



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO POVO INDÍGENA XUCURU VS. BRASIL

CONTESTAÇÃO

SETEMBRO DE 2016

Sumário

I. APRESENTAÇÃO	5
II. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	7
II.1 Definição dos limites da lide.....	7
II.2 Impossibilidade de submissão da questão da titularidade das terras indígenas ao Tribunal	10
II.3 Fatos constatados pelas autoridades do Estado brasileiro na Terra Indígena Xucuru. ..	13
III. EXCEÇÕES PRELIMINARES	15
III.1 Inadmissibilidade da submissão do caso à Corte IDH por preclusão lógica: publicação de relatório pela CIDH e violação aos arts. 50 e 51 da Convenção	15
III.2 Incompetência <i>ratione temporis</i> quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição dessa Corte (10 de dezembro de 1998)	20
III.3 Incompetência <i>ratione temporis</i> quanto aos fatos anteriores à adesão à CADH pelo Estado brasileiro (25 de setembro de 1992)	28
III.4 Incompetência <i>ratione materiae</i> quanto à suposta violação da Convenção 169 da OIT	29
III.5 Não interposição e esgotamento prévios de recursos internos	32
III.5.1 Sobre a compreensão do requisito	32
III.5.2 Sobre as situações que dispensam a interposição de recursos internos ou seu esgotamento	36
III.5.3 Sobre o momento em que os recursos internos devem ser esgotados	37
III.5.4 Sobre o ônus da prova de esgotamento	45
III.5.5 Sobre o momento em que o não esgotamento dos recursos internos deve ser contestado pelo Estado	46
III.5.6 Não interposição e esgotamento prévio dos recursos internos para se promover a titulação da propriedade da União ao tempo da petição perante a CIDH pelas supostas vítimas, por meio de representantes, ou pelas organizações peticionárias	47
III.5.7 Não interposição e esgotamento de recursos internos pelo Povo Indígena Xucuru para a desintrusão de não índios antes da petição perante a CIDH	52
III.5.8 Não interposição e esgotamento dos recursos internos para reparação pecuniária em favor do Povo Indígena Xucuru por supostas violações à CADH.....	53
III.5.9 Grave déficit de fundamentação e graves contradições no Relatório de Admissibilidade nº 98/09 quanto à aplicação das exceções ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos	56
IV MÉRITO	61
IV.1 O regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no direito brasileiro	61
IV.1.1 Legitimidade do regime jurídico constitucionalmente atribuído aos povos indígenas.....	61
IV.1.2 Elementos que informam a relação entre os índios e suas terras: o indigenato	66

IV.2 O processo de demarcação de terras indígenas e de extrusão de não índios das terras demarcadas	73
IV.2.1 Políticas e processos de demarcação e proteção territorial	73
IV.2.2 Das fases do processo de demarcação	75
IV.3 O processo de demarcação da terra do Povo Indígena Xucuru	82
IV.4 Os fatos alegados (ausência de “posse tranquila” de terra indígena e presença de não índios nas terras) não caracterizam violação ao direito de propriedade protegido no artigo 21 da CADH	83
IV.4.1 Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao art. 21.1 da CADH em combinação com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado	83
IV.4.2 O direito da União à propriedade de terras indígenas não caracteriza violação ao direito do Povo Xucuru à posse permanente e exclusiva sobre suas terras e aos demais parâmetros convencionais de proteção de seus direitos	86
IV.4.3 Não há nenhum cidadão não índio na Terra Indígena Xucuru em conflito com o Povo Xucuru	93
IV.5 Não há provas de que tenha havido violação ao direito à integridade pessoal dos membros do Povo Xucuru	98
IV.6 A compreensão dos direitos de garantias judiciais e proteção judicial à luz dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana	102
IV.7 Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao art. 8.1 da CADH	106
IV.8 Os fatos não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH: não há provas de que tenha havido violação autônoma ao direito à proteção judicial em período posterior ao reconhecimento pelo Brasil da jurisdição contenciosa da Corte	107
V. REPARAÇÕES.....	110
V.1 Sobre a compreensão geral das reparações autorizadas pela CADH	110
V.2 Sobre as chamadas <i>medidas de não repetição</i>	114
V.2.1 Sobre as medidas de não repetição a partir de violações cometidas por leis domésticas	121
V.3 Sobre a solicitação de reparações que motiva a Contestação do Estado brasileiro e a observância do contraditório e da ampla defesa	125
V.3.1 Impossibilidade e inadequação de condenação à adoção de medidas normativas de qualquer natureza para regulamentar processos de reivindicação de terras pelos povos indígenas ou de demarcação dessas terras em seu favor	126
V.3.2 Inadequação de condenação à adoção de medidas de desintrusão de não índios da Terra Indígena Xucuru.....	128
V.3.3 Inadequação de condenação à finalização de processo judicial sobre parte do território indígena Xucuru	129
VI PEDIDOS	130
LISTA DE ANEXOS	134
PROVAS.....	135
Prova testemunhal	135

Prova pericial 135

I. APRESENTAÇÃO

1. Em 16 de outubro de 2002, as organizações não governamentais Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste (doravante, "MNDH"), Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (doravante, "GAJOP") e Conselho Indigenista Missionário (doravante, "CIMI") apresentaram petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "Comissão", "Comissão Interamericana" ou "CIDH") em face da República Federativa do Brasil, pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, Estado de Pernambuco, no Brasil.

2. Em 16 de outubro de 2002, os peticionários solicitaram medidas cautelares à CIDH para garantir a vida e a integridade pessoal da liderança do povo Xucuru, Marcos Luidson de Araújo ("Cacique Marquinhos Xucuru") e de sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, em razão de supostas ameaças de morte contra ambos.

3. Em 29 de outubro de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concedeu medidas cautelares em favor do cacique do povo Xucuru e de sua mãe, a fim de que o Estado brasileiro adotasse todas as medidas necessárias para proteção da integridade pessoal e vida dos beneficiários, assim como para o início imediato de uma investigação séria e exaustiva a respeito dos fatos que originaram as medidas cautelares. O Estado brasileiro vem cumprindo as referidas medidas cautelares, por intermédio de programa apoiado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, o Programa Estadual de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos de Pernambuco (PEPDDH/PE), que tem fornecido proteção ao cacique do povo Xucuru, por meio da instalação de equipamento de segurança em sua residência e de escolta da Polícia Militar em tempo integral. Os policiais militares que acompanham o referido beneficiário pertencem à etnia Xucuru. A mãe do cacique não manifestou interesse em ser incluída no PEPDDH/PE ou a necessária anuência para tanto, razão pela qual as medidas protetivas específicas estão adstritas ao seu filho. Independente disso, a situação de toda a comunidade do povo Xucuru vem sendo acompanhada constantemente pelas autoridades policiais e por técnicos do PEPDDH/PE.

4. Em 29 de outubro de 2009, a Comissão emitiu o Relatório de Admissibilidade nº 98/09, em que admitiu a petição do caso, com relação às supostas violações dos artigos 8º

(garantias judiciais), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2º (dever de adotar disposições de direitos interno) da mesma convenção. Em razão do princípio *iura novit curia*, considerou a petição admissível também em relação à possível violação dos artigos XVIII (direito à justiça) e XXIII (direito de propriedade) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

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

6. Em 28 de julho de 2015, a Comissão emitiu o Relatório Preliminar de Mérito nº 44/15, em que concluiu que o Estado brasileiro teria violado o artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e os artigos 21 e 5.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2º, assim como os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros.

7. A Comissão Interamericana recomendou ao Estado brasileiro (i) realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru – retirada de não indígenas da terra ancestral; (ii) finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo Xucuru; (iii) realizar reparações individuais e coletivas; e (iv) adotar medidas de não repetição, em particular adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva.

8. O Estado brasileiro foi notificado em 16 de outubro de 2015 a apresentar suas informações acerca das recomendações constantes no Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015. Em 8 de março de 2016, o Estado brasileiro apresentou as informações das medidas adotadas e aquelas em curso para dar cumprimento às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso em tela, abarcando, ademais, a política indigenista brasileira, a política de promoção dos direitos sociais e proteção territorial dos povos indígenas, bem como as políticas para povos isolados e de recente contato.

9. Em 19 de abril de 2016, o Estado brasileiro foi notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante também “Corte Interamericana”, “Corte IDH”, “Corte” ou “Tribunal”) da submissão do caso à sua jurisdição.

10. Em 13 de julho de 2016, a Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos notificou o Estado brasileiro acerca da ausência de apresentação do EPAP – Escritos de Petições, Argumentos e Provas pelas vítimas, diretamente ou por meio de seus representantes, passando a correr o prazo da contestação a partir de então. Diante disso, o que fora alegado e analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório nº. 44/2015 constitui a demanda integral a ser contestada pelo Estado e analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹

Com base nas razões que exporá adiante, o Estado brasileiro compreende que exceções preliminares impedem que este caso seja apreciado no mérito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, se o for, que não deve ser julgado procedente no mérito.

II. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

II.1 Definição dos limites da lide

1. Como a CIDH deixa claro em seu Relatório de Mérito, a Comissão limitou, em seu Relatório de Admissibilidade, o objeto da análise de mérito a duas questões principais, consistentes nas alegadas violações ao "direito à propriedade do povo indígena Xucuru em virtude da *demora no processo de demarcação* de seu território ancestral e à *ineficácia da proteção judicial* destinada a garantir seu direito à propriedade"². Essas duas questões poderiam ser resumidas, nas palavras da própria Comissão, na "*demora no reconhecimento e na falta de desintrusão [retirada de não indígenas] oportuna e efetiva [da terra indígena]*"³.

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

3. A falta de uma proteção eficaz do direito à propriedade, *decorrente de reconhecimento tardio das terras indígenas (reconhecimento e demarcação) e da falha em assegurar a propriedade e a posse pacífica (ausência de desintrusão efetiva)*, teria resultado

² CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 63.

³ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 72, parte final.

na violação ao *artigo 21 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado.*

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

5. A Comissão aplica tardiamente o princípio *iura novit curia* com relação a fatos que já eram de seu conhecimento no momento da análise de admissibilidade, para considerar violado, por ocasião da análise de mérito, o *artigo 5.1 da Convenção Americana*, em decorrência de *violação à integridade psíquica e moral dos membros do povo Xucuru* (par. 85), violação que, aparentemente, foi presumida a partir de *situação de precariedade, conflito, risco à vida e à integridade pessoal do povo Xucuru, decorrente da falha em assegurar-lhe a propriedade e a posse pacífica da terra indígena.*

6. *Da falta de eficácia do processo administrativo para a desintrusão da terra indígena e da demora em sua conclusão para o reconhecimento e demarcação da terra indígena* resultariam as violações aos *artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1, a partir de 25 de setembro de 1992.*

7. De forma mais específica, a *duração não razoável de dois processos judiciais* iniciados por ocupantes não indígenas da terra do povo Xucuru (ação de reintegração de posse iniciada em março de 1992 e ação ordinária iniciada em fevereiro de 1992 para anulação do processo administrativo de demarcação) teria resultado na violação ao *artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento.*

8. Todas as violações e fatos específicos relatados acima estão incluídos no escopo de algumas das alegadas ações e omissões do Estado brasileiro após 10 de dezembro de 1998, indicadas no escrito de apresentação do caso⁴. Essas ações e omissões submetidas ao Tribunal são as seguintes:

- A violação do direito à propriedade coletiva do povo por uma demora de sete anos sob a competência temporal no processo de reconhecimento desse território.

⁴ CIDH. Caso Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil. *Escrito de apresentação*, 16 mar. 2016, p. 2.

- A violação do direito à propriedade coletiva pela falta de regularização total desse território ancestral de 1998 até a presente data.
- A violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial vinculadas com a mesma demora no processo administrativo de reconhecimento.
- A violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial – desde 10 de dezembro de 1998 – na decisão de ações civis interpostas por ocupantes não indígenas sobre partes do território ancestral.

9. **Observa-se que o questionamento quanto à sentença do Superior Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2007, resultado de recurso no âmbito de ação de reintegração de posse – que, segundo análise contida no relatório preliminar de mérito⁵, seria incompatível com a ancestralidade das terras indígenas, segundo parâmetros internacionais – não foi submetido à consideração desse Tribunal.**

10. **A Comissão considerou, na análise de mérito, que não seria possível expandir o objeto do mérito com relação a alegações novas sobre "criminalização das lideranças indígenas", o que alegadamente se teria concretizado por meio de inúmeras ações penais promovidas pelo Ministério Público Federal contra indígenas Xucuru. A CIDH avaliou que não havia informação detalhada ou específica sobre essas supostas ações, não restando clara a sua conexão com o objeto do caso em questão, nem a maneira pela qual os recursos internos teriam sido esgotados. Essas alegações ficaram fora do escopo do caso.⁶ Conforme se depreende da leitura do escrito de apresentação do caso, esses fatos não foram submetidos à análise do Tribunal.**

11. **Com relação às alegações específicas sobre assassinatos de lideranças indígenas e defensores de seus direitos⁷ e ameaças e tentativa de homicídio contra o cacique Marquinhos Xucuru, a Comissão concluiu que esses fatos não poderiam ser considerados senão como parte do contexto do caso. A CIDH considerou que os argumentos de mérito sobre esses fatos foram apresentados tardiamente, apenas na fase de mérito, ao passo que, na fase de admissibilidade, foram retratados como parte do contexto, alegadamente caracterizado por uma situação de insegurança geral para o povo Xucuru. Ademais, a Comissão constatou a falta de informação suficiente sobre os supostos fatos, as denúncias às autoridades estatais e os correspondentes processos de investigação e persecução penal. Dessa forma, segundo a CIDH, não foi possível "realizar determinações autônomas de**

⁵ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 106.

⁶ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), 64.

⁷ José Everaldo Rodrigues Bispo, filho do Pajé do povo (4 de setembro de 1992); Geraldo Rolim, representante da FUNAI e defensores dos direitos dos povos indígenas (14 de maio de 1995); e o Cacique Xicão, chefe do povo Xucuru (21 de maio de 1998).

admissibilidade e mérito por estes fatos". Apesar da falta de informação detalhada, reconhecida pela própria CIDH, os referidos fatos foram considerados pela Comissão a título de contexto.⁸ **Esses fatos específicos não foram submetidos à análise desse Tribunal por meio do escrito de apresentação do caso, nem mesmo a título de contexto.**

12. **A CIDH decidiu, expressamente, não se pronunciar, no mérito, sobre o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, assim como sobre o regime jurídico aplicável às terras indígenas no Brasil, mais especificamente sobre a questão da titulação dessas terras, que pertencem à União, conforme determinação constitucional.** Segundo a CIDH, "os peticionários não apresentaram alegações específicas sobre o alcance e natureza do título em si"⁹. Com isso, da perspectiva do Estado brasileiro, a Comissão estabeleceu um parâmetro mínimo para a inclusão da questão da titulação das terras indígenas na análise de mérito do caso, o qual não foi atendido, segundo análise da própria Comissão. **Os atos estatais de caráter legislativo referentes a essa questão não foram submetidos à análise do Tribunal de forma expressa e específica.**

II.2 Impossibilidade de submissão da questão da titularidade das terras indígenas ao Tribunal

13. No escrito de apresentação do caso, a CIDH não tomou o mesmo cuidado observado em seu relatório preliminar de mérito na definição do escopo do caso, tendo apresentado a demanda ao Tribunal, aparentemente, em termos mais amplos que aqueles do relatório preliminar de mérito, o que não é admitido pelas regras do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

14. No escrito de apresentação¹⁰, a CIDH afirma o seguinte:

O caso está relacionado com a violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru em consequência: i) da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, **titulação**, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais e ii) da demora na regularização total dessas terras e territórios, de maneira que o mencionado povo indígena possa exercer pacificamente tal direito. Além disso, o caso está relacionado com a violação dos direitos às garantias

⁸ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 7 e 65.

⁹ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 72.

¹⁰ CIDH. *Caso Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil. Escrito de apresentação*, 16 mar. 2016, p. 1.

judiciais e proteção judicial, em consequência do descumprimento da garantia de prazo razoável no mencionado processo administrativo, assim como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas em relação a parte das terras e territórios ancestrais do povo indígena Xucuru. (grifo nosso).

15. O Estado brasileiro considera que essa Honorable Corte Interamericana não deve se pronunciar sobre questões de fato e de direito que foram expressamente colocadas fora do objeto do mérito do caso, o que inclui supostas violações por atos estatais comissivos ou omissivos sobre os quais a CIDH tenha decidido não se pronunciar, a exemplo da questão da titulação das terras indígenas. Caso contrário, o Tribunal estaria substituindo as partes no processo, o que feriria as garantias do devido processo legal.

16. Ainda que o Tribunal tenha liberdade para avaliar os fatos do caso e estabelecer suas consequências jurídicas, o Estado entende que ir além do objeto do caso, conforme determinado no relatório preliminar de mérito da CIDH, fere o direito de ampla defesa do Estado e faz com que os requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos, não tenham efeitos práticos, maculando a legitimidade do sistema de petições e casos e o processo ante o Tribunal.

17. A respeito da delimitação do objeto do caso ante a Corte Interamericana, deve-se recordar que, ao decidir não publicar seu relatório de mérito, a Comissão deverá respeitar o disposto no artigo 35 do Regulamento da Corte, devendo submeter o caso àquele Tribunal, mediante a apresentação do relatório preliminar de mérito (artigo 50 da Convenção Americana) e de um escrito de apresentação do caso a essa Honorable Corte, o qual esclarece, definitivamente, quais fatos estão sendo apresentadas ao Tribunal. Confirma-se o dispositivo regulamentar:

Artigo 35. Submissão do caso pela Comissão

1. O caso será submetido à Corte mediante apresentação do **relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção**, que contenha **todos os fatos supostamente violatórios, inclusive a identificação das supostas vítimas**. Para que o caso possa ser examinado, a Corte deverá receber a seguinte informação:

- a. os nomes dos Delegados;
- b. os nomes, endereço, telefone, correio eletrônico e fac-símile dos representantes das supostas vítimas devidamente credenciados, se for o caso;

c. os motivos que levaram a Comissão a apresentar o caso ante a Corte e suas observações à resposta do Estado demandado às recomendações do relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção;

d. cópia da totalidade do expediente ante a Comissão, incluindo toda comunicação posterior ao relatório ao que se refere o artigo 50 da Convenção;

e. as provas que recebeu, incluindo o áudio ou a transcrição, com indicação dos fatos e argumentos sobre os quais versam. Serão indicadas as provas que se receberam em um procedimento contraditório;

f. quando se afetar de maneira relevante a ordem pública interamericana dos direitos humanos, a eventual designação dos peritos, indicando o objeto de suas declarações e acompanhando seu currículo;

g. as pretensões, incluídas as que concernem a reparações.

2. Quando se justificar que não foi possível identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de casos de violações massivas ou coletivas, o Tribunal decidirá em sua oportunidade se as considera vítimas.

3. A Comissão deverá indicar quais dos fatos contidos no relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção submete à consideração da Corte.

18. Portanto, além do relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção, a Comissão, nos termos do artigo 35.3 do Regulamento da Corte, deverá apresentar a esse Tribunal o escrito de apresentação do caso, indicando quais fatos contidos no relatório de mérito previsto no artigo 50 da Convenção submete à consideração da Corte. Em outras palavras, a Comissão Interamericana, por meio desse documento, estabelece, em definitivo, os limites da demanda posta à análise da Corte Interamericana.

19. Analisando o referido documento, o Estado brasileiro alerta que a Comissão Interamericana, apesar de ter excluído do mérito do caso a questão da titularidade das terras indígenas no Brasil, incluiu essa questão no escrito de apresentação do caso à Corte Interamericana, de forma indireta, o que não deve ser admissível.

20. O Estado brasileiro ressalta que o escrito de apresentação do caso não deve ser interpretado de forma apartada do relatório preliminar de mérito e que este, por sua vez, deve observar os limites das questões de mérito estabelecidos no relatório de admissibilidade. Dessa forma, o que restou estabelecido como fora do objeto da análise meritória pela Comissão não pode ser interpretado como fazendo parte do escopo do litígio ante a Corte Interamericana. Com efeito, a Comissão tinha pleno conhecimento da legislação brasileira

sobre a titularidade das terras indígenas no Brasil e, expressamente, decidiu não se pronunciar sobre o assunto, tendo em vista a ausência de alegações específicas quanto ao tema. Na verdade, nada há no Relatório de Admissibilidade nº 98/09 que permita inferir que a convencionalidade da titulação de terras indígenas no Brasil fazia parte do mérito. Apesar disso, a CIDH decidiu justificar sua decisão de não se pronunciar sobre questão de fato e de direito que, a toda evidência, não fazia parte do mérito do caso.

21. Em síntese, a Comissão situa os atos estatais de caráter legislativo, referentes à titularidade das terras indígenas no Brasil, fora da análise de mérito do caso. Assim é possível concluir da análise do relatório de admissibilidade e do relatório preliminar de mérito. Portanto, não havia possibilidade jurídica de submissão da questão da titularidade das terras indígenas no Brasil ao Tribunal. Os atos estatais referentes ao assunto (i) não foram objeto de alegação específica ante o Tribunal, quer pelos representantes das supostas vítimas, quer pela Comissão Interamericana; (ii) foram excluídos da análise de mérito, de forma expressa, pela CIDH, guardiã da ordem pública interamericana; (iii) e, segundo as regras procedimentais do sistema de petições, não poderiam ser submetidos à análise da Corte Interamericana.

22. Sendo a definição dos atos estatais que são referidos à Corte Interamericana questão prévia ao controle de convencionalidade desses mesmos atos, não deve o Tribunal considerar qualquer questionamento à titularidade das terras indígenas no Brasil. Caso contrário, será violada a premissa jurídica mais básica em qualquer processo judicial: assegurar transparência na definição da acusação ou dos atos que se questionam.

II.3 Fatos constatados pelas autoridades do Estado brasileiro na Terra Indígena Xucuru.

23. Em análise detida do Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015, verifica-se que a Ilustre CIDH baseou-se em dados fáticos do caso que hoje estão ultrapassados para concluir que o Estado teria violado obrigações da CADH. Tanto em relação à constatação da situação dos indígenas na terra demarcada, quanto no que tange às ações judiciais mencionadas, o Estado brasileiro, com auxílio de força especial para verificação *in loco* realizada no período

de 1º a 5 de agosto de 2016¹¹, deparou-se com realidade diversa da descrita e que merece ser agora destacada.

24. Conforme se analisará mais à frente, desde a conclusão dos trabalhos acerca da identificação dos ocupantes não índios e indenização das benfeitorias de boa-fé por eles ocupadas, o Estado brasileiro identificou 624 ocupações, tendo indenizado, até hoje, 523 delas. Das 101 ocupações restantes, verificou-se que 19 eram pertencentes aos próprios indígenas, já previamente identificadas, restando, portanto, 82 ocupações referentes aos não índios. Destas, 75 ocupações já estão sob posse permanente e exclusiva do Povo Indígena Xucuru¹², das quais 14 ocupações, identificadas pela região denominada por Fazenda Pedra D'Água, estão sob posse dos membros da comunidade indígena Xucuru desde 1990 e 61 ocupações, mantidas anteriormente por 45 ocupantes não índios, foram sendo ocupadas pelo Povo Xucuru gradativamente, entre 1992 e 2012. Aqueles 45 ocupantes não índios estão em tratativas com autoridades do Estado para que recebam indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé ao tempo em que ocupavam a terra indígena.

25. Assim, apenas 7 ocupações são mantidas atualmente por não índios. E somente 6 ocupantes estão nelas. Esses 6 ocupantes não índios lá estão com a anuência dos próprios membros da comunidade, que em acompanhamento à visita *in loco* do Estado à terra indígena não manifestaram nenhuma discordância acerca da presença deles na área.

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

27. A ação de reintegração de posse dizia respeito à Fazenda Caípe, de aproximadamente 300 ha, no Município de Pesqueira/PE, que fora ocupada por cerca de 350 índios da comunidade indígena Xucuru em 1992. Tal ação transitou em julgado em 28 de março de 2014, a favor dos autores. A despeito disso, conforme constatado *in loco*, os cidadãos não índios que antes ocupavam a Fazenda Caípe não estão mais ocupando aquela terra, estando a área sob a posse exclusiva e pacífica dos membros do Povo Xucuru. Milton

¹¹ Instrução Técnica Executiva n. 214/2016/DPT, de 26 de julho de 2016.

¹² Informação Técnica nº. 143/2016/CGAF/DPT/FUNAI e Informação Técnica nº 155/2016/CGAF/DPT-FUNAI.

Didier e Maria Edite Didier estão em tratativas com o Poder Público para que recebam indenização pelas benfeitorias que realizaram de boa-fé na fazenda. A situação de fato indica que houve absoluta perda de interesse dos autores da ação em ocupar novamente a área, que hoje está, reprise-se, totalmente ocupada pelos indígenas.

28. Em relação à ação anulatória, verificou-se que, ainda que esteja pendente de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, os ocupantes não índios, igualmente, não mais permanecem na área, tendo sido ocupadas pelos indígenas ao longo dos anos. Os cidadãos não índios autores da referida ação estão em processo negociador com o Poder Público para que recebam reparação material por benfeitorias realizadas de boa-fé. A situação de fato indica, de igual modo, que não há mais nenhum interesse dos cidadãos não índios em ocupar a referida parcela da terra indígena.

III. EXCEÇÕES PRELIMINARES

III.1 Inadmissibilidade da submissão do caso à Corte IDH por preclusão lógica: publicação de relatório pela CIDH e violação aos arts. 50 e 51 da Convenção

29. A Corte IDH foi chamada a se pronunciar, mediante opinião consultiva (Opinião Consultiva OC-13/93, de 16 de julho de 1993), sobre algumas atribuições da CIDH, oportunidade em que afirmou sua interpretação sobre a natureza dos relatórios da CIDH e sua publicidade. No que interessa ao presente debate, a opinião disse respeito especialmente à correta compreensão dos artigos 50 e 51 da Convenção Americana:

Artigo 50

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório. (grifo nosso)

30. Essa Honorável Corte reafirmou o que já consta de maneira bastante clara no texto da Convenção Americana. Os relatórios que podem ser editados pela Comissão, segundo os artigos 50 e 51 da Convenção Americana, estão relacionados a três fases distintas do procedimento, a partir do que se deve compreender sua natureza e nível de publicidade.

31. O relatório previsto no artigo 50.1 da Convenção possui natureza preliminar e não pode, de maneira alguma, ser publicado pelo Estado, pelos peticionários ou pela Comissão. Trata-se de relatório que conclui preliminarmente os trabalhos da CIDH e que decorre da ausência de solução anterior para o caso.

32. Se no prazo de três meses a partir do envio do relatório aos Estados não houve solução para o caso ou sua submissão à Corte, a Comissão poderá emitir seu relatório definitivo, nos termos do artigo 51.1 da Convenção.

33. Uma vez emitido o relatório definitivo e transcorrido o prazo fixado pela Comissão para que o Estado possa remediar a situação examinada, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, se publica ou não o relatório.

