suposta violação em relação à Convenção Americana, considerando que se trata de fatos a serem julgados e não de mera interpretação de atos normativos. Ou o fato violador da Convenção existiu ou não existiu, independentemente do parâmetro normativo utilizado.

162. Tendo em vista a necessidade de observância das garantias processuais, não basta que a Comissão aponte o processo administrativo de demarcação como um todo, ou sua demora, como fato violador do dever de proteção judicial. A imputação ao Estado apenas pode se dar, portanto, por fatos supostamente violadores que sejam específicos, autônomos e que tenham ocorrido após o marco temporal de submissão do Estado à jurisdição da Corte. É o que já determinou a Corte no *Caso de Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*.<sup>30</sup>

163. A interpretação da Comissão, portanto, além de não levar em conta a soberania estatal, por estender a jurisdição da Corte além dos limites declarados pelo Brasil, viola o regime especial de declarações com limitação temporal instituído pelo art. 62.2, da CADH. Entendimento diverso acabaria por igualar os efeitos de todas as declarações de aceitação da jurisdição da Corte, sejam elas com ou sem limitação temporal, o que desprestigia a vontade dos Estados e os limites por eles impostos,

---

<sup>30</sup> CORTE IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentença de 23 de novembro de 2004. (Exceções Preliminares). Série C, No. 118, pars. 62, 72, 73, 78 e 79.



legitimamente, para que se submetam à jurisdição da Corte Interamericana de Derechos Humanos.

164. A Comissão alega que o Estado é responsável pela violação continuada dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais (arts. 8.1 e 25.1, em combinação com o art. 1.1 da CADH), em detrimento do Povo Indígena Xucuru quanto ao reclamo territorial de seus membros. Com base na declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH pelo Brasil e considerando-se que as supostas violações de direitos humanos acima indicadas teriam se iniciado majoritariamente em data anterior a 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro compreende que essa Honorable Corte possui competência *ratione temporis* para analisar somente as possíveis violações aos arts. 8.1 e 25.1 da CADH causadas por fatos comprovadamente iniciados ou que deveriam ter se iniciado após 10 de dezembro de 1998 e que constituam violações específicas e autônomas de denegação de justiça. A Comissão Interamericana, no entanto, não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fatos iniciados ou que deveriam ter se iniciado após 10 de dezembro de 1998 e que constituiriam, segundo ela, violações específicas e autônomas de denegação de justiça, o que deve implicar, à luz da jurisprudência dessa Honorable Corte, a inadmissibilidade do presente caso.

165. A exigência de natureza específica das violações aos artigos 8º e 25 da Convenção Americana para fins de determinação da competência em razão do tempo desse Tribunal ficou muito bem assentada no *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*, relevante, entre outras questões, para a compreensão do direito à nacionalidade. Nesse caso, a Corte Interamericana considerou que não tinha competência para analisar a negativa de registro de nascimento das vítimas, potencialmente violadora dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, precisamente porque os fatos tinham ocorrido antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal:

*Este Tribunal no se referirá a las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones concretadas en hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.*<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, No. 130. par. 201.

166. Nessa esteira, o Estado considera imprescindível que a Corte atente para a realidade do caso. A Comissão não se desincumbiu do ônus de provar a existência de violações específicas e autônomas por fatos iniciados após 10 de dezembro de 1998, não sendo suficientes alegações genéricas sobre a tramitação do processo administrativo de demarcação e dos processos judiciais envolvendo a Terra Indígena do Povo Xucuru. Aceitar entendimento diverso implicaria ruptura das garantias próprias de um processo justo.

167. De forma específica, advém deste estado de coisas que as ações ordinária e de reintegração de posse citadas no Relatório Preliminar de Mérito n° 44/15 como violadoras do direito à duração razoável do processo, iniciadas respectivamente em fevereiro e março de 1992, estão fora da competência em razão do tempo desta Corte.

168. Com relação às alegações de duração não razoável do processo administrativo para demarcação da terra ancestral do Povo Indígena Xucuru e de falta de sua eficácia para assegurar o respeito à propriedade coletiva desse povo, o Estado brasileiro considera que a definição de um marco temporal preciso para a análise do Tribunal somente é possível se este se orientar pelo processo administrativo em questão, o qual, como se verá na próxima seção, teve início antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana. Há que se identificar, portanto, violações específicas e autônomas aos artigos 8° e 25 da Convenção com relação ao processo administrativo de reconhecimento e demarcação da terra indígena. Do contrário, não haverá como estabelecer qualquer marco temporal para a análise do Tribunal, o que impediria a condução do processo segundo normas claras e pré-estabelecidas.

169. Quanto às demais violações alegadas contra o Estado, concernentes aos artigos 5° e 21 da Convenção Americana, e, de modo geral, quanto a todos os fatos do presente caso, sustenta-se que esse Tribunal tem competência apenas para analisar eventuais violações à Convenção Americana ocorridas após 10 de dezembro de 1998.

### **III.3. Não Interposição e Esgotamento Prévios dos Recursos Internos**

170. Tendo em vista o caráter subsidiário e complementar do Sistema Interamericano, conforme artigo 46, item a, da Convenção, ao Estado deve ser dada oportunidade de reparar internamente supostas violações a direitos humanos ocorridas em seu território antes que se possa exercer jurisdição internacional a respeito:

Art. 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

171. A incidência do requisito e da sua devida compreensão é sedimentada e indiscutível, já tendo sido expressamente declarada pela Corte Interamericana em situações diversas. O *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* é emblemático nesse sentido:

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema em conformidade com seu direito interno antes de se ver enfrentado em um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, por esta ser "coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo).<sup>32</sup>

172. A devida compreensão do requisito anuncia que é preciso recorrer primeiramente à jurisdição doméstica para se buscar o reconhecimento de determinada violação de direitos humanos protegidos internacionalmente, assim como sua devida reparação. Se a finalidade última do requisito é permitir ao Estado que possa remediar danos causados por suposta violação de direitos humanos consagrados na Convenção, é necessário que os recursos internos manejados sejam aptos a promover a reparação. A finalidade reparatória dos recursos internos a serem manejados pelas vítimas é reconhecida claramente por essa Corte:

*En este caso, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios.*<sup>33</sup>

173. Ao Estado deve ser dada a oportunidade de promover, por determinado recurso interno, um duplo efeito: reconhecimento e reparação. Logo, não pode a vítima ou seu representante buscar diretamente a tutela jurisdicional internacional sem antes promover a utilização de recurso interno com esse duplo objetivo.

<sup>32</sup> CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Série C. Nº 4, par. 61.

<sup>33</sup> CORTE IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras*. Decisão de 13 de novembro de 1981. Série A. Nº 101, par. 26.

174. O reconhecimento de violação de direitos humanos e a reparação dele decorrente só podem ser solicitados à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, portanto, se ambos – reconhecimento e reparação - tiverem antes sido objeto de recurso manejado na jurisdição doméstica.

175. Especificamente quanto a pedidos de reparação pecuniária, o fundamento da regra, qual seja o caráter subsidiário e complementar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, impede que o Estado seja surpreendido com um pedido de reparação perante qualquer jurisdição internacional sem antes ter tido a oportunidade de promovê-la domesticamente. A limitação da jurisdição internacional para determinar reparações pecuniárias sem que antes tal reparação tenha sido buscada na jurisdição doméstica também é reconhecida no Sistema Europeu de Direitos Humanos:

*The award of damages, the Court's other main avenue of providing just satisfaction, involves a more incisive remedial role of the Court, and is intended to provide direct relief to the applicant. Like the issuance of declaratory judgments, however, the power to order damages also is constrained by the principle of subsidiarity and can be exercised only when the Court "is satisfied that the injured party cannot obtain adequate reparation under the national law of the State concerned."*<sup>34</sup>

176. Por tudo isso, antes de elevar determinada violação de direitos humanos ao conhecimento dos órgãos internacionais de proteção e de solicitar-lhes determinada reparação, é dever da vítima ou de seu representante manejar o recurso interno que lhe permita obter providência de igual teor e abrangência, ou seja, decisão sobre o mesmo reconhecimento e reparação.

177. Cabe ressaltar que se bem compete à Comissão apreciar em primeiro lugar a observância deste requisito, essa Corte tem competência para revisar todas as questões conhecidas e decididas pela Comissão, o que ora se requer:

*Es a la Comisión a la que corresponde esa apreciación, sin perjuicio de que, respecto de lo actuado por ella antes de que el caso haya sido sometido a la Corte, ésta tiene la facultad de revisar in todo lo que aquella haya hecho y decidido (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 29; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr.*

---

<sup>34</sup> NIFOSI-SUTTON, Ingrid. *The Power of the European court of human rights to order specific non-monetary relief: a critical appraisal from a right to health perspective*. *Harvard Human Rights Journal*, 2010, Vol. 23, p. 54.

34 y Caso Godínez Cruz, *Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 32*).<sup>35</sup>

### III.3.1. Análise do Requisito: Situações de Dispensa e Ônus da Prova

178. A Convenção Americana dispõe que o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos estará devidamente satisfeito apenas quando os recursos tiverem sido interpostos e esgotados. Isso não é por acaso. Em diversas situações, o peticionário logra comprovar a interposição, mas não seu esgotamento; em outras, não há qualquer prova ou sequer alegação de interposição do necessário recurso.

179. A distinção também se reflete sobre as hipóteses que excepcionam o requisito. Enquanto certas hipóteses excepcionam a própria interposição do recurso (art. 46, 2, a e b, primeira parte, da Convenção), outras excepcionam somente seu esgotamento, de maneira que a interposição continua sendo necessária (art. 46, 2, b, in fine, e c, da Convenção). A percepção desta dupla face do requisito é decisiva para a correta compreensão do ônus de provar a interposição e esgotamento prévios.

180. Aos peticionários cabe o ônus de demonstrar o esgotamento dos recursos internos. As excepcionais situações em que se relativiza a incidência do requisito são somente aquelas trazidas pela própria Convenção Americana:

Art. 46.2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.<sup>36</sup>

181. Nas situações em que o não esgotamento de recursos internos é justificado pelos peticionários a partir de uma das exceções previstas no art. 46.2, a análise do requisito se relaciona com a suposta violação pelo Estado de seu dever de prover recursos adequados e efetivos para proteção judicial, ou seja, com uma suposta nova violação das obrigações do Estado decorrentes da Convenção. Em muitos casos,

<sup>35</sup> CORTE IDH, *Opinião Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990*. Exceções ao esgotamento dos recursos internos (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A. Nº 11, par. 39.

<sup>36</sup> OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 46, §2º.

portanto, a questão do não esgotamento de recursos internos se aproxima da questão de mérito.

182. Isso não pode significar, contudo, uma permissão para que se desconsidere a necessidade de demonstração do efetivo esgotamento dos recursos internos existentes, adequados e efetivos por simples alegação genérica de que teria havido violação aos direitos de garantia judicial (art. 8º) e proteção judicial (art. 25) previstos na Convenção, a não ser que haja uma efetiva ausência de recursos internos idôneos para a defesa dos direitos invocados.

183. Especificamente quanto à dispensa de esgotamento de recursos internos quando estes sofrem demora injustificada para a sua conclusão (art. 46, 2, c, da Convenção), o Estado brasileiro conhece o entendimento dessa Corte no sentido de que processos judiciais que tardam mais de cinco anos sem sentença ultrapassam a duração razoável a que faz referência o art. 8º, 1, da Convenção, e que tais processos só podem ser aceitos como recursos adequados se o Estado trazer “explicação convincente para justificar a demora”.<sup>37</sup> Resta claro, portanto, que essa Honorable Corte reconhece haver razões aptas a justificar a demora processual em certos casos e que compete aos Estados demonstrar, de modo convincente, a incidência dessas razões em cada caso.

184. A Convenção Americana dispõe claramente que a petição apresentada inicialmente à Comissão deve preencher todos os requisitos estabelecidos em seu artigo 46, entre os quais se encontra a interposição e o esgotamento prévios de recursos da jurisdição interna:

Art. 47. A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:  
b. a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;

185. A Convenção não traz exceções à regra de que o ônus da prova se impõe ao peticionário. Apesar disso, em seu Regulamento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que o ônus da prova pode recair sobre Estado, nos seguintes termos:

Art. 31, 3. Quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprovar o requisito indicado neste artigo, caberá ao Estado em questão demonstrar que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isso se deduza claramente do expediente.

---

<sup>37</sup> CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000 (Exceções Preliminares), Série C, No. 67, par. 38; CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997 (Mérito, Reparações e Custas), Série C, No. 30, par. 81; CORTE IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C, No. 35, par. 73.

186. A única hipótese em que poderá haver a inversão do ônus probatório, portanto, ocorre quando, após ter interposto o recurso, o peticionário alegue ser impossível comprovar o seu não esgotamento. A inversão do ônus, além excepcional, apenas se dará, pois, nas hipóteses em que tenha ocorrido ao menos a interposição do recurso interno existente. Nesse sentido, o ônus de comprovar a interposição dos recursos internos devidos é sempre do peticionário. Uma vez interposto o recurso e quando alegar a impossibilidade de comprovar seu não esgotamento, o Estado poderá, ciente do recurso que foi interposto, assumir o ônus de comprovar seu não esgotamento.

187. De fato, a exceção estipulada pela Comissão para atribuir ao Estado o ônus de provar o não esgotamento dos recursos internos se restringe, como não poderia ser diferente, ao não esgotamento em si. A inversão do ônus da prova não alcança situações de não interposição do recurso interno, nem poderia, já que é praticamente impossível que o Estado possa apresentar tal prova negativa. Não há como o Estado possa comprovar que nenhuma ação judicial foi iniciada pelas vítimas ou seus representantes para promover o reconhecimento e a reparação de direitos humanos supostamente violados. Ainda que possua sistemas informatizados de tramitação processual, em suas instâncias administrativas e judiciais, a prova negativa, de não interposição, é inviável.

188. Ainda assim, ao se desincumbir de seu ônus de provar o não esgotamento, demonstrando os recursos internos disponíveis às vítimas e que não foram esgotados, o Estado transmite aos peticionários o ônus da prova em contrário. Nessa situação, caberá aos peticionários demonstrar e provar que se aplica uma das exceções ao requisito. É assim que entende essa Corte Interamericana:

*Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales el Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 87 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indigencia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los*

*derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.*<sup>38</sup>

### **III.3.2. Não Interposição e Esgotamento dos Recursos Internos para Impulsionar a Demarcação e a Desintrusão da Terra Indígena ou Obter Reparação por Alegada Violação da Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xucuru**

189. Conforme acima exposto, compete, em regra, aos peticionários comprovar que, ao tempo da apresentação da petição perante a CIDH, todos os recursos haviam sido interpostos e esgotados, ou, no mínimo, interpostos, além de eventual comprovação de uma das exceções a essa preliminar prevista pela CADH.

190. No caso, entretanto, os peticionários não interpuseram quaisquer dos recursos internos existentes quer para impulsionar a demarcação e corrigir falhas que considerassem existentes, quer para provocar a desintrusão da terra, quer para obter internamente reparação pecuniária. E, apesar dessa inércia dos peticionários, a Comissão optou por excepcionar a necessidade de demonstração da prévia interposição e esgotamento dos recursos internos com base em alegação genérica no sentido de que houve demora no procedimento administrativo demarcatório.

