



Recife, Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, 24 de Abril de 2017

Ao Senhor Secretário Pablo Saavedra Alessandri
Corte Interamericana de Direitos Humanos

Prezado Senhor Secretário,

O Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP) e a Justiça Global, entidades representantes das vítimas no caso *Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil*, vêm, com base no artigo 56, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como no item 12 da Resolução de 31 de janeiro de 2017, apresentar seus escritos de alegações finais.

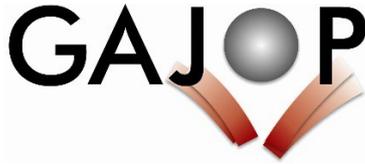
Os representantes das vítimas requerem a esta Honrável Corte Interamericana de Direitos Humanos a condenação do Estado do Brasil pelas violações dos seguintes dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conjunto com o Artigo 1.1 e 2 do tratado:

a) Violação do Direito à Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xucuru e seus membros, pela demora na finalização do processo administrativo de demarcação, falta de desinstrução completa e efetiva, e falta de garantia efetiva do uso e gozo pacífico de suas terras ancestrais;

b) Violação do Direito às Garantias Judiciais e Proteção Judicial, em virtude da demora no processo administrativo de demarcação;

c) Violação do Direito às Garantias Judiciais, Proteção Judicial, e Reconhecimento Efetivo da Personalidade Jurídica, em relação às ações civis ainda pendentes e interpostas por ocupantes não indígenas sobre partes do território Xucuru;

d) Violação do Direito à Integridade Pessoal dos membros do Povo Indígena Xucuru como consequência das violações anteriores e pela imposição de diversas violências, consistentes *inter alia* na criminalização, assassinatos e ameaças de seus membros, ante à impossibilidade de exercer pacificamente o seu direito à terra e território originários.



Índice

- I. Lista de Siglas
- II. A Luta Empreendida pelos Xukuru na Conquista e Defesa do seu Território Ancestral
- III. Do Acesso à Justiça de Povos Indígenas no Sistema Brasileiro
- IV. Exceções Preliminares
- V. Da Violação ao Direito à Propriedade do Povo Indígena Xukuru (art. 21, da CADH)
- VI. Da Violação ao Direito às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial do Povo Indígena Xukuru (artigos 8 e 25), em relação aos artigos 1 e 2, da CADH
- VII. Da Violação ao Direito à Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xukuru (art. 5, da CADH)
- VIII. Caso Xukuru e a Ausência de Controle de Convencionalidade, pelo Poder Judiciário Brasileiro
- IX. Dos Pedidos e Reparações
- X. Lista de Anexos



I. Lista de Siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDDPH	Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
PPDDH	Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TI	Terra Indígena
TRF 5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região



II. A Luta Empreendida pelos Xukuru na Conquista e Defesa do seu Território Ancestral

O Povo Xukuru desde muitos séculos tem enfrentado obstáculos e guerras para garantia do uso pleno de seu território. Como dito, o primeiro documento que se tem conhecimento comprova que os Xukuru lutaram na Guerra do Paraguai ao lado das tropas brasileiras em troca de receberem suas terras ancestrais, o que não ocorreu.

Durante o período da Constituinte brasileira, liderados pelo cacique Xicão, o povo Xukuru foi um dos mais efusivos na busca por direitos. Até a Constituição Federal de 1988, os indígenas, dentro da normativa brasileira, eram considerados tutelados e não possuíam capacidade postulatória para ingressar em juízo por seus direitos.

Com a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, foi inaugurado um novo tempo de direitos para os povos indígenas, com um capítulo especial de garantias que se traduzem nas linhas dos artigos 231 e 232. Passa-se, então ao reconhecimento dos direitos consuetudinários dos povos tradicionais, especialmente da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, bem como da capacidade postulatória dos povos e seus membros. Além disso, o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu um prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas no país.

Assim é que o Povo Xukuru, sabido de seus direitos, passou a reclamar a demarcação de sua terra. Após provocação deste em conjunto com o MPF, a FUNAI, em 1989, inicia o processo de demarcação da terra Xukuru, ano em que também foi realizado o primeiro levantamento fundiário do território.

Com a falta de avanço no procedimento demarcatório, e o território indígena dominado por terceiros, o povo Xukuru decide retomar seu local de força espiritual, fundamental para a resistência e respectiva (re)organização sócio-político-cultural. Ocorre, portanto, em 1990, a Retomada da Pedra D'água, sendo a primeira de muitas que ainda estariam por vir.

Mais uma vez estagnado o processo de demarcação, os Xukuru, em março de 1992, retomam a Fazenda Caípe, a qual estava em posse do fazendeiro Milton Rego Didier. Este, por sua vez, entra com Ação de Reintegração de Posse referente aos 300 hectares da fazenda, ação esta que até os dias de hoje assombra o direito de usufruto pleno e exclusivo do território pelo Povo Xukuru.

Em 29 de maio do mesmo ano, houve a edição da Portaria 259 do Ministério da Justiça, com reconhecimento da área de 26 mil hectares ao Povo Xukuru. Nesse contexto, é



que em 04 de setembro, José Bispo, filho do pajé, é assassinado dentro do território, tal ataque nitidamente visou ferir a força espiritual Xukuru. No dia 13 de setembro o povo faz a retomada da fazenda Queimada e parte da Canabrava.

Em 05 de outubro de 1993 vence o prazo estabelecido no artigo 67, ADCT, para que fossem concluídas as demarcações de terras no país.

Mais uma vez diante da inação do Estado brasileiro, em 1994, o povo Xukuru realiza outras duas retomadas (Caldeirão e Pé da Serra). Nesse contexto, a Chefe da Coordenação de Análise e Delimitação da FUNAI, Silvia Regina Brogiolo Tafuri, atendendo a pleitos enviados por produtores rurais de Pesqueira, faz um parecer que visa rever os limites do território Xukuru estabelecidos na Portaria 259/92, o que, no entanto, não prevalece.

Em janeiro de 1995, são iniciados os trabalhos para a demarcação física do território Xukuru, com a sua conclusão em agosto do mesmo ano, totalizando pouco mais de 27.555 hectares, houve a adequação do total da área em relação àquele estabelecido na Portaria. Em 14 de maio de 1995, o advogado Geraldo Rolim, da FUNAI, grande defensor dos direitos do povo Xukuru, é assassinado.

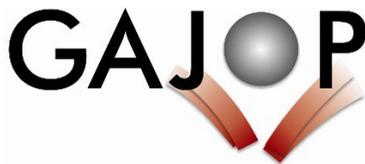
Em janeiro de 1996, entra em vigor o Decreto 1775, o qual possibilita que terceiros questionem a demarcação de terras indígenas. Até julho daquele ano, foram apresentadas 272 contestações, sendo todas indeferidas pelo Ministério da Justiça. Assim, na via judicial, diversos Mandados de Segurança foram impetrados, dentre eles, o MS 4802-DF, que visava a reabertura dos prazos para contestação no procedimento administrativo de demarcação de terra Xukuru.

É nesse contexto em que o cacique Xicão começa a denunciar as diversas ameaças e tentativas de homicídio em seu desfavor, inclusive houve uma tentativa de homicídio na frente de sua casa.

O STJ, em maio de 1997, julgou procedente o MS 4802-DF, reabrindo os prazos. Em 1997, 90% do território Xukuru ainda estava ocupado por terceiros não-indígenas dentre fazendeiros, políticos e outros. Possível notar que não houve qualquer tentativa do Estado no sentido de desintrusar ou proteger o território indígena e o povo.

Em 1997, é editado e lançado o vídeo em que o cacique Xicão faz diversas denúncias sobre ataques que vinha sofrendo, relata ainda que encaminhou tais denúncias às autoridades e que nada foi feito. O povo Xukuru realiza então mais três retomadas de áreas ancestrais: Brejinho, Sítio do Meio e Canabrava

Em março de 1998 a FUNAI local informa que não tem recurso suficiente para realizar as indenizações aos terceiro. Em 20 de maio, o cacique Xicão é assassinado. Em junho, a FUNAI local solicita recurso para FUNAI Brasília para as indenizações das



benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé, recebendo uma resposta negativa. No dia 24 de julho, a Ação de Reintegração de Posse interposta por Milton Didier em relação aos 300 hectares da Fazenda Caípe é julgada procedente na primeira instância.

Importante dizer que em 1998, com a morte de Xicão, o povo Xukuru passou por um doloroso período de luto e reestruturação sócio-política-cultural, que impactou enormemente em sua organização. Frise-se ainda que os próprios membros e lideranças do povo foram investigados pelo assassinato de Xicão, conforme será abordado em capítulo oportuno. Dona Zenilda, mãe do cacique Marcos e então esposa de Xicão, sofreu com a suspeita de ter participado da morte e foi chamada a prestar esclarecimentos. Com a perseguição, ela teve que sair da aldeia.

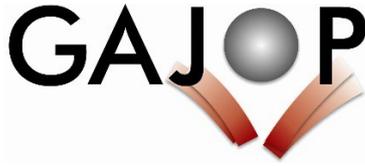
Em 1999, o povo Xukuru faz a Retomada de Sucupira e cobra da FUNAI, em Brasília, a homologação e desintrusão do território. Enquanto isso não acontece, a FUNAI e o MPF entram com recurso de apelação contra a sentença em favor de Milton Didier no TRF 5. No mesmo contexto de insegurança, forças econômicas começam a apresentar a maquete do Santuário, grande projeto turístico-religioso que se pretendia realizar dentro do território Xukuru, independente de consulta ou anuência do povo. Chico Quelé, grande liderança Xukuru, opunha-se ao projeto e revoltou-se contra a maquete.

Em 06 de janeiro de 2000, é iniciado o cacicado de Marquinhos Xukuru, já sob diversas ameaças. Em uma delas, foi deixada uma carta anônima no mesmo local onde seu pai, Xicão, havia sido morto, a qual foi entregue ao MPF. Em 26 de janeiro, o povo Xukuru realiza a retomada da Fazenda Peixe (Lagoa, Santana e São José), a qual estava sendo negociada para ser comprada pelo fazendeiro Zé de Riva.

Somente em 20 de dezembro de 2000 é iniciado novo Relatório de Levantamento Fundiário, com muita resistência dos ocupantes não indígenas. A FUNAI nesta data sequer havia iniciado os pagamentos das indenizações ou a desintrusão do território.

É dizer, o procedimento demarcatório foi iniciado em 1989, em 1995 foi feita a demarcação física do território, quando da edição do Decreto 1775/96, o procedimento administrativo estava praticamente finalizado, faltando apenas a desintrusão, mas em 1997 o território ainda estava 90% ocupado por terceiros, sendo que até o final de 2000 não houve qualquer ação para a desintrusão do mesmo. Assim, nota-se que os avanços na repovoação do território ancestral pelos Xukuru apenas ocorreu graças principalmente à organização e resistência deste e não pela ação do Estado.

Em 30 de abril de 2001, a TI Xukuru foi finalmente homologada. O povo Xukuru realiza então diversas retomadas: Fazenda São José, Fazenda Santa Rita, Fazenda Leticia. Nesse interim, em 23 de agosto, Chico Quelé é assassinado. No final do ano, o povo Xukuru retoma a área da aldeia Guarda, onde se estabeleceria o projeto do Santuário. Chega então na



região o Delegado de Polícia Federal Cotrim com o objetivo de investigar as mortes de Xicão e Chico Quelé.

Em 21 de fevereiro de 2002, é interposta Ação para Anulação do Procedimento Demarcatório. No mesmo ano, o oficial do Cartório de Registro de Imóveis que teria se negado a fazer o registro da TI Xukuru, entra com Ação de Suscitação de Dúvida, procedimento administrativo que questionava a competência da FUNAI para requerer o registro imobiliário da demarcação. Ainda no mesmo ano, no dia 25 de fevereiro, por proposta do delegado Cotrim, é realizada a exumação do corpo do cacique Xicão. Em julho, a liderança Zé de Santa é acusada da morte de Chico Quelé.

Ainda no ano de 2002, o povo Xukuru realiza em maio a retomada de seis imóveis do fazendeiro Zé de Riva; em outubro, da Fazenda São Severino; no final do ano, da Escola de Cimbres; também, das 9 fazendas São Francisco e de mais 4 fazendas. Em outubro, o povo Xukuru denunciou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) as violações que sofriam e realizou pedido de proteção ao cacique Marquinhos e a sua mãe Dona Zenilda, o qual foi concedido no dia 29 do mesmo mês.

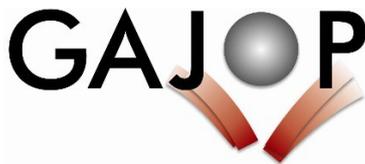
Em 07 de fevereiro de 2003, cacique Marquinhos sofre um atentado contra sua vida, que resultou na morte de outros dois jovens indígenas. Tal fato gerou a revolta do povo, e como consequência o indiciamento de cerca de 50 Xukuru pela Polícia Federal, inclusive o cacique. No mesmo contexto, a CIDH apresentou relatório para acompanhamento das ameaças contra Marquinhos. Em maio, o povo Xukuru realizou a retomada do restante de Sucupira. De outro lado, o TRF 5 confirmou a decisão de reintegração de posse em favor de Milton Didier relativa a 300 hectares da Fazenda Caípe dentro do território demarcado e homologado dos Xukuru.

Em 2004, o povo Xukuru faz mais três retomadas nos meses de março e abril.

Em 2005, após outras três retomadas realizadas pelo povo Xukuru, dentre elas, da Fazenda dos Sabinos, em 18 de novembro, é realizado o registro da TI Xukuru perante o Cartório de Registro de Imóveis.

Em 2006, são realizadas as retomadas da Fazenda Cosme e da Aldeia Santana. Em 07 de abril, foi aceita a denúncia do MPF contra 35 Xukuru, inclusive Marcos, por conta da revolta em razão do atentado sofrido por este em 2003 e que ocasionou a morte de dois jovens indígenas, processo que é desmembrado em vários outros.

Apenas em 2007, houve a conclusão do levantamento fundiário e das benfeitorias, apontando para 624 áreas ainda ocupadas por terceiros não-indígenas. Em 06 de novembro do mesmo ano, o STJ confirmou a sentença de reintegração em favor de Milton Didier. O povo Xukuru retoma então área da Aldeia Caldeirão que estava em posse de Marcos Didier.



Em 2008, o cacique Marquinhos é finalmente inserido no Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos.

Em 2009, ano em que foi julgado pelo STF o caso da Raposa Serra do Sol, o povo Xukuru fez sua última retomada, no local da Fazenda Josa. Além disso, em 19 de maio, mais de trinta Xukuru são condenados a penas entre 4 e 12 anos de prisão e a multa de 50 mil reais, em razão do fato ocorrido após o atentado e mortes em 2003. Contra tal decisão, é manejado Recurso de Apelação ao TRF 5.

Em 2010, enfim, é julgada em favor do Povo Xukuru, a ação de Anulação do Procedimento Demarcatório proposta em 2002, por Paulo Petribu e outros.

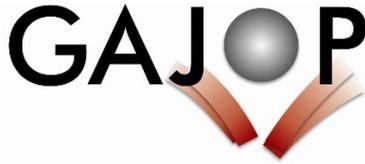
Em 2012, Zé de Santa é absolvido da acusação de mandar matar Chico Quelé.

Em 2013, o MPF pede a absolvição de Zé de Santa em caso em que era acusado de realizar tentativa de homicídio contra Zé de Riva. Nesse mesmo ano, houve o julgamento dos Embargos do caso Raposa Serra do Sol, pelo STF, que garantiu que as condicionantes do caso não eram vinculantes a outros casos de terras indígenas no país.

Em 2014, houve o trânsito em julgado da sentença em favor de Milton Didier, desde então executável de maneira definitiva a qualquer momento. Também, o TRF revisou as penas aplicadas aos trinta e cinco Xukuru, reduzindo as condenações a uma média de 4 anos e substituindo-as por alternativas a prisão, mantendo porém as penas pecuniária de 50 mil reais cada.

Em 2015, o caso Xukuru chega a esta Honorável Corte. Até o momento, o Estado brasileiro não desintrusou por completo o território Xukuru; não pagou todas as indenizações devidas; não realizou controle de convencionalidade; a sentença de reintegração em favor de Milton Didier pode ser executada por este a qualquer momento, permanece a incerteza jurídica; não protegeu o povo ou o território Xukuru; não investigou atentados e assassinatos. Frise-se que os Xukuru ainda cumprem condenações penais, incluindo o cacique Marcos por fato de 2003 contra o próprio.

Outrossim, também acompanha anexo uma linha do tempo para melhor vislumbrar o exposto acima.



III. Do Acesso à Justiça de Povos Indígenas no Sistema Brasileiro

De modo geral, os conflitos atuais, envolvendo os povos indígenas no Brasil, em grande parte judicializados, estão diretamente relacionados com os fatos ocorridos no século passado, tempo em que os indígenas enfrentaram violências física, psíquica e cultural, seguidas de um ardiloso processo de espoliação do seu patrimônio e de suas terras, promovido sob a tutela estatal.

Tutelados, os indígenas não podiam registrar seu patrimônio ou mesmo acessar o Poder Judiciário, pois não eram considerados sujeitos de direitos, situação que durou até 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. Desta forma, o patrimônio indígena foi sendo dilapidado e suas terras entregues a terceiros em processos fraudulentos.

Assim sendo, silenciosamente, os povos indígenas foram retirados de suas ricas aldeias, confinados em reservas ou obrigados a trabalhar como mão-de-obra escrava nas fazendas situadas em seus territórios tradicionais. Desta forma, povos guerreiros milenares, produtivos, foram subjugados ou simplesmente eliminados.

Para Carlos Frederico Marés, a tutela é um termo controverso, considerando que os conceitos foram mantidos como instituto do Direito de Família, desde Roma até o direito pós-moderno, como uma proteção substitutiva do pátrio poder¹.

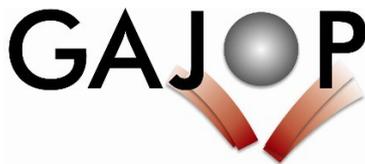
Nesta esteira, a Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), elaborada no período da ditadura militar, não compreendeu a extensão de uma tutela de direito público e confundiu conceitos, determinando a aplicação, no que competir, dos princípios de direito comum. Com o desenvolvimento do direito público e da teoria da responsabilidade objetiva, torna-se imperioso a atualização da normativa, substituindo a tutela orfanológica pela tutela pública, cuja resistência persiste nos órgãos do Estado brasileiro.

O renomado jurista vai além ao consignar que “*o Estado é um péssimo tutor*”², e que a Lei 6.001/73, em vez de levar à evolução do instituto, retroagiu em relação à legislação anterior, o Decreto 5.484/28.

Por sua vez, a Constituição de 1988 não recepcionou a tutela indígena nos termos da Lei 6.001/73, e reconheceu os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo, inclusive contra os órgãos ou Poderes Públicos. Isso significa dizer que nos casos em que os interesses dos indígenas conflitam com determinadas políticas governamentais, como, por exemplo, a construção de uma hidrelétrica ou uma

¹Carlos Frederico Marés de Souza Filho. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Editora Juruá, 2010.

²Carlos Frederico Marés de Souza Filho. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, supra.



estrada em terras indígenas, os povos e seus membros poderão acessar o Poder Judiciário, o que não era possível antes da Constituição de 1988.

A Constituição Brasileira de 1988 revolucionou os direitos dos povos indígenas ao reconhecer sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. O texto constitucional criou um arcabouço jurídico amplo e consistente, reconhecendo aos indígenas a mesma capacidade dos demais cidadãos brasileiros para exercer as atividades da vida civil.

No ordenamento jurídico atual, indiscutivelmente, os povos indígenas são sujeitos coletiva e individualmente de direitos, através do reconhecimento de suas organizações sociais, deixando para trás a discriminatória tutela e permitindo, assim, o acesso à Justiça, sem, por isso, deixarem de ser indígenas³.

Embora os direitos indígenas tenham alcançado dimensão extraordinária, contemplando suas especificidades, o Estado Brasileiro, em especial o poder judiciário, não assimilou as inovações trazidas pelo Constituinte originário e tem negado, sistematicamente, a participação indígena como parte nos processos em que se discute seus direitos e interesses.

Os argumentos para negar o acesso à Justiça são os mais diversos. Nos processos criminais, por exemplo, se revelam quando lhes são negados direitos de falar na própria língua, sobretudo nos interrogatórios, ou mesmo de terem o processo, mesmo a denúncia, traduzidos; ou de cumprir pena em regime diferenciado, em estabelecimento da FUNAI. O argumento principal é que possuem documentos e portanto são considerados integrados. Aliás, este fato é também apontado na perícia do Professor Christian Teófilo.

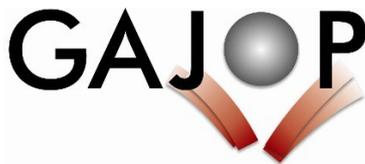
Já nos processos em que se discute direitos relacionados à terra, o principal argumento para negar direitos aos indígenas, é de que a FUNAI atua na representação da comunidade indígena. É o caso de processos julgados no STF em que se discutiu a demarcação das terras do povo Terena e do povo Guarani Kaiowa, ambas no Mato Grosso do Sul. Nesses dois processos, as comunidades indígenas apresentaram pedidos para fazer parte da disputa e tiveram seus pleitos negados.