34. Veja-se essa interpretação a partir da dicção dessa Honorável Corte:

46. Esas normas se inspiraron en los artículos 31 y 32 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de acuerdo con los cuales, cuando la Comisión Europea considera que existen violaciones a los derechos consagrados por dicha Convención, puede enviar el informe, que es uno solo, al Comité de Ministros a fin de que éste disponga las medidas que el Estado afectado debe tomar, o someterlo en forma de demanda al conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos para que el tribunal decida, de manera imperativa, sobre las violaciones alegadas.

47. Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención Americana atribuyó a la Comisión la

facultad de determinar si somete el caso a la Corte o bien si continúa conociendo del mismo y redacta un informe final, que puede o no publicar.

48. Supuesta la admisibilidad y sin perjuicio del procedimiento previo contemplado en los artículos 48 y 49, los artículos 50 y 51 de la Convención establecen etapas sucesivas. En la primera, regulada por el artículo 50, la Comisión, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo.

Una recta interpretación del artículo 50, basada en un presupuesto de igualdad de las partes, implica que la Comisión tampoco puede publicar ese informe preliminar, el cual se transmite, en la terminología de la Convención, solamente “a los Estados interesados”.

49. El artículo 47.6 del Reglamento de la Comisión, según el cual “[e]l informe se transmitirá a las partes interesadas, quienes no estarán facultadas para publicarlo” y en virtud de que frente a la Comisión los solicitantes y las víctimas pueden tener el carácter de partes (por ejemplo, artículo 45 del Reglamento de la Comisión), no se conforma con el artículo 50 de la Convención y su aplicación ha dado lugar a que se altere el carácter reservado del informe y la obligación de no publicarlo.

50. Una segunda etapa está regulada por el artículo 51 y, en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la Comisión está facultada, dentro de dicho período, para decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto. Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención.

(...)

52. El artículo 51 faculta a la Comisión para elaborar un segundo informe, cuya preparación está sometida a la condición de que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte, dentro del plazo de tres meses dispuesto por el mismo artículo 51.1, lo que equivale a decir que, si el caso ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar [ese] informe (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 63; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 63 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 66). En caso contrario, la Comisión posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes. Deberá además hacer las recomendaciones pertinentes, dándole un plazo adicional al Estado para que tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la Convención.

53. Se trata, entonces, de dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones y a los cuales la Convención ha dado el nombre de “informes” y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo.

54. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. Em efecto, vencido el plazo que la Comisión ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en este último sin que se acaten, la Comisión decidirá si lo publica o no, decisión ésta que también debe

*apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.*¹³ (grifo nosso)

35. A Corte IDH exerceu novamente sua competência consultiva a respeito dos relatórios da CIDH por meio da Opinião Consultiva OC-15/97, de 14 de novembro de 1997. A Corte IDH afirmou, entre outras coisas, que a CIDH não está autorizada a modificar suas opiniões, conclusões e recomendações uma vez transmitidas a um Estado nos termos do artigo 51.2 da CADH, salvo nas circunstâncias excepcionais que a própria Corte aponta na fundamentação de sua decisão. Do voto do juiz Máximo Pacheco Gómez, consta em particular:

27. La naturaleza y objeto de la sentencia de la Corte es diferente a la resolución o informe de la Comisión. Desde luego, el fallo de la Corte, aunque definitivo e inapelable es, conforme a la Convención Americana, susceptible de interpretación (artículo 67). La sentencia de la Corte es también obligatoria y se puede ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68.2 de la Convención).

*28. En cambio el informe o resolución de la Comisión no produce esos efectos vinculantes. Lo que se pretende mediante su intervención es que sobre la base de la buena fe, la Comisión pueda obtener la cooperación del Estado para, a través de todos los medios posibles, someter el asunto a la consideración de la Corte, por lo que, en ese evento, debe utilizarse el procedimiento establecido en el artículo 51 de la Convención. De ahí que ese artículo, así como el anterior, se refieran a “un informe en que se expondrán los hechos y sus conclusiones”, para luego referirse “a las recomendaciones pertinentes” y a analizar si el Estado ha tomado “las medidas que le competen para remediar la situación examinada”, **para decidir al final, como máxima sanción, si publica o no su informe.**¹⁴ (grifo nosso)*

36. De tudo que se expôs resta evidente que o relatório preliminar emitido pela Comissão não pode ser, de maneira alguma, publicado pelas partes ou pela própria Comissão. Apenas o relatório definitivo da CIDH, uma vez transcorrido o prazo para adoção de medidas para remediar a situação e mediante votação da maioria absoluta de seus membros, pode ser publicado.

¹³ CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-13/93, de 16 de julho de 1993*. Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, parágrafos 46-54.

¹⁴ CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-15/97, de 14 de novembro de 1997*. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

37. A questão possui crucial importância porque, como bem acentuado em voto na Opinião Consultiva nº 15-97, a possível publicação de relatórios definitivos constitui a máxima sanção que o Estado pode sofrer ao término do procedimento perante a Comissão. Referida sanção, consistente com o que se costuma chamar *power of embarrassment*, *mobilisation de la honte*, ou *blaming and shaming*, com evidentes consequências para a imagem internacional do Estado, só pode ser aplicada caso o relatório definitivo seja emitido, o que, por sua vez, decorre necessariamente de decisão da CIDH de não submeter o caso à Corte. A construção normativa da Convenção é bastante razoável, já que a submissão do caso a essa Corte permitirá, se for o caso, a prolação de sentença condenatória contra o Estado e sua posterior publicação, o que constitui *per se* uma sanção ao Estado e uma forma de reparação das violações em favor das vítimas. Deve-se considerar ainda a possibilidade de a Corte vir a constatar que o Estado não pode ser responsabilizado pelas supostas violações, o que desaconselha a imposição de uma sanção prévia baseada no *power of embarrassment*.

38. A publicação de sentença dessa Honorable Corte e de relatório da Comissão constituem, portanto, **sanções alternativas, não cumulativas**. Situação diversa, com a publicação de relatório da Comissão e sentença dessa Corte, constitui violação a preceitos explícitos da Convenção Americana.

39. No presente caso, a Comissão Interamericana tem mantido, em seu sítio eletrônico, página com o inteiro teor do Relatório Preliminar de Mérito nº 44/2015, de 28 de julho de 2015¹⁵, mesmo tendo submetido o caso à Corte Interamericana em 16 de março de 2016 (ANEXO 1).

40. Para o Estado brasileiro, a decisão da Comissão de publicar relatório e submeter o caso a essa Honorable Corte implica preclusão lógica para fazê-lo. A Convenção Americana é bastante clara ao autorizar a Comissão a emitir relatório definitivo, e eventualmente publicá-lo, ou submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana. Ainda que os procedimentos insculpidos no artigo 51 da Convenção não tenham sido observados, notadamente a aprovação da publicação por maioria absoluta dos membros da CIDH, sua decisão de publicar o Relatório de Mérito nº 44/2015 manifesta claramente sua intenção de impor a sanção máxima que está ao seu alcance contra o Estado.

41. Nesse sentido, o Estado brasileiro solicita a essa Corte que declare a inadmissibilidade do presente caso, à luz do art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos

¹⁵ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito)

Humanos, tendo em vista que a publicação do relatório preliminar de mérito e suas consequências constituem questão prejudicial ao mérito, o que coincide com a noção que se tem de exceção preliminar conforme jurisprudência desse Tribunal.

42. Caso essa Honorável Corte entenda não ser possível declarar a referida inadmissibilidade, o que se cogita a título apenas argumentativo, o Estado brasileiro solicita a essa Corte que declare a conduta da CIDH de publicar seus relatórios preliminares e definitivos mesmo que submetidos à Corte como violadora dos artigos 50 e 51 da Convenção, para, então, determinar sua retirada do sítio eletrônico da Comissão e de qualquer outro meio pelo qual a Comissão mantenha referido relatório disponível ao público.

III.2 Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição dessa Corte (10 de dezembro de 1998)

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

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

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

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

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

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

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

Despite this principle, the Inter-American Court holds that it cannot rule on any violation of the Convention's rights that occurred before the State accepted the Court's jurisdiction. In other words, the Court has jurisdiction over events that took place in a State Party to the American Convention only after that State accepted the jurisdiction of the Court or over events that continued after the date of acceptance.¹⁶

50. A declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH em termos irrestritos, contudo, não evita que os Estados sejam julgados por fatos anteriores à data da declaração. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969, traz em seu artigo 28 o regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações em tratados e dispõe claramente que, ao tempo da entrada em vigor do tratado para um Estado, suas disposições obrigam-no para fatos posteriores e anteriores que ainda não deixaram de existir, os chamados fatos de efeitos continuados. É o que se extrai de interpretação a *contrariu sensu* do referido dispositivo:

Art. 28. **A não ser que uma intenção diferente resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma**, as disposições de um tratado não obrigam uma parte em relação a um fato ou ato que ocorreu ou a uma situação que deixou de existir, antes da entrada em vigor do tratado, para essa parte.¹⁷ (grifo nosso)

51. Logo, a submissão de Estados à jurisdição da Corte para fatos iniciados antes de seu reconhecimento e que não deixaram de existir ao tempo da declaração é decorrência do regime geral de submissão dos Estados a compromissos internacionalmente assumidos.

52. Amparada no princípio da *compétence de la compétence (kompetenz-kompetenz)*, segundo o qual todo tribunal tem a autoridade inerente para determinar os limites da própria competência,¹⁸ e invocando o art. 28 da CVDT, essa Corte firmou jurisprudência que reconhece sua competência *ratione temporis* para conhecer de violações aos direitos humanos de caráter continuado, mesmo que iniciadas em momento prévio ao reconhecimento estatal da jurisdição contenciosa da Corte.

¹⁶ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pgs. 5604.

¹⁷ ONU. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, art. 28.

¹⁸ BURGORGUE-LARSEN, L. & ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011, p. 4.

53. Ocorre que aquele mesmo dispositivo da Convenção de Viena, ao dispor sobre o regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações internacionais, também excepciona “*uma intenção diferente [que] resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma*”. A Convenção Americana, para a assunção da obrigação de se submeter à jurisdição da Corte IDH, é um desses tratados que autorizam regime temporal diverso:

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

A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, **por prazo determinado** ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.¹⁹ (grifo nosso).

54. Amparados no art. 62 da Convenção, portanto, seus Estados Partes podem elaborar declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte IDH em termos irrestritos (art. 62, 1) ou condicionais (art. 62, 2). A declaração de aceitação em termos irrestritos submete o Estado declarante ao regime geral de efeitos temporais do compromisso, instituído pelo art. 28 da CVDT. A declaração em termos condicionais, autorizada pelo art. 62, 2, da CADH, pode estabelecer regime temporal diferenciado.

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

56. Há Estados Partes da Convenção Americana que impuseram limitação temporal para o reconhecimento da jurisdição obrigatória dessa Corte. Ao invés de simplesmente reconhecerem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tais Estados se

¹⁹ OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 62, 2 e 3.

valeram da faculdade insculpida no art. 62, 2, da CADH para aceitar sua competência apenas quanto aos fatos posteriores a determinada data:

Chile recognized the Court's jurisdiction only as to "situations occurring subsequent to the date of deposit of this instrument of ratification, or, in any event, to circumstances which arose after 11 March 1990". Likewise, Brazil, Paraguay, Guatemala, Mexico, Nicaragua, and El Salvador incorporated conditions of nonretroactivity in their instruments of acceptance.²⁰

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

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

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (grifo nosso)

58. Ao apreciar os termos e as circunstâncias do reconhecimento de sua jurisdição por declarações com limitação temporal proferidas por determinados Estados, essa Corte tem construído o entendimento de que tais declarações restringem sua jurisdição para os **fatos ou omissões iniciados após a data indicada na declaração**. Essa compreensão distingue tais Estados daqueles cuja declaração não indica qualquer limitação temporal, já que para estes, ainda que os fatos anteriores e instantâneos escapem à jurisdição da Corte (princípio da irretroatividade), os fatos iniciados antes da aceitação da competência e que constituem violação continuada estariam sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana, como já se comentou acima.

59. Consequentemente, ainda segundo aquela construção jurisprudencial, a suposta violação estatal do dever de proteção judicial (art. 25.1 da CADH), alegadas em razão de o Brasil supostamente não ter fornecido ao povo indígena Xucuru recurso efetivo para resolver

²⁰ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pos. 5692.

o reclamo territorial de seus membros, **só estaria sujeita à jurisdição da Corte se tais processos e recursos se iniciaram ou deveriam ter se iniciado após o marco temporal indicado na declaração de reconhecimento de jurisdição da Corte.** Processos iniciados antes daquele marco temporal, ainda que estivessem em curso após aquela data, não poderiam ser invocados para se alegar violação do Estado ao dever de proteção judicial, por incompetência *ratione temporis* dessa Egrégia Corte.

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

61. Em relação, especificamente, à suposta violação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Comissão expressamente afirmou que (...) *não conta com elementos suficientes para considerar que foram consumadas violações autônomas do direito de recorrer aos tribunais consagrado nessa Declaração entre o início do processo administrativo em 1989 e 25 de setembro de 1992.*²¹ Se não existiram elementos suficientes para caracterização de violação específica e autônoma à Declaração, por decorrência lógica não existiriam também tais elementos quanto à suposta violação em relação à Convenção Americana, considerando que se trata de fatos a serem julgados e não de mera interpretação de atos normativos. Ou o fato violador da Convenção existiu ou não existiu, independentemente do parâmetro normativo utilizado.

62. Assim, não basta que a Comissão aponte o processo administrativo de demarcação como um todo, ou sua demora, como fato violador do dever de proteção judicial. É preciso que se apontem os fatos específicos e autônomos ocorridos no curso daquele processo e que constituem tal violação. É necessário também que esses fatos tenham comprovadamente ocorrido após o marco temporal de submissão do Estado à jurisdição dessa Corte:

Debido a que el Estado demandado estableció una limitación temporal al reconocer dicha competencia, que persigue el objetivo de que queden fuera de la competencia de la Corte los hechos o actos anteriores a la fecha del depósito de la declaración de reconocimiento de la competencia del

²¹ CIDH. *Caso n° 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório n° 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 99.

Tribunal, así como los actos y efectos de una violación continua o permanente cuyo principio de ejecución sea anterior a dicho reconocimiento, y que la alegó como excepción preliminar, el Tribunal procede a analizar si esta limitación es compatible con la Convención Americana y a decidir sobre su competencia.

[...]

En el presente caso, la limitación temporal hecha por El Salvador al reconocimiento de la competencia de la Corte tiene su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación es válida, al ser compatible con la norma señalada.

[...]

De conformidad con las anteriores consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado para que el Tribunal no conozca de los hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.

Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención (*supra* párr. 73), **la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por El Salvador para que el Tribunal no conozca de aquellos hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia.**

[...]

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.**²² (grifo nosso)

Asimismo, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, este tipo de limitaciones temporales al reconocimiento de la competencia de la Corte tienen su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación se encuentra prevista en la propia Convención.

[...]

Esta Corte ha considerado que **en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia.**

[...] Dichos hechos [...] podrían constituir violaciones autónomas de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la

²² CORTE IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentença de 23 de novembro de 2004. (Exceções Preliminares). Série C, No. 118, pars. 62, 72, 73, 78 e 79.

misma. **En consecuencia, el Tribunal estima que no están excluidos por la limitación realizada por el Estado. De otra parte, acerca de las supuestas “omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Luis Almonacid” alegadas por la Comisión (supra párr. 40.a.ii), la Corte advierte que ni ésta ni el representante precisaron cuáles son esas omisiones, por lo que la Corte no puede determinar a cuáles hecho se refieren y, por ende, la fecha en que ocurrieron, por lo que desestima tal argumento.**²³ (grifo nosso).

63. Esses contornos especiais das declarações que certos Estados fizeram ao reconhecer a jurisdição da Corte IDH são usualmente questionados pela Comissão e pelas vítimas, que tentam atrair a competência dessa Honorable Corte para apreciar eventual violação ao direito à proteção judicial derivada de fatos iniciados antes da data fixada na declaração de aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH. Essa tentativa tem por objetivo tornar inócua a opção do Estado em reconhecer a competência da Corte Interamericana em momento posterior à adesão ao Pacto de São José e em limitar sua jurisdição somente aos fatos iniciados após a data indicada no ato de aceitação.

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

65. A Comissão alega que o Estado é responsável pela violação continuada dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais (arts. 8.1 e 25.1, em combinação com o art. 1.1 da CADH), em detrimento do Povo Indígena Xucuru quanto ao reclamo territorial de seus membros. Com base na declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH pelo Brasil e considerando-se que as supostas violações de direitos humanos acima indicadas teriam se iniciado majoritariamente em data anterior a 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro compreende que essa Honorable Corte possui competência *ratione temporis* para analisar somente as possíveis violações aos arts. 8.1 e 25.1 da CADH causadas por fatos comprovadamente iniciados ou que deveriam ter se iniciado após 10 de dezembro de 1998 e

²³ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 154, pars. 43, 44, 48 e 49.

que constituam **violações específicas e autônomas de denegação de justiça**. A Comissão Interamericana, no entanto, não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fatos iniciados ou que deveriam ter se iniciado após 10 de dezembro de 1998 e que constituiriam, segunda ela, violações específicas e autônomas de denegação de justiça, o que deve implicar, à luz da jurisprudência dessa Honorable Corte, a inadmissibilidade do presente caso.

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

Este Tribunal no se referirá a las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones concretadas en hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.²⁴

67. De forma específica, nota-se que a questionada ação de reintegração de posse iniciada em março de 1992 e a questionada ação ordinária iniciada em fevereiro de 1992 para anulação do processo administrativo de demarcação da terra indígena do povo Xucuru – que teriam resultado em violação ao artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, por desrespeito à duração razoável do processo – estão fora da competência em razão do tempo da Corte Interamericana, segundo os parâmetros jurisprudenciais apontados.

68. Com relação às alegações de duração não razoável do processo administrativo para demarcação da terra ancestral do povo Xucuru e de falta de sua eficácia para assegurar o respeito à propriedade coletiva desse povo, o Estado brasileiro considera que a definição de um marco temporal preciso para a análise do Tribunal somente é possível se este se orientar pelo processo administrativo em questão, o qual, como se verá na próxima seção, teve início antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana. Há que se

²⁴ Corte IDH. *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, No. 130. par. 201.

identificar, portanto, violações específicas e autônomas aos artigos 8º e 25 da Convenção com relação ao processo administrativo de reconhecimento e demarcação da terra indígena. Do contrário, não haverá como estabelecer qualquer marco temporal para a análise do Tribunal, o que impediria a condução do processo segundo normas claras e pré-estabelecidas.

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

III.3 Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à adesão à CADH pelo Estado brasileiro (25 de setembro de 1992)

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

71. Cabem, quanto à interpretação dos efeitos temporais da aludida adesão, os comentários lançados acima a respeito da compreensão do artigo 28 da CVDT.

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

73. Entre o conjunto de fatos supostamente violadores da CADH trazidos no presente caso estão aqueles notificados pela Comissão referentes ao processo administrativo de reconhecimento, demarcação e titulação do território indígena Xucuru antes do procedimento previsto pelo decreto n. 1.775, de 08/01/1996. A Comissão inclui quase todas as fases de um procedimento preliminar de demarcação, antes do procedimento previsto pelo novel decreto, a contar de março de 1989, quando foi editada a Portaria n. 218/FUNAI/89, que determinou a criação de grupo técnico para identificar o território indígena. Inclui, ademais, a portaria do Ministro da Justiça de maio de 1992 (Portaria n.259/MJ/92), que declarou os limites da terra indígena e determinou sua demarcação. Todos esses fatos, ocorridos antes de setembro de 1992 são, evidentemente, anteriores à data de adesão do Brasil à Convenção e não estão sob a competência em razão do tempo do Tribunal.

74. À vista do exposto, notadamente da data de adesão do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, essa Colenda Corte Interamericana deve reconhecer sua incompetência *ratione temporis* para conhecer e julgar supostas violações da

CADH iniciadas antes da data de adesão do Brasil à Convenção (25 de setembro de 1992), o que significa afastar da análise de mérito quanto aos fatos noticiados pela Comissão referentes ao processo de demarcação da terra indígena Xucuru a contar de 1989 até setembro de 1992.

III.4 Incompetência *ratione materiae* quanto à suposta violação da Convenção 169 da OIT

75. Sabe-se que a utilização do sistema de petições individuais estabelecido na Convenção Americana é limitada à análise de supostas violações a direitos previstos em tratados integrantes do sistema protetivo da Organização dos Estados Americanos (OEA). É o que se extrai do espírito da Carta da OEA, da CADH, além do art. 23 do Regulamento da CIDH, a saber:

Artigo 23. Apresentação de petições

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, **na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento.** O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão. (grifo nosso)

76. Analisando a competência dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação a instrumentos distintos da Convenção Americana, o juiz Sergio García Ramírez, no caso do *Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru*, considerou extremamente perigosa a ampliação de competência não prevista na Convenção Americana, pondo em risco o conjunto de direitos e liberdades das pessoas:

(...)

6. Até hoje, a Corte Interamericana não havia recebido consultas ou litígios que tivessem como personagem principal – ou, pelo menos, como um dos personagens principais, de maneira específica –, a mulher. Obviamente, a Corte abordou temas em que se projeta a questão da igualdade a propósito do gênero (como o *Parecer Consultivo OC-4/84, “Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização”*, de 19 de janeiro de 1984) e, igualmente, teve de conhecer de casos que dizem respeito a mulheres na condição de vítimas de violações de direitos humanos ou pessoas em risco, cuja situação justifica medidas provisórias de caráter cautelar e tutelar. No entanto, nesses casos a violação, ou o risco, não evidenciava, necessariamente, considerações vinculadas direta e imediatamente à condição feminina da vítima.

7. **Não compete à Corte – que carece do poder de atrair e recusar questões contenciosas, e tampouco pode sugerir, formalmente, temas para consulta – suscitar o envio de demandas ou pedidos de parecer sobre assuntos específicos, independentemente da maior ou menor relevância que esses assuntos pudessem ter para a formulação da jurisprudência interamericana. A seleção de casos cabe, exclusivamente, aos que tenham sido investidos de legitimidade processual para submetê-los à consideração da Corte, sujeitos a seus próprios ordenamentos e dotados de autonomia – que a Corte não pode questionar – para formular a proposta, suscitando, assim, o desempenho jurisdicional.** Daí que a Corte não se tenha ocupado de certos aspectos concernentes a direitos das mulheres, embora o tenha feito a propósito de outros grupos de população, também relevantes e vulneráveis, de características muitas diversas: menores de idade, membros de comunidades indígenas, trabalhadores migrantes, detidos, deslocados etc.

8. No caso a que corresponde a Sentença, que acompanho com este *Voto*, propôs-se, pela primeira vez, a aplicação da Convenção de Belém do Pará, sobre a qual não existe pronunciamento anterior da Corte. Havia, no entanto, pronunciamentos em outros casos referentes à aplicabilidade e à aplicação de instrumentos do *corpus juris* americano dos direitos humanos diferentes da CADH: Protocolo de San Salvador, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Este caminho havia sido, pois, suficientemente percorrido; aquele, no entanto, estava pendente de proposta, análise e solução. Havia sido, até hoje, um “tema inexplorado”, sem definição. Já não o é, graças à Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Castro Castro*.

(...)²⁵ (grifo nosso).

77. No caso em tela, a própria Comissão traz à tona, como parâmetro de julgamento, diploma estranho ao sistema protetivo da Organização dos Estados Americanos, como é o

²⁵ CORTE IDH. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C, 160, par. 6-8, pg. 159.

caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Ao Estado brasileiro parece inquestionável que este Respeitável Tribunal carece de competência material para analisar eventuais violações ao referido tratado.

78. A Convenção nº 169 foi celebrada sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que é um dos órgãos pertencentes à Organização das Nações Unidas (ONU), cujos instrumentos, por sua vez, não compõem o sistema protetivo da Organização dos Estados Americanos. Aliás, especificamente em relação à Convenção nº 169 da OIT, a própria Comissão Interamericana, em diversas oportunidades²⁶, declarou especificamente não possuir competência material para analisar supostas violações ao citado tratado. Em *Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs Honduras* e *Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus Miembros vs Honduras*, respectivamente, tem-se:

(...)

10. Respecto de lo planteado por la peticionaria en la denuncia, **sobre que se declare que el Estado de Honduras violó el Convenio 169 de la OIT, la Comisión carece de competencia al respecto**, sin perjuicio de lo cual puede utilizarlo como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, a luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana²⁷. (grifo nosso)

39.

(...)

39. Respecto de lo planteado por la peticionaria en la denuncia, **sobre que se declare que el Estado de Honduras violó el Convenio 169 de la OIT, la Comisión carece de competencia al respecto**, sin perjuicio de lo cual puede y debe utilizarlo como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, a luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención. (grifo nosso)

79. Acrescente-se, por fim, que o Estado brasileiro se encontra submetido a mecanismo próprio de supervisão de cumprimento das convenções da OIT. Esse sistema regular de supervisão é baseado no exame, por dois órgãos, de relatórios (também chamados

²⁶ Ver Informe nº 63/10, Petición 1119-03, Admisibilidad, Comunidad Garífuna Punta Piedra Y Sus Miembros, párrafo 34; CIDH, Informe nº 29/06, Petición 906-03, Admisibilidad, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, párrafo 39; y CIDH, Informe nº 39/07, Petición 1118/03, Admisibilidad, Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus miembros, párrafo 49.

²⁷ En igual sentido, ver CIDH, Informe No. 29/06, Petición 906-03, Admisibilidad, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, párrafo 39; y CIDH, Informe No. 39/07, Petición 1118/03, Admisibilidad, Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus miembros, párrafo 49.

de memórias) preparados pelos Governos sobre a aplicação, na lei e na prática, das Convenções de que são parte e mesmo daquelas que não ratificaram. Os órgãos de supervisão normativa são o Comitê de Especialistas sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (órgão técnico) e a Comissão Tripartite sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (órgão político). Os países têm a obrigação de apresentar relatório sobre as oito Convenções Fundamentais e quatro prioritárias a cada dois anos. Para as demais convenções, chamadas de Convenções Técnicas (ex.: Convenção nº 169 da OIT), a obrigação é de apresentar relatório a cada cinco anos. O Comitê de Peritos pode solicitar que os relatórios sejam apresentados fora de ciclo.

80. Desse modo, considerando que a Convenção nº 169 da OIT é norma estranha ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Estado brasileiro solicita dessa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos que, nesse aspecto, seja declarada a sua incompetência em razão da matéria para análise do caso.

III.5 Não interposição e esgotamento prévios de recursos internos

III.5.1 Sobre a compreensão do requisito

81. Tradicional é a regra de Direito Internacional que impõe dever ser conferido ao Estado a oportunidade de reparar internamente supostas violações a direitos humanos ocorridas em seu território, antes que se possa exercer qualquer jurisdição internacional. Tal preceito reforça o caráter subsidiário e complementar do sistema internacional, particularmente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em relação à jurisdição doméstica, ao mesmo tempo que reforça o papel do Estado enquanto ente que detém a responsabilidade primária de promover a devida reparação.

