



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO**

**ESCOLA PAULISTA POLÍTICA, ECONOMIA E NEGÓCIOS- EPPEN**

**Curso de Relações Internacionais**

**ANA CAROLINA BRAGANÇA BOSCHIGLIA**

**ENTENDIMENTOS EM CONTRAPOSIÇÃO: AS NORMAS DE DIREITO  
INTERNACIONAL E NACIONAL EM CHOQUE FRENTE AO CASO XUKURÚ E  
SEUS MEMBROS VS. BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso entregue  
no formato de Monografia, conforme  
definido pelo Projeto Pedagógico do  
Curso do Curso de Relações  
Internacionais e em cumprimento das  
DCNs do curso de Relações  
Internacionais (MEC/CNE)

Orientado(a): Prof Raphael Neves

Osasco  
2022

## RESUMO

O trabalho tem como objetivo principal analisar as contraposições do entendimento internacional e nacional das normas de direitos humanos dos povos indígenas, por meio de uma breve exposição de cada ordenamento, uma compreensão dos direitos dos povos indígenas e uma análise desses entendimentos por meio do Caso Povos Xukuru e seus membros Vs. Brasil. A pesquisa apresenta duas hipóteses, a primeira é de que o reduzido impacto efetivo das determinações normativas internacionais sobre a jurisprudência brasileira é fruto da falta de mecanismos de aquiescência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente da Corte, para coagir o Estado. A segunda é de que o processo de demarcação de terras indígenas no Brasil enfrenta uma grande barreira política, social e até econômica, que influencia principalmente a parte decisória prejudicando o processo em questão de tempo e assertividade. A pesquisa é de natureza bibliográfica e empírica, com análise qualitativa de fontes primárias e secundárias.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Indígenas; Direitos Territoriais; Jurisprudência; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Sentença.

## ABSTRACT

The research has as main objective to analyze the oppositions of the international and national understanding of the human rights norms of the indigenous peoples, through a brief exposition of each an understanding of the rights of indigenous peoples and an analysis of these understandings through the Xukuru Peoples Case and its members Vs. Brazil. The research presents two hypotheses, the first is that the reduced effective impact of international normative determinations on Brazilian jurisprudence is the result of the lack of mechanisms of acquiescence of the Inter-American System of Human Rights, especially the Court, to coerce the state. The second is that the process of demarcation of indigenous lands in Brazil faces a great political, social and even economic barrier, which mainly influences the decision-making part harming the process in a matter of time and assertiveness. The research is bibliographical and empirical, with qualitative analysis of primary and secondary sources.

**KEYWORDS:** Indigenous Rights; Territorial Rights; Jurisprudence; Inter-American Court of Human Rights; Judgment.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos dos povos indígenas, apesar de constituir uma pauta de direito antiga, teve sua verdadeira evolução consolidada nos séculos XX e XXI, tanto no sistema internacional, quanto na norma interna. Após muitos anos de negligência, os povos tradicionais foram reconhecidos como sujeitos de direito e passaram a integrar os fóruns internacionais,

protagonizando a luta e as reivindicações pela garantia de seus direitos fundamentais, acima de tudo, o direito originário ao seu território ancestral.

A relação dos povos indígenas com suas terras tradicionais vai muito além da concepção privativa de posse. Dela derivam seu modo de vida e de sociedade, seus costumes, crenças, sustento e perspectivas de futuro. Ao separar um povo de seu território, impede-se o exercício da tradicionalidade, limita-se a vivência cultural e étnica e conseqüentemente viola sua existência. Dessa forma, é preciso compreender que o reconhecimento do direito territorial carrega consigo o reconhecimento de outros direitos indígenas e suas particularidades.

O trabalho expõe a contraposição do entendimento internacional e nacional, das normas de direitos humanos dos povos indígenas, em especial o direito originário aos territórios tradicionais. Primeiramente são delineadas as compreensões de cada jurisprudência, a internacional focada nas normas que prescrevem o ordenamento jurídico regional, da América Latina, a qual se fundamenta a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A análise da jurisprudência brasileira, em termos de direito indígena, é abordada com foco na Constituição de 1988 em diante, referência histórica considerada divisor de águas na normatização desses direitos na legislação do Brasil.

A partir desse embasamento normativo, o trabalho analisa o Caso do Povo Xukuru e seus membros Vs. Brasil<sup>1</sup>, primeiro caso em que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação de direitos dos povos indígenas. Neste ponto, busca-se analisar a Sentença e os descumprimentos legais do Brasil relacionados à garantia e proteção dos direitos indígenas determinados internamente, assim como aqueles convencionados pela ratificação de tratados internacionais.

O objetivo do recorte mencionado é investigar os impactos da decisão do Caso do Povo Xukuru na jurisprudência brasileira e os embates enfrentados devido às determinações adotadas com aprovação da tese do Marco Temporal pelo Supremo Tribunal Federal.

O desenvolvimento deste estudo foi pautado em duas hipóteses principais. A primeira ressalta que o reduzido impacto efetivo das determinações normativas internacionais sobre a jurisprudência brasileira é fruto da falta de mecanismos de aquiescência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente da Corte, para coagir o Estado. A segunda hipótese é a de que o processo de demarcação de terras indígenas no Brasil enfrenta uma grande

---

<sup>1</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 25/06/2022

barreira política, social e até econômica, que influencia principalmente a parte decisória prejudicando o processo em questão de tempo e assertividade.