191. A Comissão resolveu, portanto, simplesmente substituir a jurisdição interna pela internacional, o que fere o caráter complementar do Sistema Interamericano, garantia essencial do Estado ao ratificar a Convenção e aceitar a jurisdição da Corte.

192. Quanto à demonstração do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos no ponto do andamento do procedimento demarcatório, é importante considerar que não há notícias de que os peticionários tenham acionado o Poder Judiciário interno para apurar as falhas que consideram terem ocorrido no mesmo. Saliente-se que, no Estado brasileiro, todo e qualquer procedimento administrativo é passível de controle e revisão jurisdicional, possuindo o cidadão a garantia da inafastabilidade do controle judicial expressa no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

193. Cabe pontuar que, desde 1998, momento em que inicia a submissão do Estado à jurisdição da Corte, o processo teve seu desenrolar normal, sendo que em 2001 o procedimento já estava homologado. Desta forma, antes mesmo do início do trâmite da petição pela Comissão, a terra indígena já se encontrava definitivamente demarcada e

---

<sup>38</sup> CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990*. Excepciones ao esgotamento dos recursos internos (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A. Nº 11, par. 41.f



homologada, sendo que a homologação do procedimento é o ato administrativo que o encerra declarando a higidez de todos os atos praticados. Isso demonstra que o Estado atuou em seu dever demarcatório e que os peticionários se mantiveram inertes no pleito de correção de erros que reputassem existentes no procedimento.

194. Após a homologação, o ato de registro serve para dar publicidade ao definido no procedimento demarcatório, com o registro da terra em nome da União Federal com afetação à posse permanente pelo povo indígena, que possuirá o usufruto exclusivo das terras. Os peticionários alegam a demora no ato de registro como violadora do direito de posse permanente do povo indígena, ponto que será aprofundado no mérito. No aspecto da exceção preliminar de prévio esgotamento dos recursos internos, cabe, entretanto, esclarecer o que segue.

195. Tão logo homologada, a FUNAI diligentemente requereu o registro da terra indígena em nome da União Federal, com destinação à posse permanente e usufruto exclusivo do Povo Indígena Xucuru. Todavia, antes de proceder ao registro, o oficial do cartório de imóveis de Pesqueira/PE, em agosto de 2002, suscitou dúvida (Ação de Suscitação de Dúvida nº. 0012334-51.2002.4.05.8300 - número original 2002.83.00.012334-9).

196. A apresentação de petição perante a CIDH se deu em outubro de 2002. Dois meses após a suscitação de dúvida no bojo do registro da terra indígena do Povo Xucuru. Dois meses era um período de tempo exíguo para que o Estado resolvesse essa questão complexa segundo as regras internas de procedimento. Não seria, inclusive, razoável que se exigisse do Estado a resolução da questão em tão curto espaço de tempo.

197. O próprio entendimento dessa Corte, acima esposado, no sentido de compreender o período de cinco anos como prazo razoável para a resolução de uma demanda demonstra que o prazo de dois meses entre o início do procedimento doméstico e a apresentação do caso à CIDH estava muito aquém daquele considerado, inclusive por esse Tribunal, como prazo razoável para que o recurso interno devesse ser esgotado.

198. Até mesmo a resolução final da ação judicial de suscitação de dúvida deu-se em prazo bastante inferior aos cinco anos aceitos pela Corte: a ação foi proposta em agosto de 2002 e rejeitada em junho de 2005. Ou seja, em menos de três anos foi apresentada, analisada e julgada improcedente pelo Estado brasileiro, mesmo com certo

atraso ocasionado pelo deslocamento de competência da Justiça Estadual de Pernambuco para a Justiça Federal daquele Estado-membro.

199. Neste ponto, o Estado gostaria de recordar que a CIDH levou 7 anos, de 2002 até 2009, desde o recebimento da petição até proferir o Relatório de Admissibilidade no caso. No mesmo ano de 2002 teve início o procedimento de suscitação de dúvida, que foi finalizado em aproximadamente 3 anos, tendo o Estado no ano de 2005 solucionado internamente o obstáculo registral e resolvido definitivamente a titularidade da terra indígena com o registro.

200. Note-se que, no prazo de 3 anos entre a ação de suscitação de dúvida e sua finalização, apontado pela CIDH como violador da garantia do prazo razoável, o Estado solucionou internamente o obstáculo registral e resolveu definitivamente a titularidade da terra indígena com o registro. O Estado recorda que, neste mesmo período, o caso tramitava na CIDH e que apenas 7 anos após o recebimento da petição a CIDH veio a proferir Relatório de Admissibilidade.

201. É possível perceber que o Estado atuou diligentemente e que o sistema interno foi eficaz na garantia do registro da terra indígena. Na realidade, todo atuar procedimentalizado leva tempo, justamente para que arbítrios não sejam cometidos pelo Estado e demais atores que devem garantir direitos. Desta forma, o prazo de 3 anos não violou a razoabilidade, pois se justificou pela complexidade fática e à luz dos valores de segurança jurídica e de contraditório que devem ser protegidos.

202. A questão da demarcação de terra indígenas é, em geral, inerentemente complexa. Não somente os indígenas são afetados, mas também todos os confinantes e demais pessoas que se encontram nos limites da área, que geralmente é bastante extensa, como no presente caso (mais de vinte e sete mil hectares).

203. Considerando a realidade da complexidade de interesses envolvidos, a iniciativa do oficial de registro da comarca de Pesqueira/PE de se valer do procedimento de suscitação de dúvida ao se deparar com o pedido de registro da FUNAI deve ser compreendida como juridicamente cabível e presumidamente adequada, a menos que se alegue e comprove o uso indevido do expediente, o que a Comissão Interamericana ou os petionários não lograram realizar.

204. Ao se considerar que dentro das suas atribuições está a necessária fiscalização dos atos de registro público sob sua orientação, não é estranho que o oficial de registro solicite pronunciamento judicial que confira maior segurança jurídica ao ato de registro. Desta feita, deve-se ter em mente, preliminarmente, que não é possível que

se presume que a conduta do oficial de registro tenha se desviado do interesse público. Do simples fato de ele ter suscitado dúvida diante do pedido de registro da terra indígena não decorre qualquer desvirtuamento, uma vez que é função do oficial de registro zelar pela veracidade e autenticidade de cada registro feito sob sua responsabilidade.

205. Não se pode alegar a ausência de recursos efetivos para que as supostas vítimas ou seus representantes, caso considerassem que a atuação do oficial de registro se orientava por interesses diversos do interesse público, o que deveria ser provado, questionassem a iniciativa desse agente cartorário, já que entre os possíveis recursos a serem manejados pelos indígenas em face da atuação do agente estava a solicitação ao Juiz de Direito Corregedor, responsável pela fiscalização da atividade de caráter privado exercida pelo cartório da instauração de eventual sindicância administrativa.

206. Ou ainda, supondo uma conduta desvirtuada do interesse público, o que, repisa-se, deveria ser provado, as supostas vítimas poderiam ter comunicado o ato ao Ministério Público do Estado de Pernambuco para que averiguasse a possibilidade de existência de eventual ato de prevaricação.

207. Não se tem notícia nos autos de que qualquer uma dessas providências tenha sido adotada. Ao contrário disso, os peticionários resolveram, simplesmente, apresentar a petição perante a CIDH, em afronta ao princípio da subsidiariedade.

208. Ademais, a fim de impulsionar o procedimento demarcatório, questionar o procedimento de suscitação de dúvida e defender em geral o direito coletivo do Povo Indígena Xucuru, os peticionários, na condição de entidades não governamentais (ONGs), poderiam ter se valido do uso de Ação Civil Pública.

209. Muitas ONGs são associações, isto é, organizações resultantes da reunião entre pessoas, com ou sem personalidade jurídica, sem fins lucrativos, para a realização de objetivos comum (altruístas, morais, religiosos, de interesse e benefício de toda a comunidade ou de parte dela).

210. A Lei nº 7.347/85 estabeleceu uma lista de pessoas legitimadas a ajuizar a denominada Ação Civil Pública, instrumento processual instituído para a defesa de direitos de caráter difuso ou coletivo. Entre essas pessoas, a Lei conferiu legitimidade ativa às associações. Citem-se, a propósito, os dispositivos pertinentes da mencionada Lei:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem pre juízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

**IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.**

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII – ao patrimônio público e social. (grifo nosso)

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

[...]

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

211. Essas disposições legais decorrem do amplo poder e legitimidade que a Constituição brasileira estabeleceu para que essas entidades pudessem exercer a defesa dos interesses pelos quais foram constituídas. Confirmam-se os dispositivos constitucionais:

Art. 5º [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

[...]

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

[...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

[...]

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

[...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

212. Portanto, embora lhes estivesse franqueado todo esse aparato jurídico, com plena legitimidade concorrente (em conjunto ou separadamente) para ajuizar a ação civil pública, podendo inclusive acionar o órgão da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco ou a Defensoria Pública da União, depreende-se que os petionários, por conveniência, resolveram alegar a "ausência de recursos acessíveis e eficazes aos povos indígenas", eximindo-se completamente de seu dever de manejar esses recursos.

213. Essa postura dos petionários, transformada em tentativa de justificação a todo custo de sua inação, resta claramente revelada quando se verifica, por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que há várias

ações civis públicas ajuizadas por uma das organizações petionárias representantes das supostas vítimas no presente caso:

<b>Nº DO PROCESSO</b>	<b>NOME DA PARTE</b>	<b>Nº PROCESSO ORIGINÁRIO</b>	<b>ESTADO</b>
0056226-40.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013000	MA
0052664-23.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	262954720124013700	MA
0041324-19.2011.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
0036215-24.2011.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
0010005-96.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	595860220114013400	DF
2007.01.00.018029-8	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.017913-9	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.017696-6	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.016799-8	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2006.01.00.027829-7	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200643000012404	TO
2005.34.00.022612-7	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	225599220054013400	DF
0024231-17.2010.4.01.3900	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
2006.33.10.004903-1	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	49028220064013310	BA
0048794-67.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013700	MA
0017970-	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO -	262954720124013700	MA

86.2016.4.01.0000	CIMI		
0002230- 59.2014.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013700	MA
2008.01.00.040887-5	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	200633100049031	BA

214. Em vista do que precede, observa-se que as organizações peticionárias poderiam ter se valido de recurso adequado e efetivo para questionar o processo administrativo demarcatório da terra indígena do povo Xucuru.

215. É forçoso que se reconheça que os peticionários não estão convencionalmente autorizados a não utilizar os recursos internos existentes e disponíveis. Além disso, não há qualquer prova de que o Estado tenha impedido ou dificultado o manejo ou esgotamento dos recursos internos pelos peticionários. A ideia de que o alegado atraso injustificado no processo administrativo eximiria os peticionários de manejar os recursos existente é incoerente, pois não leva em consideração que os peticionários poderiam questionar eventuais falhas do processo administrativo de demarcação de terras indígenas perante a Justiça brasileira.

216. Da mesma forma, nenhum dos recursos internos disponíveis para provocar a desintrusão de não indígenas ou pleitear reparação em razão das supostas violações sofridas foi utilizado. A legislação brasileira confere ao indígena, como a qualquer cidadão, na condição de indivíduo ou mesmo enquanto comunidade, capacidade civil e acesso à justiça. Os membros do Povo Xucuru, individualmente ou enquanto comunidade, poderiam ter acionado a Justiça interna diretamente, inclusive por meio de defensor público custeado pelo Estado e fazendo jus à gratuidade.

217. Saliente-se que o Estado brasileiro não impediu ou dificultou a adoção de medidas administrativas ou judiciais pelos membros ou pela comunidade Xucuru.

218. Aos indígenas sempre foram conferidos todos os meios e recursos necessários para impugnar o processo de identificação e indenização das ocupações privadas na terra indígena, assim como para obter a retirada forçada (desintrusão) dos não índios das terras tradicionalmente ocupadas.

219. O mesmo se diga dos recursos administrativos que poderiam ter sido dirigidos à FUNAI no bojo do processo de demarcação das terras, em decorrência do fato de a indenização às benfeitorias ocorrer primordialmente no âmbito administrativo.

Como já mencionado, também não houve o acionamento do Poder Judiciário para o controle e revisão dos atos administrativos quer de demarcação quer de desintrusão, o que poderia ter acontecido.

220. Os membros da comunidade indígena Xucuru não se desincumbiram de seu ônus de comprovar que interpuseram e esgotaram os recursos internos, quer administrativos quer judiciais, que possuíam à disposição à época da apresentação da petição perante a Ilustre CIDH. Inclusive, mais de ano se passou entre a expedição do decreto homologatório e a apresentação da referida petição, sem que se tenha notícia nos autos acerca das diligências adotadas pelos indígenas ou pelas associações para a defesa de seus direitos.

221. O Estado brasileiro também não impediu ou dificultou a adoção de medidas judiciais por parte dos membros da comunidade indígena Xucuru para pleitear indenização por supostos danos materiais e/ou morais sofridos em decorrência do processo de demarcação, ou por qualquer outra causa que lhes desse o direito de reparação de danos.

222. Pelo contrário, a legislação cível brasileira confere ao indígena, como a qualquer outro cidadão, uma série de direitos que lhe permitem pleno acesso à justiça, como se demonstrará a partir de agora. Dessa forma, há tratamento isonômico dos indígenas quanto ao acesso à Justiça no Brasil.

223. A Constituição assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>39</sup> O Código Civil brasileiro, por sua vez, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>40</sup> e, mais adiante, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”<sup>41</sup>

224. De acordo com o artigo 232 da CRFB/88, os indígenas, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. A intervenção do Ministério Público é obrigatória, mas não há que se duvidar que, constitucionalmente, o indígena é plenamente capaz. Essa é a melhor interpretação à luz da Constituição. Assim, não resta dúvida que o antigo regime tutelar previsto no art. 7º

---

<sup>39</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXXV.

<sup>40</sup> BRASIL. Código Civil, art. 186.

<sup>41</sup> BRASIL. Código Civil, art. 927.



do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) foi tacitamente revogado. Nesse sentido, é também a jurisprudência pátria:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE OCUPAÇÃO PERPETRADA POR ÍNDIOS EM IMÓVEIS SITUADOS EM ÁREA SUPOSTAMENTE INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FUNAI SOBRE OS FATOS OCORRIDOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA DOS SILVÍCOLAS RECONHECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ação indenizatória ajuizada contra a FUNAI pela proprietária de área de terras no município de Itaiópolis-SC, por ela utilizada para implantação de projetos de reflorestamento de vegetação exótica, com vistas ao recebimento de indenização pelos danos decorrentes da invasão dos imóveis de sua propriedade por indígenas, nos anos de 1998 e 2001.

(...)

Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público).

Desde o reconhecimento constitucional da diversidade cultural (arts. 215, § 10 e 216) e da capacidade civil e postulatória dos índios e de suas comunidades (art. 232 c/c art. 7º do CPC)- o que lhes confere o direito ao acesso a todas garantias constitucionais de forma autônoma -, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6º, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7º do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em "isolados", "em vias de integração" e "integrados", prevista no artigo 4º do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. Sendo os silvícolas pessoas dotadas de capacidade para todos os atos da vida civil, segundo a ordem constitucional vigente, não há que se falar em culpa administrativa da FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatória.

Provimento do apelo da FUNAI, para o fim de reconhecer a ausência de responsabilidade do referido entes sobre os fatos que ensejaram a reparação material pretendida. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.72.01.004308-0/SC, Quarta Turma. Relator Des. Federal

EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR. Publicada no D. E. em 25/11/2008).