Vejamos o argumento do Ministro Relator no processo que anulou a demarcação da TI do povo Terena (anexo 1):

1. Trata-se de petição (fls. 3.157Q3.163) protocolada pela Comunidade Terena, representada pelos seus caciques, em que se alega a nulidade do processo, tendo em vista não terem sido citados para integrar o polo passivo da lide. (...)

(...)

³Carlos Frederico Marés de Souza Filho. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, supra, p. 107.



2. Diversos são as razões hábeis a fundamentar o indeferimento do pedido. Em primeiro lugar, a Comunidade Terena não goza da qualidade de parte no presente processo, uma vez que, em momento algum, requereu seu ingresso na lide, não tendo, portanto, legitimidade para pleitear o reconhecimento de nulidade no processo.

(...)

Registre-se que a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001Q73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal. É de salientar que ambos os órgãos interpuseram recursos em favor da Comunidade Terena.

3. Diante do exposto, indefiro o pedido⁴.

No mesmo sentido foi a posição do Ministro Gilmar Mendes no processo que resultou na anulação da demarcação administrativa da TI Guyaroká, do povo Guarani Kaiowá. Vejamos parte da decisão que negou o pedido de ingresso da Comunidade indígena na disputa (anexo 2):

(...)

Em relação à representação da Comunidade indígena Guyaroká, ressalto que a FUNAI é órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos índios e de seus bens, ao qual cabem todos os estudos e levantamentos que precedem a demarcação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, bem como da Lei 5371, de 5.12.1967.

(...)

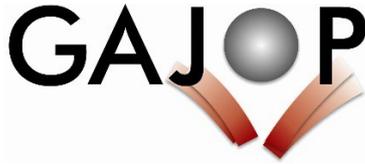
Afasto, portanto, o argumento da Comunidade indígena Guyaroká a indicar que sua não participação teria impedido sua defesa, especialmente em relação à demonstração do período de ocupação das terras em questão.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração⁵.

Conforme se observa, o acesso à Justiça dos povos indígenas vem sendo negado constantemente pelo Estado brasileiro e, apesar do avançado ordenamento jurídico atual, são utilizados conceitos e justificativas ultrapassadas, como se vê nas recentes decisões da Segundo Turma da mais alta Corte do Brasil.

⁴Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Agravo nº. 803.462/MS, 2ª Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, julgamento em 24 de abril 2015.

⁵Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 29.087/DF, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 de outubro de 2015.



IV. Das Exceções Preliminares

Os representantes das vítimas compartilham os argumentos escritos e orais da Comissão a respeito das exceções preliminares alegadas pelo Estado brasileiro na audiência de 21 de março de 2017. Adiante oferecemos considerações que reforçam as razões pelas quais tais alegações não prosperam.

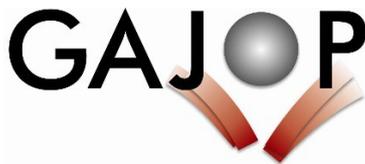
Com relação à questão de *ratione temporis*, a Corte se encontra plenamente habilitada para julgar todas as alegações de mérito desse caso. O entendimento pacífico da Corte reconhece sua jurisdição temporal como legítima com relação a fatos ocorridos ou continuados após a aceitação estatal de sua competência, mesmo quando um estado, como fez o Brasil, declarou essa aceitação aplicável “para fatos posteriores”, conforme Artigo 62 da CADH.

Esse entendimento foi confirmado pela Corte inclusive em um caso sobre o Brasil, *Gomes Lund et al.* (“*Guerrilha do Araguaia*”). Em *Gomes Lund*, a Corte chegou ao mérito com respeito a desaparecimentos forçados que continuaram (ou seja, não haviam cessado) após a aceitação brasileira da competência da Corte (10 de dezembro de 1998), mesmo esses fatos tendo iniciados anos antes, inclusive anteriormente à ratificação estatal da Convenção em 1992⁶. No mesmo caso, a Corte também seguiu seu entendimento pacífico ao afirmar sua competência sobre atos e omissões ocorridas após a data de reconhecimento estatal de competência sobre questões como falta de acesso à justiça e sofrimento das vítimas, mesmo quando estes tinham origem em fatos fora da jurisdição temporal (exemplo: execução extrajudicial anterior a 1998), ou processos que haviam iniciados antes da data de competência. A Corte afirmou que:

pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares.⁷

⁶No caso *Gomes Lund*, o próprio Estado brasileiro “reconheceu a jurisprudência da Corte, no sentido de que pode conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal, desde que se estendam além desse reconhecimento”. *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 16-18.

⁷*Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 18.



A sentença *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* esclarece ainda que a competência da Corte sobre fatos continuados após a declaração estatal de aceitação contemplada no Artigo 62 da Convenção só pode se tornar questionável quando tal declaração continha uma vedação expressa sobre fatos iniciados antes da mesma⁸. E mesmo no caso *Hermanas Serrano Cruz*, a Corte destacou que poderia julgar atos e omissões os quais o início de sua execução eram posteriores à data de reconhecimento estatal de competência, como falhas em procedimentos oficiais ocorridas após a referida data, mesmo que estes estejam localizados dentro de processos instaurados anteriormente à data referida. Por exemplo:

La Corte considera que todos aquellos hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador referentes a las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, no están excluidos por la limitación realizada por el Estado, puesto que se trata de actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal.⁹

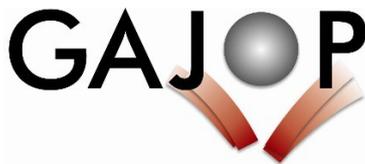
Diferente do caso de El Salvador, a declaração de aceitação de competência depositada pelo Estado brasileiro não especificou nada sobre fatos iniciados anteriormente que continuaram após (ou seja, não cessaram antes) da data da mencionada declaração¹⁰.

Portanto, no presente caso, as reclamações do Estado — de que certos fatos (por exemplo, o processo demarcatório e a Ação de Reintegração de Posse, proposta por Milton Didier e outros) foram instaurados antes de sua declaração de aceitação de competência em 1998 (ou de sua ratificação da Convenção em 1992) — não encontram respaldo na jurisprudência interamericana. Conforme se afirma e se expõe, os autos do presente caso contém numerosos fatos posteriores à data de aceitação de competência que independentemente sustentam as denúncias de violações de direitos convencionais apresentadas pelos petionários e pela Comissão.

⁸Em resposta à exceção preliminar formulada por El Salvador sobre jurisdição temporal em um caso envolvendo desaparecimentos forçados, a Corte observou que a declaração de aceitação estatal de competência havia sido restrita, *inter alia*, a fatos “cujo princípio de execução sejam posteriores à data do depósito” da declaração. Com base nisso, a Corte determinou que não tinha competência para julgar os desaparecimentos forçados que haviam iniciados antes da referida data. *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2004, par. 79.

⁹*Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2004, par. 84.

¹⁰Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2017.



Com respeito à questão de esgotamento de recursos internos, a decisão de admissibilidade da Comissão já tratou do tema de forma adequada. Ademais, as alegações do Estado carecem de legitimidade processual e fundamento jurídico. Processualmente, as alegações estatais são extemporâneas, pois não correspondem aos argumentos levantados pelo Estado na fase de admissibilidade. Conforme apontado pela Comissão, a jurisprudência interamericana exige a desconsideração de alegações estatais sobre esgotamento de recursos internos que forem formuladas após a decisão de admissibilidade¹¹. Com relação à carência de fundamento jurídico das reclamações estatais, compartilhamos os argumentos da Comissão.

Reforçamos ainda que o argumento do Estado esbarra nas numerosas formas em que ele não garantiu — e ainda não garante — o acesso pleno e efetivo à justiça ao Povo Xukuru, bem como aos demais povos indígenas no Brasil. A menção tardia pelo Estado de recursos judiciais hipotéticos que o Povo Xukuru supostamente poderia ter tentado utilizar para buscar a agilizar ou pressionar pela demarcação, desintrusão completa e garantia do uso e gozo pacífico de seu território tradicional não merecem guarida e só atraem mais atenção às deficiências estatais.

Primeiro, todos os bens jurídicos que o Estado hoje diz que o Povo Xukuru poderia ter tentado pleitear mais na justiça brasileira já se encontravam ou ainda se encontram relacionados a procedimentos oficiais administrativos e/ou judiciais sobre os quais a responsabilidade estatal de efetividade e celeridade já existia. É absurdo o Estado insistir que vítimas de violações tem um ônus extra de entrarem na justiça com ações paralelas para tentar fazer andar corretamente procedimentos estatais que o Estado já estava obrigado a concluir com eficácia e dentro de um prazo razoável. A morosidade ilegítima e ineficaz dos procedimentos em questão no caso Xukuru é razão para condenar o Estado, não para impor novo requisito às vítimas.

Ademais, é injustificável o Estado querer colocar esse ônus extra em cima de povos indígenas quando o Estado não garante, de forma consistente e assegurada, o reconhecimento efetivo da personalidade jurídica coletiva desses povos em procedimentos oficiais que podem afetar seus interesses legais. Por exemplo, na ação judicial interna de não indígenas sobre o território Xukuru (Ação Ordinária, movida por Paulo Petribu e outros, que será detalhada mais adiante), embora a FUNAI tenha pedido a inclusão do Povo Xukuru com poder de manifestação diretamente no processo, a sentença de primeira instância sequer se manifestou a esse respeito, que permanece até hoje esquecido nos autos. Destaque-se ainda que o STF não tem se demonstrado sensível aos danos causados aos povos indígenas por esse tipo de negação de reconhecimento efetivo de sua personalidade jurídica em processos que afetam seus interesses, conforme explicado na argumentação de mérito dessa petição (ver tópico abaixo).

¹¹Povos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano e seus membros v. Panamá, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, par. 21.



Mesmo quando povos indígenas foram representados em procedimentos oficiais internos, o histórico brasileiro é repleto de exemplos de ineficácia judicial quanto à concretização dos direitos de povos indígenas. Por exemplo, na Ação de Reintegração de Posse, proposta por Milton Didier e outros, o Judiciário simplesmente ignorou os direitos convencionais do Povo Xukuru, não exercendo o controle de convencionalidade *ex officio* no âmbito do processo, conforme detalharemos mais abaixo.

Conforme se verá, esse não é um problema somente das primeiras instâncias, pois o próprio STF não tem exercido o devido controle de convencionalidade ao ter em diversas ocasiões acatado teses jurídicas inconventionais em detrimento severo de povos indígenas (por exemplo, marco temporal no caso *Raposa Serra do Sol* e anulação desproporcional do processo demarcatório no caso *Limão Verde*, ambas decisões do STF).

É impressionante que mesmo que a decisão de admissibilidade da Comissão tenha se baseado na demora injustificada dos recursos internos no Brasil, os elementos que acabamos de apontar implicam todas as exceções ao dever de esgotamento: inexistência, ineficácia e demora injustificada de recursos internos (Art. 46(2) da CADH). Em suma, os argumentos do Estado sobre recursos internos são falhos por numerosas razões que inclusive se demonstram relevantes ao mérito do caso, local próprio para o resto do análise sobre a falta de acesso efetivo à justiça relativo ao presente caso.



V. Da Violação, pelo Estado Brasileiro, ao Direito à Propriedade do Povo Indígena Xukuru (art. 21, da CADH)

Já é pacífica a compreensão, no âmbito da jurisprudência interamericana, sobre a proteção conferida pelo artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos à propriedade coletiva indígena. A Corte tem sucessivamente afirmado esta interpretação ao longo de seus julgados, desde 2001, quando emitiu a primeira decisão envolvendo direitos territoriais indígenas, no caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*.

Ao contrário do direito privado à propriedade, o direito coletivo indígena traz consigo uma dimensão mais ampla: a de identidade cultural. A relação que populações indígenas possuem com seu território é muito mais ampla e complexa do que a relação que particulares mantêm com o mesmo, a qual se baseia principalmente em uma perspectiva mercantil: a terra como um bem econômico. Populações indígenas, de outra banda, têm o território como um espaço para o exercício do seu modo de vida tradicional, saberes e expressões culturais únicos. O território dá a sustentação à organização social do povo e à produção simbólica da sociedade indígena.

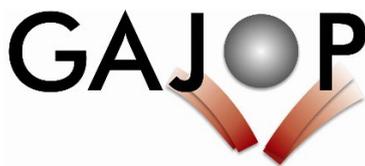
Com efeito, a Corte já reconheceu esta dimensão mais ampla na qual o território indígena está inserido e que merece proteção jurídica tanto quanto a propriedade privada, mas de modo distinto, de acordo com os usos e tradições do povo:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural, por lo que la protección y garantía del derecho al uso y goce de su territorio, es necesaria para garantizar no sólo la supervivencia sino el desarrollo y evolución como pueblo de estas comunidades¹².

O alcance do direito territorial indígena é tanto, no âmbito da jurisprudência interamericana, que a Corte já declarou que 1) a posse tradicional indígena sobre seus territórios tem valor jurídico equivalente ao título domínial concedido pelo Estado; 2) a perda ou saída do território, por parte dos povos indígenas, por razões alheias à sua vontade, não enseja a perda do direito à propriedade de suas terras, ainda que ausente o título legal, a menos que as mesmas tenham sido transferidas a terceiros de boa-fé; 3) a perda involuntária dos povos indígenas sobre sua terra e a conseqüente transferência legítima a terceiros inocentes gera o direito de recuperá-las ou obter outras terras de equivalente extensão e qualidade¹³. Percebe-se, portanto, que o direito à propriedade indígena vale apesar da

¹²Cf. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*. Fundo, Reparaciones y Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015, Serie C, nº. 309, par. 130; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena de Yakye Axa Vs. Paraguay*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005, Série C, nº. 125, paras. 124, 135 e 13; e Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus Membros Vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 08 de Outubro de 2015, Serie C, nº. 304, para. 166.

¹³Cf: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname*, supra, par. 131; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de março de 2006, Serie C, nº. 146, par. 128; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas.



inexistência de um reconhecimento por parte do Estado, bem como persiste ainda que exista um título de propriedade particular sobre a área indígena, obtido legitimamente e de boa-fé.

Vale ressaltar, que a Constituição Brasileira traz no capítulo sobre os Índios (artigos 231 e 232) uma normativa bastante afinada com a interpretação interamericana sobre o direito de propriedade coletiva de povos indígenas. Em virtude de a Corte Interamericana não poder limitar direitos já consagrados no ordenamento jurídico interno, consoante art. 29(b), da CADH, é que esta pequena digressão se faz necessária.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil reconhece aos indígenas a posse permanente sobre suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos lá existentes (art. 231, §2º), atribuindo à União o dever de demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, *caput*). A Constituição utiliza, inclusive, a expressão “direitos originários” para se referir aos direitos indígenas sobre o território, o que remete ao caráter imemorial deste direito, que precede qualquer reivindicação privada sobre determinada terra. Por conta disso, o processo de demarcação, que é o instrumento pelo qual o Estado reconhece a TI, identificando e sinalizando os seus limites, é ato meramente declaratório deste direito imemorial.

Além disso, a Constituição Brasileira dispõe, em seu §6º, art. 231, sobre a nulidade dos títulos jurídicos incidentes sobre terras indígenas, subsistindo a obrigação da União de indenizar as benfeitorias decorrentes das ocupações de boa-fé.

O Estado Brasileiro em sua argumentação perante a Comissão e a Corte Interamericana, no presente caso, não questiona o direito do povo Xukuru ao seu território, mas sustenta que: 1) não houve demora absurda na demarcação da terra; e 2) a convivência entre indígenas e não-indígenas no território se dá de modo pacífico e harmônico. Entretanto, os representantes das vítimas re-afirmam que não prestam consentimento à continuada ocupação de território indígena por pessoas não indígenas. Também demonstram que o direito à propriedade do povo indígena Xukuru foi e segue sendo violado por parte do Estado Brasileiro, que ainda não finalizou o processo de demarcação e submete os indígenas Xukuru a esta espera e à insegurança jurídica absurdas.

a) Da Demora na Finalização do Processo de Demarcação da Terra Indígena Xukuru

Inicialmente, é preciso frisar que o processo de demarcação da TI Xukuru ainda não foi finalizado, pois há que se considerar que o povo indígena Xukuru espera há 27 anos para ter o gozo pacífico e exclusivo do seu território.

Como será demonstrado, a evolução no processo de demarcação se deve às retomadas levadas a cabo pelo povo Xukuru, que levavam o Estado a regularizar a situação fundiária da área ocupada. A iniciativa do povo em fazer avançar o processo de demarcação colocou suas lideranças e o seu território em situação de vulnerabilidade, sem que o Estado agisse para protegê-los. Não por acaso, ao longo desta história de luta pela terra, duas lideranças (Cacique Xikão, em 1998, e Chico Quelé, em 2001), um advogado vinculado à causa Xukuru (Geraldo Rolim, em 1995) e o filho do pajé (José Bispo, em 1992) foram assassinados, além das diversas ameaças de morte ao Cacique Marcos, filho e sucessor do Cacique Xikão e outras perseguições.

O processo de demarcação inicia-se em 1989, a partir de uma provocação do MPF feita à FUNAI. A homologação se deu apenas doze anos depois, em 2001 e o registro da TI demorou outros quatro anos, sendo realizada em 2005. Em 2004, data do relatório do

Sentença de 24 de agosto de 2010, Serie C, nº. 214, par.



CDDPH, aos Xukuru ainda não tinha sido garantido nem um terço das terras de ocupação tradicional¹⁴.

Os pagamentos das benfeitorias decorrentes das ocupações de boa-fé, o que garante a desintração do território, se iniciou somente no ano de 2001 e se estendeu até 2007, tendo reiniciado em 2011, encontrando-se atualmente paralisado. Outros hiatos no processo de demarcação dizem respeito também ao período entre 1997 e 2001, em que não houve qualquer ato praticado; e de 2001 a 2005, em que, por conta de uma ação judicial injustificadamente demorada, cuja análise se levará a cabo mais adiante, esteve pendente o registro formal do território no cartório.

Além disso, é possível perceber uma coincidência entre os momentos cruciais de avanço do processo de demarcação e os momentos mais agudos de violência sofridos pela comunidade. O exemplo mais emblemático diz respeito ao assassinato do cacique Xicão. O relatório do CDDPH diz:

Em fevereiro de 1991, os Xukuru ocuparam em caráter definitivo a área da Pedra D'Água, com 110 ha, que estava sob domínio do Ministério da Agricultura. Em 1992, os Xukuru retomaram a Fazenda Caípe e em março de 1998, dois meses antes do assassinato do cacique Chicão, ocuparam a Fazenda Tionante. Os Xukuru consideram a hipótese do assassinato de seu líder ter sido 'encomendado' por fazendeiros da região enquanto medida 'preventiva', pois a Fazenda Tionante, juntamente com outras situadas em pontos limítrofes às áreas hoje ocupadas efetivamente pelos índios, constituíam alvos privilegiados de possíveis novas ações de retomada pelo grupo¹⁵.

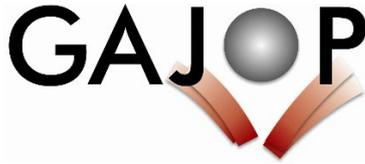
Os ataques perpetrados contra a comunidade por proprietários que disputavam com os indígenas a TI eram sempre direcionados a lideranças e a figuras relevantes dentro da organização sociocultural do Povo. Assim, a não garantia do direito à propriedade colocava sérios riscos à própria sobrevivência do povo. Sem contar com a proteção territorial do Estado, o povo ficava exposto aos ataques externos que lhe desestabilizava. Não por acaso, quando o cacique Xicão foi morto, a comunidade levou quase dois anos para conseguir se reorganizar com um sucessor.

O desrespeito ao direito de propriedade dos Xukuru era tanto que a negociação sobre seu território, por parte dos fazendeiros, seguia acontecendo impunemente, sem que o Estado fizesse nada para impedir, apesar da continuidade do processo de demarcação:

A medida de ocupar algumas áreas prioritárias, como aquela conhecida como da Fábrica Peixe (Fazenda Pitanga) que os Xukuru retomaram no início de 2000, estava relacionada ao fato de os fazendeiros continuarem negociando essas terras com a aprovação do cartório de registro de imóveis de Pesqueira que ignora o fato de

¹⁴Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Os Xukuru e a Violência*, 16 de março de 2004.

¹⁵Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Os Xukuru e a Violência*, supra, p. 8-9.



incidirem em terras indígenas¹⁶.

Vale ressaltar que se trata do mesmo cartório em que trabalha o Oficial de Registro que ingressou com a Ação de Suscitação de Dúvida que atrasou o registro da TI em quatro anos.

b) Das Ameaças Atuais ao Direito de Propriedade Coletiva do Povo Indígena Xukuru

A situação atual da TI Xukuru provoca no povo uma situação de instabilidade e insegurança. Isto por três razões: 1) seis ocupantes não indígenas, detentores de sete ocupações, seguem vivendo no território sem o consentimento do povo; 2) há outros 45 ocupantes, que não se encontram mais na terra, mas que ainda não receberam as indenizações a que fazem jus, por parte da União¹⁷; e, 3) não há julgamento em definitivo da ação sobre o processo demarcatório movida por Paulo Petribu, enquanto a ação possessória movida por Milton Didier transitou em julgado, com decisão desfavorável ao povo Xukuru – área de 300 hectares -, sendo passível de ser executada.