A relevância do presente trabalho se constrói devido à escassez de estudos que se aprofundem em ambos os entendimentos jurídicos, nacional e internacional, de maneira ampla e comparativa. Além disso, os estudos encontrados na literatura explorada se limitam a expor os casos de condenação de Estados latino americanos que violam direitos dos povos indígenas, por parte da Corte, de forma superficial e descritiva.

Fundamentado nas relações entre o Estado brasileiro, as organizações do sistema internacional, os organismos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a sociedade civil e os povos indígenas, como sujeitos internacionais, este trabalho se classifica dentro campo das Relações Internacionais ao analisar as interações entre esses diversos atores. Além disso, busca-se compreender a questão de direito territorial dos povos indígenas sob o viés dos Direitos Humanos, como fruto do direito internacional, utilizando a Sentença da Corte como parâmetro para a compreensão dos procedimentos de coação internacional do Estado como mecanismo de promoção de Direitos Humanos.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica de natureza empírica com objetivo de estudo descritivo, buscando compreender as possíveis diferenças entre o entendimento internacional das normas de direitos humanos dos povos indígenas e o entendimento interno, tendo como foco principal o direito ao território tradicional. Para isso foi realizada uma análise bibliográfica, da literatura base sobre o tema, tendo como referencial bibliográfico principal a obra “Os Direitos dos Povos Indígenas”<sup>2</sup> de Samia Barbieri, sobre direitos humanos dos povos indígenas, o livro “Direitos dos Povos Indígenas em Disputa”<sup>3</sup>, organizado por Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa, sobre a evolução histórica do tema na legislação brasileira, assim como sobre a realidade atual da luta por esses direitos. Além de artigos que serviram de referencial específico. Também foi feita uma investigação avaliativa detalhada de documentos oficiais, como a Sentença<sup>4</sup> e o Resolução de Supervisão<sup>5</sup> do Caso Xukuru.

---

<sup>2</sup> BARBIERI, Samia Roges Jordy. Os Direitos dos Povos Indígenas. São Paulo: Almedina, 2021.

<sup>3</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 25/06/2022

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Supervisão do Cumprimento de Sentença de 22 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 28/06/2022

A disposição do presente trabalho está coordenada da seguinte forma: o primeiro capítulo descreve o entendimento internacional das normas de direitos humanos dos povos indígenas partindo da elucidação do processo de reconhecimento dos Povos Indígenas como sujeito de direitos humanos no Sistema Internacional, apresentando a evolução do tema dentro das Relações Internacionais. É também definida a especificidade dos direitos dos povos indígenas, da sua garantia e proteção. Convergindo estas duas concepções na análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em se tratando de direito às terras ancestrais.

O capítulo seguinte, por sua vez, relata o entendimento brasileiro das normas de direitos humanos dos povos indígenas, esclarecendo o conceito de direito coletivo e apontando a preponderância da Constituição de 1988 em definir as diretrizes do direito dos povos indígenas na jurisprudência brasileira. A teoria do Indigenato também é apresentada por meio da aplicabilidade da história como mecanismo de comprovação e garantia dos direitos territoriais. Sendo ainda descrito, neste capítulo, a tese do Marco Temporal e seus efeitos no ordenamento brasileiro.

O último capítulo utiliza do embasamento teórico e normativo apresentado nos capítulos anteriores para fazer a análise do Caso do Povo Xukuru e seus membros Vs. Brasil, submetido à Corte Interamericana, a partir da Sentença publicada em 2018 a qual condena o Estado por violar os direitos de propriedade coletiva, segurança e proteção judicial em detrimento do Povo Indígena Xukuru. É elaborada também uma comparação dos entendimentos da Comissão Interamericana, CIDH, e do Brasil sobre as alegações de violações. Além disso, questiona-se os impactos da jurisdição da Corte na norma brasileira por meio da exposição da Resolução de Supervisão e de estudos acadêmicos que descrevem as repercussões internas da decisão judicial internacional.

Por fim, a conclusão evidencia, com base no Caso do Povo Xukuru e seus membros Vs Brasil, a realidade vivenciada por povos indígenas no Brasil que lutam pelo reconhecimento de seus direitos e pela demarcação de seu território ancestral, ressaltando em que medida as interações entre o ordenamento jurídico nacional e internacional e a decisão da Corte Interamericana podem causar repercussões nos procedimentos internos.

## **2. O ENTENDIMENTO INTERNACIONAL DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS**

## 2.1. O reconhecimento dos Povos Indígenas como sujeitos de Direito Humanos no Sistema Internacional

A compreensão plena do entendimento internacional quanto às normas de direitos dos povos indígenas só é alcançada por meio do delineamento histórico dos fatos que despertaram a evolução do tema no âmbito das Relações Internacionais. O debate sobre os direitos humanos ganhou destaque e passou por um processo de internacionalização no pós segunda guerra, elevando o indivíduo ao status de ator internacional e sujeito detentor de direitos frente ao sistema internacional.<sup>6</sup> Nesse contexto, formou-se um solo fértil para o afloramento e reconhecimento internacional dos direitos indígenas, além de abrir espaço e despertar interesses para que a temática fosse estudada no meio acadêmico e envolvida pela sociedade civil. As experiências da guerra voltaram a atenção internacional para a necessidade de medidas de proteção das minorias globais, regionais e nacionais e para a urgência de normatização das diversas pautas de direitos humanos. Concomitante a esse cenário, os processos de descolonização da África e Ásia também contribuíram para impulsionar a elevação dos povos indígenas à uma pauta internacional, por meio da legitimação internacional do direito à autodeterminação dos povos, reconhecendo as decisões de um povo quanto ao seu futuro político, social, econômico e cultural.<sup>7</sup>