82. A interposição e esgotamento prévios dos recursos internos, talvez em decorrência da sua importância para o bom funcionamento do Sistema, é o primeiro requisito de admissibilidade das petições apresentadas perante a Comissão, nos termos do artigo 46 da Convenção:

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

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

83. A incidência do requisito e da sua devida compreensão é sedimentada e indiscutível, já tendo sido expressamente declarada pela Corte Interamericana em situações diversas. O *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* é emblemático nesse sentido:²⁸

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

84. Note-se que a Convenção Americana dispõe que o requisito estará devidamente satisfeito quando os recursos tiverem sido interpostos e esgotados. Isso não é por acaso. Em diversas situações, o peticionário logra comprovar a interposição, mas não seu esgotamento; em outras, não há qualquer prova ou sequer alegação de interposição do necessário recurso. A distinção também se reflete sobre as hipóteses que excepcionam o requisito. Enquanto certas hipóteses excepcionam a própria interposição do recurso (art. 46, 2, a e b, primeira parte, da Convenção), outras excepcionam somente seu esgotamento, de maneira que a interposição continua sendo necessária (art. 46, 2, b, *in fine*, e c, da Convenção). Mais ainda, a percepção desta dupla face do requisito é decisiva para a correta compreensão do ônus de provar a interposição e esgotamento prévios e, especialmente, a hipótese que o excepciona, conforme será demonstrado adiante.

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

²⁸ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Série C. N° 4, par. 61.

En este caso, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, **antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios.**²⁹ (grifo nosso)

86. No *Caso Acevedo Jaramillo et al. Vs. Peru* esta Colenda Corte também deixou claro que o esgotamento de recursos internos adequados e efetivos é ao mesmo tempo obrigação e direito do Estado, já que é por meio dos recursos internos que o Estado pode reconhecer e reparar a violação de direitos humanos e com isso não ser submetido a foros internacionais:

[...] The Court makes clear **that the State is the principal guarantor of human rights and that, as a consequence, if a violation of said rights occurs, the State must resolve the issue in the domestic system and redress the victim before having to answer before international fora**, such as the Inter-American System for the Protection of Human Rights; as it derives from the ancillary nature of the international system in relation to local systems for the protection of human rights.³⁰ (grifo nosso)

87. Nesse sentido, ao Estado deve ser dada a oportunidade de promover, por determinado recurso interno, esse duplo efeito: reconhecimento e reparação. Logo, não pode a vítima ou seu representante buscar diretamente a tutela jurisdicional internacional sem antes promover a utilização de recurso interno com esse duplo objetivo. O reconhecimento de violação de direitos humanos e a reparação dele decorrente só podem ser solicitados à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos se ambos – reconhecimento e reparação - foram antes objeto de recurso manejado na jurisdição doméstica.

88. Ao promover recurso interno para, eventualmente, obter condenação criminal em face do Estado por suposta violação a direito tutelado pela CADH, por exemplo, não pode a vítima ou seus representantes buscarem reparação pecuniária junto a jurisdição internacional sem antes buscar essa reparação por meio do adequado recurso interno. É fundamental dar ao Estado a oportunidade de realizar essa reparação, sob pena de afronta a um dos pilares de

²⁹ CORTE IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras*. Decisão de 13 de novembro de 1981. Série A. Nº 101, par. 26.

³⁰ CORTE IDH. *Caso Acevedo-Jaramillo et al. Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C. Nº 157, par. 66.

funcionamento de todo o Sistema. Não pode o Estado, reprise-se, ser surpreendido com um pedido de reparação pecuniária perante qualquer jurisdição internacional sem nunca antes ter tido a oportunidade de promover tal reparação domesticamente. Essa situação revela ofensa à responsabilidade primária do Estado de reconhecer e reparar violações de direitos humanos e à natureza subsidiária do sistema internacional de proteção.

El fundamento de esta regla es **proporcionar al Estado la oportunidad de reparar, por sus propios medios, la situación jurídica infringida; por consiguiente, los recursos internos deben ser de tal naturaleza que suministren medios eficaces y suficientes para alcanzar ese resultado.** Antes de que la Corte se pronunciara sobre el particular, la misma Comisión ya había tenido oportunidad de señalar su criterio sobre la naturaleza de los recursos que hay que agotar.³¹ (grifo nosso)

89. A limitação da jurisdição internacional para determinar reparações pecuniárias sem que antes tal reparação tenha sido buscada na jurisdição doméstica é reconhecida no Sistema Europeu de Direitos Humanos:

The award of damages, the Court's other main avenue of providing just satisfaction, involves a more incisive remedial role of the Court, and is intended to provide direct relief to the applicant. Like the issuance of declaratory judgments, however, the power to order damages also is constrained by the principle of subsidiarity and can be exercised only when the Court "is satisfied that the injured party cannot obtain adequate reparation under the national law of the State concerned."³²

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

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

Es a la Comisión a la que corresponde esa apreciación, sin perjuicio de que, respecto de lo actuado por ella antes de que el caso haya sido sometido a la

³¹ LEDESMA, Héctor F. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 303.

³² NIFOSI-SUTTON, Ingrid. The Power of the European court of human rights to order specific non-monetary relief: a critical appraisal from a right to health perspective. *Harvard Human Rights Journal*, 2010, Vol. 23, p. 54

Corte, ésta tiene la facultad de revisar in todo lo que aquella haya hecho y decidido (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 29; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 34 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 32).³³

III.5.2 Sobre as situações que dispensam a interposição de recursos internos ou seu esgotamento

92. As excepcionais situações em que se relativiza a incidência do requisito são somente aquelas trazidas pela própria Convenção Americana:

Art. 46. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.³⁴

93. Nas situações em que o não esgotamento de recursos internos é justificado pelos peticionários a partir de uma das exceções acima, a análise do requisito se relaciona com a suposta violação pelo Estado de seu dever de prover recursos adequados e efetivos para proteção judicial, ou seja, com uma suposta nova violação das obrigações do Estado decorrentes da Convenção. Em muitos casos, portanto, a questão do não esgotamento de recursos internos se aproxima da questão de mérito.

94. Isso não pode significar, contudo, que é desnecessário esgotar recursos internos adequados e efetivos diante da alegação de suposta violação aos direitos de garantias judiciais (art. 8º) e proteção judicial (art. 25) previstos na Convenção, a não ser que haja uma efetiva ausência de recursos internos idôneos, adequados para a defesa dos direitos invocados e efetivos para tal fim.

³³ CORTE IDH, *Opinião Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990*. Exceções ao esgotamento dos recursos internos (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A. Nº 11, par. 39.

³⁴ OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 46, §2º.

95. Especificamente quanto à dispensa de esgotamento de recursos internos quando estes sofrem demora injustificada para a sua conclusão (art. 46, 2, c, da Convenção), o Estado brasileiro conhece entendimento dessa Corte no sentido de que processos judiciais que tardam mais de cinco anos sem sentença ultrapassam a duração razoável a que faz referência o art. 8º, 1, da Convenção, e que tais processos só podem ser aceitos como recursos adequados se o Estado trazer “explicação convincente para justificar a demora”.³⁵ Resta claro, portanto, que essa Honrável Corte reconhece haver razões aptas a justificar a demora processual em certos casos e que compete aos Estados demonstrar, de modo convincente, a incidência dessas razões em cada caso.

96. No presente caso, há recursos internos adequados e efetivos para a proteção de todos os direitos que se alega tenham sido violados e para obter todas as reparações decorrentes de violações eventualmente comprovadas. Não obstante, as vítimas, embora pudessem e ainda possam ter acesso a referidos recursos e obter tais reparações, não se desincumbiram da obrigação de interpô-los e esgotá-los previamente. É o que se demonstrará a seguir.

III.5.3 Sobre o momento em que os recursos internos devem ser esgotados

97. A Convenção Americana dispõe claramente que a petição apresentada inicialmente à Comissão deve preencher todos os requisitos estabelecidos em seu artigo 46, entre os quais se encontra a interposição e o esgotamento de recursos da jurisdição interna. Cabe transcrever novamente a norma para o posterior detalhamento de sua compreensão:

Art. 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;³⁶

98. A Convenção não poderia ter sido mais clara ao asseverar que a petição apresentada perante a Comissão só será admitida quando hajam sido interpostos e esgotados

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

³⁶ OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 46, §1º.

os recursos da jurisdição interna. A Convenção não permitiu a admissão de petições pela Comissão cujos recursos internos estavam em vias de serem interpostos ou esgotados, ou ainda no estágio de iminente esgotamento, **mas somente daquelas cujos recursos internos que a justificam já tenham sido interpostos e esgotados.**

99. De fato, a interposição e o esgotamento de recursos da jurisdição interna só podem ser prévios se o forem em relação à apresentação dos fatos e das alegações perante o mecanismo internacional de proteção. Interpretação diversa, de maneira a permitir a apresentação de petições perante a Comissão sem o esgotamento dos recursos internos, desconsiderando as ações e recursos apresentados por pessoas que inevitavelmente seriam afetadas pela demarcação da terra indígena Xucuru, implica uma série de consequências negativas, indesejáveis e prejudiciais ao Estado demandado, à Comissão, às vítimas e ao funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo.

100. A tese do esgotamento posterior dos recursos internos ou a aplicação de exceções a esse requisito de forma não fundamentada ou com déficit de fundamentação – como é o caso – afigura-se prejudicial, em primeiro lugar, às vítimas, porque estimula a submissão de petições perante a Comissão sem o prévio esgotamento de recursos internos e, com isso, incentiva-os a evitar o recurso, ou seu exaurimento, às instâncias da jurisdição doméstica, que são as vias primárias de proteção e reparação de violações de direitos humanos. A tese de esgotamento posterior acaba por inverter a ordem de complementaridade entre os sistemas doméstico e interamericano de proteção dos direitos humanos: este passa a ser o sistema primário de proteção, algo absolutamente indesejado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e por seus Estados Partes, responsáveis primários pela promoção e defesa desses direitos.

101. Dessa forma, seria muito importante que a Corte se debruçasse novamente sobre o momento processual oportuno para que a CIDH analise o esgotamento dos recursos internos.

102. É verdade que a jurisprudência mais recente da Corte Interamericana, com entendimento inaugurado no caso *Wang Ho Wing vs. Peru*³⁷, acatando posicionamento histórico da CIDH, aponta, pela primeira vez, que o referido momento processual é o da análise de admissibilidade e não o da apresentação da petição. Esse posicionamento, que

³⁷ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Peru. Sentença de 30 de junho de 2015 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 297. par. 25-28.

chegou a ser repetido em caso posterior³⁸, é temerário para o funcionamento eficaz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e enseja desconfiança da parte dos Estados na capacidade de a Corte Interamericana aplicar as regras processuais de forma imparcial, lógica e justa.

103. O Estado brasileiro recorda e subscreve as críticas do Juiz Eduardo Vio Grossi ao referido entendimento dessa Honorable Corte, expresso no julgamento do caso *Wang Ho Wing*, em seu voto dissidente:

La Sentencia se refiere a los dos alegatos del Estado formulados a propósito de la excepción preliminar que plantea. Uno consistente en que al momento en que se presentó la petición inicial no se habían agotado los recursos internos, y el otro referido a que, al decidir la admisibilidad la Comisión no tomó en cuenta que se encontraba en trámite otras demandas de hábeas corpus interpuestos por el representante. En el presente escrito interesa tan solo el primer alegato, respecto al que la Sentencia proporciona cuatro razones para desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado por incumplimiento de la obligación, por parte del peticionario, de agotar en forma previa a la petición, previamente los recursos internos.

La primera de esas razones está formulada como sigue: “[t]al como lo mencionó el Estado, las decisiones que agotaron los recursos internos según la Comisión fueron adoptadas después de la presentación de la petición inicial. Sin embargo, la Corte advierte que el artículo 46 de la Convención Americana, al exigir que dicho agotamiento se produzca “[p]ara que una petición o comunicación [...] sea admitida por la Comisión” (subrayado añadido), debe ser interpretado en el sentido que exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma”.

De esa forma, la Sentencia sigue su invariable postura de que el requisito del previo agotamiento de los recursos internos debe estar cumplido al momento en la Comisión decide sobre la admisibilidad de la petición y no cuando ésta es presentada, posición que, como se ha indicado en la Parte I de este escrito y especialmente en sus acápites B, C y D, no se comparte en este voto, puesto que, en especial, contradice lo dispuesto expresamente en el propio artículo 46.1.a), al olvidar el calificativo de “*presentada*” que le atribuye a la petición para señalar que es respecto de ella que procede declararla admisible o inadmisibile, no pondera las observaciones del Estado y el hecho de que ellas solo pueden referirse a esa petición y que de esa forma se establece el contradictorio en la materia y sobre la cual debe pronunciarse, y, por último, no considera que, para pronunciarse sobre la admisibilidad, la Comisión debe “*verificar*”, esto es, comprobar que se ha cumplido el requisito del previo agotamiento de los recursos interno, lo que indudable y consecuentemente debe haber acontecido antes de ese instante.

³⁸ Corte IDH. Caso Duque Vs. Colômbia. Sentença de 26 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No. 310. par. 34.

Es de advertir también que la Sentencia parece incurrir en una contradicción, puesto que, en el marco de la exposición de su segunda razón para desestimar la excepción preliminar en cuestión, afirma que “[u]na vez transmitida la petición al Estado se inicia la etapa de admisibilidad y por ende el contradictorio sobre si se cumplen con los requisitos de admisibilidad de la petición, entre ellos, el requisito de agotamiento de los recursos internos” y que “es al momento de analizar la admisibilidad donde la Comisión decide si la petición cumplió o no con dicho requisito, o si resulta aplicable alguna de las excepciones previstas en la Convención”. De esas palabras se podría colegir que la Sentencia sigue la tesis expuesta en este voto, vale decir, que es sobre el contradictorio establecido o conformado por la petición y las correspondientes observaciones del Estado, que debe recaer el pronunciamiento de la Comisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la petición “presentada”.

Empero, ello no es así. La segunda razón esbozada por la Sentencia para desestimar la aludida excepción preliminar es que “el Reglamento de la Comisión hace una distinción entre el momento en que se realiza la revisión inicial, cuando se examina solamente si la petición incluyó información sobre ‘las gestiones emprendidas para agotar los recursos [...] o la imposibilidad de hacerlo’, y el momento de decidir la admisibilidad, cuando se determina si ya se agotaron los mismos o aplica alguna excepción a este requisito”. De esa manera, la Sentencia parece reducir o poner el acento en que la obligación contenida el artículo 28.h del Reglamento de la Comisión consiste en que en la petición se suministre “información” y no sobre que ésta específicamente debe ser sobre “las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo”. Dicho de otro modo, pareciera que para la Sentencia basta con que se indique en general algún tipo de información sobre tales gestiones para que se cumpla el requisito necesario para considerar la petición y no que se indique clara y específicamente cuales son las gestiones, que hasta ese momento, esto es, el de la presentación de la petición, se han emprendido para agotar dichos recursos.

Por el contrario, en este voto se sostiene que la obligación prevista en el artículo 28.h no es, pues, únicamente la de “informar” que se realizaron gestiones sino la de “informar” específicamente “sobre las gestiones emprendidas” hasta ese momento, “para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo”. La obligación consiste, entonces, en que se den a conocer las gestiones específicamente realizadas y que implicaron que los señalados recursos ya se encuentran agotados o que se indique la imposibilidad de agotarlos. Dicha obligación no consiste, consecuentemente, en informar genéricamente que se llevaron a cabo gestiones, sino que en informar específicamente cuales son las llevadas a cabo y que dan cuenta sea que se agotaron los recursos internos, sea que es imposible hacerlo.

La tercera razón invocada por la Sentencia para desechar la excepción en comento está planteada en los siguientes términos: “[l]a Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. No obstante, no afecta el carácter subsidiario del sistema interamericano el hecho que el análisis del cumplimiento del requisito

de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición. Por el contrario, de estar pendiente algún recurso interno, el Estado tiene la oportunidad de solucionar la situación alegada durante la etapa de admisibilidad”.

Con esa afirmación, la Sentencia olvida que el cumplimiento de la regla del previo agotamiento de los recursos internos es básicamente una obligación que, si bien puede beneficiar al Estado o ser de su interés, es esencialmente del peticionario, esto es, es él el que la debe cumplir. La Sentencia, en cambio, parece comprender que dicha regla es una obligación del Estado, pues indica, que si está pendiente algún recurso, él puede solucionar o remediar tal situación. Pero, además, con dicha frase la Corte está incentivando a que se presenten peticiones ante la Comisión aún sin haberse agotado los recursos internos, pues ello podría hacerse después, posibilitando así la coexistencia de la jurisdicción nacional con la instancia interamericana en un mismo caso.

Por otra parte, la Sentencia parece no tener en cuenta que no le corresponde al Estado agotar los recursos sino que a él le compete, si procede, solucionar la situación alegada en los recursos que el peticionario haya presentado en su jurisdicción y si no ha presentado ninguno o aún ellos están pendientes, no le corresponde proporcionar solución alguna, puesto que aún su responsabilidad internacional no está comprometida.

La cuarta razón invocada por la Sentencia para no admitir la excepción en cuestión es la siguiente: *“[a]dicionalmente, la Corte considera que sería contrario al principio de economía procesal que se inadmitieran peticiones con base en que al momento de la presentación inicial no se habían agotado recursos internos, si al momento que se analiza la admisibilidad esos recursos ya fueron agotados. En sentido similar, se han pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] en algunos casos, así como la Corte Internacional de Justicia respecto del acceso a su jurisdicción”.*

Con la referencia a la economía procesal, la Sentencia provoca de manera más directa aunque se tenga necesariamente que reiterar la afirmación que en este escrito se ha hecho antes, en cuanto a que si no fuese obligatorio haber agotado los recursos internos antes de formular la petición, se permitiría que, al menos durante un tiempo, un mismo caso fuese tratado en forma simultánea por la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional, y que ello podría constituir un incentivo perverso a que se eleven presentaciones ante la Comisión aun cuando no se haya cumplido con el referido requisito, con la esperanza de que se pueda cumplir con él en forma previa al pronunciamiento de dicha instancia respecto de su admisibilidad. Evidentemente, tal posibilidad no fue imaginada ni querida por la Convención.

A modo de acotación adicional, habría que señalar que las referencias a precedentes en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el de la Corte Internacional de Justicia que hace la Sentencia en apoyo a lo que ha resuelto, baste con señalar que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni el Reglamento de esta última se contempla una norma como la del artículo 46.1.a) de la Convención. Además, en ambos casos, se trata de tribunales y no de una instancia no judicial, como es la Comisión, ante la que debe acreditarse el cumplimiento del requisito en cuestión. Ello quiere decir, que en el caso europeo, lo que se dispone es que, antes de recurrir al

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deben agotarse los recursos de jurisdicción interna. Esa es la norma general, admitiéndose la excepción solo si se alcanza dicho agotamiento en breve tiempo después de la presentación. Y en el caso de la Corte Internacional de Justicia, se trata de casos relativos a reconocimiento de competencia de la misma y no de la interposición de una excepción preliminar concerniente al agotamiento previo de los recursos internos. Por ende, la referencia a tales presuntos precedentes no son tales.³⁹

104. Ao aceitar que a comprovação do esgotamento dos recursos internos ocorra após a apresentação da petição, a Comissão acaba por condicionar o processamento das petições e, em última análise, a edição de seu relatório de admissibilidade, a tentativas – muitas vezes inúmeras de comprovar a observância desse requisito, o que causa entraves e demoras indesejadas no processamento das petições e dos casos como um todo. Essas tentativas, realizadas na maioria das vezes em comunicações com os peticionários e com os Estados, não raro tomam muitos anos e, com isso, distanciam consideravelmente a Comissão dos fatos supostamente violadores de direitos humanos.

105. É nesse ponto, aliás, que a ideia de esgotamento posterior, defendida pela Comissão, acaba por prejudicar o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo, inclusive dessa Honrável Corte. Ao desconsiderar a natureza do requisito tal como definida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (esgotamento prévio, não posterior), a Comissão acaba não só por oportunizar aos peticionários a comprovação posterior de que os recursos internos foram esgotados antes da apresentação da petição, mas também por permitir que o próprio esgotamento de tais recursos seja posterior à submissão da petição e, até mesmo, a completa inauguração e encerramento de recursos internos após a submissão dos fatos ao seu conhecimento. Todas essas situações ocorreram no presente caso, como se demonstrará adiante.

106. Não obstante sua compreensão quanto ao momento em que os recursos internos devem ser esgotados, o Estado brasileiro conhece decisões dessa Corte que relativizam a regra da Convenção, para admitir que petições sejam apresentadas à Comissão mesmo antes do esgotamento de recursos internos. Essa postura da Corte IDH, que precedeu a apontada mudança de entendimento do Tribunal, parecia mais coerente com as normas regulamentares e convencionais ainda vigentes. É preciso lembrar, no entanto, que nas referidas situações, a Corte deixava claro que o esgotamento dos recursos internos deve ocorrer antes do início do

³⁹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Peru. Sentença de 30 de junho de 2015 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 297. Voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi. p. 18-21.

trâmite da petição pela Comissão, ou seja, antes que o Estado seja notificado a apresentar suas primeiras considerações sobre a demanda:

La Corte advierte que si bien la Comisión recibió la denuncia acerca de este caso cuando el procedimiento penal se hallaba pendiente de resolución definitiva en última instancia, ante la justicia militar, la mera presentación de aquélla no motivó que la Comisión iniciara el trámite del asunto. [...]

Es necesario observar que en este caso el trámite **comenzó varios meses después de la presentación de la denuncia, cuando ya existía sentencia definitiva del órgano de justicia militar de última instancia.** Fue precisamente entonces cuando la Comisión hizo saber al Perú, mediante notificación de 29 de junio de 1994, la denuncia presentada y requirió sus observaciones sobre ella, para que el Estado pudiera aducir en su defensa lo que creyese pertinente.⁴⁰ (grifo nosso).

107. O referido entendimento jurisprudencial, ainda que relativize a regra geral da Convenção quanto ao momento em que os recursos internos devem ser esgotados, privilegia o devido processo legal no Sistema Interamericano, já que preserva o direito do Estado de apresentar sua primeira resposta à petição somente após o esgotamento dos recursos internos relacionados às supostas violações e não estimula a concomitância do processo interno e do processo internacional de direitos humanos.

108. Oportuno observar que entre o recebimento da petição e a expedição de relatório de admissibilidade, no presente caso, passaram-se 7 anos. Há casos em que esse espaço de tempo é de mais de uma década. O fato de a Corte admitir que a CIDH analise o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos apenas quase uma década após a apresentação da petição não permite a racionalização do sistema de petições e casos e agrava a lentidão do processamento de petições, prejudicando o conjunto dos jurisdicionados que devem ter seus direitos salvaguardados pelos órgãos do Sistema Interamericano. Não se trata aqui de um jogo de *blaming and shaming*, mas da necessária construção de um sistema de petições individuais que seja célere e efetivo. Isso não será alcançado com o progressivo e constante afrouxamento dos requisitos de admissibilidade, como vem ocorrendo no âmbito da CIDH e desse Tribunal.

109. No presente caso, alegou-se a demora do processo administrativo para demarcação das terras indígenas, que se iniciou em 1989 e terminou em 2005, como exceção à exigência do prévio esgotamento dos recursos internos, ainda que o processo administrativo não implicasse recurso à disposição dos petionários, que poderiam, no entanto, ter se valido

⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C. Nº 41, par. 54 e 55.

de outros instrumentos processuais fora do âmbito administrativo, na esfera judicial. Quando a petição foi apresentada, seguramente, não havia ocorrido o prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna, pois os peticionários não haviam sequer interposto qualquer recurso judicial para questionar eventuais falhas no processo administrativo. As questões de mérito ligadas à demora no processo administrativo demarcatório não devem ser analisadas nesse momento, sobretudo porque a CIDH, podendo, não decidiu unir as fases de admissibilidade e mérito por suposta conexão entre as exceções preliminares invocadas e as questões de mérito. Dessa forma, a Comissão tinha a obrigação de analisar o limite formal do prévio esgotamento dos recursos internos como questão prejudicial ao mérito e não o fez de forma adequada.

110. O Estado brasileiro chama a atenção dessa Honorable Corte para o fato de que, ainda que se possa admitir que a Comissão possa apreciar o prévio esgotamento dos recursos internos somente quando se manifesta sobre a admissibilidade da petição, não significa que o esgotamento em si pode ocorrer até esse momento. Ao contrário do que defende a Comissão, trata-se de momentos distintos. Uma coisa é o prazo dado pela Convenção Americana aos peticionários para que comprovem a interposição e o esgotamento dos recursos internos (art. 46, a, da Convenção). Outra coisa é o prazo atribuído à Comissão para que ela se manifeste sobre o atendimento ou não do requisito por meio de seu relatório de admissibilidade (art. 47, a, da Convenção). Entendimento contrário levaria a situações em que o esgotamento dos recursos internos poderia ocorrer pouco antes da edição do relatório de admissibilidade da Comissão, ou seja, muito tempo depois de o Estado ter tido a oportunidade de se manifestar sobre o requisito, o que viola claramente os preceitos de contraditório e devido processo legal que norteiam o sistema de petições individuais do Sistema Interamericano.

111. No caso concreto, como se demonstrará adiante, o processo administrativo demarcatório da terra indígena foi esgotado após o início do trâmite da petição pela Comissão e, mais ainda, muitos anos após a notificação do Estado para apresentar sua resposta à demanda. Ademais, é oportuno observar que esse processo administrativo consiste em objeto de questionamento de mérito e não seria recurso idôneo. Recurso idôneo (adequado e efetivo) só pode ser aquele que existe para tratar das violações alegadas e que esteja à disposição dos peticionários. As organizações peticionárias não eram parte no processo administrativo demarcatório, o qual deve ser conduzido de ofício pelas autoridades estatais competentes, mas tinham à sua disposição vários recursos judiciais que poderiam ter sido utilizados e não o foram.

III.5.4 Sobre o ônus da prova de esgotamento

112. No que concerne ao ônus da prova quanto ao prévio esgotamento dos recursos internos, não há dúvidas de que este se impõe, como regra geral, ao peticionário. A Convenção Americana dispõe claramente que a petição apresentada inicialmente à Comissão deve preencher todos os requisitos estabelecidos em seu artigo 46, entre os quais se encontra a interposição e o esgotamento prévios de recursos da jurisdição interna:

Art. 47. A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;

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

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

114. Assim, segundo a regra estipulada pela Comissão, o ônus da prova pode, excepcionalmente, recair sobre o Estado, mediante constatação de duas condições necessárias: a) quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprová-lo; e b) quando o recurso à jurisdição interna tiver sido devidamente interposto, mas ainda não tiver sido esgotado, caso em que recairá sobre o Estado o dever de comprovar o não esgotamento.

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

116. Nesse sentido, o ônus de comprovar a interposição dos recursos internos devidos é sempre do peticionário. Uma vez interposto o recurso e quando alegar a impossibilidade de comprovar seu não esgotamento, o Estado poderá, ciente do recurso que foi interposto, assumir o ônus de comprovar seu não esgotamento.