Procedamos à análise detalhada de cada um destes aspectos.

De acordo com a perícia da Relatora da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, só se poderia falar em convivência harmônica entre indígenas e não indígenas, no território Xukuru, se houvesse o consentimento, por parte dos integrantes do povo indígena. Em suas palavras:

A coexistência harmoniosa é naturalmente desejável, mas esta não é uma questão relevante, pelo menos de início. **A questão é se os povos indígenas afetados concordam com a contínua ocupação de suas terras por terceiros. Se não concordam, pode-se considerar que isso afeta negativamente seus direitos de propriedade e, provavelmente, outros direitos** pelos motivos discutidos acima. Os povos indígenas têm o direito de possuir, controlar, gerir, usar e desfrutar o território tradicional sem interferência externa. O termo "interferência externa" implica que é indesejada ou imposta, e isto, em grande parte, depende de se os indígenas afetados concordam ou não. Se as relações posteriores não forem 'harmoniosas', então o seu consentimento pode ser revogado da mesma forma que qualquer outro proprietário pode convidar ou desconvidar pessoas ou conceder e revogar a permissão para inquilinos ou outros [grifo nosso]¹⁸.

No mesmo sentido, tem sido a interpretação da Corte Interamericana acerca do alcance do direito de propriedade coletiva. Senão vejamos:

¹⁶Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Os Xukuru e a Violência*, supra, p. 9.

¹⁷Ver Informação Técnica nº 155/2016/CGAF/DPT – Funai, de 06 de setembro de 2016, enviada à Corte Interamericana como anexo da comunicação de 02 de março de 2017, do Estado Brasileiro, em que este presta esclarecimentos sobre a situação jurídica da TI Xukuru.

¹⁸Declaração apresentada por Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 17 de março de 2017 (versão traduzida para o português), p. 18.



En el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam se estableció que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros¹⁹.

Desta forma, é indiferente que a área ocupada pelos seis ocupantes não equivalha a uma parte considerável do território, pois a presença desses ocupantes na terra indígena se dá em contra a vontade dos Xukuru, legítimos titulares da posse da **totalidade** do território. Qualquer tipo de presença externa impacta no poder dos indígenas de controlar efetivamente o seu território, o que gera a violação ao direito à propriedade, previsto no art. 21, da CADH. Nesse sentido, o perito indicado pelo Estado, o Professor Christian Teófilo da Silva concluiu:

[...] o usufruto exclusivo somente será atingido com o controle total do território por parte do Povo Indígena Xucuru (sic) advindo do extrusamento integral dos ocupantes não-indígenas já registrados. Somente após o cumprimento desta etapa, os Xucuru alcançarão o usufruto exclusivo às terras que tradicionalmente ocupam²⁰.

Com efeito, o histórico sangrento da luta pela terra levou a que a comunidade optasse por uma espera pacífica pela completa regularização fundiária do território, a ser realizada pelo Estado.

O Estado não pode sustentar que haja uma coexistência pacífica para eximir-se de sua responsabilidade de concluir o processo demarcatório. Isto porque, em primeiro lugar, a alegação de coexistência pacífica cai por terra, considerando, sobretudo, o histórico de assassinatos, e ameaças contra o povo indígena levada a cabo pelos ocupantes não-indígenas que lá permaneciam; e, em segundo lugar, porque a estrutura normativa do processo de demarcação contempla a obrigação de desintrusão do território, sem que se deva perquirir sobre se a convivência entre indígenas e não-indígenas se dá de modo pacífico em determinado território, ou se há consentimento do povo indígena, sobretudo quando este não é expresso ou não se conforma com o que o povo reivindica; trata-se de uma obrigação e ponto.

O Decreto 1775/96, que regulamenta o processo de demarcação, trata da obrigação de desintrusão em seu art. 4º, que dispõe, *in verbis*: “Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente”. Especificamente, a desintrusão é regulada pela Instrução Normativa nº. 02/12, da FUNAI. Em nenhum destes instrumentos a extrusão é condicionada ao tamanho da terra ocupada pelos não-índios, ou à ausência de consentimento do povo indígena ou à

¹⁹Cf: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, supra, par. 132; Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007, Serie C, nº. 172.

²⁰Declaração Pericial do Prof. Dr. Cristhian Teófilo da Silva, p. 28.



constatação de tensão entre os ocupantes não-indígenas e o povo indígena. A mera presença de pessoas estranhas ao povo indígena ocupando a sua terra é suficiente para gerar ao Estado a obrigação de retirada desses indivíduos, justamente porque se compreende que a presença de outras pessoas interfere no gozo do direito territorial.

Além disso, ao contrário do testemunhado pelo funcionário da FUNAI, José Sergio de Souza, em audiência do *Caso do Povo Xucuru e seus Membros Vs. Brasil*, na cidade da Guatemala, Guatemala, em 21 de março de 2017, indígenas e não indígenas não frequentam o mesmo Posto de Saúde, nem a mesma escola, fato confirmado pelo cacique Marcos durante a audiência.

Assim, Excelências, é forçoso concluir que a suposta coexistência pacífica não pode ser utilizada como argumento para que o Estado exima-se do seu dever de realizar a plena desintrusão da TI, concluindo de uma vez por todas o processo de demarcação da mesma. Além disso, ainda que relações harmoniosas entre ocupantes indígenas e não-indígena possam servir como uma defesa para a violação contínua do direito à propriedade do povo indígena Xukuru por parte do Estado, não há qualquer elemento de prova, principalmente se levada em conta a completa ausência de consentimento do povo Xukuru para a presença estranha no território e expressa discordância deste relatada inclusive pelo cacique Marcos em Audiência perante esta Honorable Corte.

O segundo aspecto a ser analisado dentro deste cenário de grande instabilidade e insegurança jurídica do povo Xukuru em relação ao seu território diz respeito à persistência de 45 ocupantes, referentes a 61 áreas ocupadas, que já saíram da TI, porém não receberam suas respectivas indenizações.

É importante ressaltar que, de acordo com o técnico da FUNAI, José Sergio de Souza, em depoimento na audiência de 21 de março, no curso do processo demarcatório, o pagamento das benfeitorias de boa-fé foi iniciado em 2001 e seguiu até 2005. Em 2007, foi atualizado o levantamento fundiário, para que, apenas quatro anos depois, em 2011, os pagamentos fossem retomados. Isto significa, que o Estado já tarda 16 anos para realizar os pagamentos das benfeitorias de boa-fé. Não se pode considerar este tempo razoável.

E por que é importante para a garantia dos direitos territoriais indígenas o pagamento das indenizações aos terceiros de boa-fé ocupantes daquela TI? Ora, a Constituição da República garante a indenização dos ocupantes quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. No conflito entre direitos, a Constituição garante a prevalência do direito indígena ao território tradicional, vez que se trata de direito originário, ao mesmo tempo em que reconhece aos ocupantes não-indígenas de boa-fé, o devido pagamento de indenização. A quitação com o pagamento da compensação ao ocupante de boa-fé põe fim à relação jurídica conflituosa e resolve a disputa, garantindo estabilidade ao território indígena. Enquanto este pagamento não acontece, a demarcação pode ser questionada judicialmente, tendo em vista a existência de conflito entre os povos indígenas e eventuais posseiros.

Assim, ao postergar o pagamento das benfeitorias de boa-fé, o Estado está contribuindo para acirrar as tensões entre indígenas e não-indígenas e, conseqüentemente,



para a insegurança jurídica e instabilidade da situação legal do território indígena, causando um enorme e contínuo sofrimento ao povo Xukuru.

Percebe-se, portanto, que enquanto não for resolvida a situação dos 45 ocupantes de boa-fé, que não mais habitam a TI, mas permanecem com a possibilidade de reivindicar direitos relativos a ela, a situação do povo indígena Xukuru não estará segura e o gozo do seu direito ao território não será pacífico.

Por fim, passemos à análise das duas ações judiciais: uma Ação Ordinária (nº. 0002246-51.2002.4.05.8300), proposta por Paulo Petribu e outros, em fevereiro de 2002, requerendo a anulação do processo administrativo de demarcação em relação aos seus imóveis; e a Ação de Reintegração de Posse (nº. 0002697-28.1992.4.05.8300), movida por Milton R. Didier e outro, em 11 de março de 1992, que pretendia a recuperação da posse da Fazenda Caípe, ocupada pelos indígenas. A primeira segue sem resolução definitiva, enquanto a segunda transitou em julgado em 2014 e pode ser executada, consistindo em mais um elemento a ameaçar o direito de propriedade do povo indígena Xukuru. Além disso, as duas ações judiciais são emblemáticas da não realização do controle de convencionalidade²¹, por parte dos Tribunais brasileiros. Vejamos.

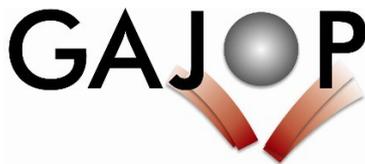
Inicialmente, em relação à Ação Ordinária nº. 0002246-51.2002.4.05.8300, cujos autores são Paulo Petribu e outros, tem-se que esta ainda não transitou em julgado, ou seja, não foi decidida em definitivo, apesar de ter sido proposta há quinze anos. O processo encontra-se no STJ para julgamento de um Recurso Especial proposto pela FUNAI e está já há sete meses concluso para decisão do Relator. Vale ressaltar que o recurso chegou ao STJ em 25 de novembro de 2014, isto é, tramita naquele Tribunal superior há mais ou menos dois anos e cinco meses.

Na decisão de segunda instância, a desembargadora relatora reconheceu que o processo demarcatório teve falhas que deveriam ensejar a sua anulação, mas em virtude dos danos que uma decisão desta natureza causaria, é que ela decidiu pela conversão em perdas e danos. Ou seja, o direito de propriedade de Paulo Petribu e outros foi reconhecido e o processo de demarcação teve suas falhas declaradas pelo Poder Judiciário, mas não foi anulado graças a um exame de proporcionalidade levado a cabo pelos desembargadores. Não fosse pela sensibilidade dos magistrados que julgaram a causa, o povo indígena poderia ter sofrido um sério revés. E isto se torna claro quando analisamos a Ação de Reintegração de Posse proposta por Milton Didier, que será detalhada mais adiante.

No STJ, por sua vez, o Recurso da FUNAI pede a confirmação da legitimidade do processo de demarcação levado a cabo pela autarquia, não tendo a mesma que arcar com o pagamento de indenização pelas terras nuas, mais benfeitorias de boa-fé, além de acréscimos de correção monetária e juros remuneratórios ou compensatórios. Como se vê, portanto, o mérito do processo administrativo de demarcação segue em discussão.

A União protocolou uma petição nos autos do Recurso Especial, requerendo a nulidade do processo desde a interposição das Apelações, em virtude de não ter sido intimada

²¹Este tópico será desenvolvido posteriormente em tópico apartado.



sobre os atos processuais praticados após a sentença, em que pese sua inclusão no polo passivo da demanda tenha sido requerida pela FUNAI e os particulares, o que foi deferido pelo TRF 5. Assim, há chances de que o processo, que já dura quinze anos, tenha que retroceder à fase da prolação da sentença, expondo o direito à propriedade do povo Xukuru a risco adicional.

Quanto à Ação de Reintegração de Posse, movida por Milton Barros Didier e outros, a situação é ainda mais dramática. Ocorre que a ação obteve uma sentença favorável ao autor, que foi confirmada pelo TRF 5 e pelo STJ. Ou seja, a decisão que ordena a reintegração de posse da Fazenda Caípe – um imóvel de 300 hectares. Nas palavras do Desembargador Élio Siqueira, relator da apelação no TRF 5:

Assim, caso, no caso concreto, os postulantes se conformarem com a demarcação das terras, optando por buscar a mera indenização por perdas e danos, terão a prerrogativa de se abster de promover a execução do título judicial objeto dos recursos, já que a execução como processo autônomo que é, reclama a iniciativa da parte a quem aproveitar²².

Portanto, os autores da ação mencionada têm a faculdade de requerer, perante o Judiciário, a execução do título judicial decorrente da sentença transitada em julgado. Atualmente, a FUNAI está tentando a desconstituição desta sentença, por intermédio de uma Ação Rescisória, ajuizada em 10 de março 2016 e que se encontra ainda em fase de citação. Isto significa que não tão cedo haverá uma resposta definitiva para esta disputa judicial, que envolve afeta o território Xukuru e seu usufruto pelo povo.

Além disso, um dos principais aspectos do processamento de tal ação questionados pela FUNAI e pela comunidade indígena diz respeito ao fato de a decisão em primeira instância ter se dado sem que fosse garantida à autarquia federal a produção de prova testemunhal, pericial e de natureza antropológica. O rechaço ao requerimento de produção probatória – o qual foi respaldado pelo TRF 5 e pelo STJ – se deu por força da tese do marco temporal referindo-se à Constituição Brasileira de 1934.

Segundo todos os julgadores que tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o mérito da Ação de Reintegração de Posse, proposta por Milton Didier – tendo em vista que nos órgãos colegiados os julgamentos foram todos à unanimidade –, o povo indígena Xukuru teria perdido o direito de reivindicar a posse de seu território porque os antepassados de Milton Barros Didier detinham título dominial sobre a Fazenda Caípe desde 1885, isto é, antes de 1934, data da primeira Carta Política brasileira a prever a proteção de terras indígenas. Segundo esta tese, os direitos territoriais indígenas apenas adquiriram proteção legal a partir de 1934, de modo que terras já adquiridas nesta época não poderiam ser reivindicadas pelos povos indígenas, pois do contrário “todas as terras brasileiras findariam

²²Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Civil nº. 178199/PE, Voto do Relator Élio Siqueira. Julgamento em 24 de Abril de 2003.



em poder dos índios”²³.

Trata-se de interpretação que vai totalmente de encontro ao texto constitucional que denomina os direitos territoriais indígenas de direitos originários, cuja existência antecede qualquer outro título de propriedade, ainda que garantida indenização às benfeitorias decorrentes de posterior ocupação de boa-fé. A limitação do direito originário ao território tradicional à data em que tal direito foi pela primeira vez reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro atenta contra a própria natureza do direito originário.

Tal interpretação é absolutamente contrária à jurisprudência interamericana, que confere à relação única que os povos indígenas têm com seu território a fonte do direito de propriedade coletiva sobre o mesmo²⁴. Não por acaso, a jurisprudência da Corte Interamericana consolidou o entendimento que:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígena²⁵.

Assim, a não resolução destas duas ações, propostas por ex-ocupantes da TI Xukuru, reivindicando direitos daí decorrentes e questionando o processo de demarcação, é mais um elemento a ensejar a situação de instabilidade e insegurança jurídica dos Xukuru em relação à sua terra.

Diante do exposto, conclui-se que o Estado brasileiro violou e segue violando o direito à propriedade do povo indígena Xukuru, tendo em vista que a não conclusão de desintrusão da TI, a não resolução da situação dos 45 possuidores que ainda não receberam suas respectivas indenizações e a pendência de duas ações judiciais, sendo que em uma delas há uma sentença de reintegração de posse contra os indígenas passível de ser executada formam um cenário que impede que os Xukuru vivenciem a posse do seu território de modo pacífico e sem ameaças externas.

²³Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Civil nº. 178199/PE, Voto do Desembargador Ridalvo Costa. Julgamento em 24 de Abril de 2003.

²⁴Cf. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname*, supra, par. 150; *Caso Comunidade Moiwana Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações y Custas. Sentença de 15 de junho de 2005, Série C, nº. 124, paras. 131 e 133; *Caso Comunidade Indígena de Yakye Axa Vs. Paraguai*, supra, paras. 131, 135, 137 e 154; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra, parras. 127, 130 y 131; e Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, supra, par. 112.

²⁵Cf. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano e seus Membros Vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C, nº. 284, par. 117; Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*, supra, par. 209; Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C, nº. 79, para. 151 e 153; e Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, supra, par. 109.





VI. Da Violação ao Direito às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial do Povo Indígena Xukuru (artigos 8 e 25), em relação aos artigos 1 e 2, da CADH

Os arts. 8 e 25 da Convenção estabelecem o direito amplo ao acesso à justiça e ao devido processo legal, abarcando, *inter alia*, os direitos ao julgamento justo (*fair trial*) e proteção judicial — incluindo a disponibilização de um recurso simples, célere e efetivo perante juiz ou tribunal competente, independente e imparcial — frente às violações de direitos humanos previstas no tratado internacional em tela. A Corte tem lido estas obrigações de forma conjunta e não como dispositivos isolados²⁶.

O art. 25 da Convenção traz o direito ao recurso efetivo como direito substantivo garantido pelo *corpus iuris* interamericano. Não fornecê-lo já é, *de per se*, uma violação à Convenção Americana, mesmo que outros direitos de natureza substantiva não tenham sido violados²⁷. Neste sentido:

el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención²⁸.

Para que o recurso seja considerado compatível com a Convenção Americana há dois requisitos principais: o recurso deve ser efetivo e se desenvolver dentro de prazo razoável.

Primeiro, o recurso deve estar apto a produzir o resultado desejado, ou seja, não pode se reduzir a mera formalidade²⁹; o recurso efetivo deve ser permitido sob as condições do país no qual ocorreu a violação³⁰. Segundo a Opinião Consultiva nº 9:

para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla³¹

²⁶Cf. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Serie C No. 56, par. 168; Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin e outros Vs. Trinidad y Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Serie C No. 94, par. 168

²⁷Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Serie A No. 9, par. 24.

²⁸Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Serie C No. 3, par. 82

²⁹Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4, par. 66

³⁰Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Serie C No. 16, par. 64.



Também será considerado ineficaz o recurso cuja efetividade é apenas hipotética, ou seja, que apenas formalmente parece apto a produzir os efeitos pretendidos, mas que considerando as condições gerais do país em questão ou as circunstâncias específicas do caso em análise torna-se ineficaz³².

Segundo, além de efetivo, o recurso deve se desenvolver em um tempo razoável:

el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables³³.

O marco temporal final para avaliar a duração razoável do processo é a obtenção de uma decisão final não-apelável³⁴; no direito doméstico brasileiro se utiliza o termo “trânsito em julgado”. Para esta análise, a Corte analisa três critérios principais: “a) *la complejidad del asunto*; b) *la actividad procesal del interesado*; y c) *la conducta de las autoridades judiciales*”³⁵. Posteriormente, a Corte acrescentou um quarto critério:

la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve³⁶.

A razoabilidade do tempo é analisada com respeito à forma que estes quatro elementos se apresentam durante a tramitação do recurso judicial, tendendo a não se limitar apenas a um olhar sobre o período transcorrido como um todo ou em cada parte processual. Não há um parâmetro absoluto de quantos meses, anos ou dias representariam uma duração razoável do processo³⁷. Pergunta-se mais “por que demorou esse tempo” que “quanto tempo

³¹Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, supra, par. 24.

³²Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, supra, par. 24.

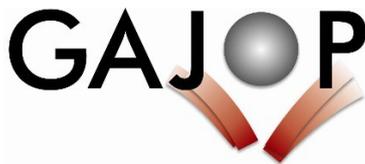
³³Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006 Serie C No. 148, par. 289.

³⁴Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149, par. 195.

³⁵Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Serie C No. 3, par. 77.

³⁶Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Serie C No. 192, par. 155

³⁷Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Peru*. Exceções



demorou”. A ênfase da avaliação, portanto, é casuística³⁸.

“Cualquier atraso debe tener una justificación”³⁹, sinalizou a Juíza da Corte Interamericana Cecilia Medina Quiroga, em livro de 2003 sobre a teoria e jurisprudência da Convenção. Em última instância, recai sobre o Estado o ônus de provar a razoabilidade do tempo transcorrido⁴⁰, não sendo possível alegações de excesso de trabalho⁴¹ ou falta de recursos financeiros ou técnicos para uma prestação estatal em tempo razoável⁴².

O critério da complexidade do tempo inclui a análise de diversos fatores, tais como: número de pessoas envolvidas, existência de testemunhas, dificuldades na investigação e necessidade de se valer de mecanismos legais para fazer a investigação avançar⁴³. A partir destes elementos, a Corte verifica se o caso é complexo, ou não, e qual seu grau de complexidade. Por exemplo, em geral os casos envolvendo massacres são considerados complexos⁴⁴. Outro fator a ser analisado: o envolvimento de pessoas com graus diversos de responsabilidade; a eliminação deliberada de provas pelos perpetradores e a recusa de se fornecer informações acerca do paradeiro e número de envolvidos⁴⁵.

A complexidade por si só, porém, não justifica uma duração maior no recurso. Pelo contrário, ela exige ainda mais diligência por parte do Estado⁴⁶. Neste sentido, o Estado deve levar em consideração os padrões de violações presentes nos casos sob análise para melhor planejar sua investigação, evitando dilações⁴⁷. Isto significa que, se o Estado colabora com o incremento da complexidade do caso, não pode valer-se deste para justificar uma

Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009 Serie C No. 198, Voto Concorrente de Sergio García Ramírez, par. 12.