Outro fator determinante foi a diversificação dos atores de relações internacionais e o reconhecimento das capacidades desses atores de interferir nas dinâmicas políticas globais. As organizações transnacionais, arranjos regionais, organizações internacionais não-governamentais, assim como as instituições acadêmicas, empresas multinacionais e à opinião pública internacional influenciaram as novas tomadas de decisão e as agendas por meio da composição do que ficou conhecido como sociedade civil global.<sup>8</sup> Em 1977, organizou-se a primeira conferência internacional de Organizações Não-Governamentais da ONU, voltada para o debate da proteção e garantia dos direitos indígenas em escala internacional.<sup>9</sup>

Neste contexto é importante ressaltar alguns marcos históricos de evolução da temática dos povos indígenas. Sendo o primeiro, a criação do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Populações Indígenas em 1982, o qual passou a conduzir esse assunto perante o sistema

---

<sup>6</sup> HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. RAI - REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL. 9. Vol. 5 N° 1, p. 57, jun. 2014.

<sup>7</sup> Ibid. p. 57

<sup>8</sup> LAGE, Victor Coutinho. "Sociedade civil global": agentes não estatais e espaço de interação na sociedade política. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 165-171, jan/jun. 2012.

<sup>9</sup> SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. Meridiano 47, n. 105, abr. 2009. p. 38

internacional. Como resultado desses esforços em 1989 foi adotada a Convenção N° 169 da OIT como modelo revisado e substituto da Convenção N° 107, desvinculando da norma a mentalidade assimilacionista, de incorporação completa dos povos indígenas aos parâmetros da sociedade ocidental, assegurando a sua existência como comunidade singular.<sup>10</sup> E foi apenas 18 anos após a criação do Grupo de Trabalho, no ano 2000, que foi criado o primeiro organismo de composição “*sui generis*” indígena e governamental, o Fórum Permanente das Nações Unidas para Assuntos Indígenas.<sup>11</sup>

Fechando o primeiro ciclo de conquistas na evolução do reconhecimento como sujeito de direito internacional, em 2007 foi aprovada a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, das Nações Unidas, documento que não possui força vinculante, mas que por ter sido deferida por um número elevado de Estados membro, 143 no total, tornou-se um documento de referência legitimada.<sup>12</sup>

Em escala regional, os processos de redemocratização dos Estados da América Latina promoveram a retomada da agenda de direitos humanos e fortalecimento dos mecanismos internacionais regionais de proteção desses direitos. Como apresenta Samia (2021): “o processo de internacionalização permitiu a formação de um sistema normativo internacional”<sup>13</sup> nesse sentido, a assinatura dos tratados de direitos humanos proporcionou a incorporação desse sistema normativo aos sistemas internos dos Estados latino-americanos.

Dessa maneira, a Organização dos Estados Americanos (OEA) estabeleceu ao longo dos anos os organismos e procedimentos normativos regionais, sendo o ponto de convergência de todos os temas de direitos humanos. Em 1959 foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>14</sup> que pouco tempo depois passou a receber denúncias e petições, individuais ou por meio de um coletivo, tornando-se o órgão oficialmente responsável pelas investigações, monitoramento e aplicação de tratativas, além de realizar estudo, montar relatórios e propor medidas aos Estados integrantes.

Complementar a CIDH, foi aprovada em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada até o momento presente por 24 países, sendo sua autoridade de tratado

---

<sup>10</sup> BARBIERI, Samia Roges Jordy. Os Direitos dos Povos Indígenas. São Paulo: Almedina, 2021, p. 69-70

<sup>11</sup> HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL - RAI. 9. Vol. 5 N° 1, jun. 2014. p. 59

<sup>12</sup> SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. Meridiano 47, n. 105, abr. 2009. p. 39

<sup>13</sup> BARBIERI, Samia Roges Jordy. Os Direitos dos Povos Indígenas. São Paulo: Almedina, 2021, p. 77

<sup>14</sup> O que é a CIDH? Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 04/06/2022

vinculante. Esta, por sua vez, cria a Corte Interamericana de Direitos Humanos que tem o papel judicial de compreender e empregar os preceitos da Convenção, diferente da Comissão, a Corte possui poder judiciário sobre os Estados que a ratificam e estes devem aceitar suas decisões e competências. A reunião desses mecanismos regionais foi formalizada por meio do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), regime o qual concentrou um grande número de denúncias às violações de direitos dos povos indígenas na América, casos submetidos por indivíduos, mas principalmente enviados por redes de apoio formadas por ONGs.<sup>15</sup>

Com os avanços dos meios de comunicação e com a intensificação das trocas de conhecimentos em escala mundial, a associação da sociedade civil global ganhou ainda mais destaque e se popularizou no início da década de 90. Fruto da interação política e organização racional de redes práticas de ações, essas conexões orientam respostas à estrutura social e normativa instituída pelos Estados frente à questões cuja relevância transpassam as fronteiras nacionais, transformando dilemas técnicos em movimentos internacionais.<sup>16</sup> Nesse contexto, surgem as redes transnacionais de advocacy, termo elaborado por Margaret Keck e Kathryn Sikkink<sup>17</sup>, que são grupos organizados que se dedicam a promover uma causa, norma ou princípio por meio de pressões morais e do constrangimento internacional coagindo os Estados, por meios não tradicionais, a promover diligências nacionais em temas de interesse comum.