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

Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales el Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (*Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra* 39, párr. 88; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra* 39, párr. 87 y *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra* 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indigencia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.⁴¹

III.5.5 Sobre o momento em que o não esgotamento dos recursos internos deve ser contestado pelo Estado

118. Não parece haver dúvidas de que o Estado deve alegar o não esgotamento dos recursos internos durante a fase de admissibilidade da petição perante a Comissão:

Tratándose de un derecho que se puede renunciar incluso tácitamente, debe suponerse que hay una oportunidad para ejercerlo, y que esa oportunidad no

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

es otra que la fase de admisibilidad de la petición o comunicación ante la Comisión.⁴²

119. O regulamento da Comissão é muito claro nesse sentido:

Art. 30. 6. As considerações e os questionamentos à admissibilidade da petição deverão ser apresentados a partir do momento do envio das partes pertinentes da petição ao Estado e **antes de a Comissão adotar sua decisão sobre admissibilidade.**⁴³ (grifo nosso)

120. No presente caso, o Brasil alegou tal exceção durante a fase de admissibilidade da petição perante a CIDH, tendo sido devidamente analisada pela Comissão, conforme consta do Relatório de Admissibilidade nº. 98/2009.

III.5.6 Não interposição e esgotamento prévio dos recursos internos para se promover a titulação da propriedade da União ao tempo da petição perante a CIDH pelas supostas vítimas, por meio de representantes, ou pelas organizações petionárias

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

122. Em relação ao registro em cartório do território indígena Xucuru como sendo de propriedade da União, verifica-se que em agosto de 2002 fora apresentada Ação de Suscitação de Dúvida (nº. 0012334-51.2002.4.05.8300 - número original 2002.83.00.012334-9), e a apresentação de petição perante a CIDH se deu em outubro de 2002. Dois meses é um período de tempo extremamente exíguo para que o Estado brasileiro resolvesse essa questão tão complexa, não só por fatores materiais, mas imateriais também, como cultura, tradições, etc. Não seria, inclusive, razoável que se exigisse do Estado a resolução da questão em tão curto espaço de tempo. O próprio entendimento dessa Corte, acima esposado, no sentido de compreender o período de cinco anos como prazo razoável para a resolução de uma demanda, demonstra que o prazo de dois meses entre o início da ação judicial doméstica e a

⁴² LEDESMA, Héctor F. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 300.

⁴³ CIDH. *Regulamento modificado em seu 147º período de sessões* (8 a 22 de março de 2013), art. 31, §6º.

apresentação do caso à CIDH estava muito aquém daquele considerado, inclusive por esse Honrável Tribunal, como prazo razoável para que o recurso interno devesse ser esgotado.

123. Até mesmo a resolução final da ação judicial de suscitação de dúvida deu-se em prazo bastante inferior aos cinco anos aceitos pela Corte: a ação teria sido proposta em agosto de 2002 e rejeitada em junho de 2005. Ou seja, em menos de três anos a ação fora apresentada, analisada e julgada improcedente pelo Estado brasileiro, mesmo com certo atraso ocasionado pelo deslocamento de competência da Justiça Estadual de Pernambuco para a Justiça Federal daquele Estado-membro.

124. A questão da demarcação de terra indígenas é, em geral, inerentemente bastante complexa. Não são somente os indígenas que são afetados, mas também todos os confinantes e demais pessoas que se encontram nos limites da área, que geralmente é bastante extensa, como no presente caso (mais de vinte e sete mil hectares). Até que todo o procedimento da demarcação, com suas diversas fases, se conclua, inevitavelmente haverá muitos outros interessados além dos indígenas.

125. Nesse sentido, a iniciativa do Oficial de Registro de ajuizar ação judicial questionando a providência de titulação das terras em nome da União deve ser compreendida como juridicamente cabível e presumidamente adequada, a menos que se alegue e comprove o uso indevido do expediente, o que a Comissão Interamericana ou os petionários não lograram realizar. Ao se considerar que dentro das suas atribuições está a necessária fiscalização dos atos de registro público sob sua orientação, não é estranho ao Oficial de Registro solicitar provimento judicial orientador das providências de titulação da terra indígena.

126. **Não se pode alegar a ausência de recursos efetivos para que as supostas vítimas ou seus representantes questionassem a iniciativa judicial do agente público, já que entre os possíveis recursos a serem manejados pelos indígenas em face da atuação do Oficial de Registro estava a solicitação ao Juiz de Direito corregedor da instauração de eventual sindicância administrativa do servidor. Ou ainda, supondo uma conduta desvirtuada do seu interesse público (que não pode ser presumida pelo simples fato de apresentação da ação de suscitação de dúvida, uma vez que é função do oficial de registro zelar pela veracidade e autenticidade de cada registro feito sob sua responsabilidade), as supostas vítimas poderiam ter comunicado o ato ao Ministério Público do Estado de Pernambuco para que averiguasse a possibilidade de existência de eventual ato de prevaricação por parte do Oficial. Não se tem notícia nos autos de que**

qualquer uma dessas providências tenha sido adotada. Ao contrário disso, os peticionários resolveram, simplesmente, apresentar a petição perante a CIDH, em afronta ao princípio da subsidiariedade.

127. Em face do procedimento demarcatório como um todo, verifica-se do fato em concreto que a partir de 1998 o processo teve seu desenrolar normal, após o advento do Decreto nº. 1775, em 1996. Os peticionários, novamente, ao invés de aguardar todo o trâmite previsto por aquele diploma jurídico ou recorrer ao Judiciário brasileiro para questioná-lo, resolveram, simplesmente, acionar a CIDH, desrespeitando a premissa de necessidade de esgotamento prévio dos recursos.

128. Assim, verifica-se que quanto à solicitação de alteração da titulação das terras de propriedade da União, os peticionários não atenderam ao pré-requisito de esgotamento prévio dos recursos internos, em afronta à sistemática prevista pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

129. Ademais disso, os peticionários, na condição de entidades não governamentais (ONGs), poderiam ter se valido do uso de Ação Civil Pública.

130. Muitas ONGs são associações, isto é, organizações resultantes da reunião entre pessoas, com ou sem personalidade jurídica, sem fins lucrativos, para a realização de objetivos comum (altruístas, morais, religiosos, de interesse e benefício de toda a comunidade ou de parte dela). A Lei nº 7.347/85 estabeleceu uma lista de pessoas legitimadas a ajuizar a denominada Ação Civil Pública, instrumento processual instituído para a defesa de direitos de caráter difuso ou coletivo. Entre essas pessoas, a Lei conferiu legitimidade ativa às associações. Citem-se, a propósito, dispositivos pertinentes da mencionada Lei:

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

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

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

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

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

VIII - ao patrimônio público e social.

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

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

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

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

V - **a associação que, concomitantemente:**

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

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

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

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

[...]

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

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

Art. 5º [...]

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a **promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e**

extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

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

Art. 129. São **funções institucionais do Ministério Público**:

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

133. Essa postura dos peticionários, transformada em tentativa de justificação a todo custo de sua inação, resta claramente revelada quando se verifica, por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que há várias ações civis públicas ajuizadas por uma das organizações peticionárias representante das supostas vítimas no presente caso:

Nº DO PROCESSO	NOME DA PARTE	Nº PROCESSO ORIGINÁRIO	ESTADO
0056226-40.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013000	MA
0052664-23.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	262954720124013700	MA
0041324-19.2011.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
0036215-24.2011.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
0010005-96.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	595860220114013400	DF

2007.01.00.018029-8	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.017913-9	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.017696-6	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2007.01.00.016799-8	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200737010001756	MA
2006.01.00.027829-7	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	200643000012404	TO
2005.34.00.022612-7	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	225599220054013400	DF
0024231-17.2010.4.01.3900	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO – CIMI	242311720104013900	PA
2006.33.10.004903-1	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	49028220064013310	BA
0048794-67.2012.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013700	MA
0017970-86.2016.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013700	MA
0002230-59.2014.4.01.0000	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	262954720124013700	MA
2008.01.00.040887-5	CONS. INDIG. MISSIONÁRIO - CIMI	200633100049031	BA

134. Em vista do que precede, observa-se que as organizações peticionárias poderiam ter se valido de recurso adequado e efetivo para questionar o processo administrativo demarcatório da terra indígena do povo Xucuru ou alegada violação ao regime aplicável às terras indígenas no Brasil, com relação ao caso concreto.

135. É forçoso que se reconheça que os peticionários não estão convencionalmente autorizados a não utilizar os recursos internos existentes e disponíveis. Além disso, não há qualquer prova de impedimento pelo Estado de manejo ou esgotamento dos recursos internos pelos peticionários, exceção, ao cabo, acatada pela CIDH.⁴⁴ Por fim, a ideia de que o alegado atraso injustificado na decisão do processo administrativo eximiria os peticionários de manejar os recursos existente é incoerente, pois não leva em consideração que os peticionários poderiam questionar eventuais falhas do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, a cargo das autoridades estatais competentes, perante a Justiça brasileira. É, portanto, absurdo o argumento de que a demora do processo administrativo, pois isso pressupõe que haja efetivo uso desses recursos, o que não ocorreu, não se aplicando a exceção do atraso injustificado no processamento dos recursos internos.

III.5.7 Não interposição e esgotamento de recursos internos pelo Povo Indígena Xucuru para a desintrusão de não índios antes da petição perante a CIDH

136. Em relação à desintrusão dos não índios da Terra Indígena Xucuru, considerada parte do processo administrativo de demarcação, verifica-se, igualmente, ausência de

⁴⁴ O Estado trata dessa alegação na seção III.5.9.

comprovação de interposição e esgotamento de recursos internos pelos membros da comunidade indígena interessada.

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

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

139. Os membros da comunidade indígena Xucuru não se desincumbiram de seu ônus de comprovar que interpuseram e esgotaram os recursos internos que possuíam à disposição à época da apresentação da petição perante a Ilustre CIDH em outubro de 2002. Mais de ano se passou após entre a expedição do decreto homologatório e a apresentação da referida petição, sem que se tenha notícia nos autos acerca das diligências adotadas pelos indígenas para a defesa de seus direitos.

140. A não interposição e esgotamento desses recursos internos leva o Estado brasileiro, inevitavelmente, a postular a inadmissibilidade da submissão do caso a essa Colenda Corte.

III.5.8 Não interposição e esgotamento dos recursos internos para reparação pecuniária em favor do Povo Indígena Xucuru por supostas violações à CADH

141. O Estado brasileiro não impediu ou dificultou a adoção de medidas judiciais por parte dos membros da comunidade indígena Xucuru para pleitear indenização por supostos danos materiais e/ou morais sofridos em decorrência do processo de demarcação, ou por qualquer outra causa que lhes desse o direito de reparação de danos. Pelo contrário, a legislação cível brasileira confere ao indígena, como a qualquer outro cidadão, uma série de direitos que lhe permitem pleno acesso à justiça, como se demonstrará a partir de agora. Dessa forma, há tratamento isonômico dos indígenas quanto ao acesso à Justiça no Brasil.

142. A Constituição Federal assegura que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.⁴⁵ O Código Civil brasileiro dispõe que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a*

⁴⁵ BRASIL. *Constituição Federal*, art. 5º, XXXV.

*outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*⁴⁶ e, mais adiante, que “*aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”⁴⁷

143. De acordo com o artigo 232 da CF/88, *Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.* A intervenção do Ministério Público é obrigatória, mas não há que se duvidar que, constitucionalmente, o indígena é plenamente capaz. Essa é a melhor interpretação a ser feita, no sentido de que o regime Tutelar do art. 7º do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) foi tacitamente revogado. Nesse sentido, é também a jurisprudência:

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

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

(...)

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

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

⁴⁶ BRASIL. *Código Civil*, art. 186.

⁴⁷ BRASIL. *Código Civil*, art. 927.

FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatoria.

Provimento do apelo da FUNAI, para o fim de reconhecer a ausência de responsabilidade do referido entes sobre os fatos que ensejaram a reparação material pretendida. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.72.01.004308-0/SC, Quarta Turma. Relator Des. Federal EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR. Publicada no D. E. em 25/11/2008). (grifo nosso).

144. A despeito de certa controvérsia jurisprudencial existente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento no sentido de que demandas que digam respeito a direito individual do indígena seriam de competência da justiça dos Estados-membros, conforme enunciado da Súmula 140 daquele tribunal: “*Compete à Justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*”.

145. Direitos coletivos, por sua vez, seriam de competência da justiça federal, com atribuições do Ministério Público Federal para tutelá-los, nos termos do art. 109, inc. XI, c/c art. 129, inc. V, ambos da CF/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

(...)

146. Assim, no caso em tela, os membros da comunidade Xucuru e a própria comunidade, respeitado o dispositivo constitucional, poderiam acionar a Justiça diretamente, por meio de advogado privado ou defensor público custeado pelo Estado e gratuitamente fornecido a qualquer cidadão, inclusive aos membros daquela comunidade.

147. A doutrina reafirma a legitimidade processual ativa das comunidades indígenas, inclusive para ajuizarem ação coletiva visando a prevenção e proteção do meio ambiente que lhe é caro:

(...)

Também as comunidades indígenas possuem legitimidade ativa para ingressar em juízo na defesa dos seus interesses e direitos, sendo esta

personalidade judiciária prevista no artigo 232, da CRFB, podendo ajuizar ação coletiva em proteção ao meio ambiente, se for do interesse dos índios.⁴⁸

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

149. Conforme explicitado, há recursos internos adequados e efetivos para a obtenção de eventual reparação pecuniária por danos materiais e morais em favor dos indígenas, sem prejuízo da existência de recursos adequados e efetivos para a salvaguarda do direito de propriedade dos povos indígenas. Tais recursos sempre estiveram à disposição plena dos membros da comunidade, indicados como vítimas no presente caso, e de seus representantes, cabe reprimir.

150. No caso em questão, portanto, fica evidenciado que os indígenas e a própria comunidade tinham totais condições para obter eventuais indenizações por danos materiais e morais, mediante a busca da tutela jurisdicional promovida pelo Estado, o que não ocorreu. A não interposição desses recursos internos, por consequência, leva o Estado brasileiro a pugnar pela inadmissibilidade do caso quanto aos pedidos de reparação por danos materiais e morais.

III.5.9 Grave déficit de fundamentação e graves contradições no Relatório de Admissibilidade nº 98/09 quanto à aplicação das exceções ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos

151. Na fase de admissibilidade, as organizações petionárias invocaram as exceções ao esgotamento dos recursos internos previstas nos dispositivos 46.2.a e 46.2.c da Convenção Americana. Alegaram, assim, ausência de recursos acessíveis e eficazes aos povos indígenas no Brasil e demora injustificada dos procedimentos da jurisdição interna, em que pese à contradição em termos da invocação conjunta dessas duas exceções. Segundo os petionários, o processo administrativo demarcatório somente permitiria a contestação

⁴⁸ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematizado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Pg. 793.

judicial e administrativa dos terceiros interessados, entre os quais não se incluíam os próprios indígenas, o que, como se demonstrou acima, não corresponde à realidade. Ao mesmo tempo, a demora na conclusão do processo administrativo seria injustificada e permitiria a aplicação de exceção ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos.

152. Quanto à contradição apontada, a própria CIDH admite que os peticionários não fizeram uso dos recursos da jurisdição interna, mas se comportaram como espectadores dos acontecimentos:

Por outro lado, a Comissão Interamericana também considera relevante observar que – em conformidade ao alegado pelos peticionários e não controvertido pelo Estado – **os recursos judiciais que foram interpostos desde o ano de 1989, durante o transcurso do processo administrativo de demarcação, tem sido promovidos por terceiros interessados no território indígena, com o objetivo de questionar, obstruir ou anular o processo administrativo de demarcação. Isto é, tais recursos judiciais não são recursos interpostos pelos peticionários ou pelas supostas vítimas, nem a seu favor.** Esse é o caso, por exemplo, da ação de suscitação de dúvida (No. 2002.83.00.012334-9), da ação de reintegração de posse (No. 92.0002697-4) e da ação judicial para anulação do processo administrativo de demarcação (No. 20002.83.00019349-2). **Portanto, a Comissão Interamericana não toma em consideração tais recursos judiciais a fim de determinar se foi cumprido o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, conforme o artigo 46.1.a da Convenção Americana.**⁴⁹ *(grifo nosso)*

153. A CIDH constata o óbvio: os peticionários não fizeram uso de nenhum recurso interno. A CIDH conclui, igualmente, o óbvio: que, como os recursos efetivamente utilizados foram manejados por terceiros, estes não devem ser levados em consideração para fins de esgotamento dos recursos internos. A CIDH faz essas constatações sem nunca se pronunciar, de forma clara e expressa, sobre qual seria o recurso adequado e efetivo que deveria ter sido esgotado.

154. No parágrafo seguinte ao mencionado, a conclusão é ainda mais contraditória: aplica-se o disposto no artigo 46.2.c, em razão da demora injustificada "da via administrativa pertinente", que, no entanto, não constitui recurso manejado pelos peticionários, os quais, não obstante, poderiam ter acionado a Justiça brasileira, conforme demonstrado anteriormente. Vejamos:

⁴⁹ CIDH. *Caso n° 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório n° 98, de 20 de outubro de 2009 (Admissibilidade), par. 34.

[...] Tendo em conta as circunstâncias da presente petição, a CIDH considera que o período transcorrido desde o início do processo administrativo de demarcação excede, em muito, o que seria razoável a fim de assegurar os direitos fundamentais do povo indígenas Xucuru. Portanto, a CIDH considera que há uma demora injustificada a respeito da via administrativa pertinente, isto é, o processo administrativo de demarcação, pelo que opera a exceção prevista no artigo 46.2.c da Convenção Americana.⁵⁰

155. Em seguida, a Comissão ignora a análise da alegada aplicação no disposto no artigo 46.2.a da Convenção Americana (inexistência de recurso adequado e efetivo) e, aparentemente, aplica outra exceção ao esgotamento dos recursos internos, a qual não foi invocada pelos peticionários: o disposto no artigo 46.2.b da Convenção (impedimento do esgotamento dos recursos internos). Essa constatação é ainda resultado de um ingente esforço de interpretação do Estado, pois os termos em que a CIDH se pronuncia são extremamente confusos e contraditórios:

Por último, resta sublinhar que **a invocação das exceções à regra do esgotamento dos recursos internos previstos no artigo 46.2 da Convenção Americana encontra-se estreitamente ligada à determinação de possíveis violações a certos direitos consagrados em tal instrumento internacional, tais como as garantias de acesso à justiça. Contudo, o artigo 46.2 da Convenção Americana, por sua natureza e objeto, é uma norma de conteúdo autônomo, via à vis as normas substantivas da referida Convenção. Portanto, a determinação acerca de se as exceções à regra do esgotamento dos recursos internos, previstas em mencionada norma resultam aplicáveis ao caso em questão deve ser realizada de maneira prévia e separada da análise do mérito do assunto**, já que depende de um parâmetro de apreciação distinto daquele utilizado para determinar a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. **Em consequência, a Comissão Interamericana aclara que as causas e os efeitos que impediram o esgotamento dos recursos internos no presente caso serão analisados dentro do que seja pertinente, no relatório que adote a CIDH sobre o mérito da controvérsia**, a fim de constatar se, efetivamente, configuram violações à Convenção Americana.⁵¹ (*grifo nosso*)

156. No referido ponto do Relatório de Admissibilidade nº 98/09, a posição da Comissão configura uma contradição em termos: parece aplicar a exceção do artigo 46.2.b da Convenção Americana, a qual estaria intrinsecamente relacionada às questões de mérito do caso; e, apesar dessa relação entre questão de admissibilidade (impedimento de esgotamento

⁵⁰ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 98, de 20 de outubro de 2009 (Admissibilidade), par. 35, parte final.

⁵¹ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 98, de 20 de outubro de 2009 (Admissibilidade), par. 36.

dos recursos internos) e questão de mérito (acesso à justiça), a Comissão decide deixar a análise das causas dessa impossibilidade de esgotamento dos recursos internos para a consideração do mérito. Em outras palavras, a CIDH se arroga o direito de aplicar uma exceção ao esgotamento dos recursos internos – impedimento de esgotamento dos recursos internos – sem fundamentação de sua decisão, a qual fica diferida para a análise de mérito.

157. É importante recordar que a CIDH poderia ter aplicado ao caso o disposto no artigo 36.3 de seu Regulamento então vigente, abrindo o caso e diferindo a análise de admissibilidade para o momento de debate e decisão sobre o mérito, o que a Comissão não fez. Na verdade, a Comissão aplica uma exceção ao esgotamento dos recursos internos e deixa sua efetiva análise para momento posterior à expedição do relatório de admissibilidade, quando o Estado já não pode reabrir discussões sobre essa matéria. Consequentemente, houve cerceamento de defesa do Estado.

158. Ademais, é contraditório que a CIDH considere que se aplicam, de forma concomitante, as exceções da demora injustificada no trâmite do processo administrativo demarcatório da terra indígena – que, efetivamente, chegou a termo quatro anos antes da produção do relatório de admissibilidade – e o impedimento de esgotamento dos recursos internos, uma nova contradição em termos, mas, dessa vez, a cargo da Comissão e não dos peticionários. Como pode um processo administrativo, que é conduzido de ofício pelas autoridades estatais, chegar ao fim quatro anos antes da admissibilidade da petição e, ao mesmo tempo, a CIDH considerar que os peticionários foram impedidos de esgotar os recursos internos? Cabe questionar a quais recursos internos a Comissão estava se referindo – somente o processo administrativo demarcatório das terras indígenas ou outras ações de terceiros (recorde-se que os peticionários não utilizaram nenhum recurso à sua disposição). Essa resposta a Comissão não fornece em seu relatório de admissibilidade, o qual não chega a discutir quais recursos seriam adequados e efetivos para cada violação invocada contra o Estado. De igual maneira, a Comissão fica silente quanto à alegação de ausência de recursos adequados e efetivos que poderiam ser utilizados pelos peticionários, o que, em tese, justificaria sua falta de ação.

159. Em vista do que precede, constata-se que as graves contradições e omissões da Comissão Interamericana, no momento de analisar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos e a aplicação de exceções a este, no presente caso, impediram uma adequada defesa da parte do Estado. Se a Comissão não se expressa de forma minimamente lógica e transparente sobre requisito de admissibilidade invocado oportunamente pelo Estado – como,

de fato ocorreu – o Estado considera que o processo fica eivado de um vício insanável. Um pronunciamento de admissibilidade pela CIDH que se afigura uma contradição em termos não deve ser passível de saneamento pelo Tribunal.

160. Caso essa Honorável Corte IDH entenda que as contradições e omissões da CIDH poderiam ser por si sanadas, o Estado solicita que seja dada oportunidade, novamente, ao Estado para reabrir todas as discussões sobre não esgotamento dos recursos internos e existência de recursos idôneos à luz do caso concreto. Não parece que seria justo sanear os vícios do relatório de admissibilidade, que não logrou ser nem mesmo lógico ou claro, e não conferir ao Estado a oportunidade de rediscutir a questão do prévio esgotamento dos recursos internos em sua plenitude. Com efeito, para fins práticos, o prévio esgotamento dos recursos internos será lógica e devidamente analisado pela primeira vez no âmbito do Sistema Interamericano somente ante esse Tribunal.

IV MÉRITO

IV.1 O regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no direito brasileiro

IV.1.1 Legitimidade do regime jurídico constitucionalmente atribuído aos povos indígenas

161. Para a melhor compreensão da problemática envolvida nos autos, é necessário primeiro compreender a relação jurídica existente entre os indígenas e as terras que ocupam no Brasil.

162. Pode-se dizer que o cerne do regime jurídico brasileiro sobre as terras ocupadas pelos indígenas reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em capítulo específico sobre os índios (Capítulo VIII), inserido em seu Título VIII, que trata da Ordem Social. Tem-se a partir do art. 231:

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

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

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a

extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
 § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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

163. A redação dos dispositivos acima é originária, desde 1988, não tendo sido alvo de emendas constitucionais posteriores. Seu conteúdo está muito à frente de seu tempo, por inovar em aspectos econômico-sociais e manifestar evidente preocupação com as minorias.

164. A disciplina constitucional dos direitos indígenas é, para a doutrina abalizada, o reconhecimento de uma sociedade multicultural e pluriétnica. Nas palavras de Deborah Duprat Macedo de Britto Pereira⁵² tem-se:

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

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

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”¹. **Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, “um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”².** (grifo nosso).

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

(...)

⁵² PEREIRA, Deborah Duprat Macedo de Britto. *O Direito sob o Marco da Pluriétnicidade/Multiculturalidade*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-pluriétnicidade-multiculturalidade>. Acesso em 05/09/2016.

Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemónica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemónica de direitos humanos no nosso tempo⁵³.

166. Nesse contexto em que se está diante de uma carta constitucional aberta e plural, vale a pena rememorar o contexto político em que a mesma esteve inserida.

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

168. No Brasil, adota-se a teoria pela qual a natureza jurídica do poder constituinte é um poder de fato, de acordo com a corrente juspositivista de Kelsen. Ou seja, trata-se de uma força fáctico-histórica sem fundamentação no Direito ou em qualquer norma anterior a ele. Com as teorias neoconstitucionalistas, ganhou força a ideia de que, de fato, o fundamento do poder constituinte é a dignidade da pessoa humana.

169. No caso do Brasil, em 1988, o exercício do poder constituinte se deu por eleição, mediante a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte soberana em seus atos. Assembleia soberana porque não estava limitada por um plebiscito anterior, nem por um referendo posterior. As duas características juntas da Assembleia Nacional Constituinte - formada por eleição e dotada de soberania - tornaram extremamente legítima a Constituição Federal de 1988.

170. E nesse contexto de legitimidade democrática, tiveram participação também os indígenas, inclusive com atuação bastante incisiva de um dos ora petionários, o CIMI, conforme se pode extrair da doutrina:

Igual como o ocorrido em outros países na América Latina, onde *movimentos indígenas* se mobilizaram e pressionaram as estruturas de poder dos Estados, visando conquistar voz e poder de voto na Assembleia

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 48, junho de 1997. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. Pg. 19.