³⁸Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*, supra, par. 289

³⁹Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, p. 309

⁴⁰Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin e outros Vs. Trinidad y Tobago*, supra, par. 122

⁴¹Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, p.309; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, supra, par 199.

⁴²Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, supra, par. 200; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C No. 134, par. 221.

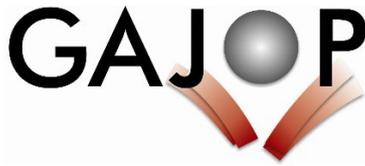
⁴³Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, p. 308.

⁴⁴Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Serie C No. 163, par. 178; Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Serie C No. 140, par. 184; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*, supra, par. 220.

⁴⁵Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de Setembro de 2009. Serie C No. 202, par. 157.

⁴⁶Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, supra, par. 178; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010 Serie C No. 217, par. 166.

⁴⁷Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, supra, par. 158.



demora⁴⁸. Assim, eventuais demoras decorrentes da aparente complexidade do caso deveriam ser compensadas por uma maior diligência e dedicação por parte do Estado.

Quanto à atividade processual pelas partes, a Corte já sedimentou o entendimento de que *“una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”*⁴⁹. Não depende de nenhuma atividade ou impulso por parte da vítima ou de sua família⁵⁰, portanto a inação destes não pode ser considerada como argumento para justificar eventual demora. Mesmo que estas pessoas participem no procedimento com atos que possam parecer contribuir para a demora, eventual dilação não pode ser atribuída a essas, pois são vítimas e seus familiares e

*deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procuración del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación*⁵¹

É responsabilidade do Estado evitar eventuais abusos neste sentido, isto significa que, a princípio, apenas eventual atuação de má-fé poderia servir como argumento contra o reconhecimento de eventual violação dos arts. 8 e 25⁵².

Quanto à conduta das autoridades judiciais, sua análise envolve como o comportamento do Judiciário, entendido de forma ampla, influenciou na duração do caso. A Corte leva em consideração, na sua avaliação, atrasos em partes do procedimento, mas também o processo como um todo, seguindo o parâmetro estabelecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos de “análise global do procedimento”⁵³. Ainda que a jurisprudência acerca deste elemento da razoabilidade do prazo esteja muito ligado às particularidades de cada caso sob análise, ao menos um ponto parece comum: a ênfase da Corte em momentos específicos nos quais o judiciário apresentou determinada conduta tida como inaceitável. Um exemplo claro é a negligência⁵⁴. A inação ou omissão também podem gerar uma demora injustificada, principalmente se recai sobre as investigações necessárias à elucidação do caso⁵⁵ ou

⁴⁸Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, supra, par. 184.

⁴⁹Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203, par. 114.

⁵⁰Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*, supra, par. 296

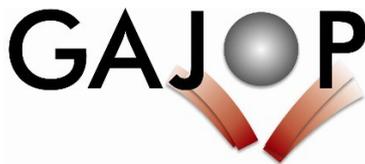
⁵¹Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, par. 146.

⁵²Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, p.308-9.

⁵³Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, supra, par. 80-1.

⁵⁴Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, par. 114.

⁵⁵Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, supra, par. 136



representa caso de inatividade processual⁵⁶. A permissividade do Judiciário frente a recursos abusivos e protelatórios também pode gerar uma violação ao devido processo dos arts. 8 e 25 da Convenção⁵⁷. Há casos também nos quais a Corte avalia a atitude das autoridades⁵⁸ ou conduta das autoridades permitindo um decurso desarrazoado de tempo⁵⁹.

Uma pequena nota: quando os representantes falam em Estado referem-se principalmente aos Poderes Executivo e Judiciário, além do Legislativo, pois não raras vezes o Estado do Brasil tem se utilizado do exculpado de algumas violações perpetradas por si contra o Povo Xukuru, culpando o Judiciário, como se este não integrasse a estrutura estatal brasileira e, como tal, o Brasil não poderia responder por violações oriundas deste Poder.

Os representantes, por outro lado, sustentam que o Estado falhou em sua obrigação de garantir ao Povo Indígena Xukuru seu direito a uma resposta judicial célere. E assim agiu por atos e omissões violadoras tanto do Poder Executivo, quanto do Judiciário.

1. Procedimento Administrativo de Demarcação da Terra Indígena Xukuru

Em consulta ao sítio eletrônico da FUNAI, constata-se que o *status* jurídico da Terra Indígena Xukuru é regularizada. Isto significa, segundo a mesma fonte, que se trata de terras já homologadas por decreto presidencial, registradas em cartório, em nome da União e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU). A regularização é, também de acordo com o sítio eletrônico da FUNAI, a penúltima fase no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

A sequência de fases no processo de demarcação, apontada pela FUNAI em seu sítio eletrônico, leva a crer que este procedimento administrativo é um conjunto simples de fases, que se sucedem, inseridas em um processo, conduzido pelo Poder Público, por intermédio do qual, ao final, o povo indígena pode finalmente gozar o seu direito sobre suas terras originárias, como garante a Constituição brasileira. O que não fica óbvio, no entanto, é que o avanço dessas fases não é automático e não se dá sem que o povo indígena esteja exposto a uma série de ameaças enquanto empreende a luta pelo seu território, fazendo com seus próprios esforços avançar o processo de demarcação. Foi exatamente o que se deu com os Xukuru.

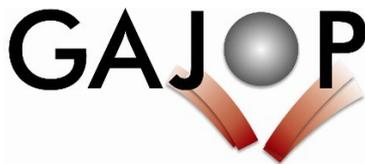
O processo de regularização fundiária da TI Xukuru foi iniciado pela FUNAI em 1989, com a etapa de Identificação e Delimitação. Em 1992, a Terra Indígena é declarada de posse permanente dos índios Xukuru, mediante Portaria Ministerial. Em 1995, a demarcação física é realizada, com dimensão de 27.555 hectares e o decreto de homologação publicado em 2001. Em 2005, a Terra Indígena é finalmente registrada no Cartório de Pesqueira. A desintração do território segue pendente.

⁵⁶Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra, par. 114.

⁵⁷Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de Setembro de 2003. Serie C No. 100, par. 113.

⁵⁸Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Peru*, supra, par. 152.

⁵⁹Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*, supra, par. 80



Decorreram-se, portanto, doze anos entre o início do processo de demarcação e o registro da TI no Cartório, o que formalmente garante proteção institucional ao povo indígena, mas que obviamente não representa o acesso ao gozo total do seu direito ao território originário, proteção e segurança jurídica. A demora na finalização do processo de demarcação não pode ser atribuída a outro ente, que não o Estado brasileiro. Senão vejamos.

Inicialmente, não se pode olvidar a mudança legislativa que ocorreu no curso do processo de demarcação com o advento do Decreto 1775/96, que inovou na participação dos terceiros não-indígenas ocupantes da TI no procedimento administrativo de demarcação. Todas as contestações feitas pelos ocupantes não-indígenas foram julgadas improcedentes pelo Ministro da Justiça, o que ensejou a impetração do Mandado de Segurança nº. 4802-DF, por parte destes mesmos ocupantes não-indígenas, que, inconformados com a decisão do Ministro, decidiram pelo acionamento do STJ para ver garantido o seu direito à ampla defesa no procedimento administrativo. O STJ julgou o Mandado de Segurança em favor dos impetrantes, em 28 de maio de 1997. Entretanto, a homologação da terra indígena apenas se dá em 2001, ainda que desde 1998 já houvesse condições de a mesma ter se concretizado.

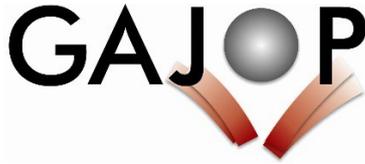
O primeiro levantamento fundiário foi realizado em 1989, mas devido à demora do Estado em proceder ao pagamento das benfeitorias aos ocupantes não-indígenas, este estudo teve que ser atualizado no ano 2000, atualização esta que se estendeu até o ano de 2007. O Estado não pode sustentar que empreendeu todos os esforços para proceder à finalização célere do processo de desintrusão da TI Xukuru.

Com efeito, frise-se mais uma vez que, segundo declaração do funcionário da FUNAI José Sergio de Souza, o primeiro pagamento de benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé de não indígenas foi realizada em 2001. Logo, em 2002, 2003, 2004 e 2005 pagamentos seguiram acontecendo. Em 2006, não foi feito nenhum pagamento e apenas foram retomados em 2011.

Ainda de acordo com o funcionário da FUNAI, José Sergio de Souza, a realização de pagamentos foi paralisada, em virtude da ausência da documentação comprobatória relativa aos cinquenta e um ocupantes que ainda não receberam suas respectivas indenizações.

Ora, é injustificável que decorridos seis anos desde o último pagamento, a FUNAI não tenha empreendido esforços para proceder ao pagamento dos ocupantes não-indígenas que ainda têm direitos em relação à TI, em uma clara ameaça aos direitos territoriais do Povo Xukuru. Como se sabe, há ações judiciais disponíveis no ordenamento jurídico nacional, que poderiam ser manejadas pela FUNAI no sentido de efetuar o pagamento daqueles ocupantes cujo paradeiro não se conhece (ação de consignação em pagamento) e para expulsar aqueles que seguem na TI e não podem comprovar a sua propriedade (ação de reintegração de posse). Entretanto, não há notícias de que o Estado brasileiro esteja procedendo neste sentido.

Outro fator de demora do processo de demarcação diz respeito à realização do registro da TI. De acordo com o art. 6º, do Decreto 1775/96, a FUNAI conta com um prazo de trinta dias para realizar o registro da TI no Cartório Imobiliário da Comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União. Entretanto, o oficial de Registro de Imóveis de Pesqueira, Juarez Lopes de Melo recusou-se a efetuar o registro, ingressando com a Ação de



Suscitação de Dúvida (Processo nº. 0012334-51.2002.4.05.8300). Esta ação levou ao atraso de quatro anos para o registro da TI no Cartório. Como dito, esta ação pode também ser apresentada como elemento a demonstrar a responsabilidade do Estado na violação aos artigos 8 e 25, em relação ao artigo 1, da CADH.

1.1. Da Ação de Suscitação de Dúvida nº. 0012334-51.2002.4.05.8300⁶⁰

A Ação de Suscitação de Dúvida é uma modalidade de ação judicial prevista no ordenamento jurídico brasileiro no art. 198, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que se presta a solucionar dúvida, formulada pelo agente do Registro, acerca da legitimidade de exigência feita por este ao apresentante de título imobiliário, como condição de registro pretendido. Trata-se de ação não complexa, decidida pelo Judiciário, porém no exercício de uma competência administrativa. O juiz se manifesta sobre o entendimento do cartório ante à existência de um inconformismo do interessado em relação a alguma condição exigida para efetuar o registro. Da decisão que resolve a dúvida, apenas o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado podem apelar (art. 202, da Lei 6.015/73).

O ilustre Estado brasileiro está correto em defender a legitimidade deste instrumento porque, no sistema brasileiro, o oficial de Cartório é civil e criminalmente responsável por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou por propostos ou substitutos que indicarem, causarem aos interessados no registro, por culpa ou dolo (art. 28, da Lei 6.015/73). Sendo assim, deve ele ter o direito de recorrer ao Judiciário para esclarecer alguma dúvida que tenha acerca de requerimento de registro que chegue à sua unidade.

Porém, com esse fundamento, o Oficial do Cartório de Pesqueira, Juarez Lopes de Melo, interpôs a mencionada ação, em que pretendia ver esclarecido dois pontos: 1) Se a FUNAI não deveria informar exatamente que registros deveriam ser anulados; 2) Se a FUNAI teria legitimidade para realizar requerimentos deste tipo. A sentença foi proferida no sentido da improcedência da dúvida suscitada e reafirmou a competência da FUNAI para requerer o registro da TI e que não haveria a necessidade da discriminação de quais registros deveriam ser anulados em prol do registro da TI.

A ação foi interposta por Juarez Lopes de Melo inicialmente na Justiça Estadual, depois de ele ter recebido, em 17 de maio de 2001, o Ofício da FUNAI, requerendo o registro da TI. O Juízo da 1ª Vara Cível de Pesqueira/PE declarou a sua incompetência para analisar o feito, e remeteu os autos para a Justiça Federal. Apenas em 09 de agosto de 2002 – portanto, um ano e dois meses depois da expedição do Ofício da FUNAI – é que o processo começou a tramitar na Justiça Federal. O MPF foi intimado a se manifestar e o Juízo da 12ª Vara Federal suscitou novo conflito de competência, o qual foi definitivamente resolvido pelo STJ em 13 de setembro de 2004, tendo transitado em julgado em 14 de outubro do mesmo ano.

Da análise do andamento processual da ação e da sentença (anexos 3), alguns

⁶⁰Os representantes não tiveram acesso aos autos desta ação, mas meramente ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



espaços de inação oficial podem ser apontados: do início do trâmite da ação na Justiça Federal (09 de agosto de 2002) até o primeiro movimento de avanço do processo (uma juntada de petição), decorreram-se quase seis meses. Posteriormente, há um hiato de quase dois anos que provavelmente deveu-se ao conflito de competência resolvido pelo STJ (17 de julho de 2003 até 09 de junho de 2005), até que, em 22 de junho de 2005 a sentença é finalmente prolatada.

Porém, quando se analisa o andamento do conflito de competência no STJ (anexo 4), conclui-se que o mesmo durou seis meses (de 01 de abril a 14 de outubro de 2004, quando se dá o trânsito em julgado do julgamento do conflito de competência no STJ), mas apenas em 09 de junho de 2005 é que o processo vai para a conclusão na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

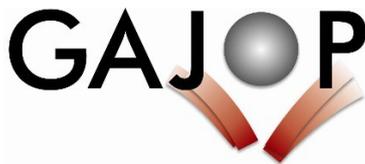
Assim, aplicando os quatro critérios utilizados pela Corte para avaliar a razoabilidade da demora de um procedimento, tem-se que a Ação de Suscitação de Dúvida, proposta por Juarez Lopes de Melo não passa no teste. Isto porque, em primeiro lugar, como foi explicitado anteriormente, esta ação não tem um caráter complexo, em virtude de se tratar de mera consulta administrativa feita ao Judiciário, não podendo ter uma duração de dois anos e dez meses, fora o um ano em que a ação provavelmente tramitou na Justiça Estadual, antes de ser encaminhada para a Justiça Federal, em virtude da declaração de incompetência daquele Juízo.

Com efeito, isto se reflete em uma série de lacunas em que, aparentemente, nada é feito nos autos. É o caso do período entre 10 de agosto de 2002 e 16 de fevereiro de 2003. Em seguida, o período entre 18 de julho de 2003 e 31 de março de 2004 (véspera do início do conflito de competência no STJ). E, finalmente, entre 15 de outubro de 2004 (dia seguinte ao trânsito em julgado do conflito de competência no STJ) e 08 de junho de 2005 (dia seguinte à data em que o processo vai para a conclusão do juiz na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco). Ora, e esses hiatos temporais não podem ser atribuídos a ninguém menos que às próprias autoridades judiciais do Estado.

Além disso, entre a data em que a TI deveria ter sido registrada (30 de maio de 2001) e a data em que efetivamente o foi (18 de novembro de 2005), a demora foi de quatro anos e cinco meses. Ao longo destes anos, uma liderança foi assassinada (Chico Quelé), a exumação do Cacique Xicão foi realizada e o Cacique Marquinhos sofreu atentados. A insegurança jurídica imposta à comunidade resultou em uma série de acontecimentos que apontam para um aumento da tensão na relação entre indígenas e não-indígenas, no interior da TI.

Percebe-se, pois, que a demora na resposta judicial em relação ao registro da terra, não atribuível às vítimas – que sequer integravam a relação processual –, levou a um enorme sofrimento físico e psíquico, uma afetação totalmente atribuível ao Estado.

Em suma, dezesseis anos decorreram-se entre o início do procedimento administrativo de demarcação e o registro da terra em Cartório, em que pese ainda pendente a desintrusão do território. Destes, sete anos se passaram no âmbito da competência desta Honorable Corte Interamericana.



Apesar de a demarcação de terras indígenas tratar-se de um procedimento complexo – e os representantes nunca negaram tal fato –, o Estado passou muitos anos sem agir. De 1997 a 2001, não há qualquer evolução no processo de demarcação. Também o tempo entre 2001 e 2005, em que esteve pendente o registro formal do território por causa de uma ação judicial injustificadamente demorada. Outra lacuna diz respeito ao período de 2007 a 2011, em que também não houve avanço no pagamento das indenizações aos ocupantes não-indígenas.

Enquanto isso, o povo Xukuru realizava suas retomadas para garantir sua posse originária e ao não garantir a legitimidade da ocupação Xukuru sobre seu território, passando tantos anos sem proceder avanços no processo de demarcação, o Estado torna-se conivente com as várias ameaças à integridade física e psíquica dos membros da comunidade, levadas a cabo pelos demais ocupantes não-indígenas. Ou seja, a demora do Estado levou à morte das lideranças e às ameaças que o povo Xukuru enfrentou durante todos esses anos em que a conclusão do processo de demarcação se arrasta.

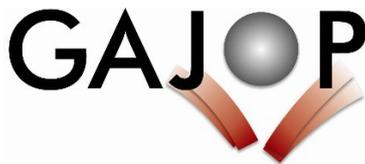
Um outro aspecto que merece destaque na análise sobre o processo de demarcação da TI Xukuru diz respeito à obrigação do Estado de adotar disposições internas, consoante art. 2º, da CADH, de modo a fazer valer o direito de propriedade dos povos indígenas.

A defesa do Estado Brasileiro baseou-se, em muitos momentos, em combater as alegações dos representantes das vítimas e da CIDH com o argumento de que a Constituição da República já trazia um arcabouço normativo suficiente para a garantia dos direitos territoriais indígenas. E de fato, as normas constitucionais sobre o território indígena são muito precisas e claras e garantem muitos direitos que apenas passaram a ser consolidados internacionalmente anos depois.

No entanto, há alguns gargalos na maneira como as normas constitucionais se concretizam na prática. Não há prazo, por exemplo, estabelecido para que a FUNAI finalize o processo de demarcação. O único prazo existente é aquele de trinta dias para a efetuação do registro em Cartório. E mesmo este foi desrespeitado no caso dos Xukuru, o que nos leva a outro ponto: o fato de a FUNAI, pela sua qualidade de autarquia federal, no processo de simplesmente declarar um direito – o direito de um povo indígena específico sobre seu território ancestral – não gozar de nenhum tipo de prerrogativa no momento de se efetuar um registro imobiliário, levando a uma espera insegura, por parte da comunidade indígena, de uma ação judicial tão injustificadamente longa.

Tais críticas à estrutura atual do procedimento administrativo de demarcação encontram esteio no parecer do perito Carlos Frederico Marés. Vejamos:

Por isso, a falha do sistema reside na falta de regulamentação apropriada sobre a consequência jurídica de iniciar um processo de demarcação ou de reconhecimento de existência de um povo indígena. O simples fato de iniciar um processo de demarcação ou de reconhecimento de existência de um povo impõe ao Poder Público a obrigação de proteção.



Isto quer dizer, quando se inicia um processo de demarcação todos os direitos privados ou públicos não indígenas deveriam ficar suspensos sob pena do processo de demarcação se alongar e os direitos dos povos perecerem, porque a Constituição nega a validade e existência de direitos sobre terras indígenas que versem sobre o domínio, posse ou ocupação. Sendo assim, quando o Estado inicia um processo de demarcação os direitos não indígenas existentes podem vir a ser considerados, desde sempre, nulos ou inexistentes. Mas como as normas de demarcação não estabelecem claramente este procedimento cautelar ou provisório, as terras indígenas ficam à mercê do processo, como se ainda não fossem tradicionalmente ocupadas⁶¹.

Há, portanto, a necessidade de se aperfeiçoar as normas infraconstitucionais no que concerne à regulação do processo de demarcação, para fazer valer os comandos constitucionais em prol dos povos indígenas, haja vista os Xukuru terem sido especialmente prejudicados pelo sistema vigente.

Passemos agora à análise dos processos judiciais interpostos por ocupantes não indígenas no sentido de questionar o procedimento administrativo de demarcação, com vistas a aplicar o mesmo exame de razoabilidade.

2. Ações Cíveis Propostas por Ocupantes Não-Indígenas

2.1. Da Ação de Reintegração de Posse nº. 0002697-28.1992.4.05.8300⁶²

Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Mota Didier, proprietários da Fazenda Caípe, ingressaram com ação de reintegração de posse na Justiça Federal de Pernambuco, em 11 de março de 1992. A Fazenda Caípe estende-se por 300 hectares, no interior do território Xukuru e havia sido retomada pelos indígenas em fevereiro de 1992.

Os autores requereram liminarmente a expedição de mandado de reintegração de posse para que os Xukuru se abstivessem de turbar ou esbulhar a propriedade dos requerentes, com a procedência final da ação, para que fossem garantidas a posse e a propriedade do imóvel. A liminar foi denegada.