A comunidade internacional, assim como os povos indígenas de diversos países, encontrou nessas redes mais um ponto de projeção de suas necessidades e direitos, além de um meio receptivo e seguro de buscar tratativas justas às violações que ainda são constantes e muitas vezes negligenciadas pelos órgãos responsáveis nacionais. Utilizando do ativismo midiático, debates públicos, campanhas globais e até mesmo de lobby político em determinadas circunstâncias os grupos responsáveis pelo advocacy de direitos indígenas são capazes de chamar atenção para os casos de maneira particular, expondo realidades que representam múltiplos povos.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> MEMÓRIA, Nínive Thaís Verde Sampaio. AS REDES TRANSNACIONAIS DE ADVOCACY E O MOVIMENTO INDÍGENA NO BRASIL: A demarcação da Terra Indígena Yanomami. 2021. Monografia – Curso de Relações Internacionais, Instituto de Economia e Relações Internacionais, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

<sup>17</sup> KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS*. Ithaca e Londres: Cornell University Press, 1998.

<sup>18</sup> MEMÓRIA, Nínive Thaís Verde Sampaio. AS REDES TRANSNACIONAIS DE ADVOCACY E O MOVIMENTO INDÍGENA NO BRASIL: A demarcação da Terra Indígena Yanomami. 2021. Monografia –



A diplomacia indígena, por sua vez, é um resultado do já alcançado reconhecimento da autoridade internacional dos povos indígenas de maneira desvinculada aos seus Estados de origem e sem a necessidade de um agente mediador de suas reivindicações. Embora ainda pouco estudada e com baixa popularidade nas relações internacionais, a diplomacia indígena é um caso de transdiplomacia cuja abordagem, segundo Robles, busca:

“analisar e compreender a interação diplomática de povos, nações, comunidades, grupos e entidades individuais que deram forma ao sistema mundial e que foram ignorados, invisíveis e/ou marginalizados por um eurocentrismo teórico-político da disciplina.”<sup>19</sup> (Tradução livre)

Por meio desse novo mecanismo, os povos indígenas tomaram lugar de protagonismo passando a questionar diretamente seus líderes de governo e demandar ações concretas.

Apesar de todas essas conquistas quanto ao reconhecimento indígena como sujeito de direito e ação internacional, ainda não é possível ressaltar amplamente os impactos nas realidades desses povos. As violações de direitos, desde os mais básicos, massacres e negligência de ações políticas dos Estados continuam a ocorrer vivamente ainda nos dias atuais.

## **2.2. A especificidade dos direitos dos Povos Indígenas**

O esforço empreendido para alcançar o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos humanos também significou uma busca pela compreensão da especificidade do direito destes povos, justificada na sua própria existência. Além dos direitos fundamentais à pessoa humana, os povos indígenas reivindicaram, e ainda reivindicam, seus direitos coletivos estreitamente ligados com o modo de vida de suas comunidades, sendo considerados direitos fundamentais de solidariedade “que implicam uma responsabilidade comunitária e transversal de toda a sociedade civil, dos Estados, das dimensões local, nacional e global.”<sup>20</sup>

A multiplicidade de etnias indígenas conhecidas pelo mundo, configura mais um objeto dessa especificidade, cada comunidade possui sua organização política e social, seus hábitos culturais e suas normas costumeiras de justiça. A língua tradicional, os costumes religiosos, a ancestralidade, os meios de subsistência e a relação com a natureza são algumas das principais

---

Curso de Relações Internacionais, Instituto de Economia e Relações Internacionais, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

<sup>19</sup> ROBLES, Gabriel Andrés Arévalo. La diplomacia indígena: un enfoque transdiplomático. **Si Somos Americanos**: Revista de Estudios Transfronterizos, Bogotá, v. 17, n. 1, jun. 2017. p. 144

<sup>20</sup> HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. **REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL - RAI**. 9. Vol. 5 N° 1, jun. 2014. p. 64

singularidades que variam entre as diferentes etnias. Além disso, há variados níveis de envolvimento que cada comunidade emprega em suas relações com a sociedade civil à sua volta. Dessa forma, as tentativas de assimilação desses povos nas sociedades ocidentais, ao longo da evolução do tema no sistema internacional, podem ser consideradas como formas irrefletidas de violações de direitos específicos dos povos indígenas.

Neste sentido, também é importante ressaltar o direito indígena à autodeterminação dos povos, conceito inicialmente cunhado apenas para referir-se aos Estados e aos seus processos de independência e autogoverno<sup>21</sup>. O debate em torno da autodeterminação dos povos indígenas enfrentou muita resistência até desenvolver sua compreensão atual, visto que as teorias tradicionais das relações internacionais enxergavam os Estados como os únicos atores do sistema internacional. Este enquadramento considerava a ideia de Estado Nação, exclusivo detentor da soberania política, responsável por garantir a proteção de seu povo e de sua integridade territorial, sem aceitar nenhum tipo de interferência em seu governo, seja interna ou externa.<sup>22</sup>

No entanto, essa lógica era limitada e desvinculava o princípio de autodeterminação de seu principal sujeito, os povos que compunham a nação. Vale ressaltar que o princípio de autodeterminação utiliza do argumento de identidade cultural para reforçar o poder de um povo em escolher seu futuro político, social e cultural, sendo a união da vontade do povo determinante para elevar o Estado a sua categoria de soberano.<sup>23</sup> Embora prolongada e resistente, a evolução do conceito de autodeterminação dos povos alcançou as intenções dos povos indígenas e foi reconhecida como direito fundamental das populações tradicionais, sendo sua legitimidade reafirmada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU em 1966<sup>24</sup>.