225. Assim, os membros da comunidade Xucuru e a própria comunidade poderiam acionar a Justiça diretamente, por meio de advogado privado ou defensor público custeado pelo Estado e gratuitamente fornecido a qualquer cidadão. A doutrina nacional reafirma a legitimidade processual ativa das comunidades indígenas, inclusive para ajuizarem ação coletiva visando a prevenção e proteção do meio ambiente que lhe é caro:

(...)

Também as comunidades indígenas possuem legitimidade ativa para ingressar em juízo na defesa dos seus interesses e direitos, sendo esta personalidade judiciária prevista no artigo 232, da CRFB, podendo ajuizar ação coletiva em proteção ao meio ambiente, se for do interesse dos índios.<sup>42</sup>

226. Cumpre esclarecer também que o ajuizamento de ação cível com vistas à reparação de danos materiais e morais não depende da conclusão de investigações e processos penais. No Brasil, vigora o princípio da independência de instâncias, segundo o qual os processos penais, civis e administrativos são independentes entre si. As conclusões de um processo penal, em regra, somente afetam a condução de processos civis e administrativos quando aquele conclui pela inocorrência do fato supostamente criminoso ou pela inocência de certo acusado.

227. Pelo exposto, resta claro que há recursos internos adequados e efetivos para a proteção de todos os direitos que se alega tenham sido violados e para a obtenção de todas as reparações decorrentes de violações eventualmente comprovadas. Não obstante, as vítimas, embora pudessem e ainda possam ter acesso aos referidos recursos e obter tais reparações, não se desincumbiram da obrigação de interpô-los e esgotá-los previamente.

228. Como consequência, a não interposição e esgotamento dos recursos internos leva o Estado brasileiro, inevitavelmente, a postular a inadmissibilidade da submissão do caso a essa Colenda Corte.

#### **IV. Mérito**

---

<sup>42</sup> AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematizado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Pg. 793.

## **IV.1. O Estado Não Violou o Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru**

### **IV.1.1. O Processo de Demarcação da Terra do Povo Indígena Xucuru**

229. A Terra Indígena Xucuru localiza-se no município de Pesqueira, agreste do Estado de Pernambuco, a 216km da cidade de Recife.

230. O processo de regularização fundiária da terra indígena foi iniciado em 1989, com a etapa da identificação e delimitação, cujos trabalhos foram realizados pelo Grupo Técnico (GT) constituído pela Portaria no 218/FUNAI/89.

231. O Relatório de Identificação resultante deste estudo foi aprovado pelo Despacho nº 3 do Presidente da FUNAI, de 23/03/1992. Nesse mesmo ano, em 28 de maio, o Ministério da Justiça declarou a terra indígena como de posse permanente dos membros do Povo Xucuru, mediante a Portaria nº 259/MJ /92.

232. Em 1995, o território teve sua demarcação física realizada, atingindo a dimensão de 27.555.583 ha e o perímetro de 81.205,73m.

233. O processo demarcatório foi homologado pelo Decreto s/n de 30 de abril de 2001, publicado no Diário Oficial da União de 2 de maio de 2001. A terra indígena foi posteriormente registrada na matrícula nº 9.447 do Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Pesqueira, e no Patrimônio da União pela certidão nº. 40.

234. O primeiro levantamento fundiário e a vistoria das benfeitorias implantadas de boa-fé por ocupantes não indígenas na Terra Indígena Xucuru foi realizado à época da identificação, como parte dos trabalhos do GT instituído pela Portaria no 218/FUNAI/89, sendo cadastradas, naquele momento, 281 ocupações de terceiros no interior da área identificada.

235. Em 1991, a FUNAI realizou o levantamento das ocupações incidentes na Fazenda Pedra D'Água, registrando 24 ocupações por não indígenas.

236. Outro GT foi constituído pela Portaria nº 193/PRES, de 30/03/2000 – DOU de 03/07/2000, determinando a revisão e a atualização do levantamento fundiário anteriormente realizado. Na ocasião, foram cadastradas 18 ocupações.

237. Em outubro de 2000, dando continuidade às ações fundiárias na terra indígena, foi constituído novo Grupo Técnico pela Portaria nº 1079/PRES/00, de 17/10/2000 – DOU de 18/10/2000. Este esforço resultou no cadastro de 37 ocupações.

238. Em 2002, pela Portaria n° 530/PRES, foi designado novo Grupo Técnico para o levantamento fundiário, cadastrando à época outras 99 ocupações por não indígenas no território do Povo Xucuru.

239. Em 2007, pela Portaria n° 374/PRES, de 14/05/2007 – DOU de 15/05/2007, foi constituído novo Grupo Técnico para o levantamento fundiário e a avaliação de benfeitorias, que cadastrou 126 ocupações de não índios, acrescidos de mais 13 imóveis na área denominada Fazenda Pedra D'Água. Este GT designado em 2007 concluiu o levantamento fundiário de todas as ocupações por não indígenas na Terra Indígena do Povo Xucuru, que perfaziam o total de 624 ocupações.

240. Destas 624 ocupações por não indígenas, 523 ocupações foram concomitantemente objeto de desintrusão e completo pagamento das benfeitorias realizadas de boa-fé por seus antigos ocupantes, de forma que é possível afirmar que foram totalmente saneadas pelo Estado.

241. Das 101 ocupações por não indígenas que, em tese, remanesceriam, verificou-se que 19 eram, na verdade, pertencentes aos próprios indígenas. Desta forma, na atualidade existem 82 ocupações por não indígenas em que efetivamente pende a realização da indenização por benfeitorias de boa-fé. Isso não significa, entretanto, que os ocupantes não indígenas destas 82 ocupações permanecem hoje na terra.

242. Destaca-se que destas 82 ocupações em que não houve a completa indenização dos antigos ocupantes (não por falta de atuação diligente do Estado, mas, na maioria dos casos, por haver discordância dos antigos ocupantes em relação aos valores indenizatórios) 75 já estão sob a posse permanente e exclusiva do Povo Indígena Xucuru, havendo nelas apenas a pendência indenizatória.

243. Sublinhe-se que a pendência indenizatória não afeta a posse indígena, sendo contenda que envolve somente os antigos ocupantes não indígenas e o Estado e em que se discute apenas os valores das indenizações e não o direito de posse sobre a terra<sup>43</sup>.

244. Dessas 75 antigas ocupações não indígenas sob a posse indígena, 14 ocupações, identificadas pela região denominada por Fazenda Pedra D'Água, estão sob posse dos membros da comunidade indígena Xucuru desde 1990 e 61 ocupações, mantidas anteriormente por 45 ocupantes não indígenas, foram sendo ocupadas pelo Povo Xucuru gradativamente, entre 1992 e 2012. Os 45 antigos ocupantes não

---

<sup>43</sup> Informação Técnica n°. 143/2016/CGAF/DPT/FUNAI e Informação Técnica n° 155/2016/CGAF/DPT-FUNAI.

indígenas estão em tratativas o Estado para que recebam indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé ao tempo em que ocupavam a terra indígena.

245. Assim, atualmente permanecem 7 ocupações mantidas por 6 não indígenas, em 160,43 ha da terra Xucuru (o que representa 0,58% do território).

#### **IV.1.2. Não Houve violação ao Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru pela Opção Legislativa Interna em Relação ao Regime Jurídico das Terras Indígenas**

246. O Estado estaria, segundo a CIDH, violando o direito de propriedade previsto no artigo 21 da CADH, em combinação com os artigos 1.1 e 2º daquele tratado:

##### Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

247. Ao reconhecer o direito à propriedade privada, a Convenção Americana prescreve que o direito de propriedade que uma pessoa detém sobre determinado bem não pode ser vilipendiado pelo Estado ou por outros cidadãos.

248. A Convenção Americana não atribui propriedade de nenhum bem a ninguém, mas sim toma como pressuposto a condição prévia de proprietário de certo bem para que a pessoa humana possa ser sujeito dos direitos protegidos pelo referido artigo.

249. O art. 21.2, neste sentido, busca proteger o proprietário de um confisco, ou seja, de uma atitude arbitrária que lhe prive de seus bens sem o devido processo legal e a devida contrapartida financeira por sua perda. Essa proteção compõe uma das garantias basilares entre os direitos humanos de 1ª dimensão, tendo sido prevista nos mais diversos diplomas internacionais desde a Magna Carta de 1215: *“No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”*.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> *The Great Charter*. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

250. Percebe-se que o dispositivo da CADH não estabelece propriamente um direito de propriedade sobre certos bens individuais ou coletivos. O seu escopo é, na realidade, proteger os proprietários no exercício de suas propriedades, quando devidamente reconhecidos como tal segundo as leis dos Estados nacionais.

251. No caso dos povos indígenas, a jurisprudência desse Tribunal construiu o conceito de propriedade coletiva de suas terras ancestrais, o que foi realizado, no entender do Estado brasileiro, de forma distante do texto da Convenção Americana.

252. Sem entrar no mérito do distanciamento entre a jurisprudência da Corte e a literalidade da CADH e de sua eventual congruência com o artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe que *“Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”*, certo é que o conceito tradicional de propriedade privada não se coaduna quer com o regime jurídico das terras indígenas adotado pela jurisprudência da Corte quer com o regime jurídico das terras indígenas adotado pelo Estado brasileiro.

253. No que tange ao regime jurídico das terras indígenas, o ordenamento constitucional brasileiro não adotou o conceito tradicional do direito de propriedade. Previu, ao revés, como já detalhado, um regime jurídico especial e com maior nível de proteção em benefício dos povos indígenas, baseado na ligação imaterial entre os indígenas e as terras que tradicionalmente ocupam, que são essenciais na garantia de sua sobrevivência física e na preservação de seus costumes e de sua cultura.

254. Esse regime jurídico especial das terras indígenas no Brasil busca, como outrora explicitado, atender às especificidades da ancestralidade dessas terras, com vistas a assegurar a posse coletiva permanente pelos membros da coletividade indígena.

255. A titulação das terras indígenas atribuída pela CRFB à União Federal constitui verdadeiro encargo para o Estado, que deve garantir o direito de posse permanente do povo indígena. A União, como vimos, não pode gozar da propriedade, que está afetada ao usufruto exclusivo do povo indígena, sendo seu papel o de garantidora da posse e do usufruto indígena.

256. O regime especial, ademais, cerca o território indígena de proteções adicionais próprias dos bens públicos, que garantem a manutenção das terras ancestrais em benefício das gerações presentes e futuras.

257. Em verdade, a titulação da propriedade das terras indígenas em favor da União representa algo muito positivo para os indígenas enquanto comunidade, a

conformar um regime jurídico melhor do que se teria caso a eles fosse atribuída a propriedade privada e atomizada.

258. Problemas internos nas comunidades indígenas, derivados de múltiplos fatores, inclusive de disputas territoriais entre seus membros, podem representar ameaças concretas à conservação dos limites territoriais da terra indígena.

259. No caso do povo indígena Xucuru, há inclusive registro histórico de dissidência entre membros da comunidade em razão de tentativas de venda ilegal de parte das terras indígenas demarcadas.

260. Em manifestação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal nos autos de nº. 1.26.000.000791/2003-67<sup>45</sup>, pode-se extrair o que segue:

O procedimento em epígrafe foi instaurado de ofício pela Procuradoria da República em Pernambuco, em decorrência das constatações do PA nº 1.26.000.000875/2001-39, instaurado para apurar notícia de divergências internas na referida comunidade indígena, decorrente de problemas de legitimidade de lideranças indígenas, com possibilidade de um processo de faccionalismo interno (fl. 04/46 e 49/97).

Ocorrido o fracionamento, após o massacre de 07/02/2003, surgiram como prioritárias medidas de amparo às famílias expulsas da TI Xucuru (fls. 118/122).

(...)

A Procuradoria Federal Especializada da FUNAI noticiou a adoção pela FUNAI de todas as medidas a fim de resolver a situação das famílias desaldeadas, na tentativa de reincorporá-las à terra indígena. No entanto, após inúmeras reuniões, constataram a posição uníssona da comunidade na impossibilidade de reinserção dos xukurus desaldeados àquela terra. Noticiou o dispêndio de recursos pela FUNAI na compra de cestas básicas e na manutenção de aluguéis de imóveis aos desaldeados. Por fim, noticiou negociação com o INCRA para aquisição de áreas apropriadas às famílias desaldeadas (fls. 447/449).

(...)

---

<sup>45</sup> Quanto à situação de conflito relatada nos autos, registra-se que, a despeito dos esforços do Estado brasileiro em reintegrar as famílias expulsas, as tentativas foram infrutíferas por escolha dos próprios membros da comunidade Xucuru. Ou seja, além de não haver nenhum fato omissivo ou comissivo que possa ser imputado ao Estado brasileiro como provocador dos referidos conflitos internos, verifica-se que foram adotadas todas as medidas que se mostraram possíveis para a pacificação da situação de conflito interna que existiu no seio do Povo Indígena Xucuru.

Foi juntada perícia antropológica que avaliou o faccionalismo existente na etnia Xukuru e a saída das famílias da tribo de suas terras em decorrência do conflito de 2003 (fls. 732/752), concluindo:

“De todo o exposto, depreende-se que o fato de a FUNAI ter muito agilmente providenciado, sem uma análise preliminar, uma estrutura de suporte para as famílias que declararam ter sido expulsas da TI Xukuru no bojo do conflito de 07 de fevereiro de 2003, gerou expectativas de acesso a esses benefícios por parte de tantos quanto se sentiam insatisfeitos na TI, sequiosos de alcançar uma saída fácil, via prestações governamentais, para as duras condições de subsistência agrícola ali prevalentes, acarretando um efeito cascata que o órgão tutelar não tem sabido administrar. Nesse contexto, o conceito de “conflito” passou a ser utilizado à larga, como categoria genérica, a legitimar os discursos que desde então vêm se constituindo em pleitos fundiários.

(...)

Por fim, quanto às demais questões (aumento das tensões, ameaças, demanda por terra, pagamento de aluguéis, aquisição de propriedades, etc), há que se considerar que, atualmente, o quadro não mais persiste. Isto porque a divisão do povo Xukuru em duas tribos é fato consolidado – Xukuru de Cimbres e Xukuru de Ororubá, sendo ambas reconhecidas e independentes. Ambas os povos já consolidaram seu território e possuem suas terras demarcadas, o que fora objeto do Inquérito Civil nº 1.26.002.000126/2007-87, arquivado diante da conclusão dos processos de demarcação (conforme cópia da promoção de arquivamento anexa).

Registre-se que a última reclamação indígena datou de fevereiro de 2012 e restringiu-se à dificuldade no processo de reintegração de posse da Fazenda Canaã (fl. 416). Ora, passados quatro anos, não houve mais nenhuma reclamação de indígena Xukuru relativa ao objeto do presente procedimento.

261. Houve, desta feita, verdadeiro faccionalismo entre os membros do povo indígena Xucuru, situação que, embora pacificada nos dias de hoje, ilustra os perigos que acometeriam a terra indígena no caso de adoção de um regime jurídico de terras indígenas pautado no tradicional direito de propriedade.

262. Ao considerar situações como esta, o Poder Constituinte Originário, em 1988, teve por bem estabelecer o direito da União à propriedade das terras indígenas no Brasil, garantindo-lhes, por consequência, todas as prerrogativas dos bens públicos.