A sentença favorável aos autores foi proferida em 24 de julho de 1998, mais de seis anos após o início da ação. Houve um conflito de competência, que chegou até o STJ, e ensejou a paralisação da ação por pouco mais de um ano (de 06 de junho de 1994 a 28 de junho de 1995, com a primeira atuação das partes em 24 de agosto de 1995)⁶³. O processo ficou concluso para decisão, ou seja, estava pronto para o pronunciamento da sentença pelo

⁶¹Laudó Pericial sobre o Regime Jurídico das Terras Indígenas no Brasil, Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, 05 de março de 2017, p. 13-14.

⁶²Os representantes das vítimas não obtiveram a cópia do trâmite inteiro desta ação. A análise aqui levada a cabo basear-se-á nas principais decisões do processo disponibilizadas pelo ilustre Estado brasileiro, bem como pelo acesso ao andamento processual da ação nos portais eletrônicos da Justiça Federal de Pernambuco, TRF 5, STJ e STF.

⁶³Trata-se do Conflito de Competência nº. 10588/PE, registro nº. 1994/0027086-0, cujo andamento processual encontra-se anexado ao Relatório de Mérito enviado pela CIDH à Corte Interamericana.



juiz, por mais de sete meses (de 10 de dezembro de 1997 a 24 de julho de 1998), segundo informações constantes do andamento processual da referida ação, em primeira instância (anexo 5), sem que haja aparentemente nenhum tipo de justificativa para tal.

O processo foi então remetido para o TRF 5 e distribuído em 16 de junho de 1999. Houve uma mudança na relatoria da ação no TRF 5, por razões não disponibilizadas no andamento processual virtual. Entretanto, a redefinição do Desembargador Relator levou a uma demora de pouco mais de três anos e nove meses (16 de junho de 1999 a 03 de abril de 2004), sem que nada aparentemente acontecesse nesse interim. Quando, finalmente, chegou às mãos do novo Desembargador, o recurso já foi incluído na pauta de julgamento da Terceira Turma. O julgamento da Apelação se deu em 24 de abril de 2003, três anos e dez meses depois do início do trâmite no TRF 5, confirmando a sentença de primeiro grau, consoante (anexo 6).

Tem-se que entre o início da ação e seu julgamento em segundo grau decorreram onze anos e um mês.

FUNAI e União decidiram, então, recorrer ao STJ. As petições foram juntadas em 29 de julho de 2003 e 05 de agosto de 2003, respectivamente.

O Recurso Especial foi distribuído no STJ em 08 de junho de 2004 e julgado em 06 de novembro de 2007, ou seja, mais de três anos depois, tendo também contado, ao longo deste tempo, com a troca do relator designado para analisar o recurso, conforme se depreende da análise do andamento processual (anexo 7). A definição do novo Relator se deu apenas em 30 de junho de 2006, ou seja, dois anos após a chegada do recurso no STJ. Percebe-se, portanto, que o caso passou mais tempo esperando a designação do Relator do que para ser julgado pela Turma, já que logo após a definição deste, o processo foi remetido ao MPF para parecer (31 de agosto de 2007, com devolução em 10 de setembro), sendo colocado em pauta em 25 de outubro de 2007.

Em 23 de novembro de 2009, sobreveio nova decisão julgando o mérito do Recurso Especial novamente, em lugar da análise dos Embargos de Declaração opostos pela União. Tal decisão foi posteriormente (10 de maio de 2011) desconstituída pelo mesmo Tribunal, ante à oposição de outro recurso de Embargos de Declaração por parte da União, reconhecendo a Ministra Julgadora que se tratava de erro material, já que o Recurso Especial já havia sido julgado. O STJ demorou, então, um ano e nove meses para constatar o erro material e teve de julgar o mesmo recurso por duas vezes e só se deu ao ser provocado por uma das partes.

Outro julgamento em Embargos de Declaração opostos pela União é proferido apenas para retificar um detalhe do acórdão que decidiu sobre o mérito do Recurso Especial manejado pela União e FUNAI⁶⁴. Isto acontece em 19 de junho de 2012.

⁶⁴A ementa do julgamento deste recurso de Embargos de Declaração reza:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO 1- Tendo o mérito de ambos os recursos especiais sido analisado, acolhem-se os embargos de declaração, sem efeito modificativo, para que do dispositivo do acórdão embargado conste ‘nego provimento aos recursos especiais’. 2- Embargos de declaração acolhidos” (Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº. 646.933/PE, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Galloti, julgado em 19 de junho de 2012).



Mais um recurso de Embargos de Declaração oposto; desta vez pela FUNAI. O julgamento ocorreu em 06 de dezembro de 2012. Assim, em suma, o processo tramitou no STJ por oito anos e cinco meses.

Inconformada com a decisão do STJ, a FUNAI levou o caso para a Corte Suprema do país. O Recurso Extraordinário da FUNAI foi protocolado no STF em 11 de março de 2013. Da decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio que negou seguimento ao recurso, em virtude da falta de prequestionamento, a FUNAI interpôs Agravo Regimental, o qual foi denegado, com a condenação da FUNAI por litigância de má-fé, aplicando-se multa. A sessão que apreciou o recurso aconteceu em 10 de dezembro de 2013. O trânsito em julgado da ação se deu em 28 de março de 2014.

O conflito de competência na primeira instância, as mudanças de relatoria no TRF 5 e no STJ, o erro material cometido por este último tribunal e as demoras sem razão aparente em alguns momentos do processo para o pronunciamento de algumas decisões levou a que o processo levasse vinte e dois anos para percorrer seu trâmite pelo sistema jurídico brasileiro, até que finalmente pudesse transitar em julgado.

Com vistas a alteração do desfecho de dita Ação de Reintegração de Posse, a FUNAI achou ingressou com uma Ação Rescisória (Processo nº. 0801601-70.2016.4.05.0000), que é uma modalidade de ação que pretende a desconstituição de julgamentos já transitados em julgado, com base em algumas hipóteses legais⁶⁵. A petição inicial da FUNAI data de 10 de março de 2016 e, segundo as informações prestadas pelo Estado brasileiro, a ação encontra-se em fase de citação. Isto significa que, decorridos vinte e cinco anos, ainda não há uma resposta judicial definitiva para a ação movida por Milton Barros Didier.

2.2. Da Ação Ordinária nº. 0002246-51.2002.4.05.8300

⁶⁵A FUNAI ingressou com esta Ação Rescisória ainda na vigência do Código de Processo Civil passado, que regulava esta ação nos seguintes termos: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV - ofender a coisa julgada;
- V - violar literal disposição de lei;
- VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

A ação iniciada pela FUNAI baseou-se na hipótese do inciso V.



Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu, Helena Correa de Araujo Cavalcanti de Petribu, Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu Filho, Marta Helena Reis Cavalcanti de Petribu, Miguel Cavalcanti de Petribu, Cristina Marta de Andrade Mello Cavalcanti de Petribu, Jorge Cavalcanti de Petribu e Patricia Monteiro Brennand Cavalcanti de Petribu ajuizaram ação ordinária contra a União (e posteriormente a FUNAI ingressou no polo passivo) requerendo: a) a anulação e ineficácia do decreto homologatório da Terra Indígena Xukuru; b) anulação e ineficácia do procedimento administrativo de demarcação, empreendido pela FUNAI, sem prejuízo do reinício procedimental com respeito ao contraditório e à ampla defesa; c) o reconhecimento de que os demandantes são legítimos proprietários e possuidores dos imóveis rurais identificados na inicial; d) responsabilização da União por todos e quaisquer danos que sofram os imóveis identificados na inicial, em razão de atos praticados por agentes públicos ou por particulares, resultantes da demarcatória procedida.

Os autores seriam proprietários dos seguintes imóveis: Fazenda Lagoa da Pedra, partes de terras do Sítio Capim Grosso, Sítio Pedra da Cobra e Fazenda Lagoa Grande. Estes imóveis comporiam, de acordo com a sentença, o complexo da Fazenda Lagoa da Pedra, que foi retomado pelos Xukuru em 2002. A ação foi proposta em 13 de fevereiro de 2002, antes mesmo da retomada do conjunto de imóveis, por parte da povo Xukuru.

Decorreram-se pouco mais de oito anos e três meses entre a apresentação da petição inicial e o pronunciamento da sentença (01 de junho de 2010), e mais os seis meses decorridos entre a decisão final de mérito e a decisão dos embargos de declaração opostos pelos autores.

A demora na conclusão da tramitação desta ação em primeira instância deveu-se sobretudo pelos diversos pedidos de suspensão do processo realizados pela FUNAI e acatados pelo Juízo da 12ª Vara Federal, para que fosse realizada uma conciliação com o fito de por fim à celeuma judicial. E nem se diga que estudos de avaliação, que poderiam complexificar a demanda, levaram à demora na ação, pois os autores estavam de acordo com o Laudo de Avaliação elaborado nos autos de uma outra ação e que não poderia ser repetido em virtude de os imóveis terem sido retomados pelos indígenas Xukuru em sua legítima luta pela demarcação do território.

Os autores de dita ação concordaram com o valor que deveria ser pago a título de benfeitorias de boa-fé, tendo sido atribuída apenas à FUNAI e ao Ministério da Justiça a não resolução amigável do processo judicial.

Em petição datada de 05 de outubro de 2009, a FUNAI informa ao Juízo da 12ª Vara Federal que não pode submeter à parte contrária o Laudo de Avaliação de benfeitorias e propor o depósito judicial do seu valor para o encerramento da questão e homologação judicial, em virtude de faltar-lhe competência para transigir sobre aquele alto valor. A autarquia federal pede, então, a extensão do prazo por mais sessenta dias para que a Procuradoria-Geral Federal e o Ministério da Justiça pudessem deliberar acerca da autorização para a celebração do acordo judicial. A suspensão é deferida, porém por apenas trinta dias. No entanto, o feito continua suspenso até 05 de março de 2010 – ou seja, por tempo além dos sessenta dias – sem que a FUNAI apresentasse uma solução para a questão.



Em síntese, o primeiro pedido de suspensão foi deferido em 19 de dezembro de 2008, depois renovado em 28 de abril de 2009, em 11 de setembro de 2009, em 06 de outubro de 2009 e em 10 de dezembro de 2009. O processo foi retomado em 05 de março de 2010. Vale ressaltar que a possibilidade de resolver a questão pela conciliação é aventada apenas seis anos depois de iniciada a ação.

A juíza decide, então, julgar o mérito da ação, condenando a FUNAI no pagamento das benfeitorias decorrentes da ocupação de boa fé dos autores. A condenação se dá no mesmo valor definido no Laudo de Avaliação, com o qual os autores já haviam concordado. A legitimidade do processo de demarcação levado a cabo pela autarquia federal foi confirmada.

Embargos de Declaração são opostos pelos autores e julgados em 01 de setembro de 2010.

Os autores e a FUNAI decidem pela interposição de Apelação para questionar a sentença proferida no primeiro grau. Os autos são, então, remetidos para o TRF 5 em 11 de março de 2011 já com as contrarrazões das duas partes.

As Apelações são julgadas em 26 de julho de 2012. O TRF 5 em sua fundamentação decidiu por reconhecer a nulidade do processo demarcatório, porém ante à impossibilidade de executar tal decisão sem que um prejuízo muito grande fosse imposto à comunidade indígena, converteu-se tal reconhecimento em perdas e danos aos autores, consistentes no pagamento de indenização pela terra nua e suas benfeitorias.

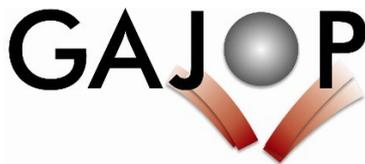
Embargos de Declaração opostos pelos autores da ação e com resposta da FUNAI apreciados em 18 de outubro de 2012.

Inconformada com o resultado obtido no TRF 5, a FUNAI interpôs Recurso Especial e Extraordinário, ao STJ e STF, respectivamente, mas apenas o primeiro foi admitido. O recurso chegou ao STJ em 25 de novembro de 2014 e ainda não obteve solução definitiva.

Em seu recurso, a FUNAI sustenta a legalidade do processo de demarcação, o que lhe desobrigaria do pagamento de indenização pelas terras nuas, mais benfeitorias de boa-fé, além de acréscimos de correção monetária e juros remuneratórios ou compensatórios. O parecer do MPF, de 08 de janeiro de 2016, defende o provimento do Recurso Especial da FUNAI.

Em 10 de agosto de 2016, como já ressaltado, a União atravessou uma petição em que pugna pela nulidade do processo desde a interposição das Apelações, em virtude de não ter sido intimada sobre os atos processuais praticados após a sentença, em que pese sua inclusão no polo passivo da demanda tenha sido requerida pela FUNAI e os particulares, o que foi deferido pelo TRF 5. Se razão assistir à União, e o ente não ter sido, de fato, intimado desde a sentença por uma irresponsabilidade do cartório da 12ª Vara Federal, o processo retrocederá a essa fase. Isto implica que uma ação que dura já quinze anos poderá demorar ainda muito mais tempo, prejudicando ainda mais o direito do povo Xukuru a garantias processuais e a uma proteção judicial célere.

Destaca-se, uma vez mais, além da não participação do povo Xukuru no processo,



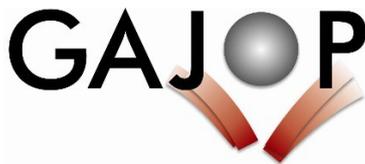
a oportunidade não aproveitada pela FUNAI, em fase bastante inicial do processo de realizar uma conciliação e de por fim a esta disputa, garantindo, de uma vez por todas, o direito inalienável dos Xukuru ao seu território tradicional. Entretanto, o Poder Executivo parece não ter concedido a autorização devida à FUNAI para a realização da negociação.

Aplicando o teste de razoabilidade às duas ações, tem-se que elas não passam no mesmo. Inicialmente, considerando a duração global das duas ações, percebe-se que a Ação de Reintegração de Posse, movida por Milton Didier e outra, durou vinte e dois anos, ao passo que a Ação Ordinária, manejada por Paulo Petribu e outros, ainda não foi finalizada, durando até o momento quinze anos. Ambas são ações que carecem de complexidade, não havendo justificativa para uma duração tão longa.

Entretanto, supondo que as duas superassem o critério da complexidade, há, ainda, no curso das ações, períodos longos em que nada acontece. Por exemplo, na Ação de Reintegração de Posse, a indefinição acerca do Relator do Recurso no TRF 5 e no STJ chegam a um total de cinco anos e nove meses, além do um ano e nove meses que o STJ levou para solucionar erro material a que ele mesmo havia dado causa. São, ao todo, sete anos e seis meses de inércia, que não pode ser atribuída às vítimas, mas apenas às autoridades judiciais. Apenas a título de exemplo, a Ação Ordinária, proposta por Paulo Petribu e outros, leva um ano e quatro meses no TRF 5, enquanto a Ação de Reintegração de Posse, de Milton Didier e outros, leva três anos e dez meses percorrendo o mesmo trâmite, em decorrência da troca de Relatores.

Na Ação Ordinária ainda, o mesmo acontece. Isto porque o feito fica suspenso, no total, durante um ano e dois meses, no aguardo de o Executivo dar à FUNAI autorização para transigir com os autores da ação, para ao final a famigerada negociação sequer acontecer. Mais uma vez, tem-se uma demora injustificada atribuível somente ao Estado, e desta vez principalmente ao Executivo, sendo que se confirmada a tese da União, o processo voltará para a fase anterior, no TRF 5.

Destaca-se, mais uma vez, os efeitos nocivos que a demora da resolução dessas duas celeumas judiciais causa em termos de instabilidade e insegurança jurídica para o povo Xukuru, deixando, ademais, o esforço de demarcação da FUNAI *sob judice*. Isto porque, como o processo de demarcação avançava primeiro com as retomadas do povo indígena Xukuru sobre o território, a não definição célere da reintegração de posse envolvendo área considerável da TI, por exemplo, colocava em xeque a ocupação indígena e o avanço da demarcação. Por outro lado, a não definição sobre se o processo de demarcação tinha se dado com o devido respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, escopo da Ação Ordinária, ensejava o questionamento acerca da demarcação em si.



VII. Da Violação ao Direito à Integridade Pessoal dos Membros do Povo Indígena Xukuru (art. 5, da CADH)

Conforme a Comissão declarou como “provado” com base nos autos do caso internacional, falhas estatais relativas à falta de reconhecimento célere das terras Xukuru, à falta de proteção eficaz dos povo indígena e da remoção efetiva de pessoas não indígenas gerou um clima persistente de insegurança, tensão e violência que causou inúmeros danos à integridade pessoal dos membros do Povo Xukuru e do Povo Xukuru como um todo; os autos abarcam assassinatos, perseguições e outras tremendas fontes de sofrimento ligadas à luta do Povo Xukuru pela terra ao longo dos anos.

Mesmo se a Corte concordar com a Comissão que o julgamento do mérito de eventos individuais de violência e tensão — mesmo provados — não seja devido no presente caso internacional, vale reconhecer que a Corte pode e deve ratificar o entendimento da Comissão de que esses danos geraram violações à integridade psíquica e moral do Povo Xukuru, em detrimento ao Artigo 5 da Convenção⁶⁶. Tal conclusão decorre da natureza dos danos sofridos: assassinatos, perseguições, e outras tensões e violências, bem como os recorrentes processos de criminalização.

Similarmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reconhecido que o sofrimento vivido pelos familiares de vítimas de violações de direitos humanos pode também constituir violação ao direito à integridade pessoal contida no art. 5 da Convenção⁶⁷.

A Corte Interamericana tem enfatizado que a angústia emocional derivada em conhecer que um familiar sofre em condições terríveis gera a responsabilização do Estado⁶⁸. Por exemplo, em *Damião Ximenes Lopes v. Brasil*, a Corte determinou que o Estado violou os direitos da mãe do Sr. Ximenes Lopes, que havia visitado seu filho enquanto o mesmo estava internado em manicômio pago pelo Sistema Único de Saúde do Estado.⁶⁹ Sua mãe o viu horas antes de sua morte quando estava severamente espancado, tendo causado imenso sofrimento emocional⁷⁰.

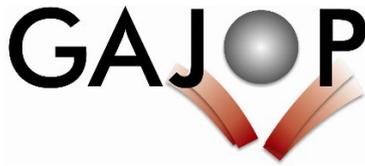
⁶⁶ Relatório de Mérito, 44/15, Povo Indígena Xukuru v. Brasil, 2015, par. 60-62, 85.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 fevereiro de 2006, Série. C, No. 141, par. 116-20; Corte IDH. *Caso Ximenes-Lopes v. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006, Série. C, No. 149, par. 156-63; Corte IDH. *Caso Irmãos Gómez-Paquiayari v. Peru*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08 de julho de 2004, Série C, No. 110, para. 118; Corte IDH. *Caso Baldeon-García v. Peru*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08 de abril de 2006, Série C, No. 147, par. 128; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, e Reparações, Sentença de 07 de junho de 2003, Série C, No. 99, par. 101; Corte IDH. *Caso Mapiripán Massacre v. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005, Série C, No. 134, par. 144.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Ximenes-Lopes v. Brasil*, supra, par. 156-63.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes-Lopes v. Brasil*, supra, par. 156-63; Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, supra, par. 116.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Ximenes-Lopes v. Brasil*, supra, par. 156-63; Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, supra, par. 116.



Também em *Ximenes Lopes*, embora o pai e irmãos da vítima não o tenham visitado durante sua internação, a Corte entendeu que seus direitos à integridade pessoal foram violados, em grande parte pelo sofrimento elevado causado pela morte cruel do Sr. Ximenes Lopes⁷¹.

De forma semelhante, em *Hermanos Gómez-Paquiari v. Peru*, a Corte reparou o “sofrimento e falta de poder” sentido pelos familiares quando os dois irmãos foram detidos ilegalmente, torturados e mortos nas mãos do Estado⁷². Em *Alfredo López-Alvarez v. Honduras*, a Corte determinou que o Estado violou a integridade pessoal da esposa, pais, filhos e irmãos do Sr. López Álvarez quando esse foi detido arbitrariamente durante seis anos em uma prisão superlotada e insalubre; a Corte enfatizou o sofrimento vivido pelos parentes do Sr. López Álvarez ao terem visto as condições horríveis que o mesmo teve que suportar.⁷³ A Corte observou que

[e]l señor Alfredo López Álvarez tuvo que compartir una celda reducida con numerosas personas, no tenía cama para su reposo y debió dormir en el suelo, por algún tiempo. No recibía alimentación adecuada. Además, en el Centro Penal de Tela no había agua potable, y en ocasiones la presunta víctima tenía que esperar a que lloviera para bañarse⁷⁴.

De *López-Alvarez*, extrai-se ainda o princípio de que incerteza econômica e emocional ocasionada por violação do Estado também pode constituir dano ao direito à integridade pessoal de familiares; no caso, a Corte observou os danos de incerteza econômica e emocional em uma família sofrendo seis anos de detenção arbitrária de seu parente pelo Estado⁷⁵.