A luta pelo reconhecimento dessas especificidades de direitos indígenas também foi fielmente acompanhada pela busca da igualdade e não discriminação. Os indígenas foram, e ainda são, uma parcela muito negligenciada das sociedades nacionais e do sistema internacional, exigindo uma dedicação constante para a manutenção das garantias conquistadas.

---

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Dicionário de Política. 11. ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. p. 70-71

<sup>22</sup> HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL - RAI. 9. Vol. 5 N° 1, jun. 2014. p. 64

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Dicionário de Política. 11. ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. p. 70-71

<sup>24</sup> BARBIERI, Samia Roges Jordy. Os Direitos dos Povos Indígenas. São Paulo: Almedina, 2021, p. 81

Na maioria dos Estados com uma grande população indígena, ainda não se pode observar uma igualdade de oportunidades de acessos básicos como educação, saúde, segurança, participação política, representatividade social e à propriedade.<sup>25</sup>

Ao se falar em direito à propriedade, é necessário entrar mais a fundo no que é considerado a principal reivindicação dos povos indígenas e ao mesmo tempo o maior desafio dos Estados, a posse dos territórios tradicionais. Pode-se dizer que grande parte das especificidades dos direitos indígenas emanam do direito aos territórios tradicionais, uma vez que a relação dos povos com suas terras originárias vai além do ângulo privatístico compreendido pelas normas de direito ocidental.

Os territórios tradicionais não têm relações restritas com as localidades físicas, eles abrangem não só áreas de terras, mas tudo que envolve a vida das comunidades em comunhão com a natureza. Ou seja, os recursos naturais disponíveis, a flora e fauna regional, o histórico ancestral cultivado nessas regiões, as relações entre tribos locais, além de todo o escopo cultural e social que é carregado pela dimensão territorial, fazem parte do direito natural indígena de manutenção de suas terras. Nesse sentido, a maior parte das denúncias de violações de direitos indígenas envolvem, em alguma medida, essa questão.

Nas Américas o histórico de reivindicações relacionadas aos territórios tradicionais retoma desde as primeiras relações com não-indígenas, a chegada dos colonizadores ao continente. Essa antiga abordagem não teve muita evolução ao longo do tempo, o que pode ser evidenciado pela forma como os povos indígenas continuaram a ressaltar o assunto nos fóruns internacionais à medida que sua participação, direta ou indireta, nos mesmos tornava-se cada vez mais consistente.<sup>26</sup> A partir da década de 70, com o início da aceitação de denúncias de violações de direitos humanos pela SIDH foi possível reunir dados e montar relatórios que identificassem o teor recalcitrante das violações aos territórios tradicionais.

Desta maneira, observou-se um percentual de mais de 50% dos temas dos casos de violações de direitos dos povos indígenas como diretamente relacionados com a temática de território ancestral. Sendo que os casos de temas como direitos ambientais, perseguição,

---

<sup>25</sup> HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. *REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL - RAI*. 9. Vol. 5 N° 1, jun. 2014. p. 64-65

<sup>26</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: História da Doutrina e da Legislação. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 281-284

processo legal, tortura e execução, foram relatados como indiretamente encadeados por conflitos de terras e discriminação étnica.<sup>27</sup>

A compreensão da especificidade dos direitos humanos dos povos indígenas foi um processo fundamental para a reivindicação e garantia desses direitos. Por meio dela as necessidades reais das populações puderam ser absorvidas pelas normas internacionais, tornando-se parâmetros para ampliação da assertividade da justiça seja interna aos Estados, seja no sistema internacional.

### **2.3. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do direito à terra ancestral**

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os temas de direitos abordados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) só tem validade normativa aos Estados que ratificaram a Convenção e assimilaram suas diretrizes em suas jurisdições internas. No caso do Brasil, a ratificação aconteceu em 1992 e a jurisdição da Corte IDH só foi reconhecida em 1998, apesar da Constituição Federal de 1988 já assinalar a intenção de participação do SIDH.<sup>28</sup>

Além disso, para ter acesso à Corte e enviar petições para julgamento os indivíduos, vítimas ou grupos peticionários devem submeter seus casos por meio do próprio Estados ou da Comissão, únicos atores que têm acesso direto à entidade.<sup>29</sup> A CIDH, por sua vez, só pode ser acionada pelos interessados após todas os recursos judiciais internos do Estado envolvido serem esgotados ou o caso ser enquadrado em uma das exceções ao esgotamento dos recursos internos, os quais são:

“as leis internas não estabelecem o devido processo para proteger os direitos que se alega terem sido violados; não se permitiu à suposta vítima o acesso aos recursos internos ou ela foi impedida de esgotá-los; ou existe demora na emissão de uma decisão final sobre o caso sem razões válidas que justifiquem esse fato.”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> SCHEICHER, Isabela. Violações de direitos humanos por Estados sul americanos contra povos indígenas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: revisão sistemática. 2018. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

<sup>28</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1124 e 1152

<sup>29</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sistema de Petições e Casos**. Folheto Informativo - 2022. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_port.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf) . Acesso em: 16/06/2022. p. 10