263. Acrescenta-se que os indígenas brasileiros, assim como qualquer cidadão proprietário protegido pelo direito insculpido no artigo 21 da CADH, também estão livres de arbítrios e confiscos que possam perturbar o exercício de seus direitos sobre as terras.



264. A jurisprudência interna já reconheceu a evidente finalidade social e protetiva do regime atribuído às terras indígenas pela Constituição de 1988:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS - ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RE CONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. - O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419). A legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída (RTJ 78/398): para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) - NATUREZA JURÍDICA. - A Fundação Nacional do Índio - FUNAI constitui pessoa jurídica de direito público interno. Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). Tratando-se de entidade autárquica instituída pela União Federal, torna-se evidente que, nas causas contra ela instauradas, incide, de maneira plena, a regra constitucional de competência da Justiça Federal inscrita no art. 109, I, da Carta Política. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (CF, art. 109, XI). Essa regra de competência jurisdicional

- que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. - A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum. (RE 183188, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 14-02-1997 PP-01988 EMENT VOL-01857-02 PP-00272).

265. Cumpre lembrar, a propósito, as três características jurídicas de proteção à terra indígena: i) inalienabilidade, segundo a qual as terras não podem ser transferidas a terceiros, ou seja, não podem ser objeto de comércio, arrendamento ou de qualquer outra ação que implique a perda da posse ou do usufruto exclusivo; ii) imprescritibilidade, pela qual o direito sobre as terras pode ser invocado a qualquer momento pelos indígenas, o que pode levar, inclusive, à anulação de qualquer ato que tenha por objeto sua ocupação, domínio ou posse por pessoas estranhas à comunidade, a qualquer tempo; iii) indisponibilidade, que é a garantia de que os indígenas não poderão abrir mão de seus direitos territoriais e de que a União não poderá disponibilizar essas terras para uma função diversa daquela prevista na Constituição, ou seja, a garantia da

posse permanente e exclusiva dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

266. Dessa perspectiva, portanto, a proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro é visivelmente superior àquela conferida pelo artigo 21 da CADH, restrita aos padrões mínimos e tradicionais de proteção à propriedade, segundo a formulação dos Direitos Humanos de 1ª geração.

267. Com efeito, tem-se no Brasil regime jurídico que garante proteção muito maior às comunidades indígenas ao prever a posse permanente de uma terra que é inalienável, imprescritível e indisponível, tendo os indígenas ainda o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, além de participação nos resultados de lavra.

268. Em sua declaração pericial encaminhada em versão escrita para a Corte previamente à Audiência Pública de 21 de março de 2017, o Prof. Dr. Cristhian Teófilo da Silva esclareceu que no ordenamento brasileiro são reconhecidos direitos originários e imprescritíveis sobre as terras indígenas, o direito de posse permanente e usufruto exclusivo, em respeito ao direito de propriedade coletiva dos Povos Indígenas. Neste sentido:

A obrigatoriedade do reconhecimento do direito dos Povos Indígenas às terras tradicionalmente ocupadas através da demarcação física dos seus limites, constituindo assim, uma Terra Indígena, atende, portanto, o Art. XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o qual estabelece o direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar. O sentido de “propriedade” implicado na Declaração, entretanto, requer relativização quando aplicado como um direito indígena. No caso da Constituição brasileira, isto ocorre pelo reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, i.e., a dimensão da dignidade da pessoa e dos lares indígenas são contemplados através da proteção dos territórios tradicionalmente ocupados pelos indígenas que servem de suporte para suas culturas e identidades coletivas.<sup>46</sup>

269. No julgamento do *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua*, restou claro que, a despeito das discussões legislativas que permearam o caso concreto e da consagração do direito das comunidades indígenas à propriedade de suas terras, segundo a Constituição nicaraguense, esse Honorável Tribunal reconheceu que a relação dominial determinada pela Convenção Americana em favor dos povos tradicionais se consubstancia na “posse coletiva das terras” pelos indígenas e na

---

<sup>46</sup> Da Silva, Cristhian Teófilo. Declaração Pericial. Ref.: Caso no 12.728. Povo Indígena Xucuru e seus Membros a respeito da República Federativa do Brasil. P. 9

proibição ao Estado de adotar medidas que possam vilipendiar o domínio permanente e exclusivo das terras pela comunidade indígena:

(...)

A política de tratamento dos povos indígenas em todos os países da América Latina, a partir do descobrimento, foi a procura da integração acelerada destes povos aos padrões de vida do resto da sociedade nacional. Essa política foi mantida durante muito tempo. Paulatinamente, os países foram trocando seu regime constitucional, a tal ponto que há um bom número de nações que já possuem normas que reconhecem a diversidade cultural das respectivas sociedades nacionais, a existência dos povos indígenas, o direito destes povos a manter essa diversidade cultural, a perpetuidade e o direito à legalização de suas terras. A Nicarágua foi um dos primeiros países na América Latina a fazer esse reconhecimento. No âmbito constitucional está aceita a existência dos povos indígenas como sociedades culturalmente diferenciadas do resto da sociedade, com direitos específicos que se referem fundamentalmente à posse da terra de forma coletiva. A partir do momento em que foram adotadas a Constituição Política de 1987 e a Lei de Autonomia, que determinam que os indígenas têm direito ao reconhecimento da propriedade do domínio que têm exercido sobre a terra, desde esse momento os indígenas podem ser considerados proprietários plenos da terra e podem, se não têm títulos escritos, confirmar esta condição por meio de diferentes provas. A adoção destas normas deveria obrigar o Estado a abster-se de tomar determinações em relação aos territórios ocupados pelos indígenas.<sup>47</sup>

270. No caso Povo Saramaka vs. Suriname, por sua vez, essa Corte traçou parâmetros por meio dos quais se deve compreender a devida compatibilidade do regime jurídico nacional com aquele instituído pela Convenção Americana para a proteção dos direitos indígenas:

*115. In sum, the State's legal framework merely grants the members of the Saramaka people a privilege to use land, which does not guarantee the right to effectively control their territory without outside interference. The Court has previously held that, rather than a privilege to use the land, which can be taken away by the State or trumped by real property rights of third parties, members of indigenous and tribal peoples must obtain title to their territory in order to guarantee its permanent use and enjoyment. This title must be recognized and respected, not only in practice, but also in law, in*

---

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingn vs Nicarágua.I*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Derechos dos Povos Indígenas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

*order to ensure its legal certainty. In order to obtain such title, the territory traditionally used and occupied by the members of the Saramaka people must first be delimited and demarcated, in consultation with such people and other neighboring peoples. In this regard, the Court has previously declared that “a strictly juridical or abstract recognition of indigenous lands, territories or resources lacks true meaning where the property has not been physically established and delimited.” (A Court H.R., Case of the Saramaka People. v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 28, 2007 Series C No. 172, para. 115).*

271. A partir desse julgado, tem-se que a relação jurídica estabelecida pelo direito doméstico será compreendida como compatível com a proteção convencional quando presentes as seguintes características: a) obrigação de delimitação e demarcação das terras a serem ocupadas exclusivamente pelos índios; b) efetivo controle da terra pelos índios, sem interferência externa; c) indisponibilidade das terras pelo Estado; d) inoponibilidade de direitos reais pertencentes a terceiros sobre a terra; e) uso e aproveitamento permanentes pelos índios; e f) atribuição legal – não somente prática – do regime de proteção que inclui as características acima.

272. Percebe-se, portanto, que todas as características indicadas pela Corte como necessárias à afirmação de compatibilidade do regime jurídico doméstico com os parâmetros convencionais de proteção das terras indígenas se verificam no regime jurídico brasileiro, ainda que não haja titulação dominial das terras em nome da comunidade indígena.

273. Com efeito, a) a legislação brasileira estabelece procedimentos claros e transparentes a cargo do Poder Público para a delimitação e demarcação das terras indígenas; b) o regime de posse permanente e exclusiva em favor dos índios atribui-lhes efetivo controle sobre as terras, sem interferência de terceiros; c) as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, por expressa determinação constitucional; d) a eventual existência de títulos de propriedade em favor de terceiros permite-lhes eventualmente o direito à reparação de danos, se caracterizados como terceiros de boa-fé, e jamais obsta à demarcação e efetiva utilização exclusiva das terras pela comunidade indígena; e) o regime constitucional estabelece posse permanente em favor dos índios; e f) todas essas características, assim como o regime jurídico, são definidos pela Constituição e pelas leis do Brasil. A mera titulação dominial da União em nada afasta a efetividade desse regime de proteção.

274. Por essas razões, conclui-se que o regime jurídico estabelecido pelo Estado para a proteção dos direitos indígenas está em absoluto alinhamento com os parâmetros insculpidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconhecidos na jurisprudência dessa Honorable Corte ao interpretar a Convenção.

275. Além do mais, é forçoso admitir que, por dispositivo de fonte constitucional, o Estado brasileiro, muito antes do desenvolvimento do conceito de propriedade coletiva pela Corte Interamericana, já tratava as terras ancestrais dos povos indígenas sob categoria especial de posse coletiva e garantia essa posse permanente e o usufruto exclusivo. Não faz sentido, nesse contexto, afirmar que o direito de propriedade dos indígenas foi violado pelo Estado brasileiro.

#### **IV.1.3. Não Houve Violação ao Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru pela Alegada Demora Injustificada no Procedimento Demarcatório**

276. A Constituição brasileira garante aos povos indígenas o direito à posse permanente de seus territórios, ao usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos neles existentes e o respeito a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, estabelecendo o dever da União de demarcar e proteger as terras indígenas.

277. A demarcação de terras indígenas é uma tarefa complexa. Isso se justifica pela necessidade de garantir a transparência do procedimento e o contraditório de todos os envolvidos, especialmente quando existam ocupantes não indígenas que historicamente nela se hajam estabelecido de boa-fé.

278. No contexto continental brasileiro e especificamente na Terra Indígena Xucuru, que se estende por de cerca de vinte e sete mil hectares, ou 275 mil km<sup>2</sup>, e que contava com a presença de vários ocupantes não indígenas estabelecidos há décadas na região, o Estado compreende que não houve demora injustificada no processo demarcatório e roga que a Corte atente para a complexidade do assunto e da situação fática.

279. A realidade na região em que hoje se encontra a demarcada e registrada Terra Indígena Xucuru era notoriamente conflituosa antes do início da demarcação. O Estado enfrentou resistência por parte dos ocupantes não indígenas estabelecidos na área e que nela realizaram benfeitorias indenizáveis. Acrescente-se a este quadro a reconhecida existência, à época, de conflitos entre os próprios integrantes do Povo Indígena Xucuru.

280. Para atuar nos marcos da convencionalidade, da constitucionalidade e da legalidade, o Estado deve cumprir o mandamento constitucional de demarcar a terra indígena. Isso foi feito. Contudo, é também dever do Estado observar os outros direitos fundamentais previstos internacional e internamente.

281. A pacificação do conflito, com a desejada atribuição de posse permanente incontestável, na lei e na prática, ao Povo Indígena Xucuru não poderia ser realizada de forma arbitrária, sem atenção ao contraditório democrático, o que impõe a oitiva de todos os envolvidos no processo.

282. Considerando-se a realidade, o Estado entende que atuou diligentemente e que o tempo de trâmite do processo administrativo demarcatório se ateve aos parâmetros da razoabilidade. Se houve demora, ela foi justificada pela realidade.

283. O Estado acrescenta que, desde o início da competência temporal da Corte, os procedimentos demarcatórios se sucederam, na realidade, de forma expedita, tendo a homologação da demarcação ocorrido em 30 de abril de 2001.

284. Dentro do curto prazo dos 30 dias que sucedem à homologação, consoante imposto pela legislação interna, o registro da terra indígena foi requerido pela FUNAI perante o Cartório de Registro de Imóveis local. O pronto atuar da FUNAI demonstra o empenho do Estado brasileiro na finalização do procedimento administrativo e na titulação da posse permanente do Povo Indígena Xucuru.

285. Apesar de o Estado ter cumprido seu dever de demarcação da terra indígena, a CIDH, conforme expôs em seu relatório preliminar de mérito, reputa que a ação de suscitação de dúvida proposta pelo oficial de registro local de Pesqueira, que exerce atividade de registro em caráter privado não se confundindo, portanto, com um agente estatal, teria caracterizado uma demora injustificada no processo de demarcação.

286. A esse respeito, o Estado esclarece que a dúvida suscitada pelo cartório em nada questionou a natureza indígena da terra, a lisura do procedimento demarcatório ou o direito de posse permanente do Povo Xucuru, protegido constitucionalmente como direito originário, sendo a demarcação um procedimento declaratório de direito preexistente e o registro ato de publicidade.

287. Esse obstáculo no registro, há mais de dez anos superado de forma legítima pelo desenrolar natural do sistema legal interno, é um procedimento regulamentado em lei que tem como razão de ser a necessidade de segurança jurídica nos registros públicos.

288. Novamente é importante salientar a realidade do caso. A FUNAI requereu que uma área de mais de 27.555.583 ha fosse registrada em nome da União Federal e afetada à permanente e exclusiva posse do Povo Indígena Xucuru. Lembremos que, nesta área, havia antes o registro de numerosos imóveis de particulares e que tais registros seriam, por dicção da própria Constituição brasileira (art. 231, § 6º), declarados nulos e extintos como consequência do registro da terra indígena.

289. O ato de registro da terra demarcada envolvia, portanto, complexidade fática e gravame sobre a esfera jurídica de terceiros. Por mais que o registro da Terra Indígena Xucuru nos moldes requeridos pela FUNAI fosse medida legítima a dar publicidade à posse indígena, não seria descabida a exigência formulada pelo cartório da comarca de Pesqueira. Essa exigência torna-se compreensível na sistemática de segurança jurídica que acompanha os atos registrais.

290. Pelo exposto, o Estado entende que não houve violação ao direito de posse coletiva do Povo Indígena Xucuru porque não houve demora injustificada quer no procedimento demarcatório da terra indígena quer na titulação da posse permanente.

#### **IV.1.4. O Estado Realizou Desintrusão Efetiva e Garantiu a Posse Pacífica na Terra Indígena**

291. Segundo a CIDH, o Estado seria responsável por não ter permitido à Comunidade Indígena Xucuru desfrutar de uma “posse tranquila” da terra indígena em decorrência de conflitos fundiários existentes na região e da presença de ocupantes não indígenas.

292. Preliminarmente, é preciso sublinhar que o faccionalismo outrora existente entre os próprios indígenas, que não mais persiste, não foi provocado pelo Estado, mas, ao revés, teve seus efeitos negativos contornados pelo Estado, através da atuação diligente da FUNAI no atendimento aos membros da comunidade expulsos por ocasião do conflito.

293. Quanto à presença de ocupantes não indígenas na Terra Indígena do Povo Xucuru, o Estado verificou, através de recente visita oficial, que ela é hoje insignificante, pacífica e compreendida pelos indígenas.

294. Com o intuito de esclarecer a realidade atual da terra indígena Xucuru, conforme Relatório Técnico da Instrução Técnica Executiva nº. 214/2016/DPT e da Informação Técnica nº. 143/2016/CGAF/DPT/FUNAI, a FUNAI estabeleceu uma comissão de técnicos para realizar uma visita *in loco* à terra indígena.



295. A visita foi realizada no período de 1º a 5 de agosto de 2016<sup>48</sup> e teve como intuito especialmente verificar a presença de ocupantes não indígenas no território do Povo Xucuru.