Adiante serão apresentadas informações sobre o Assassinato do Cacique Xicão Xukuru e uma sequência de fatores que apresentam como as criminalizações sofridas pelo Povo Xukuru de Ororubá, em especial suas lideranças, demonstram de forma patente a violação do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos. De toda forma se faz necessário afirmar desde este ponto que os 27 anos do ainda não concluído processo de demarcação em relação as terras do Povo Xukuru, somado as criminalizações e assassinatos sem uma resposta qualificada e digna da parte do Estado brasileiro, criou e aprofundou um cenário onde “a impunidade na qual se encontravam as mortes produzidas no seio da Comunidade causava um sofrimento às vítimas na forma tal que constituía uma violação por

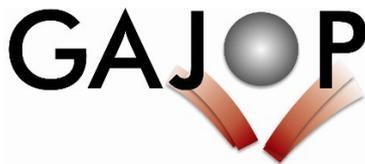
⁷¹ Corte IDH. *Caso Ximenes-Lopes v. Brasil*, supra, par. 156-63.

⁷² Corte IDH. *Caso Irmãos Gómez-Paquiari v. Peru*, par. 118.

⁷³ Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, supra, par. 116-20; 54(48); 54(51).

⁷⁴ Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, supra, par. 116-20; 54(48) (citação interna omitida).

⁷⁵ Corte IDH. *Caso López-Álvarez v. Honduras*, supra, par. 116.



parte do Estado do artigo 5.1 da Convenção Americana em seu prejuízo⁷⁶, assim como relatado pela Corte no Caso Comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai.

1. O Assassinato do Cacique Xicão, o Processo de Criminalização das Lideranças do Povo Xukuru e a Violação do artigo 5º da CADH

Os representantes, neste ponto destas Alegações Finais escritas, pretendem demonstrar que o Estado Brasileiro falhou na proteção do povo Xukuru, violando a integridade física de seus membros, bem jurídico consagrado nos termos do artigo 5º da CADH, bem como, conforme solicitação expressa do Presidente da Egrégia Corte Interamericana de Direitos Humanos, na audiência pública realizada no dia 21 de março de 2017, na cidade da Guatemala, fornecer informações sobre o desfecho do assassinato de Francisco de Assis Araújo (o grande cacique Xicão Xukuru)

Cacique Xicão, completaria 67 anos, no dia 20 de março de 2017. Líder do Povo Indígena Xukuru e figura histórica na luta pelos direitos indígenas no Brasil, especialmente no processo Constituinte de 1987/88, Cacique Xicão foi assassinado a mando de fazendeiros em 1998.

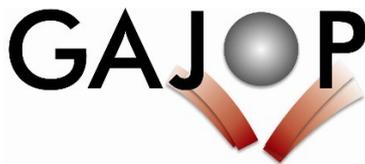
As ameaças de morte contra as lideranças Xukuru foram denunciadas pelo cacique Xicão, em dezembro de 1997, na aldeia e também levadas às autoridades do Estado brasileiro, conforme registro no documentário produzido pelo Centro de Cultura Luiz Freire sobre Xicão Xukuru⁷⁷. Vejamos a transcrição da fala do cacique Xicão, diante do seu povo:

Se hoje existe uma terra demarcada, delimitada, identificada e demarcada em fase de homologação é porque percorreu por todo um processo de lei. Foi percorrido todos os artigos da lei, parágrafos e incisos. Então foi tudo corretamente. Não houve violência por parte dos índios e nem derramamento de sangue. Se houve derramamento de sangue a gente sabe que foi por conta do homem branco. Assim como assassinaram o nosso procurador que era um defensor das causas indígenas não só dos índios Xucuru como dos índios de Pernambuco que é o Doutor Geraldo Rolim da Mota Filho.

Vocês conhecem e passam por este momento de dificuldade. **Para mim isso significa um massacre**, uma violência e se vocês analisarem e raciocinarem direitinho essa calúnia, difamação esse crime que diz a respeito da própria Constituição do Brasil, que diz respeito a nossa dignidade, ele abre um grande espaço e **vocês podem perder uma liderança**. Talvez vocês ainda não pensaram. **Vocês têm certeza e consciência de que sou ameaçado**. Foram me matar na minha casa e eu não agi de forma violenta. **Procurei denunciar fui atrás da Polícia Federal e da Funai de Recife (era outro administrador) e as providências não foram tomadas**. Sem dúvida, existe alguma cobertura que poderá ser política por trás disso. Como

⁷⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, supra, par. 243

⁷⁷ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jqV4RqjG9V0>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.



não conseguiram eliminar minha vida criaram esse documento especificamente, nesse sentido, me jogando contra os familiares dessas pessoas que estão aí no documento no assassinato que eu sou o mandante. **Que se eu aparecer morto vai dizer que ninguém sabe quem foi.** E aí que vai justificar na imprensa ou qualquer autoridade bem que dizia que está no documento “pesqueira tornou-se a praça de guerra” porque eu sei que vocês não vai gostar disso. Quem vai gosta? Ninguém!

A perda do líder maior, o cacique, gerou profunda dor e comoção no povo Xukuru. Sem o cacique, o povo precisou contar com outras lideranças tradicionais para dar continuidade à luta pela posse da terra, lideranças que podem ser vistas no mesmo documentário. Abatidos, ainda no cortejo do cacique morto, as novas lideranças, a saber, o atual vice-cacique José Barbosa dos Santos (Zé de Santa), Antônio Pereira e Zenilda Araújo, viúva do cacique Xicão, tentavam demonstrar força para dar continuidade à luta iniciada pelo cacique.

No contexto do assassinato de Xicão, as investigações iniciais promovidas pelas autoridades policiais brasileiras aumentaram ainda mais o sofrimento do povo, pois não levaram ao desfecho do caso e a responsabilidade dos culpados. Pelo contrário, os relatórios produzidos por diferentes autoridades do Estado brasileiro, mostram justamente a trama denunciada pela própria vítima, cacique Xicão, diante de seu povo, registrado no documentário: **“Que se eu aparecer morto vai dizer que ninguém sabe quem foi.”**

O relatório do delegado de polícia federal, Santiago Amaral Fernandes, com data do dia 27 de setembro de 2000, tenta justificar o fracasso das investigações sobre o assassinato do cacique Xicão, com uma profusão de explicações difíceis de serem concebidas. Para a autoridade policial federal, o crime poderia estar ligado à uma série de razões, “desde crime passional, passando pela disputa de poder dentro da tribo, disputa política, indo até a vingança”, ou mesmo um provável concurso de algumas variantes⁷⁸ (anexo 8).

Como se pode notar na investigação, a viúva de Xicão, Dona Zenilda Araújo, teve suspeitas levantadas contra si, e foi interrogada a respeito.

Em seguida, a autoridade policial, em seu relatório, informa que cinco delegados de polícia federal presidiram o feito, com “desfecho mal sucedido da apuração”⁷⁹ e finaliza:

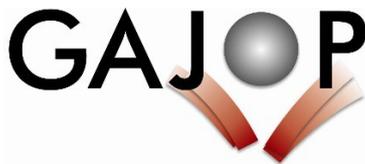
(...)

Exauriram-se todas as possibilidades possíveis de investigação, não havendo sido negligenciado qualquer fato ou dado por mais irrelevante que pudesse parecer.

Longe de querer justificar o fracasso da apuração, verdade seja dita,

⁷⁸ Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Superintendência Regional em Pernambuco. *Relatório – IPL N° 211/98 –SR/DPF/PE*, de 27 de setembro de 2000.

⁷⁹ Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Superintendência Regional em Pernambuco. *Relatório – IPL N° 211/98 –SR/DPF/PE*, supra.



CHICÃO angariou ao longo de sua vida grande número de desafetos e inimigos, podendo ser qualquer um deles seu algoz. Não bastasse isso, no interior do Nordeste, os conflitos não raros são resolvidos através de crimes de encomenda (pistolagem), muito difíceis de serem apurados. A magnitude que assumiu essa modalidade criminosa em Pernambuco, acabou por ensejar recentemente a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito pela Assembleia Legislativa do Estado, ficando ela conhecida como a “CPI da Pistolagem”.

A frustrada investigação conduzida pelas autoridades do Estado brasileiro e com viés ardiloso para responsabilizar os próprios Xukuru pela morte do seu cacique, foi duramente questionada pelos indígenas e também por organizações indigenistas. Pressionadas, as autoridades brasileiras decidiram dar sequência às investigações do assassinato de Xicão, após intervenção da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e foi nomeada uma autoridade policial exclusiva para o caso, o delegado federal Marcos Van Der Veen Cotrim.

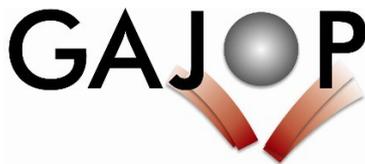
De acordo com o relatório do delegado federal designado para investigar o caso, concluído no dia 27 de maio de 2002, Francisco de Assis Pereira de Araújo (Cacique Xicão) foi assassinado a mando do fazendeiro José Cordeiro de Santana (Zé de Riva), no dia 20 de maio de 1998, pelos pistoleiros José Liborio Galindo (autor material) e Rivaldo Cavalcanti de Siqueira (partícipe).

É importante frisar que nesse íterim, ainda em janeiro de 2002, em função de uma perícia mal feita por ocasião da morte, provocada por uma greve na área da Saúde, que impediu o uso de um aparelho de RX que pudesse confirmar a existência do projétil, foi requisitada a exumação do corpo do Cacique Xicão Xukuru, ferindo completamente o ideal e a mística religiosa envolta no sepultamento do corpo do líder máximo do povo. O ritual fúnebre de sepultamento foi revestido de legitimidade simbólica para superar a enorme dor pela perda do líder de todo um povo. No amparo proporcionado pela religião, foi a própria viúva quem sacralizou o momento da “semeadura simbólica” com uma prece proferida no enterro: “Acolhe teu filho minha Mãe Natureza, acolhe teu filho! Porque ele não vai ser sepultado, minha Mãe Natureza... ele vai ser plantado, para que dele nasça novos guerreiros⁸⁰”.

Ao dia 25 de fevereiro de 2002, a exumação foi feita. Sem o mínimo de respeito e qualificação técnica a mesma foi realizada com o uso de uma “faca peixeira”, emprestada por um membro da comunidade, diante da ausência de equipamentos adequados junto a equipe de exumação.

Desta forma, o corpo do Grande Cacique Xicão, que havia sido plantado com toda a solenidade, foi retirado de seu solo sagrado e depositado em um saco que em muito se assemelhava a um saco de lixo. Foram em seguida expostos e o exame propriamente começou a ser feito, as vistas de todos, nos membros inferiores e o crânio que estavam desencarnados,

⁸⁰ FIALHO, V.; NEVES, R.C.M. e FIGUEIROA, M.C.L. (Org.). Plantaram Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território / MANAUS: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011.



mas o tronco não. As roupas estavam sujas pela água e lama, mas ainda bem preservadas. A exploração do tronco foi particularmente dramática, com a peixeira emprestada, o perito cortou a camisa onde era possível ver, ainda restos de carne que preservavam a coloração rosada. Tudo feito, perante toda a comunidade, que presenciava ali uma raiz sagrada de sua tradição ser esquarterada em sua presença. Enfatiza-se, assim, agora de maneira particularmente perversa, como o despreparo técnico, seja do ponto de vista instrumental, seja do ponto de vista transcultural, aprofundou o sofrimento psicológico de todo o Povo Xukuru⁸¹ (anexo 9).

Em continuidade, ainda sobre o oferecimento da denúncia, o MPF, com base na investigação da autoridade policial, ofereceu denúncia contra Rivaldo Cavalcanti Siqueira (Riva de Alceu), no dia 9 de agosto de 2002 (anexo 10).

Conforme a denúncia, a autoridade policial federal empreendeu investigação, por solicitação do MPF e do CDDPH, órgão do Estado brasileiro criado através da Lei nº 4.319, de 16 de março de 1964⁸², ficando comprovado que o crime fora encomendado pelo fazendeiro José Cordeiro de Santana, vulgo Zé de Riva, aos pistoleiros José Libório Galindo, vulgo Ricardo (executor material), já falecido, e Rivaldo Cavalcanti Siqueira, vulgo Riva de Alceu, o último ora denunciado.

Ainda de acordo com a denúncia, o crime foi motivado pela disputa de terras travada entre os fazendeiros da região, entre eles o Sr. Zé de Riva, e os indígenas Xukuru, decorrente da demarcação das terras.

No julgamento, o pistoleiro Rivaldo Cavalcanti Siqueira foi condenado a 19 anos de prisão, no dia 30 de novembro de 2004.

Alertou o Cacique Xicão no vídeo supramencionado que muitos poderosos políticos e fazendeiros queriam a sua morte. Dos autos dos processos, entretanto, uma sequência de fatos deve ser tornada relevante.

Observa-se que o fazendeiro José Cordeiro de Santana, Zé de Riva, se encontrava custodiado no Departamento de Polícia Federal, em Recife, ou seja na sede da Superintendência Regional de Polícia Federal na capital do Estado de Pernambuco, quando foi encontrado morto no dia 26 de maio de 2002, por enforcamento (anexo 11). Além dele, o pistoleiro executor José Libório Galindo, também foi assassinado, no interior do Estado do Maranhão, em situação estranha, onde estaria escondido⁸³; e, por fim, o pistoleiro Rivaldo Cavalcanti Siqueira, único julgado e condenado em relação ao caso, também foi assassinado na prisão. O que expõe a realidade de mortes suspeitas e/ou inesperadas de todos os envolvidos no caso, sendo que o mandante encontrava-se em custódia em um dos edifícios mais seguros da capital do estado.

⁸¹ BERNI. Luiz Eduardo V. Relatório Psicológico. 24 abr 2017. Pag. 9 -10.

⁸² A Lei Nº 12.986, de 2 de junho de 2014, transformou o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH.

⁸³ Disponível em: <<http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=769>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.



Convém ressaltar que antes da conclusão do inquérito policial da morte do cacique Xicão, no dia 23 de maio de 2001, foi assassinado o indígena Francisco de Assis Santana (Chico Quelé), em uma emboscada, dentro do território Xukuru. Chico Quelé, líder da aldeia Pé de Serra do Oiti, destacava-se pela sua liderança carismática e havia manifestado contrariedade a um projeto de Turismo Religioso elaborado pela Prefeitura Municipal de Pesqueira e do Governo do Estado de Pernambuco, além de liderar uma retomada na fazenda Santa Rita.

Embora os indígenas tenham apresentado grande quantidade de informações sobre o assassinato do líder Chico Quelé, apontando se tratar de mais um crime em decorrência da disputa pela terra, executado por pistoleiros, vindos da cidade de Pesqueira e avistados transitando na terra indígena no dia do fato com armamento ostensivo, o delegado federal Marcos Van Der Veen Cotrim seguiu uma linha de investigação para atribuir à culpa as lideranças indígenas (anexo 12). Sobre o caso, vejamos parte do relatório da autoridade policial do dia 21 de julho de 2002, encaminhado ao Juiz Federal:

(...)

No mesmo sentido, ficou provado, que se tratou de um crime de mando, sendo o mandante o vice-cacique Zé de Santa, que teve como motivos fundamentais para mandar matar a vítima, primeiro a disposição que essa apresentava para denunciar os desvios de verbas dos projetos destinados aos Xukurus em proveito de algumas lideranças ligadas ao Cacique Marcos. Foram apontadas como beneficiários do esquema, o Cacique Marcos, sua mãe Zenilda, Zé de Santa e Severino.

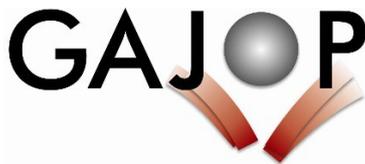
(...)

No processo 510/00, figura nos autos ZÉ DE SANTA como co-autor do crime nele é apurado.

A investigação da autoridade policial federal, resultou na denúncia do MPF contra o vice-cacique do povo Xukuru José Barbosa dos Santos (Zé de Santa), acusado de ser o mandante da morte de Chico Quelé, e João Campos da Silva (Dandão), acusado de ser o executor (anexo 13).

A condução da investigação e o conseqüente processo penal contra as lideranças do povo Xukuru, considerando as falhas sequenciais da autoridade policial federal, levou à Subprocuradora-Geral da República, Ella Wiecko Volkmer de Castilho, Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, a encaminhar o Ofício nº 176/2003/CaDIM/MPF, com data de 31 de março de 2003, ao Juiz Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Pernambuco.

No ofício, a Subprocuradora-Geral encaminha ao Juiz Federal depoimentos relacionados aos assassinatos do “Cacique Xicão” e de “Chico Quelé”, prestados na 6ª Câmara em três oportunidades: em 5 de junho de 1998, após a morte do “Cacique Xicão”, em 10 de abril de 2002 e em 11 de setembro de 2002. Relata também que os depoimentos já teriam sido encaminhados ao Delegado da Polícia Federal encarregado do caso e à



Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, para serem juntados ao inquérito que apura o homicídio. Entretanto, tais depoimentos não foram juntados aos autos, embora importantes para solucionar a demanda (anexos 14, 15, 16 e 17).

O processo tramitou por mais de uma década na Justiça Federal de Pernambuco e no julgado ocorrido no dia 5 de julho de 2012, o vice-cacique Xukuru Zé de Santa foi absolvido pelo Tribunal do Júri da 28ª Vara Federal/PE. O veredicto do Egrégio Tribunal do Júri foi mantido pelo TRF 5 e o caso transitou em julgado (anexos 18 e 19). O indígena João Campos, que chegou a ser preso na tramitação do processo, faleceu antes do julgamento.

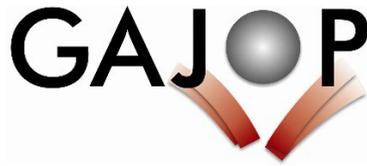
O vice-cacique Zé de Santa respondeu, ainda, um segundo processo por tentativa de homicídio contra José Cordeiro de Santana (Zé de Riva) – envolvido diretamente no assassinato do Cacique Xicão –, juntamente com Luiz Carlos Araújo (filho do cacique Xicão) e Augusto Pereira, em suposto atentado ocorrido no dia 07 de janeiro de 1999, no interior da terra indígena Xukuru. Pronunciados, todos foram absolvidos pelo Tribunal do Júri da 28ª Vara Federal/PE em sessão realizada no dia 29 de outubro de 2013 (anexo 20). Desta decisão, não houve recurso e o caso transitou em julgado.

Por sua vez, mesmo depois dos assassinatos do cacique Xicão e do líder Chico Quelé, a violência institucional e privada contra os Xukuru estava longe de terminar. Em meio ao violento processo de criminalização das novas lideranças Xukuru, ocorre uma tentativa de assassinato do Cacique Marcos Ludson, o Marquinhos Xukuru⁸⁴ (anexos 21 e 22).

Conforme relatório do CDDPH, intitulado “Os Xukuru e a Violência”, no dia 7 de fevereiro de 2003, por volta das 8:30 hs, o cacique Xukuru Marcos Luidson conduzia o caminhão F 4000 pela estrada PE 219 que liga o município de Pesqueira a Aldeia Cimbres, acompanhado do seu sobrinho Diogo Ruann, e dos índios Jozenilso José dos Santos e José Ademílgon Barbosa da Silva (anexo 23).

Ao passar em frente à fazenda Curral do Boi, avistou grande quantidade de gado pastando na pista e diminuiu a marcha, procurando desviar percebeu a necessidade de parar em decorrência da quantidade de animais soltos. Não sabia o Cacique que tal situação já se tratava de estratégia para viabilizar a concretização do atentado. Ao avistar José Lourival Frazão – o Louro Frazão e José Vicente de Carvalho, conhecido como Zequinha Vicente, o cacique Marcos desceu do caminhão para pedir a Louro Frazão que tirasse o gado da pista. Pelo relatório, houve uma breve discussão, que se pode entender esta como burla as intenções já premeditadas, e Louro Frazão puxou o revólver e efetuou disparos na direção do cacique. Diogo Ruan, 12 anos de idade, saltou do caminhão e conseguiu acertar um tapa no atirador, conseguindo desviar a posição do revólver e a trajetória da bala, que não atingiu o cacique Marcos. No interregno, os dois jovens Xukuru que acompanhavam o cacique Marcos saltaram da carroceria na tentativa de imobilizar Louro Frazão, mas não conseguiram. Louro atirou nos dois, matando primeiro Jozenilson José dos Santos, conhecido por Nisinho, de 24 anos e em seguida atirou e matou José Ademílson Barbosa da Silva, conhecido pelo nome de Nilson, de 19 anos. Marcos Luidson saiu correndo pelo mato, com Louro efetuando disparos em sua

⁸⁴ FIALHO, Vânia. Neves, Rita. OLIVEIRA, Kelly de. Dossiê Xukuru de Ororubá. Pag. 20 e ss.



direção, enquanto Diogo Ruan, com apenas 12 anos, saiu correndo na direção da Vila de Cimbres.

Na sequência, Louro Frazão teria entregue sua arma a José Luiz Almeida de Carvalho (conhecido como Zé Luiz), que se dirigiu à vila de Cimbres, avisar Expedito Alves Cabral, conhecido por Biá, ligado a grupos políticos e fazendeiros locais e que tentava dividir a organização social do povo indígena e conseqüentemente o próprio território Xukuru.

Quando a notícia se espalhou, muitos indígenas se revoltaram e atearam fogo em alguns veículos e casas ligadas aos familiares do atirador e do indígena Biá, na Vila de Cimbres, durante o velório dos indígenas. A casa de Expedito Alves Cabral (Biá) foi queimada e este teve que ser resgatado por forças policiais e levado para local seguro.