<sup>30</sup> Ibid. p. 15

Desde 1978, iniciou de sua jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve um papel importante de mecanismo regulador do entendimento normativo referente ao direito ao território tradicional, também compreendido como “propriedade comunal”. Esse conceito foi orientado pela Corte para compreender a dimensão regional, mas sua jurisprudência manteve a conformidade com o Sistema Universal de Direitos Humanos por meio dos parâmetros do Artigo 14 da Convenção OIT e do Artigo 26 da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. Da mesma forma, a percepção indígena sobre a propriedade de seus territórios ancestrais está plenamente incluída no Artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>31</sup>

O entendimento do direito ao território ancestral está convencionado na jurisdição da Corte da seguinte forma:

- I. “A posse tradicional por povos indígenas de suas terras tem o efeito equivalente de propriedade plena concedido pelo Estado;
- II. A posse tradicional também dá direito a comunidades indígenas exigir o reconhecimento oficial da propriedade e do registro;
- III. Os povos indígenas que deixaram ou perderam involuntariamente a posse de suas terras tradicionais ainda mantêm os direitos de propriedade comunal apesar da falta de título legal;
- IV. Os povos indígenas têm direito à restituição de suas terras ou obter outras terras de igual tamanho e qualidade, mesmo quando estas terras foram legalmente transferidas para terceiros de boa fé.”<sup>32</sup> (Tradução Livre)

Essa concepção também está intrinsecamente relacionada com outro direito específico direcionado aos povos indígenas, que é o direito à consulta prévia. Brevemente esclarecido por se tratar do direito por meio do qual se estabelece que os povos tradicionais devem ser consultados previamente e incluídos nos processos de decisão quando seu território, ou parte dele, pretende ser cedido pelo Estado para elaboração de projetos de desenvolvimento, estatais ou privados. A execução dos projetos, mesmo após aprovação dos povos tradicionais, deve passar por uma análise que certifique que seu seguimento não impactará negativamente a comunidade.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup>SCHETTINI, Andrea. OWARD A NEW PARADIGM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION FOR INDIGENOUS PEOPLES: A CRITICAL ANALYSIS OF THE PARAMETERS ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sur - International Journal On Human Rights, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012. p. 67

<sup>32</sup> Ibid. p. 68

<sup>33</sup> Ibid. p. 69

De acordo com a jurisprudência da Corte os casos de exceção à posse definitiva das terras ancestrais aos povos indígenas só ocorrem caso a restrição de uma localidade específica esteja previamente prescrita por lei, sendo essa restrição proporcional às necessidades prescritas, ou em caso de a restrição ser fundamental para alcançar um fim legítimo à democracia estatal. Ressalta-se que toda e qualquer restrição territorial implementada pelo Estado deve prever medidas que garantam os demais direitos qualificados como específicos para a existência da comunidade em questão, além de assegurar às futuras gerações o alcance dos mesmos direitos.<sup>34</sup>

Para os casos de propriedades comunais que foram extorquidas de seus povos originários em períodos anteriores à ratificação da Convenção, cabe dizer que a grande maioria dos casos quando se trata de Brasil, a jurisprudência da Corte determina que os Estados devem desenvolver mecanismos de reparação aos povos afetados. Este processo inclui, entre outros, a restituição territorial, proteção contra ameaças ao seu território, compensação dos danos materiais e imateriais, medidas de reestruturação do imaginário tradicional danificado. Em caso da impossibilidade total de restituição territorial, o Estado deve garantir uma propriedade comunal de tamanho e características equivalentes a terra ocupada e, principalmente, que cumpra o significado coletivo tradicional designado pela comunidade.<sup>35</sup>

Cabe ao Estados empregar todos os recursos existentes para restituir o território desapropriado, incluindo investigar e estabelecer os procedimentos de demarcação de terras indígenas em todo o território nacional. A importância do papel do Estado se multiplica, nesse contexto, pois exige dele a remediação de todos conflitos desencadeados por movimentos de restituição de propriedades comunais. Devido ao histórico de apropriação territorial vivenciado nos Estados da América Latina, grandes áreas de terras ancestrais foram adquiridas por proprietários particulares de maneira ilegal ou dentro das normas jurídicas anteriores à evolução internacional dos direitos humanos dos povos indígenas. A jurisdição da Corte reforça a obrigação do Estado em garantir a restituição territorial dessas áreas particulares que pertencem a territórios tradicionais de povos indígenas.

Importante retomar a noção de que, mediante a essa jurisdição, muitos casos de denúncias de violações de direitos dos povos indígenas estão relacionados aos processos de demarcação e restituição do território tradicional. Os conflitos e atrocidades envolvendo comunidades indígenas que reivindicam seus direitos à propriedade comunal estão longe de

---

<sup>34</sup> Ibid. p. 69

<sup>35</sup> Ibid. p. 70

serem eliminadas pelos Estados americanos. Além de conflitos territoriais, conflitos de interesses relacionados aos recursos naturais encontrados em terras indígenas são as principais causas da permanência e recorrências das violações de direitos humanos dos povos indígenas e que não são alcançadas pelos resultados da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **3. O ENTENDIMENTO BRASILEIRO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS**

#### **3.1. Os direitos coletivos e a Constituição de 1988**

O direito dos povos indígenas no Brasil, assim como nos demais Estados da América Latina, remete às primeiras relações com os não-indígenas. Desde o século XVI já se pode observar registros normativos que ordenavam o contato com os povos originários ainda que de maneira vaga e opressora. A evolução do tema foi lenta e manteve por muitos anos o caráter tutelar do vínculo entre os indígenas e o Estado, seja de maneira direta seja por meio de órgãos estatais com esse fim, como o SPI (Serviço de Proteção ao Índio) que foi posteriormente substituído pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio).<sup>36</sup> Apesar do protagonismo dos povos originários na luta pelo reconhecimento de seus direitos, suas reivindicações judiciais, denúncias, protestos eram sempre mediados por organizações externas. Foi apenas com a Constituição de 1988 que os povos indígenas tiveram sua capacidade civil e legitimidade processual reconhecidas de maneira concreta pela norma jurídica brasileira.