296. A visita foi antecedida de reunião que contou com a presença dos servidores da FUNAI, do Cacique Marcos Luidson de Araújo (Cacique Marquinhos) e das demais lideranças indígenas representantes das comunidades do povo indígena Xucuru de Ororubá.

297. A visita foi acompanhada de perto pelo Pajé Xucuru de Ororubá, Pedro Rodrigues Bispo, cuja presença foi de extrema importância por viabilizar o contato entre os servidores da FUNAI e os representantes indígenas de cada localidade. Foi também de extrema importância a presença das próprias lideranças indígenas locais, que a cada dúvida buscavam respostas junto ao Cacique Marcos. Entre as lideranças, constatou-se a presença do Sr. José Jorge de Melo, Sr. Francisco de Assis Jorge de Melo e Sr. José Anizio da Silva.

298. Assim, a visita *in loco* contou tanto com a anuência da comunidade indígena quanto com a presença das lideranças indígenas e do próprio Cacique Marcos. O Estado brasileiro enxerga tal fato como um atestado de fidedignidade das informações extraídas pelos servidores da FUNAI nessa visita, bem como da boa-fé das partes envolvidas na colheita de tais informações.

299. Segundo registros da FUNAI anteriores à realização da referida visita, havia um total de 634 ocupações de cidadãos não indígenas na Terra Indígena Xucuru, das quais, até 2013, 523 teriam sido integralmente indenizadas em favor de possuidores de boa-fé.

300. Entre as 101 ocupações não indenizadas, verificou-se que, na realidade, 19 pertenciam a indígenas do povo Xucuru, o que implicara, obviamente, na inexistência de qualquer direito a recebimento de indenização. As 82 ocupações restantes estavam com seus processos indenizatórios pendentes por diversos motivos, entre os quais: a) a pendência de ações judiciais, inclusive para discutir o montante da indenização; b) a existência de débitos sobre o imóvel superiores aos valores das benfeitorias indenizáveis (o que levaria os possuidores a, naturalmente, perderem interesse na indenização); c) a ausência de documentação regular do imóvel para que se pudesse promover o devido

---

<sup>48</sup> Instrução Técnica Executiva n. 214/2016/DPT, de 26 de julho de 2016.

pagamento; ou simplesmente d) a impossibilidade de se localizar os possuidores de boa-fé, na ocupação ou em qualquer outro lugar.

301. A visita *in loco* revelou que hoje há somente 7 (sete) ocupações de 6 (seis) ocupantes não indígenas na Terra Indígena Xucuru e que não há qualquer conflito entre esses 6 (seis) ocupantes e os membros do Povo Xucuru.

302. Os seis ocupantes que remanescem na terra indígena são os seguintes:

1. Luiz Alves de Almeida- LVAs 494 e 495: duas ocupações na Vila de Cimbres e Sítio Ramalho, com superfícies de 0,06 ha e 102,3 ha, respectivamente;
2. Maria das Montanhas Lima - LVA 543: uma ocupação na região da Aldeia Sucupira, Sítio Campina Nova, com superfície de 6,78 ha;
3. Bernadete Lourdes Maciel - LVA 517: uma ocupação na Vila de Cimbres, com superfície de 23,62 ha;
4. José Pedro do Nascimento (espólio) - LVA 587: uma ocupação na localidade Capim de Planta, com superfície de 9,61 ha;
5. José Paulino da Silva (espólio) - LVA 538: uma ocupação na localidade Pé de Serra do Oiti, com superfície de 7,06 ha; e
6. Murilo Tenório de Freitas - LVA 580: uma ocupação denominada Ipanema, com superfície de 11,00 ha.

303. Ao todo, esses ocupantes não indígenas utilizam uma área equivalente a 160,43 ha. Considerando que a área total da terra indígena Xucuru é de 27.555,583 ha, a área ocupada pelos não indígenas, na atualidade, equivale a 0,582% da área total. Ou seja, trata-se de porção de terra diminuta em relação à totalidade da Terra Indígena Xucuru.

304. Esse resultado revela que o Estado atuou continuamente no sentido de garantir a posse pacífica do Povo Indígena Xucuru, tendo realizado mais de 84% das indenizações devidas aos antigos ocupantes que haviam construído benfeitorias de boa-fé na terra. Além disso, hoje os indígenas estão na posse da quase totalidade das antigas ocupações não-indígenas, restando apenas 7 que não estão em sua posse.

305. Se considerarmos que, ao início do procedimento demarcatório, havia mais de 600 ocupações não indígenas no território Xucuru, o fato de que existem hoje 7 é evidência irrefutável de que o Estado não violou o direito de posse permanente do Povo Xucuru, mas, ao revés, trabalhou ao longo do tempo, ao lado do Povo Xucuru, realizando a desintrusão e a indenização daqueles retirados da terra.

306. A atuação contínua do Estado brasileiro no sentido de efetuar as indenizações devidas e retirar os ocupantes indesejados da Terra Indígena Xucuru foi e segue sendo um processo e, portanto, é nessa perspectiva de esforço continuado que deve ser analisado o atuar do Estado no processo demarcatório da terra indígena.

307. Diante de um número tão diminuto de ocupantes não indígenas, que inclusive estão na terra sem qualquer situação de conflito com os indígenas, não há como se enquadrar a situação vivida pelo povo indígena Xucuru atualmente como violadora de seu direito à posse permanente e exclusiva ou mesmo ao direito à propriedade coletiva segundo seus aspectos essenciais desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal.

308. A visita realizada pelos técnicos do Estado, acompanhados pelas lideranças do Povo Xucuru, verificou que a situação na terra indígena é não conflituosa, sendo certo que não há qualquer prova nos autos que aponte em sentido contrário. Verificou-se que os 6 ocupantes que remanescem na terra indígena estão em situação completamente pacífica naquele território, provavelmente porque ocupam porção ínfima do mesmo e realizam atividades agrícolas simples, de subsistência, típicas das pequenas e médias roças e fazendas da região.

309. Como já explicitado, os ocupantes não indígenas são cidadãos que, agindo de boa-fé, realizaram negócios jurídicos e benfeitorias na terra posteriormente demarcada e afetada à posse permanente do povo indígena. Esse fato demonstra que o Estado precisa reparar materialmente os direitos dessas pessoas, sem que isso prejudique, naturalmente, o direito constitucional das comunidades indígenas à posse permanente e exclusiva sobre suas terras.

310. No caso em apreço, a ausência de conflitos entre os indígenas e os 6 ocupantes não indígenas, que se mantêm em porção ínfima do território, sinaliza que o Povo Indígena Xucuru compreende a existência dos direitos daquelas pessoas, compreende que existe um conflito de interesses que vem sendo dirimido pelo Estado e que a solução passa pelo processo de consolidação da posse indígena e pela concomitante garantia do direito indenizatório dos retirados do território.

311. Todo esse cenário, que as autoridades brasileiras lograram comprovar (ainda que o ônus probatório dos fatos motivadores do presente caso fosse da CIDH), demonstra que a realidade vivida hoje pelo povo indígena Xucuru é absolutamente pacífica, estando os indígenas na posse permanente da substancialidade do território demarcado.

312. Por ter demonstrado que adimpliu substancialmente o seu dever de efetivar a desintrusão dos ocupantes não indígenas e garantir a posse permanente pacífica do território indígena demarcado e titulado, o Estado solicita que essa Honorable Corte reconheça não haver, no presente caso, fatos que caracterizem violação ao direito de propriedade protegido pelo artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois:

- a. Os fatos trazidos pela CIDH no presente caso não constituem violação ao direito de propriedade protegido pelo art. 21 da CADH, já que a Constituição e as leis brasileiras, embora não atribuam a titulação de propriedade às comunidades indígenas, garantem-lhes controle pleno e efetivo sobre suas terras, sendo esse regime, inclusive, mais benéfico para as comunidades indígenas presentes e futuras, em consonância com as razões que motivaram a construção jurisprudencial do conceito de propriedade coletiva por esse Tribunal;
- b. Não há violação à Convenção porque a Constituição e as leis brasileiras garantem aos povos indígenas o efetivo e pleno controle sobre suas terras, nos termos da Constituição, da Convenção Americana e da jurisprudência construída até o momento por essa Corte;
- c. No caso concreto, apesar de todos os esforços estatais, a demora do processo administrativo demarcatório da Terra Indígena decorreu da complexidade da situação e não de desídia do Estado, a qual não foi comprovada pela CIDH;
- d. Os fatos trazidos neste caso pela CIDH tampouco representam violação à CADH, ademais, porque não há mais cidadãos não índios ocupantes de porções da Terra Indígena Xucuru em situação de conflito com o Povo Xucuru. A presença de somente 6 ocupantes, na porção ínfima de 0,5% da terra

indígena, em situação pacífica e compreendida pelo Povo Xucuru, demonstra o exercício pleno do controle da terra indígena pelos indígenas e a ausência, portanto, de violação aos seus direitos.

#### **IV.2. O Estado Não Violou o Dever de Proteção Judicial Destinado a Garantir o Direito de Posse Coletiva Permanente do Povo Indígena Xucuru**

##### **IV.2.1. Adequada Compreensão dos Direitos de Garantia Judicial e de Proteção Judicial à Luz dos Artigos 8.1 e 25.1 da CADH**

313. Segundo a CIDH, o Estado brasileiro teria violado, simultaneamente e sem qualquer discriminação, os artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em relação com o artigo 1.1 da mesma Convenção. É imperioso, porém, esclarecer que eventual violação ao art. 25 (proteção judicial) não pode ensejar violação simultânea ao art. 8º da Convenção (garantias judiciais).

314. Os artigos 8.1 e 25.1 possuem a seguinte redação:

###### Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

(...)

###### Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

(...)

315. Veja-se que a norma trazida pelo art. 25.1 trata do acesso à jurisdição estatal, dizendo respeito ao momento subsequente à violação de um direito da vítima, que busca, então, pelos meios legais, pleitear a condenação dos envolvidos e demais reparações devidas em decorrência do ilícito.

316. É exatamente esse entendimento que emana da Opinião Consultiva nº 9, na qual essa Ilustre Corte teve a oportunidade de se manifestar acerca dos artigos 8º e 25:

23. Como já mencionado anteriormente pela Corte, o artigo 25.1 da Convenção é uma disposição de caráter geral que respalda a instituição processual do amparo, como procedimento simples e breve, que tem por objetivo a tutela dos direitos fundamentais (O “habeas corpus” sob a suspensão de garantias, supra 16, parágrafo 32). Estabelece este artigo, igualmente, em termos amplos, a obrigação dos Estados em oferecer a todas as pessoas submetidas a sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra os atos de violação de seus direitos fundamentais. Dispõe também que a garantia ali consagrada aplica-se não só quanto aos direitos contidos na Convenção, como também àqueles que estejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei<sup>49</sup>.

317. Já o art. 8º da Convenção trata de situação em que determinada pessoa é objeto de processo judicial, ou seja, ela é acusada (ré) em razão de ter cometido um ilícito (uma violação à regra de direito doméstico). Segundo o referido dispositivo, esse ilícito pode ser de natureza cível ou criminal. Em ambos os casos, o dispositivo impõe ao Estado o dever de garantir o devido processo legal, evitando qualquer ato que possa ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa assegurados ao réu (acusado), assim como seu direito de ser ouvido pelo órgão julgador em prazo razoável.

318. Esse entendimento também emana da Opinião Consultiva nº 9:

28. Este artigo 8º reconhece o chamado “devido processo legal”, que abrange as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial.<sup>50</sup>

319. Assim sendo, o intérprete da Convenção deve atentar para as diferenças cruciais e elementares existentes entre os dois dispositivos. No caso do art. 25, a pessoa encontra-se na condição de vítima e procura requerer do Estado uma providência que solucione o seu caso. Se a vítima não obtém proteção judicial contra a infração ao seu direito, em tese surgiria a violação à regra que impõe ao Estado o seu dever de proteção judicial em favor do cidadão.

320. Já no art. 8º da Convenção, a pessoa se encontra na condição de ré (acusada) em processo cível ou criminal instaurado pelo Estado ou por um particular. Por se encontrar o cidadão nessa condição, a Convenção exige que o Estado confira garantias de um processo regular e justo.

321. Não é sem motivo que o art. 8º da Convenção elenca várias recomendações sobre como esse processo judicial deva ser conduzido: art. 8.1, o acusado deve ser

<sup>49</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva OC-9/87, de 6 de outubro de 1987. Disponível em espanhol em [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf)

<sup>50</sup> Idem.

ouvido dentro de um prazo razoável; art. 8.2, a inocência do réu deve ser presumida; ao réu devem ser garantidos os direitos de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal e de comunicação prévia e pormenorizada da acusação, bem como a concessão de tempo e meios à preparação de sua defesa; direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha; direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, se não preferir realizar sua autodefesa; direito de inquirir as testemunhas e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas; direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado; direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior; art. 8º.3, garantia de não haver coação; art. 8.4, proibição da dupla punição pelo mesmo fato - *ne bis in idem* e art. 8.5, publicidade dos atos.

322. Percebe-se que os artigos 8º e 25 não podem ser confundidos, muito menos interpretados da mesma maneira, de modo que deles se retire um mesmo resultado. Definitivamente, eles não trazem disposições iguais e muito menos suportes fáticos idênticos, pois, do contrário, não haveria razão para que a Convenção disciplinasse a “Proteção Judicial” e as “Garantias Judiciais” em dispositivos diferentes, conferindo-lhes distintas denominações.