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

Embora não tenha sido possível eleger, ao menos, um representante indígena para o Congresso Nacional, nem conquistado quota específica de representação das *nações* ou *povos* indígenas nessa casa legislativa, essa mobilização deu, no entanto, visibilidade às “questões indígenas”, extrapolando as fronteiras dos atores sociais que formam o chamado *campo indigenista* brasileiro. Também possibilitou o apoio de parlamentares de diferentes matizes à inclusão de um capítulo específico na atual Constituição Federal, intitulado *Dos Índios*, com dois artigos-chave para o futuro das campanhas de defesa e promoção dos direitos indígenas no país. (grifo nosso)⁵⁴

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

172. A efetiva participação dos povos indígenas no processo constituinte contribuiu para afastar, de forma definitiva, a perspectiva assimilacionista e tutelar presente nas legislações anteriores. Dessa forma, a legislação passa a reconhecer a organização social dos povos indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições; os direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis; o uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem; a saúde comunitária adequada às suas especificidades culturais; a proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, parte constituinte do patrimônio cultural brasileiro; e o

⁵⁴ Ver Marés 1996; Bengoa 2000; Van Cott 2004; Montejo 2004; Bello 2004; Díaz-Polanco 2005; Dávalos 2005; Clavero 2008; Walsh 2009. Para maiores detalhes ver: CEDI 1987, 1991; Lacerda 2008. VERDUM. Ricardo. *Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*. In: Povos Indígenas – Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos e Sociedade Econômicos, 2009. Pg. 95.

reconhecimento dos seus direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

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

174. Como expresso no documento base da Conferência Nacional de Política Indigenista, ocorrida em 2015:

O protagonismo do movimento indígena e a rede de apoio da sociedade civil levaram a uma intensa mobilização para influenciar o processo Constituinte. Foram essas “as bases da coalização de forças reunidas, na Assembleia Nacional Constituinte, num lobby (pressão) ‘pró-índio’, com intensa participação indígena”, que venceu “batalhas expressivas sob a forma final do texto constitucional de 1988” (Souza Lima, 2010: 35). Participaram, ativamente, diversos indígenas, indigenistas, antropólogos e outros atores sociais, em inúmeros debates e manifestações em diversos lugares do Brasil. De todo modo, com a Constituição Federal de 1988, as contradições entre reconhecimento e negação de direitos foram sanadas. Os objetivos de integração e assimilação foram rejeitados. Afasta-se, definitivamente, a noção de que os povos indígenas se acabariam e reconhece-se a esses o respeito e o direito às suas formas próprias de organização social, e o direito originário às terras que tradicionalmente habitam, entendidas como indispensáveis à sua reprodução física e cultural. Reconhece-se, também, que os índios (sejam indivíduos, comunidades, povos ou associações) se façam representar dos seus modos próprios. O Estado, assim, deixa de ser um agente tutelar, cabendo a ele zelar pelo reconhecimento desses direitos por parte da sociedade⁵⁵.

⁵⁵ Em FUNAI, 2015. Documento Base da Conferência Nacional de Política Indigenista. Disponível em: <http://www.conferenciaindigenista.funai.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/Documento-Base-ONLINE.pdf>

IV.1.2 Elementos que informam a relação entre os índios e suas terras: o indigenato

175. A relação jurídico-normativa estabelecida pela Constituição brasileira de 1988 no que tange às comunidades indígenas e às terras por elas ocupadas baseia-se em elementos que informam relação entre índios e terras muito anterior à edição da própria Constituição. Estes elementos formam o chamado indigenato.

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

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

(...)

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

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

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

179. Nas palavras de José Afonso da Silva, “*os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato*”.⁵⁶ O instituto do indigenato é o manancial primário e congênito dessa posse territorial, independente de título ou reconhecimento formal.⁵⁷

180. Sobre esse assunto, Luís de Freitas Júnior afirma que o “*indigenato não é o mesmo que ocupação dos índios sobre a terra, porque a ocupação é um tipo de aquisição*

⁵⁶ SILVA, José Afonso da *apud* VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2ª edição. Salvador: Edita JusPodivm, 2013, pg. 118.

⁵⁷ FREITAS JÚNIOR, Luís. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. 2010. 179 f. Dissertação - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p.157.

*derivada da propriedade, enquanto a relação do índio com a terra é inaugural da sua própria existência, já que foram congenitamente apropriadas”.*⁵⁸

181. O indigenato, portanto, constitui fundamento positivado no ordenamento jurídico brasileiro e exigível perante o Poder Judiciário, especialmente quando confrontado com o instrumento infraconstitucional da posse civil. O instituto consagra uma percepção jurídica imaterial, única e essencial à cultura indígena, que não encontra identidade nos institutos de direito civil tradicionais.

182. Sobre esse assunto, vale acrescentar que segundo o renomado jurista brasileiro José Afonso da Silva, o direito consagrado constitucionalmente aos indígenas está fundado em quatro elementos, a saber:

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

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

É também no dispositivo supracitado que encontramos **os quatro elementos do indigenato: terras habitadas em caráter permanente; terras utilizadas para atividades produtivas; terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios; terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios.** (grifo nosso)⁵⁹

184. Percebe-se diante do exposto que a relação do indígena com a terra vai muito além da conceituação e peculiaridades próprias da simples normativa jurídica. Trata-se, antes de mais nada, de uma relação imaterial e originária, que acompanha os povos indígenas desde tempos remotos.

⁵⁸ *Idem, ibidem.* p. 78.

⁵⁹ SANTOS, Alexandre Silva dos. *O Instituto do Indigenato e a Indenização pela Nulidade do Título em Virtude de Demarcação de Terra Indígena.* Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 39, n. 1, p. 93 - 112, 2014.

185. Assim, a partir dos elementos informadores da relação entre os índios e suas terras é que se deve compreender cada um dos direitos constitucionalmente atribuídos aos povos indígenas.

IV.1.3 Direito de posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas

186. O primeiro e mais importante direito anunciado pela Constituição Federal ao dispor sobre o regime jurídico dos povos indígenas é a posse permanente das terras por eles ocupadas tradicionalmente, nos termos de seu art. 231, §2º:

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

187. O direito de propriedade sobre estas terras foi atribuído pela mesma Constituição à União, conforme dispõe seu art. 20, XI:

Art. 20. São bens da União:
(...)
XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

188. Nas palavras de Luís de Freitas Júnior:

[...] percebe-se que a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação jurídica. Não tem a sua proteção subordinada à existência de uma aparência com a propriedade, nem mesmo se justifica por qualquer semelhança com posse civil ou a ocupação geral. Busca-se permitir que a cultura, os costumes e a organização social dos índios estabeleçam os contornos de sua posse.⁶⁰

189. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível. Nas lições do mesmo doutrinador:

[...] não se trata de uma espécie de composses ou de um condomínio, pois a terra tradicionalmente ocupada pelos índios é de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível, cabendo a todos os seus membros o usufruto das riquezas nela existentes. A posse indígena é sobre coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário da composses, estabelecida pelo

⁶⁰ Ibidem. p. 91.

Código Civil Brasileiro (art.1.199), não terá termo com a manifestação da vontade individual de qualquer dos membros da comunidade indígena.⁶¹

190. A posse atribuída às comunidades indígenas é considerada direito real, oponível *erga omnes*.⁶² Nesse sentido, todas as demais pessoas devem respeitar o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam. Sendo assim, nem a União, a quem cabe o domínio dessas terras, pode restringir o direito de posse dos índios. A posse, dessa maneira, sobrepõe-se a todos os demais direitos incidentes sobre a terra, inclusive à propriedade atribuída constitucionalmente à União.⁶³

191. A possibilidade de perda do direito dos índios sobre as terras restringe-se somente à hipótese de abandono voluntário pelas comunidades indígenas:

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

Assim, é mister frisar a existência de entendimento sumulado do STF que limita a extensão das terras consideradas como posse indígena, nos seguintes termos: “Súmula nº. 650 STF: Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto.”⁶⁴

192. Nessa mesma linha, a expulsão dos índios de suas terras não desconfigura a posse indígena sobre referido espaço. Além disso, não podem dispor da propriedade das terras, pois não a detêm. O autor, já citado, colaciona que:

O fato de os índios terem sido expulsos de sua terra, seja por ato de autoridade política, seja por ação dos particulares, não desconfigura a continuidade de sua posse, pois se verifica que o fator violência foi empregado em substituição da variável vontade. Ademais, os índios, por força de lei, não podem dispor da propriedade dessas terras, pois pertencem à União. Também não se admitiria que os atos desses índios prejudicassem seus descendentes e viessem a comprometer a manutenção do espaço físico

⁶¹ Ibidem. p. 95.

⁶² Ibidem. p. 99.

⁶³ Ibidem. p. 101.

⁶⁴ Ibidem. p. 102.

de sua etnia, a conservação de sua história e a transmissão de seus costumes.”⁶⁵

193. Diante de uma relação fática e jurídica com essas características entre os indígenas e as terras, realiza-se o quão desnecessário e inadequado seria atribuir-se a titulação da propriedade outorgada pelo Estado aos povos indígenas.

194. Sobre a desnecessidade da titulação das terras, é a doutrina brasileira abalizada:

Com a declaração histórica de um direito e para efetivar a proteção da vida indígena atual e das gerações futuras, a Constituição Federal de 1988 reconhece aos índios, em seu art. 231, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, prestigiando, assim, a tradição jurídica brasileira do instituto do indigenato. O direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Este direito é anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. **A posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena. Ademais, não seria respeitoso aos costumes indígenas subordiná-los às formalidades da legitimação jurídica do registro de terras.** (grifo nosso).

195. Seria também inadequada a solução de se atribuir a propriedade das terras aos índios, porquanto contraditória com a noção de definitividade da relação que se estabelece entre os índios e a terra. A atribuição do direito de propriedade à União é garantia de observância da proibição, também constitucional, de venda ou transmissão da terra a outrem, a qualquer título, nos termos de seu art. 231, §4º:

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

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

⁶⁵ Ibidem. p. 158.

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

198. Em razão disso, a proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se abordará mais adiante, é visivelmente bastante superior àquela conferida pelo artigo 21 da CADH, restrita aos padrões mínimos e tradicionais de proteção à propriedade, segundo a formulação dos Direitos Humanos de 1ª geração. Com efeito, tem-se no Brasil regime jurídico que garante proteção muito maior às comunidades indígenas ao prever a posse permanente de uma terra que é inalienável, imprescritível e indisponível, tendo os indígenas ainda o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, além de participação nos resultados de lavra.

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

200. Como é sabido, a República Federativa do Brasil constitui um país de dimensões continentais, formada pela união de 26 (vinte e seis) Estados e por 1 (um) Distrito Federal, com um total de 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios, todos autônomos nos termos do art. 18 da Constituição Federal brasileira. Com 8,51 milhões de quilômetros quadrados de área (equivalente a 47% do território sul-americano), e com cerca de 202

milhões de habitantes, o país possui a quinta maior área territorial do planeta e o quinto maior contingente populacional do mundo.⁶⁶

201. A grandeza territorial do Brasil, somada à sua diversidade político-administrativa, já demonstra a sua complexa estrutura administrativa, bem como o enorme desafio que é governar e manter a observância do sistema político e jurídico vigente, de modo a garantir direitos e deveres dos seus cidadãos. Essa enorme dificuldade, reafirmada ao longo da história do país, também revelou que titular essas terras diretamente às comunidades indígenas poderia representar uma grave fragilidade na proteção dos territórios indígenas, na medida em que suas lideranças poderiam ser encorajados ou pressionados a realizar negociações contratuais prejudiciais aos interesses presentes ou futuros dos seus povos, o que implicaria enormes riscos de deterioração desse patrimônio, especialmente se considerado que os indígenas, em muitos casos, não falam a língua portuguesa. Além disso, esse regime de proteção atende ao princípio do respeito à identidade, cultura e interesses dessas comunidades tradicionais, reforçado pelo princípio ambiental da solidariedade intergeracional, ou seja, da solidariedade entre as gerações indígenas presentes e futuras quanto à preservação desses territórios, a fim de que também possam ser usufruídos pelas próximas gerações da comunidade, ainda que, eventualmente, não fosse essa a vontade das lideranças atuais de certa tribo. Ademais, a ancestralidade das terras indígenas é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a posse e o usufruto exclusivo da terra indígena não são constituídos juridicamente pela titulação. Trata-se de reconhecimento de um direito originário desses povos, em verdadeiro reconhecimento constitucional e legal de suas tradições.

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

203. Além disso, deve-se notar que este regime jurídico, além de garantir a ocupação permanente e exclusiva das terras tradicionais pelos índios (direito de posse permanente), permite o uso de mecanismos administrativos e jurídicos de proteção patrimonial típicos daqueles que protegem as terras públicas (direito de propriedade da União), em caso de tentativas de esbulhos e ocupações indevidas de qualquer natureza.

⁶⁶ Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Geografia_do_Brasil

204. Por tudo isso, verifica-se que o regime constitucionalmente atribuído às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas no Brasil é o que melhor permite a devida proteção da relação mantida entre os índios e suas terras e está, conforme será abordado adiante, em absoluta harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com a jurisprudência dessa Honrável Corte.

205. Importante destacar que o Estado brasileiro realizou, em 2015, a partir de uma demanda histórica do movimento indígena, a **I Conferência Nacional de Política Indigenista**, com o objetivo de avaliar, aprimorar e consolidar os direitos indígenas reconhecidos na Constituição de 1988. Com esse intuito, foram realizadas 142 etapas locais, 26 etapas regionais e a etapa nacional. Ao todo, participaram do processo conferencial cerca de 10.000 indígenas, além de gestores, pesquisadores e sociedade civil de apoio aos povos indígenas. Na etapa nacional, foram aprovadas 868 propostas, entre os seis eixos temáticos da conferência: Eixo 1 – Territorialidade e o Direito Territorial dos Povos Indígenas; Eixo 2.1 – Participação, Transparência, Controle Social e Representação Política; Eixo 2.2 – Direito à Consulta, Autonomia, Autodeterminação, Fortalecimento Institucional e Governança; Eixo 3 – Desenvolvimento Sustentável de Terras e Povos Indígenas; Eixo 4.1 – Direitos Individuais e Coletivos dos Povos Indígenas; Eixo 4.2 – Educação; Eixo 4.3 – Saúde; Eixo 5 – Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica no Brasil; Eixo 6 – Direito à Memória e à Verdade.

206. No eixo 1 (territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas), foram aprovadas 60 propostas. Em nenhuma delas os representantes dos povos indígenas propuseram mudança no processo de demarcação e na forma de titulação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. As propostas apontaram para o fortalecimento da política fundiária levada a cabo pelo Estado brasileiro, mantendo o regime instituído pela Constituição Federal de 1988, rejeitando propostas legislativas que visem alterar os ritos demarcatórios.

IV.2 O processo de demarcação de terras indígenas e de extrusão de não índios das terras demarcadas

IV.2.1 Políticas e processos de demarcação e proteção territorial

a) Demarcação de terras indígenas e proteção de direitos de não índios

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

208. Atualmente, as terras indígenas (TIs) homologadas no Brasil somam 689 áreas, ocupando uma extensão total de 113.190.570 hectares. Isso equivale a 1.131.905,7 km² de terras indígenas, o que excede, em muito, a extensão territorial de vários países do continente americano. Tendo como referência a extensão total do Brasil, 851.196.500 hectares, 13,3% das terras do país são reservadas aos povos indígenas. A excepcionalidade do caso brasileiro é demonstrada pelos números.

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

210. O Estado brasileiro tem realizado esforços para impulsionar e ampliar a discussão dos estudos de identificação para a delimitação de terras indígenas nessas regiões, com alguns aprimoramentos técnicos e metodológicos que permitem articular a regularização fundiária das terras indígenas à sua gestão territorial e ambiental plena pelos povos indígenas, bem como dar maior transparência e possibilidades de contestação da demarcação aos seus atuais ocupantes.

211. A necessidade de dar maior transparência e formalidade aos procedimentos de objeção à demarcação de terras indígenas por particulares que alegam ter direitos violados com demarcações de terras indígenas se deve ao fato de que a maioria das terras indígenas no Brasil são antropizadas e, muitas vezes, com ocupantes não índios que detêm títulos de boa-fé. Assim, além do procedimento padrão de regularização, é necessário adotar processos de diálogo e conciliação de forma a garantir os direitos de todos os envolvidos. É preciso avançar na construção dessas alternativas. Uma delas é a previsão de pagamentos sobre títulos de boa-fé.

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

213. Uma vez definidos, por todas as instâncias competentes do Poder Executivo e, eventualmente, do Poder Judiciário, os limites das terras que devem ser titularizadas em nome da União e ocupadas exclusivamente pelos índios, o Governo Federal passa a adotar medidas para garantir a posse plena aos indígenas, inclusive por meio da desintrusão (ou extrusão), que é a retirada de ocupantes não indígenas das terras reconhecidas como indígenas. Essa ação tem se desenvolvido com a participação de diferentes órgãos governamentais, visando a que o processo ocorra sem violência e que garanta, por um lado, o usufruto exclusivo do território aos indígenas e, por outro, a proteção dos direitos de cidadãos não índios detentores de direitos de boa-fé, inclusive com seu reassentamento em outras terras, por meio de procedimentos de reforma agrária.

b) Monitoramento de terras ocupadas por povos isolados e de recente contato

214. Hoje no Brasil registram-se **77 referências de povos indígenas em situação de isolamento voluntário**, sendo a maioria delas na região Norte do Brasil. Para a garantia da integridade desses grupos, desenvolveu-se uma política baseada na não obrigatoriedade de contato e na proteção etnoambiental sobre esses grupos e sobre os territórios que ocupam. Essa política é hoje referência para outros países e expressa o reconhecimento da autonomia indígena feito pelo Estado brasileiro.

215. Para a execução dessa política, o Estado brasileiro tem atuado na demarcação de terras indígenas e restrição de uso de áreas com referências em estudo de localização de povos indígenas isolados, garantindo a esses grupos a proteção territorial das áreas que usam e ocupam de maneira tradicional e o pleno exercício de sua liberdade. Nos últimos anos foram criadas, no âmbito da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), 12 (doze) Frentes de Proteção Etnoambiental (FPEs) para atuar especificamente nas ações de localização geográfica e monitoramento de referências de povos indígenas isolados, bem como na fiscalização e proteção das terras indígenas com presença de índios isolados e de recente contato – o que corresponde a cerca de **15 milhões de hectares na região da Amazônia**, e no acompanhamento das políticas voltadas a esses povos.

IV.2.2 Das fases do processo de demarcação

216. O processo de demarcação das terras indígenas no país é eminentemente declaratório, e não constitutivo do direito à posse. Ou seja, para que as comunidades indígenas

possuam e usufruam das terras que permanentemente ocupam, não é imprescindível a demarcação. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

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

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente `reconhecidos, e não simplesmente outorgados, como que **o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.** Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de `originários`, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como `nulos e extintos` (§6º do art. 231 da CF). (Pet. 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, DJE de 01/07/2010). (grifo nosso).

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

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

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

2. Não merece censura a decisão que, visando a assegurar o cumprimento de medida liminar possessória anteriormente deferida, determina a intimação do

líder indígena para que se abstenha de incentivar ou autorizar nova turbação ou esbulho.

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

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

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

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

1. Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão do juízo monocrático que, em sede de ação civil pública, determinou o cumprimento de várias providências, tendo em vista a ocupação provisória, por parte de indígenas, do Parque Estadual Xixová-Japuí, localizado em São Vicente, no litoral do Estado de São Paulo, inclusive determinando à FUNAI que providenciasse a construção de oito casas e mais uma casa de reza, para a acomodação das famílias.

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

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

4. Não se deve olvidar que o caso em tela envolve interesses sociais relevantes, todos tutelados pela Constituição Federal de 1988, pois, se de um lado, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo ser preservado para as presentes e futuras gerações (art. 225), não se ignorando, outrossim, que a Mata Atlântica é patrimônio nacional, de outro lado, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231)

5. Como se verifica, a Constituição da República reconhece os direitos originários dos povos indígenas sobre a terra, direito esse anterior à criação do próprio Estado Brasileiro, sendo que a demarcação apenas evidencia os limites das terras indígenas, sendo necessário o estudo

antropológico aludido, porém, até a solução da demanda de forma definitiva, não é sensato pretender a remoção dos índios da área por eles ocupada, até porque nenhuma prova indica para qualquer prejuízo ao meio ambiente em razão da permanência deles na área do mencionado Parque Estadual.

6. Agravo de instrumento improvido”. (grifou-se.)

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

218. Quanto ao processo de demarcação das terras indígenas em si, este é determinado no Brasil pelo Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996 (ANEXO 2). Por meio dele, é possível verificar a existência de cinco fases bem delimitadas, que serão vistas a seguir.

219. A 1ª fase é a denominada de **IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO** (art. 2º, *caput* e §§1º a 5º do Decreto 1775/96):

*Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em **trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida**, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.*

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

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

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

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

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

220. Esta primeira fase do processo de demarcação tem início com a edição de Portaria pelo Presidente da FUNAI, que constitui grupo técnico multidisciplinar (GT) coordenado por antropólogo de qualificação reconhecida, com a finalidade de realizar estudos de natureza

etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessário à delimitação. Ao final desta etapa, após exaustivos estudos que preservam a participação dos indígenas e dos estados federados, é elaborado um relatório chamado Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), com requisitos e elementos essenciais delimitados pela Portaria nº 14/96 do Ministério da Justiça e Cidadania/MJC (ANEXO 3).

221. Observe-se que a mencionada Portaria do MJC, em síntese, impõe ao Relatório o dever de abordar os quatro requisitos constitucionais da definição de terras tradicionalmente ocupadas, constantes do artigo 231, §1º, da Constituição Federal, a saber: (i) habitação permanente; (ii) atividades produtivas; (iii) meio ambiente; e (iv) reprodução física e cultural, sempre orientado pelos usos, costumes e tradições da etnia em estudo. Ademais, esse Relatório contém (v) os dados gerais sobre o grupo indígena; (vi) o levantamento fundiário; e (vii) a conclusão que, se favorável, indicará o perímetro da área a ser demarcada.

222. Note-se que nesta fase do estudo já é possível a participação de qualquer interessado, consoante dicção do §8º do artigo 2º do Decreto nº 1775/96, in verbis: "desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se (...)”.

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

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

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

224. Os seus setores técnicos revisam criticamente o que foi desenvolvido pelo grupo de trabalho multidisciplinar, podendo sugerir ajustes. Estando formal e materialmente adequado, o relatório segue para aprovação do Presidente da FUNAI, cujo despacho é

publicado nos órgãos de divulgação oficial da União e do Estado interessado, além de afixação em local adequado nos Municípios afetados.

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

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

226. Com as análises técnica das contestações, dá-se início à **2ª fase do procedimento – a de DECLARAÇÃO**. O processo administrativo é remetido ao Ministro da Justiça e Cidadania para a declaração de limites (art. 2º, §§ 9º e 10 do Decreto nº 1775/96):

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

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

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

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

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

227. Recebido e analisado o processo, existem três alternativas: (i) desaprovar a identificação, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes; (ii) prescrever diligências complementares ao trabalho apresentado; e (iii) concordar com o relatório de

identificação, declarando-se, através de portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação.

228. Segue-se a isso a **3ª fase**, denominada **DEMARCAÇÃO FÍSICA**, quando os marcos de delimitação são colocados no perímetro indicado na Portaria Ministerial. **Também aqui se inicia o procedimento visando ao pagamento das indenizações pelas benfeitorias erigidas de boa-fé (art. 231, § 6º, CF)**, segundo prévia vistoria e avaliação procedida por técnicos em procedimento administrativo específico para tal fim, não se confundindo com o levantamento fundiário previsto na 1ª fase e já constante do RCID:

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

(...)

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

229. Na **4ª fase**, após a demarcação física e o início do pagamento das benfeitorias, o processo é remetido ao Presidente da República para **HOMOLOGAÇÃO** (art. 5º):

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

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

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

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

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

IV.3 O processo de demarcação da terra do Povo Indígena Xucuru

233. A Terra Indígena Xucuru localiza-se no município de Pesqueira, agreste do Estado de Pernambuco, a 216km da cidade de Recife. O processo de regularização fundiária da terra indígena foi iniciado em 1989, com a etapa da identificação e delimitação, cujos trabalhos foram realizados pelo Grupo Técnico (GT) constituído pela Portaria nº 218/FUNAI/89. O Relatório de Identificação resultante deste estudo foi aprovado pelo Despacho nº 3 do Presidente da FUNAI, de 23/03/1992. Nesse mesmo ano, em 28 de maio, o Ministério da Justiça declara a terra indígena como de posse permanente dos índios Xucuru, mediante Portaria nº 259/MJ /92.

234. Em 1995, teve sua demarcação física realizada com dimensão de 27.555.583 ha e o perímetro de 81.205,73m. Foi homologada pelo Decreto s/n de 30 de abril de 2001, publicado no Diário Oficial da União de 2 de maio de 2001, registrada pela matrícula n. 9.447 do Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Pesqueira, e no Patrimônio da União pela certidão nº. 40.

235. **A dimensão da terra indígena corresponde a 275.555,83 km², mais de cinco vezes a dimensão da Costa Rica, sede dessa Honorável Corte, o que pode fazer evidente a esse Tribunal a extrema complexidade que um processo administrativo demarcatório como este representa ao Estado brasileiro em termos técnicos e o potencial de geração de litígio com o qual o Estado deve lidar de forma efetiva.**

236. O primeiro levantamento fundiário e a vistoria das benfeitorias implantadas por ocupantes não índios na Terra Indígena Xucuru foi realizado à época da identificação, por técnicos da FUNAI, INCRA e CEPAC (Governo do Estado de Pernambuco), como parte dos

trabalhos do GT, instituído pela Portaria nº 218/FUNAI/89, sendo cadastradas 281 ocupações de terceiros no interior da área identificada.

237. Em 1991, a FUNAI realizou o levantamento das ocupações incidentes na Fazenda Pedra D'Água, registrando 24 ocupações de não índios. Em março de 2000, outro GT foi constituído pela Portaria nº. 193/PRES, de 30/03/2000 – DOU de 03/07/2000, determinando a revisão e a atualização do levantamento fundiário, realizado pelo GT instituído pela Portaria nº 218/FUNAI/89. Foram cadastradas 18 ocupações.

238. Em outubro de 2000, em continuidade com as ações fundiárias na citada Terra Indígena, os trabalhos de outro Grupo Técnico – Portaria nº 1079/PRES/00, de 17/10/2000 – DOU de 18/10/2000, levaram ao cadastramento de 37 imóveis. Em 2002, pela Portaria nº 530/PRES, foi designado Grupo Técnico para o levantamento fundiário, cadastrando à época outras 99 ocupações não indígenas.

239. Em 2007, pela Portaria nº 374/PRES, de 14/05/2007 – DOU de 15/05/2007, foi constituído novo Grupo Técnico para o levantamento fundiário e a avaliação de benfeitorias, que cadastrou 126 ocupações de não índios, acrescidos de mais 13 imóveis na área denominada Fazenda Pedra D'Água.

240. O levantamento fundiário de todas as ocupações de não índios na Terra Indígena Xucuru foi concluído em 2007 pelo GT designado pela Portaria nº 374/PRES/07, perfazendo o total de 624 ocupações cadastradas na área.

241. Atualmente, conforme informado em tópico anterior, todas as terras anteriormente ocupadas por cidadãos não índios na Terra Indígena Xucuru estão sob posse permanente e exclusiva do Povo Xucuru, com exceção de 7 ocupações em 143 ha da Terra Indígena (sob posse de 6 não índios), o que representa 0,58% de todo o território indígena.