A Constituição de 1988, ainda que com lacunas e contradições, foi o principal marco histórico na evolução do entendimento brasileiro das normas de direitos dos povos indígenas. Foi a primeira a dedicar um capítulo inteiro às definições e reconhecimentos dos direitos originários, além de romper definitivamente com a perspectiva integracionista de assimilação dos povos nativos ao paradigma ocidental/liberal de sociedade.<sup>37</sup> Neste sentido, é importante ressaltar que a noção da especificidade do direito dos povos originários também foi concretizada na Constituição de 88, legitimando o status jurídico de coletividade a esses povos.

Sobre os direitos coletivos dos povos indígenas, Carlos Filho discorre que a própria existência de uma sociedade já garante a seus membros aquiescências de caráter comunitários. Essa convicção, mesmo que elementar, teve sua interpretação enviesada pelos ideais políticos

---

<sup>36</sup> FEIJÓ, Julianne Holder da C. S.. O DIREITO INDIGENISTA NO BRASIL: TRANSFORMAÇÕES E INOVAÇÕES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 34, 2014. p. 6 e 9

<sup>37</sup> *Ibid.* 11

das revoluções liberais do século XIX que chegaram à América pelos processos coloniais. Nessa perspectiva, os direitos coletivos eram consolidados sob responsabilidade do Estado, sendo esta autoridade máxima capaz de defini-los. Convencionou-se, dessa forma, que os direitos coletivos de uma nação seriam aqueles direcionados à sociedade como um todo, isto é, direitos sociais.<sup>38</sup>

Os povos indígenas, assim como outros povos tradicionais, quilombolas, ribeirinhos, sertanejos, entre outros; tiveram seus direitos coletivos dissociados pelo Código Civil que os enquadrava tão-somente como detentores de direitos individuais. Aos povos originários, foi ainda configurado o status provisório de sujeitos de direitos coletivos tradicionais, os quais deixariam de ser necessários e por consequência deixariam de existir à medida que as comunidades indígenas fossem integradas à sociedade nacional. Ainda de acordo com Carlos Filho, apesar de não constituído na norma jurídica anterior à Constituição de 1988, “os povos continuaram existindo com seus direitos coletivos apesar de não reconhecidos nem respeitados”<sup>39</sup>

Nesse contexto, a carta constitucional de 88 foi mais uma vez revolucionária ao caracterizar os direitos coletivos dos povos indígenas, fortalecendo o entendimento de que não são direitos criados para uma coletividade, mas sim condições naturais que devem ser reconhecidas pela norma, ou seja, direitos originários. Essa compreensão se identifica à lógica da especificidade do direito dos povos nativos empregada pelo entendimento internacional e prescrita na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.<sup>40</sup> Assim, fica garantido pela lei maior brasileira que os povos tradicionais têm, a partir de sua auto identificação, direitos coletivos sendo o primeiro e principal deles o direito de existir e de continuar existindo como comunidade autônoma que não precisa ser assimilada à sociedade nacional.

É importante pontuar, mesmo que de maneira breve, um grande paradoxo dos direitos coletivos que é a possibilidade de supressão de direitos individuais por determinações de ordem normativas nativas, ou seja, normas costumeiras, extraconstitucionais que são desenvolvidas e seguidas por povos indígenas. Muitas vezes essas condutas, constituídas tradicionalmente, são muito antigas, anteriores à judicialização dos direitos humanos e continuam a ser replicadas pelas comunidades compondo grandes violações de direitos individuais de seus membros.

---

<sup>38</sup> FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Marco Temporal e Direitos Coletivos. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 75-101.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 80

<sup>40</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1058-1059



Um caso emblemático apresentado por Marcos Neves, em seu estudo de transconstitucionalismo, descreve o caso de direito consuetudinário dos Povos Suruahá que ganhou destaque expondo essa contradição proporcionada pela preeminência dos direitos coletivos dos povos originários. Neste caso, os recém nascidos dos Suruahá que possuíam deficiência física, cognitiva, mental, ou algum problema de saúde aparente, como desnutrição, eram assassinados após o nascimento ou abandonados para morrer. Aqui constata-se um caso claro de violação do direito fundamental à vida dos recém nascidos dessa comunidade.<sup>41</sup>

Diante da repercussão do caso, diversos outros exemplos de violações de direitos individuais por práticas tradicionais ganharam foco, como exploração sexual, violência punitiva, torturas e outras práticas consideradas por povos específicos como normas de seu convívio social. Foi então, proposto o Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, que busca compreender e criminalizar essas práticas tradicionais, ressaltando a supremacia dos direitos humanos e fundamentais<sup>42</sup>. Neste contexto, Neves mais uma vez debate sobre o limite, antes não verificado, abrindo espaço para o questionamento em que medida os direitos coletivos devem ser garantidos plenamente sem que interfira nos direitos individuais.