323. O Estado brasileiro tem conhecimento de que essa Ilustre Corte vem aplicando os artigos 8º e 25 da Convenção Americana em conjunto, por entender existir uma relação intrínseca entre eles. Não desconhece, igualmente, a existência de votos dissidentes que discordam dessa posição, como o proferido pela Juíza Cecilia Medina Quiroga no *Caso López Alvarez vs. Honduras*:

1. *Estoy, en general, de acuerdo con la decisión de la Corte en relación con las violaciones a los derechos humanos determinadas en la sentencia precedente, excepto respecto de la violación del artículo 25 de la Convención Americana.*
2. *No encuentro en este caso ninguna razón para declarar que se ha violado este artículo. De hecho, los párrafos de la sentencia que se refieren a él, los números 137 a 139, se remiten a citar la jurisprudencia de la Corte sin vincularla a hechos del caso, como hubiera sido necesario para fundamentar una violación de esa disposición. Por estas razones, estimo que, en este caso, no es procedente declarar una violación del artículo 25.*
3. *Quisiera insistir en este Voto que mi posición no es puramente académica y formalista. Como lo he dicho ya en otras ocasiones, el tratamiento conjunto de los artículos 8 y 25 parece sugerir que la única norma de la Convención que consagra el derecho “a los recursos” es la del artículo 25 y que la única*

*manera de proteger los derechos de la Convención es a través de “recursos”. Creo que esto no es así. La protección de los derechos sustantivos de la Convención Americana requiere necesariamente la posibilidad de ser oído ante un tribunal para determinar derechos u obligaciones o para decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un acusado, es decir, requiere tener el derecho a entablar acciones frente a otros. Los procesos a que den origen estas acciones no son recursos rápidos y simples que deban resolverse en días y sin mayor trámite. Por el contrario, el plazo que se da al Estado para concluir los procesos se contará probablemente no en días ni en meses, sino que a menudo en años, ya que se requiere un tiempo considerable para que se resuelva en un juicio un asunto de fondo, ya sea de carácter penal o civil, porque hay que darle a las partes la posibilidad, inter alia, de buscar pruebas, presentarlas a juicio, objetar las del contrario y hay que darle al tribunal la posibilidad de ponderar todo esto con cuidado. De ahí que el plazo debe ser “razonable”, lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto. Probablemente también, la mayor parte de ellos requerirá de asesoría de una persona experta en derecho, entre otras cosas, por la complejidad de los procedimientos. Ciertamente, entonces, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, no basta con el recurso de amparo del artículo 25.*

*4. Estimo de la mayor importancia preservar la distinción entre los artículos 8 y 25. El no distinguir estas dos disposiciones desvirtúa el objetivo original del artículo 25, en detrimento de las víctimas. Con esa posición, la Corte no se da la oportunidad de elaborar el concepto y los requisitos del recurso de amparo, dificultando así el identificar qué recursos de amparo propiamente tales deberían existir en el ordenamiento jurídico interno de los Estados partes de la Convención Americana para salvaguardar los derechos humanos de una manera sencilla, rápida y eficaz<sup>51</sup>.*

324. Portanto, a interpretação correta e compreensível é de que o art. 25 prevê normas que visam a revelar a existência de interesse ou pretensão da pessoa, por isso são declaratórias de uma aspiração (direito de acesso ao Poder Judiciário). Já as normas previstas no art. 8º visam a assegurar o bom exercício desse direito, garantindo-se um processo judicial justo. Em suma, proteção judicial (art. 25), que traduz um direito, precede ao direito à garantia judicial (art. 8º), que o assegura no momento em que é exercido. Esse entendimento também está de acordo com o que essa Ilustre Corte consignou na Opinião Consultiva nº 9:

24. O artigo 25.1 incorpora o princípio reconhecido no direito internacional dos direitos humanos da efetividade dos

<sup>51</sup> Voto disidente da Juíza Cecilia Medina Quiroga. *Caso López Alvarez vs. Honduras*. Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_medina\\_141\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_medina_141_esp.doc)



instrumentos ou meios processuais destinados a garantir tais direitos. Como a Corte já destacara anteriormente, conforme a Convenção.

325. O Estado brasileiro, ciente da atual jurisprudência dessa Honorável Corte e com base nos fundamentos esposados acima, convida a atual composição deste Tribunal a refletir sobre o tema, para que se possa afirmar a melhor interpretação dos bens jurídicos protegidos pelos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

#### **IV.2.2. Os Fatos Alegados Não Caracterizam Violação ao Artigo 8.1 da CADH**

326. A despeito de ser indevida a análise conjunta dos artigos 8.1 e 25 da CADH, conforme acima esposado, a Ilustre CIDH analisa a suposta violação a ambos os artigos de forma conjunta.

327. Primeiramente, a Ilustre CIDH considera a efetividade do processo administrativo para o reconhecimento, a demarcação e a titulação do território indígena Xucuru e, em um segundo momento, analisa o cumprimento dessas obrigações nas ações judiciais relacionadas com a demarcação do território indígena em questão.<sup>52</sup>

328. Em relação ao processo administrativo de demarcação, a CIDH afirma que o prazo que durou o processo administrativo não foi razoável, bem como o fato de que o Brasil não teria cumprido sua obrigação de fornecer ao povo indígena Xucuru e a seus membros um recurso efetivo e acorde com o devido processo (parágrafos 96 e 98). Nota-se que quanto a este tema a CIDH fez a ressalva de que não contava com elementos suficientes para considerar que foram consumadas violações autônomas do direito de recorrer aos tribunais consagrado nessa Declaração entre o início do processo administrativo em 1989 e 25 de setembro de 1992 (parágrafo 99).

329. Em relação às ações judiciais propostas em decorrência da demarcação, a CIDH afirmou que a duração das ações judiciais apresentadas por ocupantes não indígenas do território indígena Xucuru não seria compatível com o princípio do prazo razoável, sendo o Estado brasileiro, assim, responsável por suposta violação ao artigo 8.1 da CADH, em combinação com o artigo 1.1 (parágrafo 105).

330. Veja-se que a análise da Ilustre CIDH foge à *ratio essendi* da norma inculpada no art. 8.1 da CADH, pois considera, tão somente, a duração do processo administrativo de demarcação e dos processos judiciais relacionados ao tema. Não

---

<sup>52</sup> CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 88

considera a necessária posição de réus em processos judiciais a que os membros da comunidade indígena Xucuru estivessem submetidos para possível categorização de violações às suas garantias judiciais, bem jurídico protegido pelo art. 8.1 da Convenção.

331. No caso concreto, os indígenas Xucuru jamais estiveram na condição de réus (acusados) em processo judicial doméstico que discutisse seus direitos em relação às terras que ocupam. Por isso, em virtude de nunca terem experimentado essa condição, logicamente não poderiam ter sofrido violação a qualquer uma das normas-garantias previstas no art. 8º da Convenção. Assim, por não ter existido condição (fato) que se enquadre no art. 8º, o Estado brasileiro entende não haver, sequer em tese, violação a esse dispositivo.

332. Os processos judiciais que foram propostos se deram em face da União Federal e da FUNAI, considerando a propriedade das terras indígenas em favor da União e as competências da FUNAI na condução do processo de demarcação. Não há notícia de ações que tenham sido propostas em face dos indígenas considerando a demarcação de suas terras tradicionalmente ocupadas.

333. Assim, sob a luz do previsto no artigo 8.1 da CADH, o Estado brasileiro entende não haver qualquer fato que possa caracterizar, mesmo hipoteticamente, violação ao bem jurídico nele protegido.

#### **IV.2.3. Os Fatos Alegados Não Caracterizam violação ao Artigo 25.1 da CADH**

334. Afastada, a toda evidência, a violação ao artigo 8º da Convenção Americana, cumpre expor, a seguir, as razões pelas quais o Estado entende que tampouco houve desrespeito ao artigo 25 da Convenção.

335. Conforme acima exposto, a Ilustre CIDH considerou que o prazo de duração do processo administrativo demarcatório não foi razoável e que o Estado não forneceu recurso efetivo aos indígenas.

336. Novamente, a Ilustre CIDH afasta-se da essência da norma insculpida no artigo 25 da CADH, que trata da proteção judicial, da garantia de acesso ao Poder Judiciário. A norma é dirigida, portanto, àqueles que se rogam na posição de “autores” de ação judicial e que nessa condição buscam fazer valer seus direitos.

337. No presente caso, não há que se considerar violação da garantia ao acesso ao Poder Judiciário quanto ao processo administrativo de demarcação, visto ser um processo instaurado de ofício pelo Estado, em cumprimento a mandamento

constitucional (art. 231, caput, CF/88). Os indígenas, a despeito da possibilidade de participarem de todas as fases do processo administrativo demarcatório (art. 2º, §3º do Decreto no 1.775/1996), não são autores, mas sim, beneficiários da atuação estatal, do resultado do processo administrativo.

338. Ainda que assim não entenda a Corte, para que considere possível imputar ao Estado a violação ao disposto no artigo 25 da CADH, é necessário que reste comprovada uma violação autônoma a esse direito ocorrida após a data em que o Estado brasileiro reconheceu sua jurisdição contenciosa (10 de dezembro de 1998). Há, conforme exposto anteriormente, uma exceção *ratione temporis* que não pode ser ignorada pela Corte para compreender os limites da possível violação ao referido bem jurídico.

339. No caso em tela, não restou comprovada nenhuma violação autônoma ao direito à proteção judicial após 10 de dezembro de 1998. Como já salientado, desde aquela data até a homologação do procedimento demarcatório da Terra Indígena Xucuru, em 2001, passaram-se apenas 3 (três) anos, sem qualquer paralisação do processo ou obstáculo que lhe tenha causado retardamento irrazoável.

340. Da mesma forma, a Ação de Suscitação de Dúvida, proposta em 2002 pelo Oficial de Registro do Cartório de Pesqueira, cuja razoabilidade já foi esclarecida em tópico precedente, foi julgada em tempo bastante célere (3 anos), tendo havido a devida titulação da Terra Indígena do Povo Xucuru há mais de 1 década.

341. Da mesma forma, no que tange à desintrusão da área, sob uma perspectiva fática, do bem-estar do povo Xucuru e do seu efetivo controle sobre a terra ancestral, entende o Estado que a desintrusão operada desde a data em que o Estado reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte foi efetiva, já que todos os não indígenas que estiveram em conflito com o Povo Indígena Xucuru encontram-se hoje fora do território, tendo a quase totalidade sido devidamente indenizada pelo Estado, que já realizou mais de 500 indenizações ao longo do saneamento da terra indígena.

342. Desta forma, percebemos que as instituições do Estado vêm atuando eficazmente no processo de garantia da posse permanente, pacificando os conflitos outrora existentes de forma que a posse Xucuru se consolide de direito e de fato. A atuação diligente do Estado ao longo do procedimento de demarcação, desintrusão e saneamento dos conflitos na Terra Indígena Xucuru, mesmo diante de um panorama de complexidade e conflito preexistente, merece a máxima consideração por parte da Honrável Corte.

343. Entender que o Estado é violador até que haja a retirada do último dos ocupantes não indígenas, mesmo em face da evidência de que apenas seis ocupantes não indígenas remanesçam na terra, de que esta já se encontra há mais de década demarcada e titulada e de que não há conflito entre os ocupantes não indígenas que remanesçam e os indígenas, é interpretação que afronta a razoabilidade.

344. O Estado também não violou o dever de proteção judicial destinado a garantir o direito de posse coletiva permanente do Povo Indígena Xucuru pela alegada falha em fornecer um recurso efetivo.

345. Quanto às ações judiciais propostas pelos não indígenas, verifica-se que as mesmas não podem ser consideradas recursos judiciais para fins de análise de possível violação ao artigo 25. Tais ações, como reconhece a própria CIDH, não foram propostas pelos membros da comunidade indígena Xucuru, mas sim por não indígenas ocupantes de parcelas da terra indígena à época e que julgavam possuir direito ou bem passível de tutela judicial.

346. Para os não indígenas, o Estado apenas cumpriu o seu dever constitucional de assegurar o direito de acesso ao Poder Judiciário e a consequente garantia de obter um provimento jurisdicional, ainda que desfavorável. Assim, pelo simples fato de terem sido ajuizadas ações judiciais pelos ocupantes não indígenas, tornando litigiosa a área demarcada, não seria conforme à justiça que o Estado fosse responsabilizado.

347. É claro que a solução das ações judiciais demanda tempo e impacta no prazo do processo administrativo demarcatório, entretanto negar acesso à justiça aos não indígenas seria atuar de forma arbitrária, o que não pode acontecer no Estado Democrático de Direito.

348. O fato de o Estado ter disponibilizado meios de contraditório para os ocupantes não indígenas não significa, por óbvio, que o Estado tenha falhado em disponibilizar recursos em favor do Povo Indígena Xucuru ou de seus membros, já que esses recursos existiam e ainda existem.

349. É preciso enfatizar que o sistema jurídico material e processual brasileiro está de acordo com o que expressou a Comissão no Relatório Preliminar de Mérito e com a jurisprudência da Corte. Isso porque confere precedência ao direito indígena sobre o direito de propriedade do não indígena, nos moldes do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição, que determina a nulidade de todos os títulos de propriedade existentes sobre o território de posse permanente e usufruto exclusivo indígena.

350. Entretanto, referida precedência no direito material não implica permissão para o Estado ignorar os direitos processuais dos envolvidos ou o exime de atuar com respeito às garantias do contraditório administrativo e judicial, que protegem tanto os indígenas quanto os não indígenas.

351. O Estado, assim, cumpriu sua obrigação geral de disponibilizar recursos administrativos e judiciais efetivos para os membros do Povo Indígena Xucuru sem descuidar do seu dever igualmente convencional de garantir o pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa sob sua jurisdição.

352. Recordemos que as duas ações judiciais apontadas pela Comissão em seu Relatório Preliminar de Mérito como violadoras do prazo razoável ação ordinária nº 0002246-51.2002.4.05.8300 e ação de reintegração de posse nº 0002697-28.1992.4.05.8300) transcorreram conforme às regras do ordenamento jurídico interno, sem arbítrios por parte de qualquer autoridade e dentro de um prazo razoável. Informações detalhadas sobre o andamento processual dessas ações foram transmitidas à Corte em Petição de 2 de março de 2017.

353. Lembramos, por fim, que os membros do Povo Indígena Xucuru possuíam e possuem, a fim de assegurarem a proteção de seus direitos, capacidade processual plena e acesso à justiça. A esse respeito, ressalta-se a atuação da procuradoria federal na defesa dos direitos dos povos indígenas.

#### **IV.3. O Estado Não Violou o Direito à Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xucuru**

354. Como demonstrado, os direitos do Povo Indígena Xucuru sobre a terra ancestral foram reconhecidos e adequadamente protegidos, não tendo havido demora injustificada no reconhecimento ou falha na desintrusão e, portanto, violação ao direito de propriedade do Povo Xucuru.

355. Logramos demonstrar também que a oferta de contraditório aos não indígenas que há tempos remotos ocupavam o território foi realizada com pleno amparo no sistema jurídico próprio ao Estado Democrático de Direito, de forma que não houve ofensa ao direito do Povo Xucuru à proteção judicial, existindo recursos internos que sequer foram usados pelos indígenas.

356. Além daquelas acusações, a CIDH, na conclusão de seu Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015, alega ter o Estado violado o disposto no art. 5.1, juntamente com os artigos 1.1 e 2º da CADH. No corpo do relatório não resta claro,

porém, qual teria sido a ação ou omissão do Estado que teria ensejado a suposta violação ao direito à integridade pessoal.

357. O art. 5º da Convenção Americana dispõe acerca do ‘Direito à integridade pessoal’, nos seguintes termos:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delincente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

358. A leitura do art. 5º não pode ser limitada ao seu primeiro item, devendo ser também considerada a integralidade do dispositivo (demais parágrafos/itens), já que uma visão apenas parcial e eclipsada da norma impediria o intérprete de examinar o seu real alcance e finalidade. Aliás, adotar essa postura seria algo inconcebível no domínio da interpretação, uma vez que diplomas legais e convencionais não possuem palavras inúteis (princípio geral de Direito), fazendo que o art. 5º, que trata do ‘Direito à integridade pessoal’, deva ser examinado por completo.

359. Partindo-se dessa premissa, verifica-se da leitura do parágrafo primeiro do art. 5º que o dispositivo procura proteger a integridade física, psíquica e moral da vítima. Para esse objetivo, os seus demais parágrafos elencam situações (condutas estatais positivas, mas não omissivas) que podem ensejar violação a um desses atributos. Esses parágrafos retratam condutas estatais que podem ensejar violações no instante em que a pessoa é condenada e se vê sob a custódia do Estado. Segundo essas regras, representam ações que – quando e se praticadas pelo Estado – afetam diretamente a esfera jurídica da vítima, demonstrando, pois, ligação estreita e imediata entre o ato estatal e a lesão, já que, em se tratando de integridade corporal, psíquica e moral, o dano deve advir diretamente do fato praticado.

360. Não é por outro motivo que, visando à proteção da integridade física, psíquica e moral de pessoas processadas e condenadas pelo Estado, os parágrafos do art.

5º expressamente proíbem, por exemplo, ações comissivas que promovam a tortura, o tratamento cruel e degradante, penas que não possam passar da pessoa do condenado e tratamento diferenciado entre condenados e os ainda processados. Além disso, os parágrafos do art. 5º requerem postura estatal condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana e por isso ordenam que o Estado realize tratamento adequado a essa condição e diferenciado em se tratando de menores, para se obter a reforma e a readaptação social da pessoa humana.