IV.4 Os fatos alegados (ausência de “posse tranquila” de terra indígena e presença de não índios nas terras) não caracterizam violação ao direito de propriedade protegido no artigo 21 da CADH

IV.4.1 Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao art. 21.1 da CADH em combinação com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado

242. Segundo a CIDH, o Brasil seria responsável por não permitir à Comunidade Indígena Povo Xucuru uma “posse tranquila” das terras habitadas por eles, em decorrência dos conflitos fundiários existentes na região e a presença de não índios e por impor uma suposta demora injustificada no processo demarcatório. Estaria assim, segundo a CIDH,

violando o direito de propriedade previsto no artigo 21 da CADH, em combinação com os artigos 1.1 e 2º daquele tratado, assim escrito:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

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

243. Ao reconhecer o direito à propriedade privada, a Convenção Americana prescreve, conforme se depreende do texto convencional, que o direito de propriedade que uma pessoa detém sobre determinado bem não pode ser, como regra geral, vilipendiado pelo Estado ou por outros cidadãos. A Convenção Americana, portanto, não atribui propriedade de nenhum bem a ninguém, mas sim toma como pressuposto a condição prévia de proprietário de certo bem para que a pessoa humana possa ser sujeito de direitos protegidos pelo referido artigo.

244. Da mesma forma, o art. 21.2 busca proteger o proprietário de um confisco, ou seja, de uma atitude arbitrária (geralmente cometida pelos Estados) pela qual aquele se vê privado de seus bens sem a devida contrapartida financeira. Essa proteção compõe uma das garantias mais basilares do ser humano, tendo sido prevista nos mais diversos diplomas internacionais desde a Magna Carta, em 1215: “*No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land*”.⁶⁷

245. Percebe-se, assim, que não se trata propriamente de um artigo que estabelece direito de propriedade sobre certos bens ou mesmo terras coletivas, mas que protege os proprietários devidamente reconhecidos como tal segundo as leis dos Estados nacionais.

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

⁶⁷ *The Great Charter*. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

distanciamento entre a jurisprudência da Corte e a Convenção e sua eventual congruência ou incongruência com o disposto no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,⁶⁸ o certo é que o conceito tradicional de propriedade não se coaduna com o regime jurídico das terras indígenas no Brasil.

Em uma interpretação tradicional dos conceitos civilistas de propriedade, a posse seria exercício aparente do direito de propriedade e a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa decorreria do direito de propriedade. Ocorre que, com o objetivo de assegurar a perpetuidade da permanência das comunidades indígenas nas terras que tradicionalmente ocupam, a propriedade das terras indígenas no Brasil é da União, a qual tem o dever de defender a posse, o uso e o gozo dessas terras pelos indígenas e não pode dispor dessas mesmas terras. Logo observa-se que não se aplica às terras indígenas no Brasil o conceito tradicional de propriedade, havendo um regime jurídico especial, que busca atender as especificidades da ancestralidade dessas terras e de sua ligação com a sobrevivência física e preservação dos costumes e cultura dos povos indígenas.

247. Não faz sentido, nesse contexto, afirmar que o direito de propriedade dos indígenas foi violado pelo Estado brasileiro, por disposições legislativas. Como se demonstrará adiante tampouco se verifica essa alegada violação em decorrência do processo administrativo demarcatório, pois o Estado agiu de forma diligente.

248. Já se disse anteriormente que, por dispositivo de fonte constitucional, muito anterior ao desenvolvimento do conceito de propriedade coletiva pela Corte Interamericana, a propriedade das terras indígenas no Brasil é atribuída à União; o direito que vincula os índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas é o direito à sua posse permanente e exclusiva, com o usufruto de suas riquezas.

249. No caso em análise, a alegada violação ao artigo 21 da Convenção Americana em conexão com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado decorreria de reconhecimento tardio das terras indígenas (reconhecimento e demarcação) e da falha em assegurar a propriedade e a posse pacífica (ausência de desintrusão efetiva). A violação do artigo 21 seria indireta, pela falta de observância do dever estatal de respeitar e promover os direitos da Convenção e, após a violação do direito de propriedade por terceiros, pela falta de devida diligência para tratar essas violações em conformidade com a Convenção (retirar os não índios da Terra Indígena Xucuru).

⁶⁸ "Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade."

250. Ocorre que essa acusação não leva em devida consideração a complexidade da demarcação de uma terra indígena com tamanho mais de cinco vezes superior ao da Costa Rica, sede dessa Honorável Corte; a existência de mais de duas centenas de ocupações cuja boa-fé tinha que ser analisada; e a presença de terceiros não indígenas na região desde tempos remotos. Todo esse quadro demonstra não só o elevado grau de vulnerabilidade do Povo Indígena Xucuru, mas a igual complexidade do desafio de demarcar sua terra.

IV.4.2 O direito da União à propriedade de terras indígenas não caracteriza violação ao direito do Povo Xucuru à posse permanente e exclusiva sobre suas terras e aos demais parâmetros convencionais de proteção de seus direitos

251. Ainda que se compreenda que o direito dos povos indígenas à posse sobre terras tradicionalmente ocupadas está albergado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que o Estado brasileiro admite a título argumentativo, é forçoso reconhecer que a atribuição constitucional da propriedade das terras indígenas em favor da União está em conformidade com os aspectos essenciais da interpretação jurisprudencial do art. 21 da CADH nos casos em que figuram como vítimas comunidades indígenas ou outras comunidades tribais.

252. Os indígenas no Brasil não detêm a posse “comum”, regida normalmente pelo Direito Civil, mas uma posse permanente, que lhes garante a sobrevivência física e cultural, segundo suas tradições, usos e costumes. É por meio da posse que, inclusive, os indígenas possuem o usufruto exclusivo da riqueza do solo, rios e lagos nele existentes.

253. Nesse sentido, a despeito de se ter a titulação das terras indígenas em favor da União, como sua legítima proprietária, o regime jurídico constitucional de atribuição aos índios de posse permanente e exclusiva das terras tradicionalmente ocupadas garante-lhes o exercício de direitos semelhantes ao de um proprietário, sob a proteção da inalienabilidade, garantia de manutenção das terras para benefício das gerações presentes e futuras.

254. Em verdade, a titulação da propriedade das terras indígenas em favor da União representa algo muito positivo para os indígenas, a conformar um regime jurídico melhor do que se teria caso os índios fossem, além de possuidores, proprietários de suas terras.

255. Problemas internos nas comunidades indígenas, derivados de múltiplos fatores, inclusive de disputas territoriais entre membros da mesma tribo e divergências quanto às finalidades a serem dadas às terras que ocupam, podem representar ameaças concretas à conservação dos limites territoriais ocupados pela comunidade.

256. No caso do povo indígena Xukuru, especificamente, há registro histórico de dissidência entre alguns membros da comunidade em razão de tentativas de venda ilegal de parte de terras da área indígena demarcada, que em nada se relacionam com o exercício do direito de propriedade da terra pelo Estado. Em manifestação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal nos autos de nº. 1.26.000.000791/2003-67 (ANEXO 4), pode-se extrair o seguinte:

(...)

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

Ocorrido o fracionamento, após o massacre de 07/02/02003, surgiram como prioritárias medidas de amparo às famílias expulsas da TI Xukuru (fls. 118/122).

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Por fim, quanto às demais questões (aumento das tensões, ameaças, demanda por terra, pagamento de aluguéis, aquisição de propriedades, etc), há que se considerar que, atualmente, o quadro não mais persiste. Isto porque a divisão do povo Xukuru em duas tribos é fato consolidado – Xukuru de Cimbres e Xukuru de Ororubá, sendo ambas reconhecidas e

independentes. Ambas os povos já consolidaram seu território e possuem suas terras demarcadas, o que fora objeto do Inquérito Civil nº 1.26.002.000126/2007-87, arquivado diante da conclusão dos processos de demarcação (conforme cópia da promoção de arquivamento anexa).

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

(...)

257. Resta claro, portanto, que mais do que um simples desentendimento, houve um verdadeiro faccionalismo entre os membros do povo indígena Xucuru, situação esta já pacificada nos dias de hoje, o que se afirma também em razão da ausência de reclamações a respeito há, pelo menos, quatro anos.

258. A despeito dos esforços do Estado brasileiro em reintegrar as famílias expulsas, as tentativas restaram infrutíferas por escolha dos próprios membros da comunidade. Ou seja, além de não haver nenhum fato omissivo ou comissivo que possa ser imputado ao Estado brasileiro como provocador dos referidos conflitos internos, verifica-se que foram adotadas todas as medidas que se mostraram possíveis para a pacificação do povo indígena Xucuru.

259. Ao considerar situações como esta, incidentes justamente na história recente do povo indígena envolvido no presente caso, o Poder Constituinte Originário do regime constitucional brasileiro inaugurado em 1988 teve por bem estabelecer o direito da União à propriedade das terras indígenas no Brasil, garantindo-lhes, por consequência, todas as prerrogativas que o Estado possui para a manutenção do patrimônio público, acrescidas das expressas proibições de venda ou qualquer outro meio de disposição.

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

261. A jurisprudência brasileira já reconheceu a evidente finalidade social e protetiva do regime atribuído às terras indígenas pela Constituição Federal:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS -

ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RE CONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. - O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419). A legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída (RTJ 78/398): para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) - NATUREZA JURÍDICA. - A Fundação Nacional do Índio - FUNAI constitui pessoa jurídica de direito público interno. Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). Tratando-se de entidade autárquica instituída pela União Federal, torna-se evidente que, nas causas contra ela instauradas, incide, de maneira plena, a regra constitucional de competência da Justiça Federal inscrita no art. 109, I, da Carta Política. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (CF, art. 109, XI). Essa regra de competência jurisdicional - que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. - **A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República** - ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade - **reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.** A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. **A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e**

condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum. (RE 183188, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 14-02-1997 PP-01988 EMENT VOL-01857-02 PP-00272) (grifo nosso)

262. Considerando-se essa finalidade das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas no Brasil, conclui-se que a titularidade dominial, em verdade, constitui aspecto de menor importância para compreensão de seu regime, superado pela relação ancestral existente entre o índio e a terra - o já abordado conceito de “indigenato” – e que se consubstancia no direito dos índios à posse permanente e exclusiva.

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

264. Dessa perspectiva, portanto, a proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro é visivelmente bastante superior àquela conferida pelo artigo 21 da CADH, restrita aos padrões mínimos e tradicionais de proteção à propriedade, segundo a formulação dos Direitos Humanos de 1ª geração. Com efeito, tem-se no Brasil regime jurídico que garante proteção muito maior às comunidades indígenas ao prever a posse permanente de uma terra que é inalienável, imprescritível e indisponível, tendo os indígenas ainda o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, além de participação nos resultados de lavra.

265. Analisemos mais detidamente se o regime jurídico das terras indígenas no Brasil é compatível com o regime jurídico convencional de proteção das terras de comunidades

tradicionais, segundo entendimento dessa Corte e o fim de garantir a sobrevivência física e cultural desses povos.

266. No julgamento do *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua*, restou claro que, a despeito das discussões legislativas que permearam o caso concreto e da consagração do direito das comunidades indígenas à propriedade de suas terras, segundo a Constituição nicaraguense, esse Honrável Tribunal reconheceu que a relação dominial determinada pela Convenção Americana em favor dos povos tradicionais se consubstancia na “posse coletiva das terras” pelos índios e na proibição ao Estado de adotar medidas que possam vilipendiar o domínio permanente e exclusivo das terras pela comunidade indígena:

(...)

A política de tratamento dos povos indígenas em todos os países da América Latina, a partir do descobrimento, foi a procura da integração acelerada destes povos aos padrões de vida do resto da sociedade nacional. Essa política foi mantida durante muito tempo. Paulatinamente, os países foram trocando seu regime constitucional, a tal ponto que há um bom número de nações que já possuem normas que reconhecem a diversidade cultural das respectivas sociedades nacionais, a existência dos povos indígenas, o direito destes povos a manter essa diversidade cultural, a perpetuidade e o direito à legalização de suas terras. **A Nicarágua foi um dos primeiros países na América Latina a fazer esse reconhecimento. No âmbito constitucional está aceita a existência dos povos indígenas como sociedades culturalmente diferenciadas do resto da sociedade, com direitos específicos que se referem fundamentalmente à posse da terra de forma coletiva.** A partir do momento em que foram adotadas a Constituição Política de 1987 e a Lei de Autonomia, que determinam que os indígenas têm direito ao reconhecimento da propriedade do domínio que têm exercido sobre a terra, desde esse momento os indígenas podem ser considerados proprietários plenos da terra e podem, se não têm títulos escritos, confirmar esta condição por meio de diferentes provas. **A adoção destas normas deveria obrigar o Estado a abster-se de tomar determinações em relação aos territórios ocupados pelos indígenas.**⁶⁹

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

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua.I*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Derechos dos Povos Indígenas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

115. In sum, the State's legal framework merely grants the members of the Saramaka people a privilege to use land, which does not guarantee the right to effectively control their territory without outside interference. The Court has previously held that, rather than a privilege to use the land, which can be taken away by the State or trumped by real property rights of third parties, members of indigenous and tribal peoples must obtain title to their territory in order to guarantee its permanent use and enjoyment. This title must be recognized and respected, not only in practice, but also in law, in order to ensure its legal certainty. In order to obtain such title, the territory traditionally used and occupied by the members of the Saramaka people must first be delimited and demarcated, in consultation with such people and other neighboring peoples. In this regard, the Court has previously declared that "a strictly juridical or abstract recognition of indigenous lands, territories or resources lacks true meaning where the property has not been physically established and delimited." (A Court H.R., Case of the Saramaka People. v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 28, 2007 Series C No. 172, para. 115). (grifo nosso).

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

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

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

jurídico, são definidos pela Constituição e pelas leis do Brasil. A mera titulação dominial da União em nada afasta a efetividade desse regime de proteção.

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

IV.4.3 Não há nenhum cidadão não índio na Terra Indígena Xucuru em conflito com o Povo Xucuru

272. A Ilustre CIDH afirma que uma das razões para inexistir a posse “pacífica” dos índios Xucuru sobre as terras que ocupam seria a presença de não índios na área. Além do fato acima exposto, referente ao faccionalismo existente entre os próprios indígenas, demonstrar-se-á que a presença dos não índios é hoje insignificante, pacífica e compreendida pelo povo Xucuru, o que caracteriza ausência de violação ao seu direito de possuir plenamente a Terra Indígena Xucuru.

273. Com o intuito de esclarecer a realidade atual em torno deste caso, conforme Relatório Técnico da Instrução Técnica Executiva nº. 214/2016/DPT e da Informação Técnica nº. 143/2016/CGAF/DPT/FUNAI (ANEXO 5), a FUNAI estabeleceu uma comissão de técnicos para realizar uma visita *in loco* à Terra Indígena Xucuru, realizada no período de 1 a 5 de agosto de 2016⁷⁰, especialmente para verificar a presença de ocupantes não índios na referida terra indígena. A visitação foi antecedida de reunião com a presença, além dos servidores da FUNAI, do cacique Marcos Luidson de Araújo (cacique “Marquinhos”) e demais lideranças indígenas representantes das comunidades do povo indígena Xucuru de Ororubá.

274. **A vista *in loco* foi acompanhada de perto pelo pajé Xucuru de Ororubá, Pedro Rodrigues Bispo.** Foi de extrema importância a presença do pajé para fazer a ligação entre os servidores da FUNAI e os representantes indígenas de cada localidade. Foi também de extrema importância a presença das próprias lideranças indígenas locais, que a cada dúvida buscavam repostas junto ao cacique Marcos. Entre as lideranças, constatou-se a presença do Sr. José Jorge de Melo, Sr. Francisco de Assis Jorge de Melo e Sr. José Anizio da Silva.

⁷⁰ Instrução Técnica Executiva n. 214/2016/DPT, de 26 de julho de 2016.

275. Conclui-se, pois, que a visita *in loco* não só teve a anuência da comunidade indígena, como teve a presença das lideranças indígenas e do próprio cacique Marcos. O Estado brasileiro enxerga tal fato como um atestado de fidedignidade das informações extraídas pelos servidores da FUNAI nessa visita, bem como a boa-fé das partes envolvidas na colheita de tais informações.

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

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

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

279. Os seis ocupantes identificados são os seguintes:

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

6. Murilo Tenório de Freitas-LVA 580: uma ocupação denominada Ipanema, com superfície de 11,00 ha.

280. As ocupações desse pequeno grupo de não índios na terra indígena Xucuru podem ser verificadas no mapa extraído de imagens por satélite, conforme a numeração dos LVAs – Laudo de Vistoria e Avaliação (ANEXO 5). Ao todo, esses ocupantes não índios utilizam uma área equivalente a 160,43 ha. Considerando que a área total da terra indígena Xucuru é de 27.555,0583 ha, **a área ocupada pelos não índios equivale a 0,582% da área total.** Ou seja, trata-se de porção de terra extremamente insignificante perto do que constitui a Terra Indígena Xucuru ao todo.

281. Esse resultado revela a atuação contínua do Estado brasileiro no sentido de efetuar as indenizações devidas e retirar os ocupantes não índios indesejados da Terra Indígena Xucuru. Esse procedimento por si só é complexo considerando a natural mistura de culturas entre índios e não índios decorrente da convivência entre os povos. Como resultado desse trabalho é que, entre 2007 e 2013, foram identificadas e cadastradas 624 ocupações não indígenas, das quais foram indenizadas 523⁷¹.

282. Na diligência que resultou no Relatório Técnico da Instrução Técnica Executiva nº. 214/2016/DPT, complementado pela Informação Técnica nº155/2016/CGAF/DPT-FUNAI, verificou-se também que, além das 7 ocupações mantidas por 6 ocupantes não indígenas, nas **outras 75 ocupações não indenizadas, as terras já estão sob posse permanente e exclusiva do povo indígena Xucuru**⁷². Destas, **14 ocupações, identificadas pela região denominada por Fazenda Pedra D'Água, estão sob posse dos membros da comunidade indígena Xucuru desde 1990 (na maioria delas não constam benfeitorias a serem indenizadas, ademais), e 61 ocupações, mantidas anteriormente por 45 ocupantes não índios, foram sendo ocupadas pelo povo Xucuru gradativamente, entre 1992 e 2012.**

283. **Entre as 61 ocupações que foram sendo gradativamente ocupadas pelo povo Xucuru ao longo dos anos estão todas as localidades objeto das duas ações judiciais referidas pela CIDH em seu Relatório Preliminar de Mérito. A suposta violação à posse**

⁷¹ Conforme Informação Técnica nº 155/2016/CGAF/DPT-FUNAI, de 06 de setembro de 2016, e quadro acerca do pagamento das indenizações (ANEXO 6).

⁷² Das 101 ocupações restantes não indenizadas (624 - 523), 19 já haviam sido identificadas como áreas pertencentes aos indígenas. Assim, restariam 82 ocupações. Destas, apenas 7 são ocupadas por não índios, restando ao final 75 ocupações a serem indenizadas que hoje estão na posse dos indígenas (Informação Técnica nº. 143/2016/CGAF/DPT-FUNAI e Informação Técnica nº 155/2016/CGAF/DPT-FUNAI).

permanente dos índios em razão da pendência destas ações ao tempo da prolação daquele relatório, por essa razão, não encontra sustento na realidade fática.

284. Diante de um número tão ínfimo de ocupantes não indígenas, que inclusive estão na terra sem qualquer situação de conflito com os indígenas, não há como se enquadrar a situação vivida pelo povo indígena Xucuru atualmente como violadora de seu direito à posse permanente e exclusiva sobre suas terras ou mesmo ao direito à propriedade coletiva segundo seus aspectos essenciais desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal. Caberá sempre reprimir: há 6 ocupantes não índios em 0,5% das terras indígenas. Não poderia ser mais insignificante a suposta falta de posse plena em favor do povo Xucuru.

285. Não bastasse sua insignificância para motivar eventual condenação do Estado brasileiro por violação da Convenção Americana no presente caso, a realidade fática comprovada pelas autoridades públicas demonstra também que a presença de 6 ocupantes não índios na Terra Indígena Xucuru, em apenas 0,5% de sua extensão, se realiza de modo pacífico.

286. Não há provas nos autos de que haja qualquer situação conflituosa entre os 6 ocupantes e membros da comunidade Xucuru, o que representa ônus probatório não desempenhado pela CIDH e fundamental para que se motive eventual condenação do Estado. Muito pelo contrário, as autoridades públicas constataram *in loco*, em visita acompanhada por diversas lideranças do povo Xucuru, que os referidos 6 ocupantes estão em situação completamente pacífica naquele território, certamente porque ocupam porção absolutamente ínfima daquele território e realizam atividades agrícolas simples, de subsistência, típicas das pequenas e médias roças e fazendas da região e da pobreza que também cerca, infelizmente, aquelas famílias.

287. Em terceiro lugar, a presença de 6 ocupantes não índios na Terra Indígena Xucuru, além de insignificante e pacífica, é também compreendida pelo povo Xucuru.

288. A constatação de que cidadãos não índios, agindo de boa-fé, realizaram negócios jurídicos e benfeitorias em terras posteriormente demarcadas para a posse de comunidades indígenas demonstra que o Estado precisa reparar materialmente os direitos dessas pessoas, sem que isso prejudique, naturalmente, o direito constitucional das comunidades indígenas à posse permanente e exclusiva sobre suas terras.

289. Já se explicou anteriormente que o processo administrativo que leva a essa constatação é detalhado e transparente. É também possível a qualquer cidadão postular

judicialmente o reconhecimento desse direito, tudo para que, ao final, índios e não indígenas tenham seus direitos reconhecidos e efetivados.

290. No caso em apreço, a ausência de conflitos com aqueles 6 ocupantes, mantidos em porção absolutamente ínfima de seu território, sinaliza que o povo indígena Xucuru compreende e respeita a existência de direitos daquelas pessoas em todo esse processo. Do contrário se teria a irresignação das lideranças daquela comunidade, como de resto ocorre em outros casos, quando a própria existência de direitos dos não índios é questionada pela comunidade indígena.

291. Todo esse cenário, que as autoridades brasileiras lograram comprovar (ainda que o ônus probatório dos fatos motivadores do presente caso fosse da CIDH), demonstra que a realidade vivida hoje pelo povo indígena Xucuru é absolutamente pacífica e que a existência de 6 ocupantes em apenas 0,5% dos 27.555.583 ha ocupados por eles em suas terras não representa concretamente qualquer violação aos seus direitos.

292. Por todo o exposto, o Estado brasileiro solicita a essa Honorável Corte que reconheça não haver, no presente caso, fatos que caracterizem violação ao direito de propriedade protegido pelo artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois:

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

porções da Terra Indígena Xucuru em situação de conflito com o Povo Xucuru. A presença de somente 6 ocupantes, na porção ínfima de 0,5% da terra indígena, em situação pacífica e compreendida pelo Povo Xucuru, demonstra o exercício pleno do controle da terra indígena pelos próprios índios e a ausência, portanto, de violação concreta aos seus direitos.

IV.5 Não há provas de que tenha havido violação ao direito à integridade pessoal dos membros do povo Xucuru

293. A CIDH, na conclusão de seu Relatório Preliminar de Mérito nº. 44/2015, alega ter o Estado brasileiro violado o disposto no art. 5.1 da CADH, juntamente com os artigos 1.1 e 2º da mesma convenção. No corpo do relatório não resta claro qual teria sido de fato a ação ou omissão do Estado que teria ensejado a suposta violação ao direito à integridade pessoal.

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

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (grifo nosso)

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

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

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

298. Desse modo, não se pode partir do simples pressuposto de que uma suposta violação ao direito de propriedade (não prevista no art. 5º da Convenção) possa ser enquadrada como hipótese de violação à integridade pessoal, muito menos que possa ser considerado o real motivo do abalo à integridade moral de familiares de pessoas que supostamente tiveram direito à propriedade violado. Se esse fato (violação ao direito de propriedade) não se encontra previsto como hipótese de violação específica do art. 5º, o que constituiria um certo direito à integridade (patrimonial) da pessoa humana, não se pode conceber a violação ao direito à propriedade como automaticamente ensejadora de violação do direito à integridade pessoal do proprietário. Do contrário, ter-se-ia verdadeira confusão dos bens jurídicos tutelados pelas duas normas, como se protegessem o mesmo bem jurídico, interpretação que, como já dito, contraria a lógica de que a norma não possui palavras inúteis.

299. Aliás, não há, *prima facie*, qualquer correlação direta e automática entre uma suposta violação ao direito de propriedade de alguém e a alegação de violação ao direito à integridade pessoal dessa mesma pessoa. A CIDH não se desincumbiu de seu ônus de alegar haver uma violação autônoma ao direito à integridade pessoal e de prová-la, narrando e provando os fatos que supõe serem violadores desse bem jurídico.

300. A Comissão não identifica quais são os abalos psíquicos decorrentes da suposta violação ao direito de propriedade. Na prática, a CIDH se limita a afirmar a existência da violação. Em vista disso, o Estado solicita a essa Honorável Corte que analise o dever da CIDH de fundamentar suas decisões; se há condições em que uma violação ao artigo 5º da Convenção pode ser considerada não autônoma, mas presumida a partir de outra violação; e se a presunção de violação ao artigo 5º cerceia a defesa do Estado no caso concreto, dado que desprovida de demonstração, fundamentação ou de evidências específicas, mínimas que sejam. Em última análise, o Estado espera que o Tribunal possa avaliar se é possível que exista uma violação com a presunção dos fatos específicos, como ocorreu ante a CIDH.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

na implementação das medidas conforme determinado. Ainda que não tivesse cumprido, nas palavras da própria CIDH ao tratar das medidas cautelares, tem-se que "(...) *ainda que estejam relacionados, os objetos das medidas cautelares e do caso sob análise são distintos*" (grifo nosso - parágrafo 65 do Relatório de Mérito n. 44/2015). Ou seja, a própria CIDH fez o corte temático ao fazer a análise de direito quanto ao caso separando as situações das medidas cautelares do objeto do presente caso.

305. E quanto à alegação da suposta nova estratégia de criminalização das lideranças indígenas, cumpre destacar que a própria CIDH, ao definir o objeto do presente caso, desconsiderou tal alegação por não ter restado clara "*a sua conexão com o objeto do presente caso nem a maneira pela qual os respectivos recursos internos teriam sido esgotados*". A CIDH considerou "*que não conta com elementos suficientes para proceder dessa maneira*" (parágrafo 64 do Relatório de Mérito n. 44/2015). Desse modo, não faz sentido a CIDH, em suas conclusões, querer imputar ao Estado brasileiro uma suposta violação do direito à integridade pessoal quando ela própria, em seu relatório, exclui do escopo da presente lide os fatos que supostamente ensejaram tal violação.

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

307. Por tudo que acima se expôs, o Estado brasileiro solicita a essa Honorable Corte que reconheça não haver qualquer fato no presente caso que represente violação ao direito à integridade pessoal dos membros do povo indígena Xucuru, pois:

- a. ainda que se compreenda terem havido fatos violadores do direito à propriedade privada (art. 21 da CADH), não se pode compreender que tais fatos automaticamente ensejam violação ao direito à integridade pessoal (art. 5º da CADH);
- b. Os fatos supostamente violadores do direito à integridade pessoal dos membros do povo Xucuru relatados pela CIDH foram expressamente excluídos, por ela própria, do escopo da presente lide, razão pela qual não podem ser

considerados como fundamento para constatação de violação do referido direito.