Na investigação da autoridade policial, a conclusão foi de que José Louro Frazão foi o autor dos disparos que causaram o duplo homicídio, resultando nas mortes de Josenilson José dos Santos e José Ademilson Barbosa da Silva, enquanto José Vicente de Carvalho foi apontado como co-autor, por ter participado diretamente dos fatos que resultaram nas duas mortes, tendo colaboração direta, especialmente por ter derrubado uma das vítimas e permitindo que Louro Frazão atirasse e matasse.

Contudo, ao cacique Marcos não foi reservado o papel de vítima das agressões, mas o de agente provocador. Segundo a autoridade policial, “não houve atentado à vida do cacique Marcos Luidson”. Conforme o relatório da autoridade policial, Marcos estaria embriagado, teria provocado o incidente, e fugido.

Quanto aos incidentes envolvendo as queimas de casas e veículos a autoridade policial, no Inquérito nº 0008677-67.2003.4.05.8300, indiciou dezenas de indígenas Xukuru, inclusive o cacique Marcos Luidson, incurso nas penas do art. 146, § 1º (constrangimento ilegal); art. 163, parágrafo único, I, II e IV (dano qualificado); art. 250, § 1º, II, alíneas “a” e “c” (causar incêndio), e art. 286 (incitação ao crime), C.C. art. 29, todos do Código Penal brasileiro.

Em continuação, o MPF denunciou trinta e cinco indígenas e o cacique Marcos, sendo que tal processo foi desmembrado em outros sete. Nesse diapasão todos os indígenas acusados foram condenados com penas entre 4 e 12 anos e multa pecuniária altíssima. Frise-se que, conforme sentença de 2009 da Justiça Federal (Processo 2006.83.02.000366-5), o cacique e mais quatro membros do povo Xukuru foram condenados, com penas média de 10 anos cumuladas com multa de 50 mil reais (anexo 24). O cacique Marcos Xukuru foi condenado à 10 anos e 4 meses de prisão. Em outubro de 2012, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, julgou os recursos de Apelação e todas as penas foram revistas, minoradas para 4 anos, sendo substituídas por penas restritivas de direito. Porém, as condenações pecuniárias, correspondentes as multas elevadas, foram mantidas pelo Tribunal Regional Federal.

O Relatório da Comissão Especial do CDDPH, criada pela Resolução nº 18/2003, foi constituída com o objetivo de acompanhar a investigação da tentativa de assassinato praticada contra o Cacique Marcos Luidson de Araújo, conhecido como Marquinhos Xukuru, e fatos conexos, ocorrido no dia 07 de fevereiro de 2003 no Município de Pesqueira,



Estado de Pernambuco, e a eventual ação decorrente, abordou a violência contra os Xukuru de forma muito ampla, passando pelo histórico do povo Xukuru, o início do processo demarcatório, até o final dos seus trabalhos aprovados em março de 2004. No contexto do relatório, algumas conclusões são bastante ilustrativas e merecem ser transcritas:

O assassinato do cacique Chicão representou muito mais do que a morte de seu representante e do que ele significou para o reconhecimento dos Xukuru e de seus direitos. Significou o aniquilamento de um líder carismático que carregava em si toda uma representação do sagrado⁸⁵ (Pág. 11 e 12 do relatório do CDDPH). Quando da colheita de provas nas investigações das mortes de Francisco de Assim Santana (Chico Quelé) e da tentativa de assassinato do cacique Marcos Ludson, os autos não revelam que a autoridade policial tenha tido o cuidado de contextualizar os depoimentos das testemunhas, de acordo com a vinculação aos grupos em conflito. Isto significa dizer que a intensa polarização pode ter exercido uma notável influência nas informações prestadas, alterando o rumo das conclusões⁸⁶.

A União Federal, portanto, é a grande responsável pela manutenção da situação de violência entre os Xukuru, porque produz a violência institucional de não tornar efetivo o direito dos Xukuru às suas terras de ocupação tradicional, nem defendendo nem protegendo seus bens⁸⁷.

15.2. O que a PF fez (ou não fez) que se revela preocupante:

1. O 1º relatório no caso Chicão revela ineficiência e descaso da política federal, e atribui à vítima culpa por sua morte; é preconceituoso e difamatório;
2. Relatório do Caso Quelé revela a não apuração adequada dos fatos sob investigação (motivação para o crime), e evidencia também preconceito contra as lideranças indígenas;
3. Utiliza-se de pauta oculta, e nisso envolve o Ministério Público Federal, para prender o índio João Campos da Silva Dandão: a PF o prende logo após a saída desse da sede da Procuradoria, onde passara a tarde inteira à disposição da autoridade policial;
4. No caso do duplo homicídio dos índios na fazenda Curral do Boi, de início prioriza apuração dos danos materiais, e investe contra o cacique Marcos Luidson, para prendê-lo;
5. Desmembrados os inquéritos, exclui o cacique Marcos Luidson da condição de vítima, e o considera *agente provocador*, no processo em que se investiga, precisamente, *o atentado contra a vida daquele*; no

⁸⁵ Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório Os Xukuru e a Violência*, 16 de março de 2004, p. 11-12.

⁸⁶ Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório Os Xukuru e a Violência*, supra, p. 36.

⁸⁷ Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório Os Xukuru e a Violência*, supra, p. 41



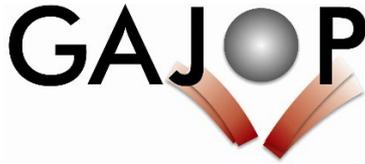
inquérito sobre as destruições, é o cacique *indiciado*;

6. Não pondera adequadamente o papel e a credibilidade das testemunhas, num ambiente reconhecidamente de polarização e suspeição⁸⁸. (Pág. 41 e 42 do relatório do CDDPH).

Conforme se observa, o Estado brasileiro não foi eficaz na proteção das lideranças e utilizou de seus órgãos e instrumentos para perseguir e retalhar as lideranças que integravam a organização social do povo Xukuru. Lideranças foram assassinadas, enquanto outras eram presas e processadas pelos órgãos do Estado brasileiro. Foram estes os motivos que levaram o povo Xukuru, no ano de 2009, a interromper o processo de retomada do seu território, iniciado no ano de 1990 na região de Pedra d'Água, espaço sagrado e centro da ligação espiritual do Povo.

Assim, mais uma vez se pode afirmar que tem sido o Estado brasileiro, por meio de vários de seus órgãos, instâncias e agentes que no decorrer dos últimos 27 anos de um processo quase infinito de demarcação, o impulsionador da violência, do sofrimento físico, psíquico e moral contra os legítimos detentores da Serra de Ororubá. Após as mais diversas tentativas e criminalizações efetivadas contra membros do Povo Xukuru, ainda assim a força ancestral que irradia da Pedra D'água assume clamor por justiça, pois os que tombaram na luta não foram sepultados, como a memória dos mandantes e dos que impingiram tanta dor e violência. Os indígenas que partiram para os braços de Mãe Natureza foram plantados, como sementes de significado inafastável ao sentimento de pertença de todo o Povo Xukuru. É assim que até os dias de hoje essas sementes encantadas fazem ressurgir novas guerreiras e novos guerreiros que em regime de espera pacífica e não de mera aceitação ou consentimento tácito aguardam o dia em que o Sol nascerá em um Território Indígena Xukuru plenamente deles e sem a ameaça a seu projeto de vida e organização social.

⁸⁸ Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório Os Xukuru e a Violência*, supra, p. 41-42



VIII. Caso Xukuru e a Ausência de Controle de Convencionalidade, pelo Poder Judiciário Brasileiro

O Estado brasileiro também violou os Artigos 3, 8.1 e 25, em conjunto com 1.1 e 2, com relação às ações judiciais propostas por Milton Didier e outros e Paulo Petribu e outros, por não ter exercido controle de convencionalidade devido nesses processos, resultando em decisões de direito interno que geraram danos aos direitos internacionais e segurança jurídica desses direitos do Povo Xukuru com respeito a seu território ancestral.

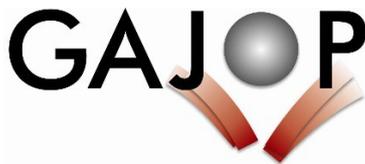
Houve cinco falhas estatais específicas nesse sentido que ilustram problemas estruturais do regime jurídico interno:

- 1) em ambos processos, as decisões judiciais sequer consideraram os direitos convencionais do Povo Xukuru;
- 2) em vista da história genocida e colonizadora das Américas em detrimento dos povos indígenas, a apreciação interamericana de um interesse privado relacionado a uma terra ancestral indígena depende da aquisição em boa fé de títulos por terceiros inocentes⁸⁹, algo que não restou comprovado nos autos de ambos processos, enquanto o histórico da expropriação das terras Xukuru é repleto de injustiças, conforme detalhamos acima;
- 3) no caso *Didier et al.*, por não ter realizado controle de convencionalidade devido, o judiciário acatou tese jurídica (conhecida como “marco temporal”), que, mesmo se fosse compatível com a legislação estritamente interna, infringe o direito internacional por contrariar jurisprudência pacífica e vinculante da Corte Interamericana em matéria de direito coletivo a terra de povos indígenas;
- 4) no caso *Petribu et al.*, o judiciário ignorou o pedido da FUNAI para incluir o Povo Xukuru como parte no pólo passivo da ação, dessa forma negando o direito internacional a personalidade jurídica coletiva do Povo Xukuru nesse processo; e,
- 5) também no caso *Petribu et al.*, o Judiciário ainda não rejeitou definitivamente a ação que originalmente buscava a anulação do processo de demarcação do território Xukuru, o que faz pendurar há anos uma incerteza jurídica desproporcional que nunca sobreviveria um controle de convencionalidade.

⁸⁹ Segundo a Corte:

en los casos paraguayos de las comunidades *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek* se estableció que: a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo que el área poseída en la práctica es equivalente a la propiedad; b) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y c) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam, Setença, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, par. 131.



A Corte já teve a oportunidade de informar o Estado brasileiro do dever de suas autoridades públicas — inclusive aquelas dos órgãos de justiça — exercerem, *ex officio*, um controle de convencionalidade, respeitando suas competências e marcos processuais⁹⁰.

O dever de controle de convencionalidade cabe a todos os poderes dos Estados partes da Convenção⁹¹. Inclusive, segundo a Corte, “[o] Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana”.⁹² Ao assumir os compromissos do tratado de forma soberana e de acordo com suas normas constitucionais, tais Estados fizeram o correspondente direito internacional parte de suas leis, tanto que a Corte afirmou:

la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.⁹³

A Corte tem explicado que, para fins de controle de convencionalidade, não só os tratados interamericanos ratificados por um Estado são vinculantes, mas as decisões da Corte e todo seu conteúdo, incluindo *ratio decidendi*, também são⁹⁴. Portanto, ao exercer controle de convencionalidade, um Estado deve tratar como coisa julgada internacional tanto as decisões da Corte aplicadas diretamente a ele, quanto os demais pronunciamentos da Corte referentes aos instrumentos interamericanos de direitos humanos que o Estado tem ratificado⁹⁵.

Esse dever de exercer controle de convencionalidade, fundamentado centralmente no Artigo 2 da Convenção, se aplica à adequação de normas internas, bem como a interpretações e práticas judiciais ou de outras autoridades que precisam ser conciliadas com o

⁹⁰ Gomes Lund et al. v. Brasil, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 46-49, 176-177, 180, 253-257, Declara 3 e 5, Dispõe 9.

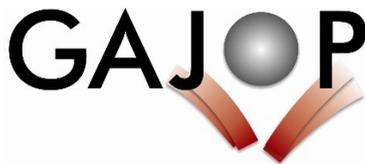
⁹¹ Gomes Lund et al. v. Brasil, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 176. Liakat Ali Alibux v. Suriname. Sentença, 2014, par. 124.

⁹² Gomes Lund et al. v. Brasil, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 176.

⁹³ Caso Gelman v. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, par. 88.

⁹⁴ Caso Gelman v. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, par. 102.

⁹⁵ Caso Gelman v. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, par. 66-69, 73-74, 87.



relevante *corpo iuris* interamericano⁹⁶. Ele é um dever necessário *inter alia* por ser uma força multiplicadora dos meios efetivos de garantir os direitos humanos interamericanos, em vista da desnecessidade e capacidade limitada dos relevantes órgãos da Organização dos Estados Americanos resolverem diretamente as numerosas controvérsias que podem existir a respeito desses direitos⁹⁷.

O dever de controle de convencionalidade complementa o dever independente de controle de constitucionalidade que autoridades estatais também possuem de acordo com seu regime jurídico interno. Ou seja, para que uma norma, interpretação ou prática oficial interna seja confirmada como válida pelas autoridades estatais, deve passar os dois testes: constitucionalidade e convencionalidade. Em vista disso, embora não caiba à Corte Interamericana revisar decisões internas sobre o direito interno, o Tribunal sim pode declarar uma norma, interpretação ou prática oficial interna inconvencional, decidindo por sua nulidade e/ou ordenando que os poderes estatais apliquem o devido controle de convencionalidade, mesmo se essa mesma norma, interpretação, ou prática oficial já havia sido, separadamente e soberanamente, considerada constitucional com relação ao direito estritamente interno.⁹⁸

A Corte, como intérprete último e definitivo dos instrumentos interamericanos de direitos humanos, já tem tomado passos dessa natureza em diversos casos desde 2006, inclusive com respeito ao Brasil,⁹⁹ Chile¹⁰⁰, e México.¹⁰¹ De forma semelhante, a Corte Interamericana se refere as decisões judiciais dos Estados ao buscar entender suas respectivas

⁹⁶ Caso *Gelman v. Uruguay*. Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, par. 66-69, 73-74, 87. *Almonacid Arellano y otros V. Chile*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006, par. 124. *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 46-49, 176-177, 180, 253-257, Declara 3 e 5, Dispõe 9.

⁹⁷ Caso *Gelman v. Uruguay*. Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, par. 70-74.

⁹⁸ *Radilla Pacheco v. México*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2009, par. 338-342. *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2012, par. 284. *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2014, par. 436, 461, 464. *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2010, par. 233. *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 46-49, 176-177, 180, 253-257, Declara 3 e 5, Dispõe 9.

⁹⁹ *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, par. 18-19, 22. *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 46-49, 176-177, 180, 253-257, Declara 3 e 5, Dispõe 9.

¹⁰⁰ *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2014, par. 436, 461, 464.

¹⁰¹ *Radilla Pacheco v. México*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2009, par. 338-342. *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2012, par. 284. *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença, 2010, par. 233.



normas constitucionais, especialmente as das cortes supremas por estas serem as intérpretes finais e definitivas das cartas magnas de cada país.¹⁰²

A Corte Interamericana também tem feito uso do direito comparativo para informar seu entendimento dos instrumentos interamericanos de direitos humanos.¹⁰³ O dever de controle de convencionalidade tem sido reconhecido implicitamente pelo Estado brasileiro perante a Corte¹⁰⁴ e o conceito em geral alcança uma utilização crescente no judiciário brasileiro. Contudo, os problemas detalhados abaixo relacionados ao Povo Xukuru demonstram o quanto ainda precisa ser caminhado para que ele seja plenamente assegurado por reformas legislativas e um judiciário integralmente sensibilizado.

Verifica-se que os autos disponibilizados pelo Estado brasileiro sobre as ações *Didier et al.* (transitada em julgado em 28/032014) e *Petribu et al.* (ainda pendente) não contém nenhum exame judicial dos direitos convencionais do Povo Xukuru, apesar desses serem claramente implicados desde a decisão da Corte sobre direito territorial de povos indígenas. Nem a explicitação original do dever de controle de convencionalidade pela Corte no caso *Almonacid* em 2006¹⁰⁵ provocou uma mudança na abordagem do judiciário brasileiro nessas ações.

O mesmo pode ser dito com respeito à decisão *Gomes Lund et al. v. Brasil* da Corte, que informou o Estado brasileiro diretamente sobre seu dever de controle de convencionalidade em sentença de 2010,¹⁰⁶ mesmo após esse caso, os direitos convencionais do Povo Xukuru seguiram não sendo sequer contemplados pelo judiciário nas ações *Didier et al.* e *Petribu et al.* Extrai-se desse cenário a primeira violação do Estado brasileiro com respeito ao dever de controle de convencionalidade nessas duas ações: o Judiciário simplesmente nem cogitou os direitos convencionais do Povo Xukuru em suas decisões. Por si só, esse fato faz com que a Corte possa e deva considerar essas ações nulas com base no

¹⁰² Ver, por exemplo, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awaj T'ingni v. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentença, 2001.

¹⁰³ Ver, por exemplo, *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, par. 163-169.

¹⁰⁴ Verifica-se na fase de implementação da sentença de *Gomes Lund*, a tentativa do Estado brasileiro de demonstrar seu cumprimento ao menos parcial com o dever de investigação e responsabilização diretamente dependente do exercício efetivo de controle de convencionalidade, inclusive citando ações do Ministério Público Federal para tal fim, órgão este que concluiu em aplicar controle de convencionalidade. Ver *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Supervisão de Cumprimento de Sentença, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, par. 6, 22. Atividades de Persecução Penal Desenvolvidas pelo Ministério Público Federal, Grupo de Trabalho de Justiça de Transição 2011/2013, Ministério Público Federal, 2014, PDF p. 56-36: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>

¹⁰⁵ *Almonacid Arellano y otros V. Chile*, Sentença, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, par. 124.

¹⁰⁶ *Gomes Lund et al. v. Brasil*, Sentença, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, par. 46-49, 176-177, 180, 253-257, Declara 3 e 5, Dispõe 9.



direito internacional e/ou ordenar que as autoridades domésticas competentes exerçam o controle de convencionalidade devido nelas.

A falta de controle de convencionalidade nessas ações também prejudicou o Povo Xukuru por não assegurá-los uma devida análise judicial sobre a aquisição de boa-fé, ou não, dos títulos dos particulares que impetraram as ações. Conforme a jurisprudência da Corte, essa aquisição de boa-fé por terceiros inocentes é necessária para fundamentar a eventual existência de um possível interesse de um particular sobre um território ancestral indígena.¹⁰⁷

Em nenhuma das duas ações essa análise foi feita de forma adequada e com comprovação de aquisição de título em boa-fé. Tão flagrante foi essa deficiência que em uma decisão no caso *Didier et al.*, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região chegou a argumentar que mesmo uma aquisição de má fé não modificaria sua decisão que contraria os direitos do Povo Xukuru, já que havia passado muito tempo, *ipsi literis*: “*Mesmo que tenha havido a ocupação ilegítima da área, em momento anterior, o decurso do tempo, sem a oposição pertinente, a legitimou*”.

Esse embasamento é claramente inconvenional¹⁰⁸.

A falta de comprovação de aquisição de boa-fé nas duas ações em questão permite e instiga a Corte a declarar a nulidade delas com base no direito internacional e/ou ordenar o Estado brasileiro a realizar o devido controle de convencionalidade nesses processos.

Ainda com relação à ação *Didier et al.*, o judiciário fundamentou decisões em detrimento ao direito à terra do Povo Xukuru com base em uma tese jurídica que, mesmo se válida com respeito ao direito estritamente interno, é flagrantemente contrária à jurisprudência interamericana sobre o direito de propriedade coletiva de povos indígenas sob suas terras ancestrais. Conforme expressado pela Comissão no relatório de mérito:

como estabelecido consistentemente pelos órgãos do sistema interamericano, a propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não está baseada no reconhecimento oficial pelo Estado, mas sim no uso e posse tradicionais das terras e recursos; os territórios dos povos indígenas e tribais ‘pertencem a eles pelo seu uso ou ocupação ancestral’.¹⁰⁹

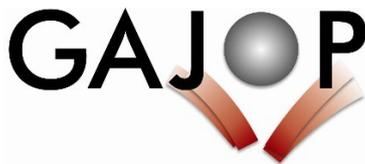
Esta Honorável Corte reconhece esse mesmo princípio¹¹⁰.

¹⁰⁷ Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2015, par. 131.

¹⁰⁸ Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2015, par. 131.

¹⁰⁹ Relatório de Mérito, 44/15, Povo Indígena Xukuru v. Brasil, 2015, par. 66 (citando CIDH, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL: O CAMINHO PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NA BOLÍVIA. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junho de 2007, para. 231).

¹¹⁰ Ver Xákmok Kásek v. Paraguai, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, par. 109.



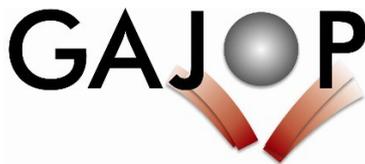
A tese conhecida como “marco temporal” que foi acatada pelo Judiciário brasileiro no caso *Didier et al.* desrespeita essa jurisprudência essencial da Corte Interamericana, pois ela vincula o direito à terra de povos indígenas explicitamente a um momento de reconhecimento formal pelo Estado, não à relação ancestral—inclusive pre-colonial—de tais povos com suas terras por questões, *inter alia*, de tradição, cultura, e sobrevivência.¹¹¹ Vale destacar que a violação do Artigo 2 com respeito a esse fato não se restringe apenas à não realização do controle de convencionalidade devido no caso *Didier et al.*, pois a tese do marco temporal tem representado uma interpretação e prática judicial que constitui uma barreira estrutural enfrentada por povos indígenas e tribais no Brasil que buscam a concretização efetiva de seus direitos convencionais até hoje. Por exemplo, no caso *Raposa Serra do Sol*, julgado em 2009, os Ministros do STF entenderam que a “*Constituição brasileira trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988)*”, para o reconhecimento dos direitos dos indígenas e seus direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, no mesmo julgamento, reconheceu que o “*estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica*” e que o “*marco da tradicionalidade da ocupação*” não se perde nos casos em que, ao tempo da promulgação da Constituição brasileira, a reocupação da área pelos indígenas apenas não ocorreu por efeito de “*renitente esbulho por parte dos não-índios*”.