361. Desse modo, não se pode partir do simples pressuposto de que uma suposta violação ao direito de propriedade (não prevista no art. 5º da Convenção) possa ser enquadrada como hipótese de violação à integridade pessoal, muito menos que possa ser considerado o real motivo do abalo à integridade moral de familiares de pessoas que supostamente tiveram direito à propriedade violado.

362. Se esse fato (violação ao direito de propriedade) não se encontra previsto como hipótese de violação específica do art. 5º, o que constituiria um certo direito à integridade (patrimonial) da pessoa humana, não se pode conceber a violação ao direito à propriedade como automaticamente ensejadora de violação do direito à integridade pessoal do proprietário. Do contrário, ter-se-ia verdadeira confusão dos bens jurídicos tutelados pelas duas normas, como se protegessem o mesmo bem jurídico, interpretação que, como já dito, contraria a lógica de que a norma não possui palavras inúteis.

363. Quanto à alegação de que teria havido violação à integridade pessoal dos membros do Povo Indígena Xucuru, o Estado, desta forma, repisa que a ofensa à integridade pessoal é violação que não decorre automática e abstratamente de uma suposta violação ao direito de propriedade por suposta demora no procedimento demarcatório.

364. Aliás, não há, *prima facie*, qualquer correlação direta e automática entre uma suposta violação ao direito de propriedade de alguém e a alegação de violação ao direito à integridade pessoal dessa mesma pessoa.

365. A CIDH não se desincumbiu de seu ônus de provar uma violação autônoma ao direito à integridade pessoal. A Comissão não identifica quais são os abalos psíquicos decorrentes da suposta violação ao direito de propriedade. Na prática, a CIDH se limita a afirmar a existência da violação.

366. Em vista disso, o Estado solicita a essa Honorable Corte que analise o dever da CIDH de fundamentar suas decisões; se há condições em que uma violação ao artigo 5º da Convenção pode ser considerada não autônoma, mas presumida a partir de outra

violação; e se a presunção de violação ao artigo 5º cerceia a defesa do Estado no caso concreto, dado que desprovida de demonstração, fundamentação ou de evidências específicas, mínimas que sejam. Em última análise, o Estado espera que o Tribunal possa avaliar se é possível que exista uma violação com a presunção dos fatos específicos, como ocorreu ante a CIDH.

367. A ausência de delimitação dos fatos compromete a defesa do Estado. Não se sabe nem mesmo sobre quais fatos o Estado deve se defender, o que consubstancia, por consequência, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do direito ao devido processo legal.

368. O único momento em que a CIDH faz menção ao art. 5.1 da CADH no corpo de seu relatório é no parágrafo 18, quando a CIDH relata que os petionários, na etapa de mérito, “alegaram adicionalmente a violação dos direitos à vida e integridade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana pelo descumprimento das medidas cautelares outorgadas a favor do Cacique Marquinhos e de Zenilda Maria Araújo”. Na oportunidade, os petionários alegaram desconfiança em relação às autoridades do Estado e uma suposta nova estratégia de criminalização das lideranças indígenas.

369. Em relação à implementação das medidas cautelares recomendadas pela CIDH em favor do Cacique Marquinhos e da Sra. Zenilda, por informação dos próprios petionários em manifestação datada ainda de 10 de setembro de 2013, verifica-se que, a despeito dos contratempos existentes para sua implementação, as medidas foram consideradas satisfatórias, tendo, portanto, atingido seu objetivo. Nas palavras dos petionários:

(...)

9. Frisa-se que o Cacique Marcos considera satisfatória as medidas cautelares em vigor (proteção eletrônica de sua residência e escolta policial), possibilitando-o tranquilidade para conviver com sua família e exercer suas atribuições de Cacique frente ao seu povo.

(...)

370. Diante da afirmação pelos próprios petionários de que as medidas foram implementadas e se mostraram satisfatórias, não há como querer imputar ao Estado brasileiro uma suposta violação ao direito à integridade pessoal. O Estado brasileiro cumpriu sua função na implementação das medidas conforme determinado.

371. Ainda que não tivesse cumprido, nas palavras da própria CIDH ao tratar das medidas cautelares, tem-se que "(...) ainda que estejam relacionados, os objetos das



medidas cautelares e do caso sob análise são distintos" (parágrafo 65 do Relatório de Mérito nº 44/2015). Ou seja, a própria CIDH fez o corte temático ao fazer a análise de direito quanto ao caso separando as situações das medidas cautelares do objeto do presente caso.

372. E quanto à alegação da suposta nova estratégia de criminalização das lideranças indígenas, cumpre destacar que a própria CIDH, ao definir o objeto do presente caso, desconsiderou tal alegação por não ter restado clara "a sua conexão com o objeto do presente caso nem a maneira pela qual os respectivos recursos internos teriam sido esgotados". A CIDH considerou "que não conta com elementos suficientes para proceder dessa maneira" (parágrafo 64 do Relatório de Mérito nº 44/2015). Desse modo, não faz sentido a CIDH, em suas conclusões, querer imputar ao Estado brasileiro uma suposta violação do direito à integridade pessoal quando ela própria, em seu relatório, exclui do escopo da lide os fatos que supostamente ensejaram tal violação.

373. Quanto às mortes de lideranças indígenas, estas foram alegadas somente na fase de mérito, razão pela qual foram consideradas a título de contexto apenas. A Comissão constatou a falta de informação suficiente sobre os supostos fatos, as denúncias às autoridades estatais e os correspondentes processos de investigação e persecução penal. Segundo a CIDH, não foi possível "realizar determinações autônomas de admissibilidade e mérito por estes fatos". Além disso, esses fatos específicos não foram submetidos à análise do Tribunal por meio do escrito de apresentação do caso, nem mesmo a título de contexto.

374. Pelo exposto, tendo em vista não existirem provas de violação a esse direito, o Estado roga à Corte que analise a inconsistência do pleito da Comissão, que se baseia em acusação genérica, sem suporte probatório ou delimitação dos atos comissivos ou omissivos que teriam gerado dano à integridade pessoal dos membros do Povo Indígena Xucuru. Neste ponto, além da prova de que a demora na conclusão do procedimento demarcatório foi absolutamente injustificada, a Comissão teria que provar a existência de danos palpáveis experimentados pelo Povo Xucuru, ocorridos após o início da competência temporal da corte, o que não ocorreu.

375. Adicionalmente, o Estado informa que existe um sistema maduro de responsabilidade civil no direito brasileiro e que não há notícia de que os que se consideraram lesados tenham acionado o ordenamento interno e comprovado danos indenizáveis.

## V. Reparações

### V.1. Inadequação de Condenação na Adoção de Medidas de Caráter Normativo para Regulamentar a Demarcação e a Reivindicação das Terras Indígenas

376. A CIDH recomenda em seu Relatório Preliminar de Mérito a adoção das “medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em particular, adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva”.<sup>53</sup>

377. O Estado considera que sua condenação à adoção de medidas de caráter normativo seria inadequada porque o sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro reconhece os direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras ancestrais e prevê adequada proteção de sua posse permanente e usufruto exclusivo.

378. Igualmente em consonância com os direitos humanos é o procedimento demarcatório brasileiro, com fases delimitadas e necessárias à regularização legítima do território, amparada em estudos técnicos com a participação dos povos indígenas.

379. O ordenamento brasileiro também contempla os necessários mecanismos processuais e materiais aptos a permitir o gozo e a reivindicação efetiva do direito de posse permanente.

380. O Estado já destacou que o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência de nossos tribunais estabelecem claramente mecanismos processuais aptos a permitir que as comunidades indígenas possam reivindicar em juízo a ocupação dominial das terras tradicionalmente ocupadas, inclusive na ausência de processos administrativos de demarcação de suas terras.

381. Nesse sentido, tem-se no Brasil um marco normativo processual absolutamente efetivo para garantir aos povos indígenas a salvaguarda judicial de seus direitos, conforme, importa repisar, anunciam diversos julgados de casos concretos já referidos nesta manifestação.

382. O Estado também já demonstrou haver procedimentos bastante claros e definidos para a iniciativa do Poder Público de conduzir administrativamente o processo

---

<sup>53</sup> CIDH. *Caso n° 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório n° 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 109, item 4.

de demarcação de terras indígenas. Esses procedimentos estão definidos em leis e atos normativos inferiores que detalham à exaustão os requisitos e fases que devem ser observados para a demarcação e atribuição de posse plena e exclusiva aos povos indígenas de suas terras, sem se descuidar da proteção dos direitos de terceiros de boa-fé.

383. Por tudo isso, o Estado está convicto de que não lhe falta regulamentar, em leis ou atos normativos de qualquer natureza, os processos judiciais e administrativos que podem levar ao exercício pleno dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras.

384. Primordial é trazer à luz a I Conferência Nacional de Política Indigenista, promovida pelo Estado brasileiro, através do Ministério da Justiça e da Fundação Nacional do Índio, em 2015, organizada em conjunto com os representantes dos povos e organizações indígenas e com os demais órgãos e entidades governamentais e não governamentais que compõem a Comissão Nacional de Política Indigenista. Nesse evento de proporção e relevância histórica, participaram mais de 25.000 indígenas.

385. A Conferência permitiu um processo de consulta extensivo a todas as regiões do país. Indígenas e organizações indigenistas da sociedade civil dialogaram livremente sobre os temas de seu interesse de forma direta com os mais altos representantes da Presidência da República e dos Ministérios.

386. Como resultado do evento, 60 propostas foram aprovadas e priorizadas no tema “territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas”. Nenhuma dessas propostas reivindica mudanças no processo de demarcação e na forma de titulação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Ao contrário, apontaram para o fortalecimento do procedimento de demarcação já realizado pelo Estado brasileiro, com a manutenção do regime instituído pelo constituinte originário em 1988.

387. Para o Estado esse resultado reflete a ampla legitimidade e adequabilidade do modelo brasileiro de atribuição constitucional de direitos originários e posse permanente e de demarcação das terras indígenas.

388. Por fim, o Estado ressalta que, para além de inadequada, pelas razões expostas acima, condenação desta espécie implicaria julgamento de inconveniência abstrata de normas estabelecidas pelo direito doméstico brasileiro, medida que a jurisprudência deste Respeitável Tribunal já manifestou caber somente no exercício de sua jurisdição consultiva<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> A Corte Interamericana já afirmou que teria autoridade para determinar se uma lei nacional violou a Convenção Americana apenas quando se tratasse de leis de aplicação imediata que violassem

389. Em linha com o referido segmento jurisprudencial, quando as medidas de não repetição dizem respeito à determinação de reforma legislativa, esta Honorable Corte tem preservado limites para a definição do conteúdo da alteração legal, sob o fundamento de que o Estado, em sua qualidade soberana, possui uma margem de apreciação para decidir as medidas que deverá adotar. A sentença de reparações e custas proferida no *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* é esclarecedora:

*Si bien el Tribunal en su sentencia de fondo no decidió que Guatemala había violado el artículo 2 de la Convención, norma que dispone que el Estado está en la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los derechos en ella reconocidos, es cierto también que ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal. Así, esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997.<sup>55</sup>*

390. Com efeito, não há fundamento político ou normativo que justifique retirar poder dos mecanismos democráticos nacionais.

391. O Estado brasileiro, à luz daqueles julgados que reconhecem a margem nacional de apreciação para determinar reformas legislativas, solicita a essa Honorable Corte que os leve em consideração quando da prolação de sentença no presente caso.

---

concretamente direitos e liberdades de indivíduos específicos. Nesse sentido, a Corte IDH só poderia realizar o controle de convencionalidade de leis em abstrato, independente de violações concretas, no exercício de sua função consultiva. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos teria, porém, liberdade maior para o controle de convencionalidade em abstrato de leis, ao fazer recomendações aos Estados, independentemente da violação de direitos de uma vítima específica no caso concreto. Neste sentido ver CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994. Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, No. 14. par. 39-41. A Corte voltou a reafirmar seu entendimento sobre o tema do controle de convencionalidade em abstrato de leis domésticas no *Caso Genie Locayo vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C, nº 21. par. 49.

<sup>55</sup> CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 26 de maio de 2001 (Reparações e Custas). Série C, nº 77, par. 98.

392. Cumpre recordar também que, não bastassem as ponderações acima, a CIDH não se desincumbiu do ônus de alegar e provar em que medida concreta e específica a construção normativa doméstica estaria em conflito com a Convenção.

393. Não há provas de que a legislação que rege os processos judiciais e administrativos brasileiros, como concebidos normativamente produza violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

394. A simples constatação de demora na condução de processos administrativos de demarcação da Terra Indígena Xucuru, se eventualmente for essa a compreensão desta Corte, representaria somente uma circunstância ligada à condução dos procedimentos neste caso específico, não uma falha processual estrutural a caracterizar, em abstrato, violação à CADH e implicar necessidade de reforma legislativa.

395. Face a esses fundamentos, o Estado compreende que a recomendação em apreço deve ser inteiramente desconsiderada pela Corte ao refletir sobre as possíveis reparações a serem impostas ao Estado em caso de condenação no mérito, o que se admite apenas para efeitos retóricos.

## **V.2. Inadequação de Condenação na Adoção de Medidas de Desintrusão de Ocupantes não Indígenas**

396. A CIDH também recomenda, ao final de seu Relatório Preliminar de Mérito, a adoção das “medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru [...]”<sup>56</sup>

397. Revela-se igualmente inadequada a condenação do Estado à adoção de medidas de desintrusão de não indígenas da Terra Indígena Xucuru para além daquelas que já se encontram internamente em curso e em avançado grau de implementação, sendo evidência disso a presença de apenas 6 ocupantes não indígenas no território, em situação de convivência pacífica com os indígenas e o fato de que mais de 500 indenizações por benfeitorias de boa-fé foram realizadas.

398. O Estado brasileiro já esclareceu, por meio de sua contestação e dos fatos alegados pelo Estado e provados pela testemunha durante a Audiência Pública de 21 de

---

<sup>56</sup> CIDH. *Caso n° 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório n° 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 109. item 1.

março de 2017 e aqui reiterados, que a presente recomendação se baseia em realidade fática superada, absolutamente distinta da que se observa atualmente na Terra Indígena.

399. Nesta esteira, é evidente que esta recomendação da CIDH, se bem poderia fazer algum sentido ao tempo em que houve o peticionamento perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, já não se adequa, por perda de objeto, à realidade fática atual, e por isso deve ser considerada inadequada por essa Honorable Corte para a prolação de sua sentença.

### **V.3. Inadequação de Condenação na Finalização de Processos Judiciais em Curso**

400. O Estado roga à Corte que também conclua pela inadequação da condenação do Estado à finalização de processos judiciais em curso, visto que tais processos estão seguindo seu trâmite regular, não havendo irregularidade que justifique ordem internacional para sua finalização. Esse fato pode ser constatado pela análise da petição contendo o desenvolvimento e atual situação das ações judiciais destacadas pela CIDH, enviado à Corte em 2 de março de 2017.

401. O Estado reitera que, através da FUNAI e de sua Procuradoria Federal, está trabalhando para que os processos atinjam, no tempo mais breve possível, um resultado alinhado aos ditames internacionais e constitucionais.