IV.6 A compreensão dos direitos de garantias judiciais e proteção judicial à luz dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana

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

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

Artigo 8º - Garantias judiciais

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

Artigo 25 - Proteção judicial

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

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

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

23. Como já mencionado anteriormente pela Corte, o artigo 25.1 da Convenção é uma disposição de caráter geral que respalda a instituição processual do amparo, como procedimento simples e breve, que tem por objetivo a tutela dos direitos fundamentais (O “**habeas corpus**”

sob a suspensão de garantias, supra 16, parágrafo 32). Estabelece este artigo, igualmente, em termos amplos, a obrigação dos Estados em oferecer a todas as pessoas submetidas a sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra os atos de violação de seus direitos fundamentais. Dispõe também que a garantia ali consagrada aplica-se não só quanto aos direitos contidos na Convenção, como também àqueles que estejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei⁷³. (grifo nosso)

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

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

28. Este artigo 8º reconhece o chamado “devido processo legal”, que **abrange as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial**.⁷⁴ (grifo nosso)

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

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

316. Não é sem motivo que o art. 8º da Convenção – mais uma vez lido na íntegra –, elenca várias recomendações sobre como esse processo judicial deva ser conduzido: art. 8.1, o acusado deve ser ouvido dentro de um prazo razoável; art. 8.2, a inocência do réu deve ser

⁷³ Corte IDH. Opinião Consultiva OC-9/87, de 6 de outubro de 1987. Disponível em espanhol em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

⁷⁴ Idem.

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

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

318. No entender do Estado brasileiro, o art. 25 prevê normas que visam revelar a existência de interesse ou pretensão da pessoa e por isso buscam proteger uma aspiração (direito de acesso ao Poder Judiciário). Já as normas previstas no art. 8º visam assegurar o bom exercício desse direito, garantindo-se ao requerido em juízo um processo judicial justo.

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

1. Estoy, en general, de acuerdo con la decisión de la Corte en relación con las violaciones a los derechos humanos determinadas en la sentencia precedente, excepto respecto de la violación del artículo 25 de la Convención Americana.

2. No encuentro en este caso ninguna razón para declarar que se ha violado este artículo. De hecho, los párrafos de la sentencia que se refieren a él, los números 137 a 139, se remiten a citar la jurisprudencia de la Corte sin vincularla a hechos del caso, como hubiera sido necesario para fundamentar una violación de esa disposición. Por estas razones, estimo que, en este caso, no es procedente declarar una violación del artículo 25.

3. Quisiera insistir en este Voto que mi posición no es puramente académica y formalista. Como lo he dicho ya en otras ocasiones, el tratamiento conjunto de los artículos 8 y 25 parece sugerir que la única norma de la Convención que consagra el derecho “a los recursos” es la del artículo 25 y que la única manera de proteger los derechos de la Convención es a través de “recursos”. Creo que esto no es así. La protección de los derechos substantivos de la Convención Americana requiere necesariamente la posibilidad de ser oído ante un tribunal para determinar derechos u obligaciones o para decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un acusado, es decir, requiere tener el derecho a entablar acciones frente a otros. Los procesos a que den origen estas acciones no son recursos rápidos y simples que deban resolverse en días y sin mayor trámite. Por el contrario, el plazo que se da al Estado para concluir los procesos se contará probablemente no en días ni en meses, sino que a menudo en años, ya que se requiere un tiempo considerable para que se resuelva en un juicio un asunto de fondo, ya sea de carácter penal o civil, porque hay que darle a las partes la posibilidad, inter alia, de buscar pruebas, presentarlas a juicio, objetar las del contrario y hay que darle al tribunal la posibilidad de ponderar todo esto con cuidado. De ahí que el plazo debe ser “razonable”, lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto. Probablemente también, la mayor parte de ellos requerirá de asesoría de una persona experta en derecho, entre otras cosas, por la complejidad de los procedimientos. Ciertamente, entonces, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, no basta con el recurso de amparo del artículo 25.

4. Estimo de la mayor importancia preservar la distinción entre los artículos 8 y 25. El no distinguir estas dos disposiciones desvirtúa el objetivo original del artículo 25, en detrimento de las víctimas. Con esa posición, la Corte no se da la oportunidad de elaborar el concepto y los requisitos del recurso de amparo, dificultando así el identificar qué recursos de amparo propiamente tales deberían existir en el ordenamiento jurídico interno de los Estados partes de la Convención Americana para salvaguardar los derechos humanos de una manera sencilla, rápida y eficaz⁷⁵.

320. Portanto, a interpretação correta e compreensível é de que o art. 25 prevê normas que visam a revelar a existência de interesse ou pretensão da pessoa, por isso são declaratórias de uma aspiração (direito de acesso ao Poder Judiciário). Já as normas previstas no art. 8º visam a assegurar o bom exercício desse direito, garantindo-se um processo judicial justo. Em suma, proteção judicial (art. 25), que traduz um direito, precede ao direito à garantia judicial

⁷⁵ Voto disidente da Juíza Cecilia Medina Quiroga. Caso López Alvarez vs. Honduras. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_medina_141_esp.doc

(art. 8º), que o assegura no momento em que é exercido. Esse entendimento também está de acordo com o que essa Ilustre Corte consignou na Opinião Consultiva nº 9:

24. O artigo 25.1 incorpora o princípio reconhecido no direito internacional dos direitos humanos da efetividade dos instrumentos ou meios processuais destinados a garantir tais direitos. Como a Corte já destacara anteriormente, conforme a Convenção.

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

IV.7 Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao art. 8.1 da CADH

322. Antes de se demonstrar o motivo pelo qual inexistiu violação ao art. 8.1 da Convenção Americana, mostra-se pertinente lembrar quais foram, especificamente, os fatos submetidos pela Ilustre Comissão Interamericana de Direitos Humanos à análise desse Tribunal.

323. A despeito de se entender indevida a análise conjunta dos artigos 8.1 e 15 da CADH, conforme acima esposado, a Ilustre CIDH analisa a suposta violação a ambos os artigos de forma conjunta. Primeiramente, a Ilustre CIDH considera *a efetividade do processo administrativo para o reconhecimento, demarcação e titulação do território indígena Xucuru*, e, em um segundo momento, analisa *o cumprimento dessas obrigações nas ações judiciais relacionadas com a demarcação do território indígena em questão*.⁷⁶

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

⁷⁶ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 88

consagrado nessa Declaração entre o início do processo administrativo em 1989 e 25 de setembro de 1992 (parágrafo 99).

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

326. Veja-se que a análise da Ilustre CIDH refoge à *ratio essendi* da norma insculpida no art. 8.1 da CADH, pois considera, tão somente, a duração do processo administrativo de demarcação e dos processos judiciais relacionados ao tema. Não considera a necessária posição de réus em processos judiciais a que os membros da comunidade indígena Xucuru estivessem submetidos para possível categorização de violações às suas garantias judiciais, bem jurídico protegido pelo art. 8.1 da Convenção.

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

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

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

IV.8 Os fatos não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH: não há provas de que tenha havido violação autônoma ao direito à proteção judicial em período posterior ao reconhecimento pelo Brasil da jurisdição contenciosa da Corte

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

331. Conforme acima exposto, a Ilustre CIDH, em relação ao processo administrativo de demarcação, afirma não ter sido razoável seu prazo de duração, bem como não haver recurso efetivo em favor dos indígenas.

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

333. No presente caso, não há que se considerar violação da garantia ao acesso ao Poder Judiciário quanto ao processo administrativo de demarcação, visto ser um processo instaurado de ofício pelo Estado, em cumprimento a mandamento constitucional (art. 231, *caput*, CF/88). Os indígenas nesse caso, a despeito da possibilidade de participarem de todas as fases do processo demarcatório (art. 2º, §3º do Decreto nº 1.775/1996), não são autores, mas sim, beneficiários da atuação estatal, do resultado do processo administrativo.

334. Ainda que assim não entenda essa Colenda Corte, para que considere possível imputar ao Estado a violação ao disposto no artigo 25 da CADH, é necessário que reste comprovada uma violação autônoma após a data em que o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana (10 de dezembro de 1998), e não somente após 1992 como deseja a Ilustre CIDH. Há, conforme exposto anteriormente, uma exceção *ratione temporis* que não pode ser ignorada pela Corte para compreender os limites da possível violação ao referido bem jurídico.

335. No caso em tela, não restou comprovada nenhuma violação autônoma ao direito à proteção judicial após 10 de dezembro de 1998. Se bem é possível entender que até aquela data o processo administrativo demarcatório encontrou obstáculos, desde então, até a promulgação do decreto de demarcação da Terra Indígena Xucuru, em 2001, passaram-se apenas 3 (três) anos, sem qualquer paralisação do processo ou obstáculo que lhe tenha causado retardamento irrazoável.

336. Da mesma forma, a Ação de Suscitação de Dúvida proposta em 2002 pelo Oficial de Registro do Cartório de Pesqueira, Estado de Pernambuco, foi julgada em tempo bastante célere (3 anos), considerando-se o trâmite normal das ações judiciais em geral.

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

338. Para os não índios, o Estado brasileiro assegurou o direito de acesso ao Poder Judiciário e a consequente garantia de obter um provimento jurisdicional, ainda que desfavorável. De acordo com o já exposto anteriormente, os membros da comunidade e a própria comunidade também detinham capacidade processual e disponibilidade para acessar o Poder Judiciário buscando proteção a seus direitos. Como já fora dito acima, não se tem notícia de que o tenham feito.

339. Assim, não há como o Estado brasileiro ser responsabilizado por não disponibilizar recursos judiciais em favor do povo indígena Xucuru, já que esses recursos existem e não foram usufruídos apenas por livre e espontânea vontade dos indígenas.

340. Por todas essas razões, o Estado brasileiro entende não haver caracterização violação ao artigo 25.1 da Convenção Americana.

V. REPARAÇÕES

V.1 Sobre a compreensão geral das reparações autorizadas pela CADH

341. A obrigação geral do Direito de que todo dano enseja a devida reparação está refletida de modo expreso na Convenção Americana (artigo 63, 1):

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. (grifo nosso)

342. O Estado brasileiro, assim como os demais Estados partes da Convenção, assumiu a obrigação de reparar violações de direitos humanos protegidos em seu texto por meio de recursos internos adequados e eficazes. Mais do que isso, o Estado brasileiro e os demais Estados que reconhecem a jurisdição contenciosa dessa Corte assumiram o compromisso de se submeter aos seus julgamentos e de cumprir as sentenças proferidas por essa Corte, de modo a promover medidas de reparação em face de danos já não reparados pela jurisdição doméstica.

343. A redação da Convenção Americana é bastante clara ao afirmar que as medidas de reparação pressupõem decisão da Corte Interamericana de que houve violação de direito ou liberdade protegidos pela Convenção. O *conteúdo declaratório* da sentença é, portanto, fundamento para o *capítulo condenatório* do julgamento, em que a Corte faz a determinação das reparações cabíveis.

344. Entre as medidas cabíveis a Convenção também é explícita ao afirmar que aquela a ser primariamente buscada é a determinação ao prejudicado do gozo do direito ou liberdade violado. O mandamento se dirige a situações de violação continuada dos direitos protegidos na CADH. Nessas hipóteses, portanto, a sentença deve condenar o Estado a fazer cessar imediatamente a violação. Tem-se aqui a chamada *obrigação de cessação*.

345. A última parte do dispositivo é voltada às *reparações propriamente ditas*, ou seja, às medidas cabíveis para compensar situações já exauridas de violação de direitos protegidos pela CADH. Deve a Corte, segundo a dicção da Convenção, determinar em favor da vítima a “*reparação das conseqüências da violação*” e o “*pagamento de indenização justa*”. Sendo

certo que o pagamento de indenização pecuniária constitui reparação de certas consequências da violação (danos morais ou materiais sofridos pela vítima), deve-se compreendê-lo como espécie do conjunto de reparações possivelmente fixadas pela Corte no caso concreto, a que a Convenção alude como “*reparação das consequências da violação*”. A obrigação de indenização constitui, portanto, espécie da *obrigação geral de reparação*.

346. Obrigações de *cessação* e de *reparação* devem ser imputadas, portanto, cumulativamente, como consequências obrigatórias do capítulo declaratório da sentença que reconhece a violação de direitos protegidos pela Convenção, sendo a obrigação de *indenização* uma das medidas de reparação possíveis.

347. No exercício de sua competência, essa Honorável Corte tem desenvolvido jurisprudência que traz alguns outros contornos da obrigação inculpada no artigo 63, 1, da Convenção:

El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso.

Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia.⁷⁷ (grifo nosso)

⁷⁷ CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C, n. 162, pp. 200-202

348. Entre aqueles contornos da obrigação internacional de reparação de violações de direitos humanos estão, pois, segundo certos julgamentos da Corte Interamericana: a) supremacia do direito internacional sobre o direito interno dos Estados para regular a medida da reparação; b) primazia das medidas de reparação plena (*restitutio in integrum*), idealmente com vistas ao restabelecimento da situação anterior (*status quo ante*);⁷⁸ c) reparação das consequências da violação, inclusive por meio de pagamento de compensação pecuniária por danos causados, caso não seja possível a restituição da situação anterior; d) adoção de medidas de caráter positivo para que não se repitam os fatos lesivos (*medidas de não-repetição*); e e) fixação de reparações relacionadas com as violações reconhecidas na sentença e proporcionais às violações e aos danos, para que não haja enriquecimento ou empobrecimento das vítimas ou dos beneficiários.

349. O Estado brasileiro toma nota da jurisprudência desenvolvida até agora por esta Colenda Corte e compreende que ela representa parte importante do incremento e da efetividade das medidas de reparação devidas em razão de violações à Convenção Americana e aos demais tratados sujeitos à jurisdição dessa Corte, especialmente porque o texto convencional, por si só, não oferece parâmetros suficientes para sua efetiva aplicação.

350. O Brasil aprecia de modo especial a orientação jurisprudencial que confere primazia às chamadas medidas de *restitutio in integrum* sobre outras medidas reparatórias, especialmente sobre a determinação de pagamento de indenização. Esta postura da Corte Interamericana tem sido elogiada também por quem promove estudos comparados com outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos:

It has been suggested that the measures of satisfaction awarded by the Inter-American Court have the role of humanizing reparations in international human rights law, given that they go beyond a simple order to pay some monetary compensation. **Some judges from that court have also warned against the danger of mercantilization of reparations, in the sense of reducing their wide range to simple indemnifications.** Does the current European system encourage the process of ‘monetizing’ international human

⁷⁸ O Tribunal, ao longo dos anos, desenvolveu ainda uma tipologia da reparação integral, que incluiria: i) restituição da vítima ao *status quo ante* (restabelecimento da liberdade, derrogação de leis, devolução de terras, demarcação de terras indígenas, da restituição do emprego, etc); (ii) reabilitação física e psicológica da vítima e, se for o caso, de seus familiares (tratamento médico ou psicológico); (iii) satisfação (moral) da vítima - remédio não econômico (realização dos direitos à memória, à verdade e à justiça, reconhecimento da responsabilidade estatal, apresentação de pedido oficial de desculpas, nomeação de obra pública em homenagem às vítimas, programas para beneficiar uma comunidade, fornecimento de cursos, etc); (iv) garantias de não repetição (capacitação de funcionários públicos e execução de políticas e de reformas legislativas e regulamentares, capazes de ampliar o impacto coletivo das medidas de reparação); (v) obrigação de investigar, processar e punir; e (vi) compensação (pagamento de indenização), em relação às consequências econômicas e às não econômicas.

rights law remedies in the sense of focusing excessively on translating issues into a financial framework as opposed to alternatives?⁷⁹ (grifo nosso)

351. Ao longo dos últimos anos a Corte Europeia de Direitos Humanos tem cada vez mais determinado em sentenças as medidas de restituição integral. Tem-se de algum modo uma mudança na tradicional concepção europeia de que as sentenças da Corte deveriam se limitar a declarar a violação e condenar os Estados a uma reparação pecuniária. Nesse contexto, a primazia das medidas de restituição integral sobre outras medidas de reparação também tem sido reconhecida por aqueles que analisam sua jurisprudência:

The Court has explained that, following a ruling in which it finds one or more breaches of Convention rights, Article 46(1) requires contracting states to effectively put an end to the violations established by the Court and fulfill *restitutio in integrum*. *Restitutio in integrum* is the primary form of reparation that states parties to the ECHR must provide. Its purpose is to re-establish as far as possible the situation existing before the breaches and to “take something from the wrongdoer to which the victim is entitled and restore it to the victim.” When practicable, *restitutio in integrum* is the preferred form of reparation: it ends continuing violations and, more importantly, “corresponds to the needs and desires of victims.”⁸⁰

352. Ao Estado brasileiro, de fato, parece que a previsão convencional de possível imputação de sanção indenizatória em face da comprovada violação de direitos humanos não deve ser a *prima ratio* dentre as medidas de reparação cabíveis, sob pena de se promover indesejada “*monetização*” do sistema de petições individuais insculpido na Convenção. Essa mesma preocupação, aliás, deve guiar os tribunais internacionais em geral, e esta Corte em particular, quando da fixação de montantes devidos a título de reparação pecuniária por danos materiais ou morais.

353. A preocupação de se determinar medidas de reparação relacionadas às violações declaradas em sentença e proporcionais àquelas violações e aos danos sofridos também é resultado positivo dessa construção jurisprudencial. A fixação das medidas de reparação por esta Honorable Corte deve sempre ter em consideração as possibilidades de violações mais ou

⁷⁹ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 20.

⁸⁰ NIFOSI-SUTTON, Ingrid. The Power of the European court of human rights to order specific non-monetary relief: a critical appraisal from a right to health perspective. *Harvard Human Rights Journal*, 2010, Vol. 23, p. 53.

menos graves, assim como o reconhecimento de danos de maior ou menor proporção, de modo que as reparações sejam fixadas à luz da gravidade da violação e da proporção do dano que o caso apresenta. É questão de justiça sobretudo para os Estados, que não devem ser sancionados de modo semelhante àqueles que promoveram violações e danos mais graves.

354. É nesse sentido que a Corte Interamericana vem adequadamente desenvolvendo jurisprudência que contempla diversas espécies de reparação, tais como medidas de *restituição* (libertação de vítimas ilegalmente detidas, proteção de vítimas deslocadas para que retornem ao local de origem e retorno de terras ancestrais a povos indígenas, por exemplo); *reabilitação* (tratamento médico ou psicológico para as vítimas, por exemplo); *satisfação* (atos públicos e cerimônias de reconhecimento de responsabilidade pelo Estado; publicação da sentença; construção de monumentos; localização dos restos mortais das vítimas; investigação, persecução e punição, etc); além da *compensação pecuniária*.

V.2 Sobre as chamadas *medidas de não repetição*

355. Ainda sobre a jurisprudência dessa Egrégia Corte, o Brasil toma nota do entendimento de que as medidas de reparação determinadas em sentença condenatória podem abranger não somente medidas individuais, de caráter reparatório, voltadas às vítimas identificadas e devidamente representadas na controvérsia, mas também medidas gerais, de caráter preventivo, voltadas à adoção de atos administrativos, legislativos ou de outra natureza a serem adotados segundo parâmetros estipulados por essa Corte, sem o desenvolvimento de critérios objetivos relacionados à existência de violações sistêmicas de direitos humanos que justifiquem amplas medidas de não repetição. O Estado considera que a jurisprudência da Corte IDH, nesse sentido, poderia ser aprimorada.

356. O Estado brasileiro conhece o recorrente entendimento dessa Honorável Corte de que as medidas de reparação fixadas em sentença condenatória podem incluir medidas preventivas, de caráter estrutural, que visam a evitar a repetição futura das violações constatadas no caso em julgamento, ou seja, as chamadas *medidas de não repetição* ou *garantias de não repetição*. Sob o amplo espectro dessas medidas há sentenças que determinam aos Estados a adoção de decisões legislativas (aprovação, emenda, revogação ou afastamento de leis nacionais), administrativas (medidas de aprimoramento das capacidades de atuação de agentes públicos, construção de presídios e outras instituições públicas, etc) e judiciais (revogação de decisões judiciais domésticas).

357. Tem-se usualmente o argumento de que se os Estados partes da Convenção obrigaram-se a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção (artigo 2 da CADH), pode a Corte Interamericana concretizar tal obrigação em sentença que, a partir de um caso específico, determine as medidas gerais, legislativas ou de outra natureza, que devem ser adotadas para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

358. Esse raciocínio, sob o entendimento do Estado brasileiro, merece uma cuidadosa reflexão à luz do consenso estabelecido nos termos do artigo 61(1) da Convenção Americana. A obrigação de adotar medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção é e deve ser imputada aos Estados partes da CADH por aplicação do seu artigo 2º *per se*. Todas as demais obrigações assumidas pelos Estados ao se tornarem partes da Convenção Americana, aliás, guardam essa característica. Em outras palavras, os Estados signatários da CADH devem cumprir as obrigações instituídas no artigo 2º da Convenção da mesma forma que devem adimplir as obrigações de respeito e garantia instituídas nos demais dispositivos convencionais.

359. Nesse sentido, diante de comprovada violação do artigo 2º ou de qualquer outro dispositivo da CADH, entende o Estado brasileiro que a Corte Interamericana tem poderes para proferir sentença em que se declare a violação da norma convencional (artigo 61(1), primeira parte), determinar que se assegure à vítima o gozo dos direitos e liberdades violados (obrigação de cessação) e também que se **repare** as **consequências** da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (medidas de reparação).

360. O Estado brasileiro, nesse sentido, entende ser oportuna a reflexão sobre em que medida estariam incluídos no mandato convencional a condenação dos Estados à adoção de **medidas de prevenção das causas** da violação, para além das **medidas de reparação das consequências** daquela mesma violação. Em outras palavras, essa reflexão busca esclarecer a medida em que reparações que alcancem **possíveis infrações futuras** podem ser determinadas.

361. O exame da questão sob o prisma do artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, norma equivalente ao artigo 63.1 da CADH, tem recebido o seguinte enfoque:

The judges were very attentive [when ruling on the Broniowski case] not to assume more powers than those conferred by the Convention. They examined the need to remedy the systemic nature of the violation in the

context of the state's obligation under Article 46 to abide by the Court's judgments, and **not as a matter of reparation for a potential breach under Article 41, which expressly covers past, not future, infringements.**⁸¹ (grifo nosso)

362. Para além de um simples exercício de interpretação gramatical, a compreensão acima reflete, segundo o entendimento do Estado brasileiro, o compromisso assumido por todos os Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ainda que essa Honorable Corte seja o órgão competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Convenção, é fundamental que se observem parâmetros claros e objetivos para que, jurisprudencialmente, os limites do *pacta sunt servanda* sejam interpretados. Ainda que a Convenção Americana, como qualquer outro tratado, seja instrumento a ser interpretado de maneira viva, dinâmica, a partir da realidade vivida pelo intérprete em seu tempo, tal dinamicidade não pode configurar ausência de limites de atuação. Em outras palavras, a Corte IDH não pode ser *legibus solutus*.

363. Não por acaso, a evolução desse debate no continente europeu levou os países sujeitos ao Sistema Europeu de Direitos Humanos a **autorizarem a Corte EDH a assistir os Estados na identificação de soluções apropriadas para superar violações sistêmicas de direitos humanos**. Por meio da Resolução Res (2004)3, adotada em 12 de maio de 2004, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa assim decidiu:

Invites the Court:

I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers **to be an underlying systemic problem and the source of this problem**, in particular when **it is likely to give rise to numerous applications**, so as **to assist states in finding the appropriate solution** and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;

II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court⁸². (grifo nosso)

⁸¹ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 214.

⁸² CONSELHO da Europa. *Resolução Res (2004)3 do Comitê de Ministros sobre Sentenças Reveladoras de um Problema Sistêmico Profundo*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257#Top>. Acesso em: 07 set. 2015.

364. A decisão dos Estados levou a Corte Europeia a regulamentar o procedimento denominado “sentença-piloto” (*pilot-judgment procedure*). O procedimento de sentença-piloto pode ser iniciado a requerimento de uma das partes da disputa ou por decisão da própria Corte. Os juízes então avaliam se alguma das supostas violações afeta um amplo grupo de indivíduos que já peticionaram perante a Corte ou vítimas em potencial. Eles identificam assim o problema sistêmico. Consequentemente, a Corte pronuncia a necessidade de se adotar reparações gerais, de não repetição, e fornece orientações para assistir o Estado na escolha que este tomará das medidas específicas que devem ser adotadas.⁸³ O Comitê de Ministros é responsável pelo monitoramento da implementação das medidas decididas pelo Estado para superar o problema sistêmico.

365. Há, portanto, alguns elementos que diferenciam consideravelmente ambos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos quanto à adoção de medidas gerais de não repetição.

366. O primeiro, e mais importante, é que a Corte Europeia de Direitos Humanos recebeu o necessário **mandato dos Estados** para ampliar o escopo das condenações proferidas em suas sentenças, o que não ocorreu, até o momento, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que tal ampliação se deu por desenvolvimento jurisprudencial.

367. O segundo é que a indicação da necessidade de se adotar medidas gerais de não-repetição pressupõe a identificação de **violações sistêmicas** de direitos humanos, o que não poderia ser diferente, já que a adoção de tais medidas em razão de violações individuais ou isoladas de direitos humanos se descolaria de qualquer percepção de proporcionalidade sem esse parâmetro de julgamento.

368. A percepção de que as medidas gerais de não repetição pressupõem uma violação sistêmica de direitos humanos também é compartilhada por aqueles que estudam o Sistema Interamericano:

A pattern of human rights violations often reveals systemic problems in the State that are likely to be repeated in the future if fundamental changes are not made. To end the cycle of human rights abuse, the Court orders

⁸³ O *pilot-judgment procedure* é descrito no artigo 61 das Regras da Corte Europeia, por alteração promovida em 21 de fevereiro de 2011: CORTE EDH. *Regras da Corte*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf. Acesso em: 07 set. 2015.

reparations that not only benefit the individual victims in the case but also bring about structural changes that will benefit society. These remedies often include capacity building by training public officials, legislative reform, reversal or execution of domestic court rulings, and other nonlegal measures such as improving prison conditions.⁸⁴

369. Apesar disso, uma avaliação atenta dos elementos que caracterizam a violação sistêmica apta a ensejar medidas gerais de não repetição ainda está por vir na jurisprudência desta Honrável Corte. Sobre o tema, eis uma reflexão sobre como tem se pronunciado a Corte Europeia:

The question is: how many similar cases are necessary before the Strasbourg judges accept the existence of an internal malfunction and prescribe general measures? In *Broniowski*, the Court identified 167 cases on its dockets and a potential total of some 80,000 complainants. In *Lukenda v. Slovenia*, 500 length-of-proceedings applications were pending before the Court, and in addition several statistics confirmed that delays in judicial proceedings were a major problem in that country. In *Hutten-Czapska v. Poland*, where the underlying systemic problem originated in the malfunctioning of the housing legislation, the Grand Chamber identified some 600,000 persons potentially affected. In *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, where the failure consisted in non-enforcement or delayed enforcement of domestic decisions, the judges pointed to more than 300 judgments already delivered and some 1,400 applications pending, but further highlighted that any national who had obtained a final domestic decision ran the risk of being deprived of proper enforcement.⁸⁵

370. O terceiro deles é a **natureza jurídica** das medidas gerais de não repetição. Enquanto o mandato conferido pelos Estados autoriza a Corte Europeia a **assistir os Estados na decisão**, que lhes compete, sobre as medidas necessárias para superar problemas sistêmicos de violação de direitos humanos, essa Honrável Corte tem construído entendimento de que lhe compete **determinar de modo cogente** medidas de não repetição concretas e específicas.