Convém ressaltar que no ano de 2014, o STF, através da 2ª Turma, voltou a discutir a teoria do marco temporal, no RMS 29087 – RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA, analisou o processo demarcatório da terra indígena Guýraroká, do povo Guaraní Kaiowá e no ARE 803462 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, analisou o processo demarcatório da terra indígena Limão Verde, do povo Terena, ambas no Estado de Mato Grosso do Sul. Nestes casos, o STF anulou os processos administrativos aplicando a teoria do marco temporal e procurou definir o entendimento sobre o chamado “*renitente esbulho*” como um conflito que se materializa por “*circunstâncias de fato ou por uma controvérsia possessória judicializada*”, na data de 5 de outubro de 1988. Ocorre que antes da CF/88, os povos indígenas no Brasil eram tutelados e sequer podiam ingressar em Juízo com ações judiciais.

Portanto, a Corte pode e deve se pronunciar a respeito da inconvenção da tese do marco temporal, reconhecendo a nulidade da ação *Didier et al.* com base no direito internacional e/ou ordenando o Estado a realizar o controle de convencionalidade devido com

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentença, 2001, par. 151. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentença, 2006, par. 128.

¹¹¹ Interessante observar que a própria constituição brasileira reconhece o direito “originário” dos povos indígenas no Brasil a seus territórios ancestrais, norma essa que possa inclusive informar a análise da Corte a respeito desse tema por conta do Artigo 29 da Convenção. Ver, por exemplo, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentença, 2001, par. 153.



respeito a esse processo, bem como a tomar todas as medidas necessárias para assegurar a plena adequação devida do regime jurídico interno com respeito a essa temática.

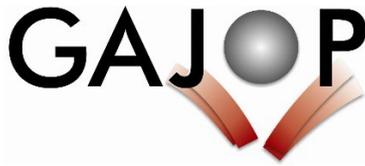
Com relação à ação *Petribu et al.*, destaca-se também que uma consideração judicial dos direitos convencionais do Povo Xukuru os teria garantido acesso direto de manifestação no processo, já que este afeta claramente sua propriedade coletiva. Segundo a Corte no caso do *Povo Saramaka*, Estados partes da Convenção devem assegurar em seus regimes jurídicos internos o reconhecimento efetivo da personalidade jurídica coletiva de povos indígenas e tribais, conforme o Artigo 3 do tratado.¹¹²

No caso *Petribu et al.*, como o Judiciário não fez esse controle de convencionalidade, o pedido da FUNAI no início do processo para que o Povo Xukuru fosse incluído na ação foi ignorado pelo Judiciário e continua esquecido até hoje. Sabe-se que somente um exame de convencionalidade pode garantir o reconhecimento efetivo da personalidade jurídica do Povo Xukuru no processo, pois com respeito ao direito estritamente interno, as cortes brasileiras—inclusive o STF (RMS 29087 – RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA e ARE 803462 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, acima) — tem desvalorizado a importância de tal reconhecimento em múltiplos casos relacionados a povos indígenas.

A falta de reconhecimento efetivo da personalidade jurídica coletiva do Povo Xukuru na ação *Petribu et al.* permite e instiga a Corte a declarar a nulidade desse processo com base no direito internacional e/ou ordenar o Estado brasileiro a realizar o devido controle de convencionalidade dele.

Também com relação ao processo *Petribu et al.*, a falta de consideração dos direitos convencionais do Povo Xukuru tem deixado essa ação se prolongar até a presente data sem que tenha sido definitivamente afastada a possibilidade de uma anulação desproporcional e desastrosa de todo o processo demarcatório do território indígena. Isso não é uma preocupação meramente acadêmica, pois outros povos indígenas têm sofrido a injustiça de terem seus processos demarcatórios anulados em momento tardio pelo judiciário brasileiro, como o caso de Guyraroká e Limão Verde, acima descrito. De fato, por conta da decisão do STJ no Mandado de Segurança nº 4802-DF (segundo o voto vencedor, não teria havido oportunidade de os interessados terem seus títulos dominiais examinados), decisão judicial interna no processo *Petribu et al.* afirmou haver “vícios” (suposta falta de intimação dos cônjuges de alguns proprietários *que sim foram citados e exerceram seu direito de defesa*) no procedimento demarcatório que poderiam implicar a nulidade do mesmo; parece que apenas por considerar tal possibilidade impraticável o judiciário tem até então assegurado que o remédio justo para esses supostos “vícios” seria a indenização dos particulares não indígenas.

¹¹² *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007, Serie C, nº. 172, par. 166-168.



Ocorre que o Estado ainda não realizou essa indenização e a ação tramita no judiciário. Sem o devido controle de convencionalidade, permanece existindo um risco das Cortes brasileiras tomarem a medida desproporcional de anular o processo demarcatório de forma tardia, o que implica uma incerteza jurídica insuportável para o Povo Xukuru que já lida com essa possibilidade desde o início da ação em 2002. Se fosse aplicado um controle de convencionalidade, seria claro que os critérios interamericanos para a resolução de aparentes conflitos entre direito de propriedade coletiva indígena e reclamação de particular não indígena imediatamente deixariam claro que mesmo eventualmente cabendo indenização aos particulares do caso *Petribu et al.*, jamais a anulação de todo o processo demarcatório poderia ser justificável. Segundo o *corpo iuris* interamericano aplicável:

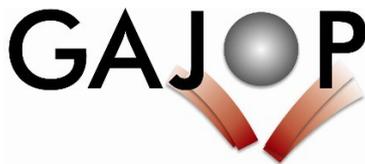
- 1) o direito a posse decorrente do direito à propriedade coletiva de povos indígenas sob suas terras ancestrais deve em regra tomar precedência sob eventual reclamado interesse particular sob um desses territórios, pois o vínculo dos povos indígenas a suas terras é de natureza unicamente insubstituível, enquanto a propriedade privada individual é passível de reparação monetária adequada;¹¹³ e
- 2) quando há um aparente confronto real entre o direito coletivo a propriedade de um povo indígena e um terceiro privado que adquiriu título em boa fé, essa controvérsia deve ser resolvida avaliando, de ambos lados os critérios sobre restrições ao direito a propriedade: a) estabelecimento por lei, b) necessidade; c) proporcionalidade; e d) propósito de alcançar objetivo legítimo em uma sociedade democrática.¹¹⁴ Caso essa avaliação fosse feita na ação *Petribu et al.*, asseguraria que a anulação do processo demarcatório do Povo Xukuru jamais poderia ser resultado compatível com o direito interamericano, pois tal eventualidade seria claramente e imensamente desproporcional aos supostos “vícios” reclamados. Seria uma ironia cruel desproporcional ver todo o processo demarcatório da Terra Indígena Xukuru anulado por suposta falta de intimação dos cônjuges de alguns proprietários quando o judiciário nem se manifestou sobre a inclusão do Povo Xukuru como parte no polo passivo da ação dos particulares.

Portanto, a Corte pode e deve se pronunciar a respeito da inconveniência de uma possível anulação do processo demarcatório do Povo Xukuru por razões como aquelas vislumbradas na ação *Petribu et al.* e/ou ordenar o Estado a realizar o controle de convencionalidade devido com respeito a esse processo.

¹¹³ Relatório de Mérito, 44/15, Povo Indígena Xukuru v. Brasil, 2015, par. 82.

¹¹⁴ *Caso Comunidade Indígena de Yakye Axa Vs. Paraguay*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005, Série C, n.º. 125, paras. 144-156.





IX. Reparações e Pedidos

Conforme jurisprudência da Corte, "[e]s un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya causado un daño, genera una obligación de proporcionar una reparación adecuada de dicho daño"¹¹⁵.

O *corpus iuris* interamericano construiu sua doutrina acerca da reparação a partir do artigo 63(1) da CADH, que determina que:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

O artigo 63(1), na interpretação da Corte Interamericana, constitui:

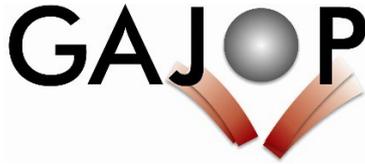
um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao produzir-se um ato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste por violação de uma norma internacional, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da violação.¹¹⁶

Este dever de reparar também consta do Princípios e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para as Vítimas de Graves Violações de Direitos Humanos e Direitos Humanitário da Nações Unidas, nos quais se determina que as reparações "devem ser proporcionais à gravidade das violações e o dano resultante e devem incluir restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição".¹¹⁷ No mesmo sentido, afirma a Corte sobre reparações que "sua natureza e montante dependem do dano causado no tanto plano material como imaterial. Neste sentido, as reparações que se estabeleçam devem guardar

¹¹⁵Corte IDH., Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, par. 230; Corte I.D.H., Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia 22 de noviembre. 2004. Serie C No. 117, par. 85; Corte I.D.H., Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, par. 138

¹¹⁶Corte I.D.H., Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia 22 de noviembre. 2004. Serie C No. 117, par. 86; Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, par. 52; Corte I.D.H., Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, par. 139

¹¹⁷ONU. Revisão dos Princípios e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para as Vítimas de Graves Violações de Direitos Humanos e Direitos Humanitário, par. 7, 24 de maio de 1996 (E/CN.4/Sub.2/1996/17).



relação com as violações declaradas [...]”¹¹⁸

Acerca das formas de reparações, os já citados princípios e diretrizes das Nações Unidas elencam e detalham suas quatro principais formas:

12. Restituição deve ser fornecida para restabelecer a situação que existia antes da violação de direitos humanos ou direito humanitário. (...)
13. Compensação deve ser fornecida para qualquer dano econômico aferível resultante da violação de direitos humanos ou direito humanitário, tais como: (a) dano físico ou mental, incluindo dor, sofrimento e abalo emocional; (b) perda de oportunidades, incluindo educação; (c) danos materiais e perda de ingressos, incluindo perda de potenciais ganhos; (d) dano à reputação ou dignidade; (d) gastos exigidos para a assistência legal ou de especialistas.
14. Reabilitação deve ser fornecida e deve incluir cuidado médico e psicológico, assim como serviços sociais e legais.
15. Satisfação e medidas de não repetição (...).¹¹⁹

O objetivo final das reparações está na *restitutio in integrum* (plena restituição), que se daria nos termos da primeira forma de reparação elencada no parágrafo anterior: restabelecimento da situação anterior à violação. Entretanto, em virtude da natureza das violações apresentadas neste caso — inclusive no que diz respeito aos assassinatos, violências, perseguições, distúrbios internos instigados, e demais tensões sofridas — esta forma de reparação não é integralmente possível. Nestes casos, segundo a Corte Interamericana:

cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.¹²⁰

No plano da compensação, deve-se considerar a perda de ingressos econômicos ou

¹¹⁸Corte I.D.H., Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, pará. 141

¹¹⁹ONU. Princípios e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para as Vítimas de Graves Violações de Direitos Humanos e Direitos Humanitário a Obter Reparação, documento elaborado por Theodore Van Boven em conformidade com a Resolução 1995/117 da Subcomissão de Direitos Humanos (E/CN.4/Sub.2/1996/17).

¹²⁰Corte I.D.H., Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia 22 de noviembre. 2004. Serie C No. 117, pará. 87; Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, pará. 53



benefícios que se tenham deixado de receber em virtude dos fatos comprovados,¹²¹ e eventuais gastos realizados em razão dos fatos e suas consequências, desde que guardem relação causal com as violações.¹²²

A respeito da compensação por danos imateriais, a Corte Interamericana entende que estes incluem

tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas¹²³,

assim como de suas famílias¹²⁴. Este dano imaterial poderá dar ensejo tanto à compensação, quanto a medidas de reparação e satisfação, como:

la realización de actos o obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos¹²⁵.

Importante destacar que não é necessário provar de forma estrita o dano imaterial. Segundo a Corte Interamericana,

[a] raíz de las violaciones que ha declarado en esta Sentencia, la Corte considera que se presume que las violaciones sí produjeron un daño imaterial, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento¹²⁶.

¹²¹Corte I.D.H., Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia 22 de noviembre. 2004. Serie C No. 117, pará. 105

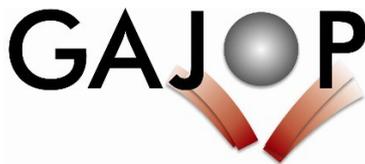
¹²²Corte I.D.H., Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, pará. 43, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, pará. 187

¹²³Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, par. 80.

¹²⁴Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros Vs. Honduras*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012, Serie C No. 241, par. 134.

¹²⁵Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C, No. 116, par. 80.

¹²⁶Corte IDH, *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C, No. 244, par. 145.



Quanto às medidas de satisfação e não repetição, a partir da contribuição do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito de Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, esta Honorable Comissão tem destacado como alguns de seus pontos fundamentais:

la verificación de los hechos, la difusión pública y amplia de la verdad de lo sucedido, una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculo con ella, una disculpa que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, la prevención de nuevas violaciones¹²⁷.

O objetivo último deste conjunto de medidas de satisfação e não repetição não é apenas reparar a integralidade do dano, mas também que dê origem à criação de instrumentos e mecanismos administrativos e judiciais aptos a prevenir a ocorrência de danos de mesma natureza e que, mesmo na ocorrência destes, que sejam capazes de proporcionar uma reparação real e célere no âmbito nacional, o que, conforme demonstrado, não foi possível em relação às violações aqui apresentadas.

Em casos de direitos de povos indígenas, a Corte tem determinado diversos tipos de reparações inclusive:

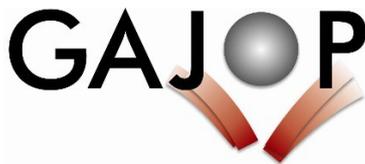
- 1) Demarcação, desintrusão completa, e garantia efetiva do uso e gozo pacífico de seus territórios ancestrais¹²⁸;
- 2) Anulação de título de particular não indígena relacionado a terra coletiva indígena¹²⁹;
- 3) Compensação por danos coletivos e individuais, inclusive através de criação de fundo comunitário¹³⁰;

¹²⁷CIDH, *Demanda en el caso de Hugo Juárez Cruzatt y otros ("Centro Penal Miguel Castro Castro") Caso 11.015 contra la República de Peru*, 09 de setembro de 2004, par. 171.

¹²⁸Povos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano e seus membros v. Panamá, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, Pontos Resolutivos e vinculados.

¹²⁹Povos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano e seus membros v. Panamá, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, Pontos Resolutivos e vinculados.

¹³⁰Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz v. Honduras, Sentença, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2015, Pontos Resolutivos e vinculados.



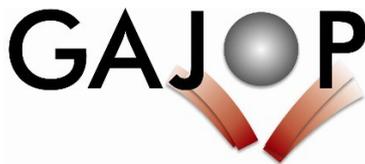
- 4) Medidas simbólicas, tais como publicação e difusão por meios de comunicação com alcance nacional da sentença condenatória da Corte, inclusive na(s) língua(s) do(s) povo(s) indígena(s) peticionário(s)¹³¹; e
- 5) Adequação, reformas e/ou aprimoramento do regime jurídico interno, em todos os sentidos necessários para fins de não repetição.¹³²

Em vista dessa jurisprudência, o Povo Xukuru, respeitosamente, reitera seus pedidos de reparação apresentados na audiência pública perante a Corte em 21 de março de 2017. Especificamente, solicita-se que esta Honrável Corte condene o Estado brasileiro e ordene que este:

- 1) finalize o processo demarcatório da terra indígena Xukuru, com a desintrusão total da área, retirando os ocupantes não-indígenas, no prazo de um ano, garantindo sua proteção contra novas invasões;
- 2) publique a sentença da Corte nos veículos de comunicação, TV, jornais e transmitir via rádio no estado de Pernambuco e em nível nacional;
- 3) realize ato público reconhecendo a responsabilidade estatal pelos fatos;
- 4) dê continuidade às medidas de proteção em favor de Zenilda e Marcos, fortalecendo o Programa Nacional de Defensores e Defensoras de Direitos Humanos;
- 5) crie fundo de desenvolvimento comunitário para o Povo Xukuru, considerando o número de seus integrantes e a jurisprudência consolidada da Corte;
- 6) assegure os direitos territoriais indígenas, evitando retrocessos no regime jurídico interno, tais como a consolidação da tese do marco temporal, ameaças legislativas como a Proposta de Emenda Constitucional 215/2000 e atos administrativos como a Portaria Nº 303, de 16 de julho de 2012 da AGU e a Portaria Nº 80, de 19 de janeiro de 2017 do Ministério da Justiça e Cidadania;

¹³¹Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007, Serie C, nº. 172, Pontos Resolutivos e vinculados.

¹³²Corte IDF. *Caso Povos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015, Serie C, nº. 309, Pontos Resolutivos e vinculados. Corte IDH. *Caso do Povo Kichwa de Sarayaku Vs. Suriname*. Fundo e Reparações, Sentença de 27 de junho de 2012, Serie C, nº. 245, Pontos Resolutivos e vinculados.



- 7) assegure o acesso à justiça dos povos indígenas, garantindo a participação efetiva e reconhecimento de personalidade jurídica desses em todos os processos que lhe dizem respeito, inclusive assegurando o direito de ingressar e de se defenderem em juízo em busca de seus direitos, bem como o direito coletivo da comunidade de defender a sua terra em juízo ou perante qualquer órgão ou autoridade;
- 8) promova a adequação do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), com base na Constituição Federal de 1988 e a legislação internacional, através de um processo de consulta, livre, prévia e informada;
- 9) promova a consulta livre, prévia e informada nos termos da jurisprudência interamericana, com respaldo da Convenção 169 da OIT, sempre que houver qualquer iniciativa que afete os povos indígenas em suas terras demarcadas e/ou reivindicadas;
- 10) adeque a legislação brasileira no sentido de proteger cautelarmente as terras indígenas a partir do início do processo de demarcação, reconhecendo, assim, que a demarcação é ato meramente declaratório;
- 11) torne sem efeito, com base no controle de convencionalidade, qualquer decisão judicial que afete negativamente a integridade e segurança jurídica da Terra Indígena Xukuru, bem como torne nulo qualquer título de propriedade que se oponha ao usufruto da Terra Indígena pelos Xukuru; e
- 12) pague custas e gastos dos petionários de acordo com a jurisprudência interamericana.



Sem mais para o momento, os peticionários aproveitam a oportunidade para expressar sua mais distinta consideração para com esta Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Atenciosamente,

Adelar Cursinski

Adelar Cursinski
CIMI

Alexandra Montgomery
Justiça Global

Michael Mary Nolan

Fernando Delgado

Michael Mary Nolan

CIMI

Justiça Global

Caroline Hilgert

Raphaela de Araujo Lima Lopes

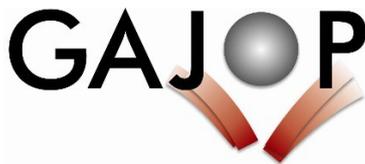
Caroline Hilgert
CIMI

Raphaela de Araujo Lima Lopes
Justiça Global

Rodrigo Deodato

Rodrigo Deodato
GAJOP – Gabinete de Assessoria
Jurídica às Organizações Populares

Guilherme Pontes
Justiça Global



Lista de Anexos

Anexo 01: Acórdão do Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Agravo nº. 803.462/MS

Anexo 02: Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 29.087-DF

Anexo 03: Declaração de dúvida no Registo

Anexo 04: STJ – Conflito de Competência

Anexo 05: Reintegração de Posse

Anexo 06: Apelação Cível

Anexo 07: Recurso Especial

Anexo 08: Relatório IPL 211

Anexo 09: Relatório Psicológico – Xukuru - 2017

Anexo 10: Denúncia MPF

Anexo 11: Morte de José Cordeiro de Santana

Anexo 12: Relatório Delegado Cotrin

Anexo 13: Denúncia MPF

Anexo 14: Ofício da 6a CCR - MPF

Anexo 15: Termo de entrevista Marcos Xukuru

Anexo 16: Termos de depoimento Zenilda

Anexo 17: Termo de Informação Francisco

Anexo 18: Ata do Júri de Zé de Santa

Anexo 19: Acórdão absolvição Zé de Santa

Anexo 20: Sentença absolvição Zé de Santa

Anexo 21: Dossiê Xukuru - Criminalização

Anexo 22: Livro Plantaram Xicão

Anexo 23: Ata de Reunião Ordinária CDDPH

Anexo 24: Sentença Condenatória cacique Marcos

Anexo 25: Linha do Tempo

Anexo 26: Linha do Tempo

Anexo 27: Linha do Tempo