402. Fato é que a recomendação da CIDH está desconectada da realidade fática que cerca o caso nos dias atuais.

### **V.4. Inadequação de Condenação na Reparação de Danos**

403. Como demonstrado, não houve o esgotamento dos recursos internos, não houve a alegação e a comprovação de danos materiais ou morais perante o Poder Judiciário interno e nem mesmo a comprovação de danos perante a Comissão, tendo sido ignorada a possibilidade de acionamento do sistema interno mesmo sendo notório o alto grau de desenvolvimento do direito doméstico no ponto da responsabilidade civil.

404. Assim, não haveria fundamento para a condenação internacional do Estado na reparação de danos. O contrário resultaria em clara afronta ao caráter complementar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

### **V.5. Inadequação de Condenação em Medidas de Não Repetição**

405. O Estado reputa sem razoabilidade eventual condenação para a adoção de medidas de não repetição, como a adoção de um recurso rápido e efetivo para as reivindicações dos indígenas sobre a terra.

406. O Estado assim considera porque os indígenas, tal qual os demais cidadãos sob à égide da Constituição, possuem a garantia de acesso à jurisdição, havendo justiça estruturada no Estado, bem como defensoria pública que se estruturou intensamente desde o advento da Carta de 1988.

407. Tendo em conta que o sistema interno oferece extenso rol de ações e recursos à disposição dos cidadãos indígenas e não indígenas, não seria razoável condenação do Estado a conferir novo recurso interno quando os já existentes sequer foram acionados.

## **VI. Considerações Finais**

### **VI.1. Informações Adicionais sobre os Ocupantes não Indígenas que Remanescem na Terra do Povo Indígena Xucuru**

408. Na Audiência Pública de 21 de março de 2017, a Corte requereu que o Estado prestasse informações adicionais sobre os ocupantes não indígenas que remanescem na Terra do Povo Indígena Xucuru.

409. O Estado já prestou atualizações sobre tais ocupantes quando da apresentação de sua contestação, em setembro de 2016, logo após a visita *in loco* que permitiu a colheita de informações atualizadas.

410. Em sua petição de 2 de março de 2017, o Estado voltou a se pronunciar sobre a situação jurídica das seis ocupações não indígenas ainda não indenizadas e removidas da Terra Indígena Xucuru.

411. Conforme relatado à Corte naquelas oportunidades e acima reiterado nestas alegações finais escritas, todas as áreas no interior da Terra Indígena Xucuru que anteriormente estavam ocupadas por cidadãos não indígenas estão atualmente sob posse permanente, exclusiva e pacífica do Povo Xucuru, com exceção de 7 ocupações, sob posse de 6 não indígenas. Estas 7 ocupações compreendem área total de cerca de 160,43 ha, fração que representa 0,58% da Terra Indígena Xucuru.

412. Desta forma, a visita *in loco* revelou que, na atualidade, existem apenas 7 ocupações de 6 ocupantes não indígenas na Terra Indígena Xucuru e que não há

qualquer conflito entre esses 6 ocupantes e os membros do Povo Indígena Xucuru. Essa informação e a lista das ocupações com os nomes dos respectivos ocupantes já constava das anteriores comunicações do Estado à Corte e foi reproduzida nestas alegações escritas.

413. Na Audiência Pública, a Corte pediu ao Estado que, complementando a informação anteriormente transmitida, precisasse o número de pessoas que vivem em cada uma das 6 ocupações.

414. Com o objetivo de atender à justa solicitação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado vem, com base em dados obtidos pela FUNAI, esclarecer que:

a. Na ocupação em nome de Luiz Alves de Almeida, localizada na Vila de Cimbres, com dimensão de 0,06 há, reside o filho do senhor Luiz Alves de Almeida com sua família. O filho é conhecido como Lulu Isidora, é casado com uma indígena e tem uma filha de 6 (seis) meses de idade. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 3;

b. Na ocupação em nome de Luiz Alves de Almeida, localizada no Sítio Ramalho, com dimensão de 102,3 ha, residem o senhor Luiz Alves de Almeida e sua esposa, sendo que ambos são aposentados. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 2;

c. Na ocupação em nome de Bernadete Lourdes Maciel, localizada na Vila de Cimbres, com dimensão de 23,62 ha, vive seu irmão, o senhor Homero Maciel, que é aposentado e cria animais na ocupação. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 3;

d. Na ocupação em nome de Maria Montanhas Lima, localizada na Aldeia Sucupira, com dimensão de 6,78 ha, seus dois filhos exercem criação de animais. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 2;

e. Na ocupação em nome do espólio de José Pedro do Nascimento, localizada em Capim de Planta, com dimensão de 9,61 ha, o seu neto, o senhor Valmir Bezerra Severino, segue



usando a área. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 1;

f. Na ocupação em nome do espólio de José Paulino da Silva, localizada em Pé de Serra do Oiti, com dimensão de 7,06 ha, um dos filhos do senhor José Paulino da Silva, o senhor Geraldo Cavalcanti da Silva, segue usando a área. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 1;

g. Na ocupação em nome do senhor Murilo Tenório de Freitas, localizada em Ipanema, com dimensão de 11,00 ha, o senhor Murilo Tenório de Freitas não reside mas continua usando e visitando duas vezes por semana a área. N<sup>o</sup> de famílias na ocupação: 1; N<sup>o</sup> total de pessoas na ocupação: 1.

415. Em conclusão, o Estado brasileiro se reporta ao questionamento feito pela Corte na Audiência Pública de 21 de março de 2017 comunicando que nas 7 ocupações por não indígenas que remanescem na Terra Xucuru, que estão registradas em nome de 6 ocupantes não indígenas, existem 7 famílias, sendo 1 em cada ocupação, e que, atualmente, 13 é o número total de ocupantes não indígenas em todo o perímetro da Terra Indígena demarcada, conforme quadro demonstrativo juntado - anexo 1)

## **VI.2. Informações sobre a Apuração da Morte do Cacique do Povo Indígena Xucuru**

416. Em Comunicação de 21 de julho de 2009, o Estado informou à Comissão Interamericana sobre a autoria intelectual e material do assassinato de Francisco de Assis Pereira de Araújo, Cacique do Povo Xucuru, Cacique Chicão, que ocorreu em maio de 1998, na cidade de Pesqueira/PE (Memo n<sup>o</sup> 02/PGF/PFE/FUNAI/09 – anexo 2).

417. Em atendimento à solicitação da Corte na Audiência Pública de 21 de março de 2017, o Estado mais uma vez esclarece o que foi apurado quanto ao crime.

418. A apuração ocorreu com a instauração do inquérito policial n<sup>o</sup> 211/1998 – SR/DPF/PE, n<sup>o</sup> 0012178-05.1998.4.05.8300 (98.0012178-1) perante a 4<sup>a</sup> Vara Federal de Pernambuco, autuado em 22/06/1998 e transformado em ação penal em 13 de agosto de 2002.

419. O crime teve como mandante o fazendeiro José Cordeiro de Santana 'Zé de Riva', que, através de enforcamento cometeu suicídio na carceragem da Polícia Federal, em Recife/PE.

420. O autor dos disparos foi o pistoleiro conhecido por Ricardo, que foi assassinado no Estado do Maranhão.

421. Esteve envolvido também um agenciador, Rivaldo Cavalcanti Siqueira 'Riva de Alceu'.

422. O agenciador foi processado e julgado pela justiça criminal interna, tendo sido, após o trâmite da ação penal pública nº 0012442-80.2002.4.05.8300, cujo andamento é juntado a esta manifestação (andamento processual da ação penal pública nº 0012442-80.2002.4.05.8300 - anexo 3), inicialmente perante a 4ª Vara Federal e posteriormente redistribuído para a 16ª Vara Federal de Pernambuco, condenado a 19 anos de prisão.

423. Em decisão de 30 de junho de 2003, o juízo federal singular pronunciou o réu Rivaldo Cavalcanti Siqueira, para que fosse julgado pelo Tribunal Popular do Júri Federal pelo crime contra a vida cometido contra o Cacique Chicão Xucuru.

424. O réu foi pronunciado na qualidade de partícipe no homicídio do Cacique Chicão (incurso no tipo do art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o art. 29 do Código Penal brasileiro), visto que os elementos probatórios indicaram que ele interveio no fato mas não teve o controle sobre a ação criminosa (domínio do fato).

425. Após a interposição do recurso em sentido estrito cabível contra a decisão de pronúncia, a sentença de pronúncia transitou em julgado. Posteriormente, o Ministério Público Federal ofereceu o libelo acusatório, recebido em 9 de novembro de 2004 pelo juízo da 16ª Vara Federal de Pernambuco. Em 18 de novembro de 2004, o processo foi incluído na pauta para julgamento na 1ª e única sessão, da também 1ª e única reunião periódica do ano de 2004, do Tribunal do Júri Federal da subseção judiciária de Caruaru, designada para o dia 29 de novembro de 2004.

426. Em 30 de novembro de 2004, foi proferida sentença com o seguinte teor:

RIVALDO CAVALCANTI SIQUEIRA, brasileiro, casado, filho de Alceu Cavalcanti de Siqueira e Verônica de Melo Cavalcanti, devidamente qualificado nos autos, atualmente preso provisoriamente, foi pronunciado e libelado como incurso nas penas do art. 121, § 2o, I e IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, sob a acusação de ter arquitetado plano para ceifar a vida da vítima, o "Cacique Chicão", o que teria feito juntamente com o falecido executor, o Sr. conhecido por "Ricardo", após "encomenda" efetuada pelo também falecido fazendeiro "Zé de Riva". Acrescentou que a motivação do crime

decorreu da disputa por terras travada entre os fazendeiros e os indígenas Xucurus, além de ter sido cometido mediante promessa de recompensa, caracterizadora do motivo torpe, bem como por meio de emboscada.

Hoje, o réu foi submetido a julgamento neste Tribunal do Júri da Subseção Judiciária de Caruaru, com observância das formalidades legais.

Nos debates em plenário, o representante do Ministério Público requereu a condenação do acusado nas penas do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV c/c o art. 29, ambos do Estatuto Repressivo). A defesa técnica, por sua vez, sustentou a tese da negativa da participação.

É o relatório. Passo a decidir.

Analisados os autos, verificamos que o Conselho de Sentença condenou o réu Rivaldo Cavalcanti Siqueira, pela prática de homicídio qualificado pelo motivo torpe e pela emboscada, respondendo ao questionário proposto, que não recebeu qualquer contestação das partes, por 04 votos SIM ao primeiro quesito (autoria); 04 votos SIM ao segundo quesito (materialidade); 04 votos SIM ao terceiro quesito (participação); 04 votos SIM ao quarto quesito (motivo torpe); 04 votos SIM ao quinto quesito (emboscada); e 04 votos SIM e 02 NÃO ao sexto quesito (atenuante), tudo de acordo com o termo de julgamento que segue nos autos e passa a fazer parte integrante deste decisum. Insta acentuar que não foram apurados os votos restantes para completar o número de 07 em cada quesito, por irrelevantes ao julgamento e principalmente para resguardar, de forma absoluta, o princípio constitucional do sigilo das votações, previsto no art. 5º, XXXVIII, "b" da Carta Magna.

A respeito da desnecessidade de se apurar os votos dos sete jurados sempre que a votação não se der por 4 X 3, atente-se para o que diz Fernando Capez, in Curso de Processo Penal, editora Saraiva, 5ª edição, 2000, pg. 558, verbis:

"Quando a decisão se dá por unanimidade de votos, quebra-se esse sigilo, pois todos sabem que os sete jurados votaram naquele sentido. Por esta razão, há quem sustente deva a votação do quesito ser interrompida assim que surgir o quarto voto idêntico (sendo apenas sete os jurados, não haveria como ser modificado o destino daquele quesito)".

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, em consonância com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, condeno, como condenado tenho, RIVALDO CAVALCANTI SIQUEIRA, já qualificado nos autos, nas sanções descritas no art. 121, § 2º, I e IV, c/c os arts. 29 e 66, todos do Diploma Penal.

(...)

fixo ao réu RIVALDO CAVALCANTI SIQUEIRA a pena-base de 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Tendo em vista a

atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, em consonância com o pronunciamento dos jurados, reduzo-a em 06 meses, tornando-a definitiva em 19 anos de reclusão, à míngua de agravantes ou outras atenuantes, bem como de causas de aumento ou diminuição. A pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por tratar-se de crime hediondo, em local a ser definido posteriormente, quando da expedição de carta de guia.

427. O réu respondeu ao processo preso provisoriamente e foi condenado a permanecer em regime integralmente fechado durante o cumprimento da pena.

428. Em 12 de setembro de 2006, entretanto, diante do assassinato de Rivaldo Cavalcanti Siqueira 'Riva de Alceu' por outro preso enquanto cumpria pena no Presídio de Paratibe, em Recife/PE, o Tribunal Regional da 5ª Região, que à época analisava o recurso de apelação do apenado, declarou, em face de sua certidão de óbito, extinta a punibilidade. O processo foi arquivado definitivamente com baixa em 6 de outubro de 2006.

## **VII. Conclusão**

429. O Estado, em conclusão, entende que as diversas exceções preliminares apresentadas impedem a essa Honorável Corte que exerça julgamento de mérito sobre o caso.

430. Se essa Honorável Corte vier, contudo, a analisar o mérito do caso, o Estado entende que a análise deve observar os limites da lide e a competência temporal do Tribunal.

431. Caso seja proferido julgamento no mérito, o Estado, reiterando os termos da Contestação, requer, pelas razões também aqui ventiladas, seja reconhecido que não foi violado o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru (art. 21 da CADH); que os fatos alegados não constituem violação aos artigos 8º e 25 da CADH; e que não foi violado o direito de integridade pessoal dos membros do Povo Indígena Xucuru (art. 5.1 da CADH).

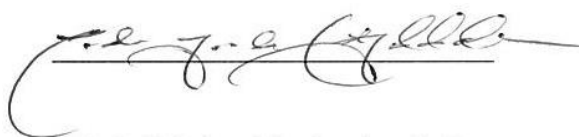
432. Na hipótese de essa Honorável Corte condenar o Estado, o que se admite apenas a título argumentativo, roga-se que as medidas de reparação solicitadas pelos representantes das supostas vítimas sejam indeferidas pela evidente inadequação das mesmas.

433. Por fim, o Estado, reiterando os demais termos de sua defesa apresentada em Contestação, aproveita a oportunidade para reafirmar seu compromisso com o

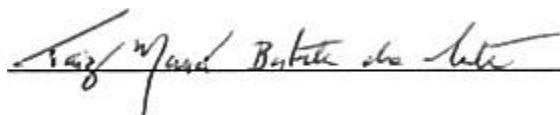
Sistema Interamericano de Direitos Humanos e com a Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Brasília, 24 de abril de 2017.

Fernando Jacques de Magalhães Pimenta  
Embaixador do Brasil na Costa Rica



Pedro Marcos de Castro Saldanha  
Ministério das Relações Exteriores



Taiz Marrão Batista da Costa  
Advocacia-Geral da União

#### **LISTA DE ANEXOS**

Anexo 1 – Quadro demonstrativo de ocupantes não-índios explorando a terra indígena

Anexo 2 - Memo nº 02/PGF/PFE/FUNAI/09

Anexo 3 – Andamento processual da ação penal pública nº 0012442-80.2002.4.05.8300

Anexo 4 – Inteiro teor da ação penal pública nº 0012442-80.2002.4.05.8300