371. A definição de que as medidas de não repetição possuem **natureza recomendatória**, para além de derivar expressamente do mandato conferido pelos Estados à Corte Europeia, prestigia, naquele continente, a maior capacidade que os agentes do Estado

⁸⁴ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2^a ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pos. 8088.

⁸⁵ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 215.

possuem para definir a medida concreta a ser implementada para superar o quadro sistêmico de violação:

Unlike individual measures, the Court does not indicate a course of action, but leaves the choice to the breaching state. In fact, **the 2004 resolution of the Committee of Ministers, which is the legal basis for the Court's recommendations**, has invited the judges to identify only the existence and the source of a systemic problem, 'so as to assist states in finding the appropriate solution' and the Committee to supervise the execution. **The Court was denied permission to meddle in internal affairs. Indeed, it would even have been inappropriate to give it such power, given that governments are better equipped than an international institution to redress domestic legal shortcomings.**

[...]

The Court's approach is very cautious in the absence of a treaty provision to allow it to indicate a course of action, and also given that member states are extremely sensitive to any unjustified intervention in their own affairs. The Court has endeavoured to evade any possible accusation that it assumes more powers than it has under the Convention, or that it becomes involved in the tasks of another treaty organ. In so far as it needed a justification in that respect, the Court associated its new ability to give directions with a form of co-operation with the Committee [of Ministers] for a better and easier execution of its judgments, not with a power per se. Thus, whatever the case, the judges attach their entitlement to suggest general measures to the state's obligation to abide by the Court's decision, not to their own power to afford just satisfaction. **Otherwise stated, those measures are not linked directly or indirectly to a treaty violation, but are mentioned in order to assist the execution.** In the absence of an agreement by states, the judges had the only solution of accentuating the contracting parties' existing obligations instead of developing proactive theories of human rights protection.⁸⁶

372. A jurisprudência da Corte Europeia tem reiterado o caráter recomendatório das medidas de não repetição por ela sugeridas:

119. The Court observes that under Article 46 of the Convention the Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, among other things, that a judgment in which the Court finds a violation imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the

⁸⁶ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 216-218.

violation found by the Court and to redress as far as possible the effects. **Subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment** (see, *mutatis mutandis*, *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII).

120. In *Broniowski v. Poland* ([GC], no. 31443/96, §§ 188-94, ECHR 2004-V) the Court considered that, where it found that a violation had originated in a systemic problem affecting a large number of people, general measures at national level could be called for in the execution of its judgments. This kind of adjudicative approach by the Court to systemic or structural problems in the national legal order has been described as a “pilot-judgment procedure”. **The procedure is primarily designed to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level**, thereby securing to the persons concerned the Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the Court, which would otherwise have to take to judgment large numbers of applications similar in substance (see *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, §§ 34-35, ECHR 2005-IX).⁸⁷

373. O Estado brasileiro compreende que as medidas de não repetição constituem importante instrumento de prevenção de futuras violações de direitos humanos e que vão ao encontro da obrigação estatal de garantir direitos e prevenir futuras violações (Art. 1.1 CADH) e de adotar medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção (art. 2º, CADH).

374. Se é verdade que os Estados precisam adotar medidas que assegurem o cumprimento de sua obrigação de garantia-prevenção, para que violações de direitos humanos possam não se repetir, é verdade também que a adoção de políticas públicas, administrativas e legislativas, devem ser confiadas primordialmente aos representantes eleitos democraticamente pelo povo, como parte do sistema de freios e contrapesos que rege quase todos os regimes constitucionais do continente nos dias atuais. Nesse contexto, a falta de critérios para o estabelecimento de amplas obrigações de não repetição por instâncias internacionais pode representar o comprometimento da democracia representativa.

375. O Estado brasileiro recebe com satisfação recomendações da Comissão Interamericana para que medidas de não repetição sejam adotadas, ou mesmo pareceres dessa

⁸⁷ CORTE EDH. Grande Câmara. *Caso Sejdic v. Italy* (Petição nº. 56581/00), Sentença de 1º de março de 2006, pars. 119-120.

Colenda Corte que no exercício de sua função consultiva possam dispor sobre a compatibilidade em abstrato de atos legislativos ou administrativos domésticos com a Convenção (artigo 64(2) da CADH). No exercício de sua competência contenciosa, é necessário, contudo, muita cautela para que medidas de não repetição sejam determinadas, inclusive por meio do controle de convencionalidade em abstrato de leis nacionais. O Estado entende que não deve esta Corte arrogar-se poderes que nenhuma outra instância nacional ou internacional possui, sem uma maior reflexão sobre os poderes que lhe foram conferidos pela Convenção Americana para tanto e, como consequência, um melhor desenvolvimento de sua jurisprudência sobre os parâmetros para o exercício de tais poderes, que não devem desvirtuar-se em arbítrio. Ao tempo em que o Estado brasileiro não está em posição de ditar à Corte IDH suas competências, nem pretende fazê-lo, o Estado roga à Corte Interamericana que considere desenvolver parâmetros gerais, objetivos e razoáveis para a determinação de medidas de não repetição, as quais não devem estar estribadas em meras percepções particulares da CIDH ou dos representantes, mas em evidências claras de violações sistêmicas. Ademais, a margem política de atuação para a construção de políticas públicas, em seu sentido amplo, deve ser respeitada por essa Corte IDH, de tal forma que não sejam impostas escolhas de políticas públicas às autoridades nacionais que estejam legitimamente sujeitas a controvérsias derivadas do pluralismo democrático.

376. Por tudo que se expôs, o Estado brasileiro convida os Excelentíssimos Juízes que formam a composição atual desse Egrégio Tribunal a refletir sobre as considerações trazidas acima, de maneira que a melhor compreensão sobre a natureza e o alcance das medidas de não repetição possam orientar a sentença que será prolatada neste caso.

V.2.1 Sobre as medidas de não repetição a partir de violações cometidas por leis domésticas

377. Embora reconheça diversos julgados em que sentenças condenaram Estados a adotar medidas de não repetição de diversas espécies, o Estado brasileiro recorda julgados dessa Honorable Corte quanto à sua competência para analisar a convencionalidade de leis domésticas e o escopo das medidas que poderia determinar em caso de inconvenção.

378. Nestes casos, a Corte Interamericana afirmou que teria autoridade para determinar se uma lei nacional violou a Convenção Americana apenas quando se tratasse de leis de aplicação imediata que violassem concretamente direitos e liberdades de indivíduos específicos. Nesse sentido, a Corte IDH só poderia realizar o controle de convencionalidade

de leis em abstrato, independente de violações concretas, no exercício de sua função consultiva. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos teria, porém, liberdade maior para o controle de convencionalidade em abstrato de leis, ao fazer recomendações aos Estados, independentemente da violação de direitos de uma vítima específica no caso concreto.

379. Em sua Opinião Consultiva OC-14/19, de 9 de dezembro de 1994, a Corte IDH assim se manifestou sobre o assunto:

39. Como consecuencia de esta calificación, **podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.**

40. **Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos. Pero, en cambio, si se trata de su jurisdicción contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera.**

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que **una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas.** Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. **O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión.**

42. **En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley.** La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos.

43. **En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición.** Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión).

45. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.

46. La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva” y del artículo 46.2.b que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos [...]”.

47. Lo expresado en los párrafos anteriores ha sido también sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos a partir de los casos *Klass and others* (Judgment of 6 September 1978, Series A No. 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A No. 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, Series A No. 49) al interpretar la palabra “víctima” que usa el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

48. Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado en los artículos pertinentes, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.

49. La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en

ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención. (grifo nosso)⁸⁸

380. A Corte IDH voltou a reafirmar seu entendimento sobre o tema do controle de convencionalidade de leis domésticas em abstrato em um caso contencioso, o *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*:

49. En ocasión anterior esta Corte ha dicho que “[s]on muchas las maneras como un Estado puede violar... la Convención... También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención” y que la Comisión, por su función de promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos, tiene “facultad para dictaminar que una norma de derecho interno, como cualquier otro hecho, puede ser violatoria de la Convención...” (Ciertas atribuciones de la Comisión, supra 40, párrs. 26 y 37). **Sin embargo, en el presente caso, la compatibilidad en abstracto, tal como lo ha planteado la Comisión en el “Objeto de la demanda”, de los referidos decretos con la Convención, tiene que ver con la competencia consultiva de la Corte (art. 64.2) y no con la contenciosa (art. 62.3).**⁸⁹ (grifo nosso)

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

Si bien el Tribunal en su sentencia de fondo no decidió que Guatemala había violado el artículo 2 de la Convención, norma que dispone que el Estado está en la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los derechos en ella reconocidos, es cierto también que ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal. Así, esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto

⁸⁸ CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994*. Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, No. 14. par. 39-41.

⁸⁹ CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C, nº 21. par. 49.

de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. **Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión**, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997.⁹⁰ (grifo nosso)

382. Com efeito, não há fundamento político ou normativo que permita que se confira maior poder à justiça internacional que aquele conferido aos mecanismos democráticos, de tal forma que a centralização do poder na esfera internacional se dê aprioristicamente, sem qualquer referência a elementos legitimadores externos, que não se confundam, portanto, com um processo autorreferencial de acumulação de poder.

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

V.3 Sobre a solicitação de reparações que motiva a Contestação do Estado brasileiro e a observância do contraditório e da ampla defesa

384. O Estado brasileiro relembra que os limites da presente lide são majoritariamente determinados pelo Relatório Preliminar de Mérito nº 44/15, proferido pela CIDH em 28 de julho de 2015, em que se concluiu que o Estado brasileiro teria violado o artigo XXIII (direito de propriedade) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e os artigos 21 (direito à propriedade) e 5.1 da Convenção Americana, em relação com seus artigos 1.1 e 2º, assim como os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros.

385. Ao final daquele Relatório, a CIDH recomendou ao Estado brasileiro (i) realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru; (ii) finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo Xucuru; (iii) realizar reparações individuais e coletivas; e (iv) adotar medidas de não repetição, em particular adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas

⁹⁰ CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 26 de maio de 2001 (Reparações e Custas). Série C, nº 77, par. 98.

do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva.

386. Relembra-se também que no presente feito não há Escrito de Petições, Argumentos e Provas das vítimas, pelo que o Relatório Preliminar de Mérito é a única manifestação que sugere adoção de medidas de reparação em desfavor do Estado brasileiro.

387. Em razão disso, o Estado considera que suas considerações de defesa devem se restringir às medidas de reparação incorporadas nas recomendações lançadas pela CIDH ao final de seu relatório.

388. Se para a formulação do direito que motiva a cognição dos julgadores a manifestação das partes não tem natureza vinculante, porque o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), para a capitulação de reparações que decorrem de eventual condenação o juiz deve se vincular ao que restou solicitado pela CIDH ou pelas vítimas, tanto por observância dos limites trazidos à lide por seus promotores, quanto pela observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tão caros ao regime processual do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

389. Nesse sentido, até porque de outro modo não poderia se comportar, o Estado brasileiro limita-se nesta manifestação a contestar as reparações que considera serem possivelmente apreciadas por essa Honorável Corte, tomando-se em consideração exclusivamente as recomendações sugeridas pela CIDH ao final do Relatório Preliminar de Mérito nº 44/15.

V.3.1 Impossibilidade e inadequação de condenação à adoção de medidas normativas de qualquer natureza para regulamentar processos de reivindicação de terras pelos povos indígenas ou de demarcação dessas terras em seu favor

390. A CIDH recomenda em seu Relatório Preliminar de Mérito a adoção das “*medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em particular, adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva*”.⁹¹

391. O Estado brasileiro, em passagem anterior desta Contestação, já destacou que o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência de nossos tribunais estabelecem claramente

⁹¹ CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 109, item 4

mecanismos processuais aptos a permitir que as comunidades indígenas possam reivindicar em juízo a ocupação dominial das terras tradicionalmente ocupadas, inclusive na ausência de processos administrativos de demarcação de suas terras.

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

393. De outro lado, o Estado brasileiro também já demonstrou haver procedimentos bastante claros e definidos para a iniciativa do Poder Público de conduzir administrativamente o processo de demarcação de terras indígenas. Esses procedimentos estão definidos em leis e atos normativos inferiores que detalham à exaustão os requisitos e fases que devem ser observados para a demarcação e atribuição de posse plena e exclusiva aos povos indígenas de suas terras, sem se descuidar da proteção dos direitos de terceiros de boa-fé. Tudo como já explicado acima.

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

395. Para além de inadequada, pelas razões que se apresenta acima, condenação desta espécie implicaria julgamento de inconveniência abstrata de normas estabelecidas pelo direito doméstico brasileiro, medida que a jurisprudência deste Respeitável Tribunal já manifestou caber somente no exercício de sua jurisdição consultiva, como acima já se relembrou. Não seria esta condenação possível neste processo, portanto.

396. Cumpre recordar também que, não bastassem as ponderações acima aludidas, a CIDH não se desincumbiu do ônus de alegar e provar em que medida concreta e específica a construção normativa doméstica estaria em conflito com a Convenção. Não há provas de que os processos judiciais e administrativos brasileiros, como concebidos normativamente, podem levar, tal como são, a determinada violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A simples constatação de demora na condução de processos administrativos de demarcação da Terra Indígena Xucuru, se for essa a compreensão desta Corte, representaria somente uma circunstância ligada à condução dos procedimentos neste caso específico, não uma falha processual estrutural a caracterizar, em abstrato, violação à CADH. É forçoso concluir, portanto, que a ausência de provas nesse sentido impõe desconsideração desta recomendação para a decisão que essa Corte virá a tomar.

397. Face a todos esses fundamentos, o Estado brasileiro compreende que a recomendação em apreço deve ser inteiramente desconsiderada por essa Colenda Corte ao refletir sobre as possíveis reparações que o Estado, caso seja condenado no mérito, o que se admite apenas para efeitos retóricos, deveria prestar.

V.3.2 Inadequação de condenação à adoção de medidas de desintrusão de não índios da Terra Indígena Xucuru

398. A CIDH também recomenda, ao final de seu Relatório Preliminar de Mérito, a adoção das “*medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru [...]*”⁹²

399. O Estado brasileiro teve a oportunidade de esclarecer que, a exemplo do que cerca outras diversas considerações da CIDH em seu relatório, a presente recomendação baseia-se em realidade fática superada, absolutamente distinta daquela que se observa nos dias de hoje.

400. Com efeito, levantamentos periciais promovidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) poucos dias antes da apresentação desta peça informam claramente que não há nos dias de hoje qualquer situação de conflito na Terra Indígena Xucuru. Em todos os 27.555.583 ha contidos na referida terra indígena, não há absolutamente nenhum cidadão não índio em conflito com a comunidade Xucuru. Os 6 (seis) cidadãos que ainda vivem na comunidade estão em situação absolutamente pacificada, sem resistência ou objeção do povo Xucuru, e apenas aguardam o recebimento das indenizações a que têm direito para que deixem definitivamente a terra indígena. Estas e outras informações sobre a realidade fática atual da Terra Indígena Xucuru podem ser encontradas em Relatório produzido pela FUNAI (ANEXO 5).

401. Por todo o exposto, o Estado brasileiro entende que a recomendação da CIDH em análise, se bem poderia fazer algum sentido ao tempo dos fatos considerados em seu Relatório Preliminar de Mérito, já não se adequa, por perda de objeto, à realidade fática atual, e por isso deve ser considerada inadequada por essa Honorável Corte para a prolação de sua sentença.

⁹²CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru*. Relatório nº 44, de 28 de julho de 2015 (Mérito), par. 109. item 1.

V.3.3 Inadequação de condenação à finalização de processo judicial sobre parte do território indígena Xucuru

402. Mais uma vez o Estado brasileiro chama a atenção dessa Corte para recomendação da CIDH desconectada da realidade fática que cerca o presente caso nos dias atuais.

403. O Relatório Preliminar de Mérito da CIDH fundamenta a suposta violação aos artigos 8º e 25 da CADH no fato que estaria em curso a ação de nº 0002697-28.1992.4.05.83000, ajuizada perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco por Milton Barros Didier e Maria Edite Didier.

404. Ocorre que referida ação judicial já foi concluída pelas instâncias competentes do Poder Judiciário brasileiro. Incidem sobre a ação os efeitos da coisa julgada, de maneira que já não se pode cogitar de qualquer futura decisão judicial modificadora da situação atual (ANEXO 7). Em outras palavras, a recomendação da CIDH quanto a esta ação judicial perdeu inteiramente seu objeto.

405. Por esse motivo, o Estado brasileiro solicita que essa Respeitável Corte desconsidere referida recomendação da CIDH quanto a esta ação judicial ao compreender as circunstâncias que cercam o caso e proferir sua sentença.

VI PEDIDOS

406. O Estado brasileiro, em conclusão, entende que as diversas exceções preliminares apontadas ao longo desta Contestação impedem que essa Honorável Corte exerça julgamento de mérito sobre o caso.

1. Em razão disso, o Estado brasileiro solicita a essa Honorável Corte que reconheça haver no presente caso, pelos fundamentos anteriormente expostos Inadmissibilidade da submissão do caso pela CIDH, por ocorrência de preclusão lógica, dado que a Comissão publicou seu Relatório Preliminar de Mérito e isso impede o envio do caso a esta Corte;
2. Na hipótese de compreender não ter havido preclusão do direito de submeter o caso à sua jurisdição, violação aos artigos 50 e 51 da CADH, já que a Comissão publicou seu Relatório Preliminar de Mérito. Nesse sentido, solicita-se que esta Corte determine a retirada do Relatório Preliminar de Mérito de sítios eletrônicos com acesso público sob administração da CIDH;
3. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição dessa Corte (10 de dezembro de 1998);
4. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro (25 de setembro de 1992);
5. Incompetência *ratione materiae* quanto à suposta violação à Convenção 169 da OIT, pelo texto não se enquadrar como paradigma de análise no sistema interamericano de direitos humanos, bem como ausência de violação ao direito de propriedade.
6. Impossibilidade de análise de mérito face à não interposição e esgotamento prévios de recursos internos, em clara violação aos princípios da subsidiariedade e da complementariedade, especialmente quanto:
 - a) aos recursos internos para se promover a titulação da propriedade da União, pelas supostas vítimas, representantes ou organizações petionárias, ao tempo da petição perante a CIDH;
 - b) não interposição e esgotamento de recursos internos pelo Povo Indígena Xucuru, no que tange à desintrusão dos não índios perante a CIDH;

- c) não interposição e esgotamento para a reparação pecuniária em favor do Povo Indígena Xucuru; e
- d) a presença de grave déficit de fundamentação e graves contradições no relatório de Admissibilidade nº 98/09 quanto à aplicação das exceções ao requisito do esgotamento dos recursos internos.

407. Na remota hipótese de essa Corte compreender ser possível a superação de todas as exceções preliminares indicadas acima, para adentrar à análise de mérito do presente caso, o Estado brasileiro, com base em todos os fundamentos de fato e de direito anteriormente apontados, solicita a esta Honrável Corte julgamento pela improcedência de todas as recomendações feitas pela Ilustre Comissão Interamericana.

408. O Estado brasileiro solicita em especial que essa Honrável Corte reconheça que:

1. Não há violação ao direito de propriedade do povo indígena Xucuru (art. 21 da CADH), considerando-se a tutela constitucional do direito dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas no Brasil e a efetiva atuação do Estado para garantir ao povo Xucuru a posse permanente e exclusiva de suas terras. Não há na Terra Indígena Xucuru nenhum cidadão não índio em conflito com o povo Xucuru;
2. Não há provas de que haja ou tenha havido violação à integridade pessoal dos índios Xucuru (art. 5.1 da CADH), por ação ou omissão que possa ser imputada ao Estado brasileiro pelos fatos sujeitos à cognição desta Corte;
3. Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao direito de garantias judiciais (art. 8.1 da CADH);
4. Não há provas de que tenha havido violação ao direito à proteção judicial (art. 25 da CADH) em período posterior ao reconhecimento pelo Brasil da jurisdição contenciosa da Corte.

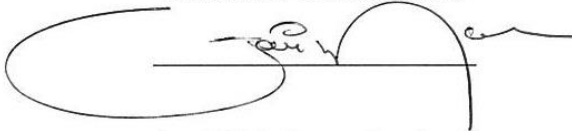
409. Na remota hipótese de essa Honrável Corte condenar o Estado brasileiro por violação de direitos sob sua jurisdição, considera-se que as medidas de reparação recomendadas pela CIDH não são aplicáveis ao caso concreto, seja por impossibilidade de sua adoção, seja por inadequação aos direitos que se buscaria reparar.

410. O Estado brasileiro aproveita esta oportunidade para reafirmar seu compromisso com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e com essa Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos em particular.

Brasília, 14 de setembro de 2016.

Fernando Jacques de Magalhães Pimenta
Embaixador do Brasil na Costa Rica

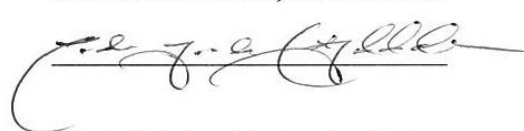
Boni de Moraes Soares
Advocacia-Geral da União



Ana Flávia Longo Lombardi
Advocacia-Geral da União



Pedro Marcos de Castro Saldanha
Ministério das Relações Exteriores

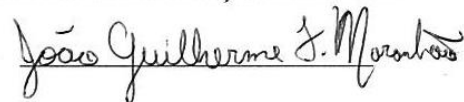


Maria Cristina Martins dos Anjos
Ministério das Relações Exteriores

Daniela Ferreira Marques
Advocacia-Geral da União



João Guilherme Fernandes Maranhão
Ministério das Relações Exteriores



Agostinho do Nascimento Netto
Ministério da Justiça e Cidadania

Marco Túlio Scarpelli Cabral
Ministério das Relações Exteriores

Rodrigo de Oliveira Moraes
Ministério das Relações Exteriores

Luciana Peres
Ministério da Justiça e Cidadania



Kaio Kepler Johhan Ribeiro Silva de Araújo
Fundação Nacional do Índio

Thiago Almeida Garcia
Ministério da Justiça e Cidadania

Andrea Vergara da Silva
Advocacia-Geral da União

Vitor Marcelo Almeida
Ministério da Justiça e Cidadania

Mariana Carvalho de Ávila Negri
Advocacia-Geral da União

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1 – cópia da página oficial da OEA contendo indicação da publicação do Relatório CIDH nº. 44-2015.

Anexo 2 - Decreto nº. 1.775, de 08 de janeiro de 1996.

Anexo 3 – Portaria-FUHNAI-MJ nº 14, de 09 de janeiro de 1996

Anexo 4 – Manifestação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal nos autos nº. 1.26.000.000791/2003-67.

Anexo 5 –ITE nº. 214-2016-DPT com o respectivo relatório, e IT nº. 143-2016-CGAF-DPT-FUNAI. Mapas com imagens de satélite – LVA's.

Anexo 6 – Informação Técnica nº. 155 2016 CGAFDPT-FUNAI.

Anexo 7 – Cópia dos autos nº. 0002697-28.1992.4.05.83000, 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (Milton Barros Didier e Maria Edite Didier) em 09 volumes.

Anexo 8 – SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Currículo*.

Anexo 9 – SILVA, Cristhian Teófilo da. *Currículo*.

PROVAS

Prova testemunhal

1. José Sérgio de Souza. É servidor público da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, matrícula nº. 0445699. Trabalha atualmente na Coordenação Técnica Local de Arcoverde, Diretoria de Proteção Territorial na sede da FUNAI em Brasília/DF. Participou de diversas atividades no processo de regularização fundiária da Terra Indígena Xucuru, tendo, inclusive, acompanhado, juntamente com as lideranças indígenas locais, a visita *in loco* para averiguação da presença de não índios no território indígena em questão. Declarará sobre a visita *in loco* feita no período de 1º a 5 de agosto de 2016 nos Municípios de Pesqueira e Poção, no Estado de Pernambuco, especialmente sobre o bom relacionamento existente com as lideranças indígenas; a boa convivência entre os 6 ocupantes não índios e os indígenas da comunidade Xucuru; sobre a ocupação dos indígenas nas Fazendas Caípe e do Sr. Petribu (Lagoa da Pedra), bem como a ocupação indígena nas demais áreas dos Municípios visitados.

Prova pericial

1. Cristhian Teófilo da Silva. É antropólogo e professor do Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC) da Universidade de Brasília (UNB). É também pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pesquisador Associado do Centro Interuniversitário de Estudos e Pesquisas Indígenas (CIÉRA) da Université Laval (Québec, Canadá). Sócio Efetivo da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e integrante da Comissão de Assuntos Indígenas (CAI). Também é sócio da *Canadian Anthropology Society/La Société Canadienne d'Anthropologie* (CASCA). Fundador e coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Movimentos Indígenas, Políticas Indigenistas e Indigenismo (LAEPI) e do Observatório dos Direitos e Políticas Indigenistas (OBIND). Atualmente, com apoio financeiro do CNPq, realiza estudos comparados sobre territorialização e regimes de indianidade no Brasil, Canadá e Québec. Declarará sobre o regime jurídico e a relação existente entre os povos indígenas e as terras

que ocupam no Brasil. Declarará ainda sobre o modelo brasileiro do processo de demarcação das terras indígenas, bem como a relevância das questões culturais para o estudo da territorialidade.

2. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. É jurista com graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1969), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1988 - Proteção Jurídica dos Bens Culturais) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998 - Direito dos Povos Indígenas). Integra o Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde é professor titular de Direito Agrário e Socioambiental, Professor do Mestrado, Doutorado e Graduação em Direito. Foi Procurador do Estado do Paraná de 1981 a 2015. Foi Secretário de Cultura de Curitiba e Presidente da Fundação Cultural de Curitiba, Procurador-Geral do Estado do Paraná, Presidente da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), Procurador-Geral do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), Diretor do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, do qual foi presidente, e membro do Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico do Paraná de 2003 a 2010. Foi novamente Procurador-Geral do Estado do Paraná em 2008-2009. É membro do Conselho Diretor do *Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos* - ILSA (Bogotá), membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Sócio fundador do Instituto Socioambiental - ISA, membro da Diretoria da Associação Brasileira de Professores de Direito Ambiental (APRODAB). Integrante do Instituto de Pesquisa em Direito e Movimentos Sociais (IPDMS). Presidente do (CEPEDIS). Escreveu entre outros os livros: Patrimônio Cultural e sua proteção jurídica; O renascer dos povos indígenas para o direito; A função social da terra, Espaços Territoriais Protegidos e Unidades de Conservação, A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais. Foi exilado político no Uruguai, Chile, Dinamarca e São Tomé e Príncipe (África), de 1970 a 1979. Tem sido advogado de povos indígenas desde 1980. Declarará sobre o regime jurídico das terras indígenas no Brasil, incluindo os conceitos de propriedade, posse e usufruto em relação às terras indígenas.