Voltando à lógica da Constituição de 1988, o direito de existir dos povos indígenas consiste em uma multiplicidade de fatores, sendo eles políticos, sociais, culturais, religiosos, normativos, regionais; coeficientes que os fazem povos tradicionais e os diferenciam etnicamente. Aqui retoma-se a correlação intrínseca da existência das comunidades originárias com seu território, visto que o cultivo comunitário depende de uma localidade física, assim como de suas variáveis particulares. Como coloca Carlos Filho “Se é negada a existência, deixa de existir o direito territorial; se é negado o território, está negada a existência, porque aos poucos vai matando a etnicidade.”<sup>43</sup>. O direito coletivo à terra não deve ser comparado com o direito individual à propriedade ou à moradia; ele engloba o acesso aos recursos naturais, do poder de decisão sobre as atividades na terra e, principalmente, a garantia de permanência no território.

Na referida Constituição ficou determinado que o Estado tem o dever de garantir a posse das terras ancestrais aos povos originários, proporcionando a conservação e/ou recuperação dos territórios indígenas por meio dos processos de demarcação de terras. No entanto, apesar de

---

<sup>41</sup>NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. Lua Nova, São Paulo, 93, 2014. p. 217

<sup>42</sup> Ibid. 2018

<sup>43</sup> FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Marco Temporal e Direitos Coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 93

normativa, essa definição abriu espaço para novas contradições. Os processos de demarcação no Brasil reavivam as violências e violações aos direitos dos povos indígenas, assim como os conflitos políticos sobre as terras tradicionais, pois, como é de conhecimento geral, envolvem o setor político/econômico mais forte do país, o setor agropecuário.

### **3.2. O Indigenato e os direitos territoriais indígenas definidos pela aplicação histórica**

Com 34 anos da Constituição Federal os processos de demarcação de terras ainda enfrentam barreiras políticas, junto ao Poder Judiciário e Executivo, que atrasam seus resultados e muitas vezes não atendem as demandas reais das populações pleiteantes. Esse contexto expõe o grande paradoxo da questão de terras indígenas no Brasil, contrapondo a teoria do Indigenato, historicamente defendida desde as antigas legislações, e a tese do marco temporal, desenvolvida a partir já no século XXI.

João Mendes Júnior, precursor na composição da teoria do Indigenato, ainda em 1912, descreveu que a posse da terra pelos povos originários é um “título congênito” diferente da ocupação que se trata de um “título adquirido”.<sup>44</sup> Essa concepção reconhece que os povos indígenas são os donos naturais do território em que habitam, a eles não os foi dado nem conquistado e deles não pode ser privado ou apossado. Isso ocorre porque o Indigenato é um direito coletivo, sendo este indivisível, intransferível e imprescritível; os indivíduos que nela nascem naturalmente são alcançados por esse direito que permanece com eles até sua morte. Da mesma forma, a teoria prevê que a posse de um determinado território só deixa de ser indígena no momento em que um povo deixa de existir como um todo, que sua etnicidade seja extinta.

Como um título congênito, o Indigenato é percebido como anterior à formação do Estado Nacional e não dependente dele para se legitimar. Ainda assim, contraditoriamente, sua formalização normativa foi manifestada desde os primeiros documentos legislativos da época colonial. A Lei de Terras (Lei n. 601, de 1850), primeira a regulamentar as posses dos territórios nacionais, identificava que as terras indígenas possuíam o mesmo valor de legitimidade que as terras adquiridas por iniciativa particular, o qual deveria ser, da mesma forma, garantido pelo Estado.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> MENDES, Jr. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

<sup>45</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Terra Indígena: História da Doutrina e da Legislação*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 290

O desenvolvimento do tema, no entanto, foi marcado por retrocessos e com o fortalecimento da nova União os povos indígenas foram forçados a se reunir em aldeamentos, espaços de terras limitados e pré-definidos, nos quais eram permitidos seguir com seu modo de vida. A concentração desses povos em aldeias foi uma das formas de esbulhar os povos originários de seus territórios ancestrais sem que o governo em questão, local ou nacional, tomasse responsabilidade pela garantia de seus direitos coletivos. Às comunidades, lhes era fornecido um pedaço reduzido de terra que, segundo o Regulamento de 1854, art. 75, só se tornava de domínio pleno após alcançada a “civilização”.<sup>46</sup>

Neste enquadramento, perde-se a noção do Indigenato e o direito originário à terra tornou-se realidade distante dos povos indígenas pelo qual eles tiveram que lutar para reconquistar seu reconhecimento. As Constituições mais recentes, 1934 e 1967, sinalizaram traços do processo de demarcação pela União, mas somente com a Constituição de 1988 o Indigenato foi novamente formalizado na norma e identificado como direito originário.<sup>47</sup>

Para a nova definição dos direitos territoriais indígenas e conseqüente demarcação, entra a questão do uso da história como argumenta Samuel Barbosa. Segundo o autor, a aplicação da história para a elucidação do direito se subdivide em dois sentidos: o de “História como prova” e o de “História para interpretar o direito”.<sup>48</sup>

A história como prova para do princípio de comprovar a ocupação tradicional de determinado território por meio de estudos, assim afirmado por Barbosa que:

“O trabalho dos especialistas (antropólogos, historiadores, geógrafos) produz relatórios e laudos durante o processo administrativo e o judicial para prova de fatos, fazendo uso de documentação primária”<sup>49</sup>

Esses estudos, cruzados com as informações, provas e testemunhos dos indígenas conseguem demonstrar, legitimamente, que a terra reivindicada é ancestral e, dessa forma, deve ser demarcada.

O caso que consolidou esse procedimento na jurisdição brasileira foi a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o qual, após anos de tramitação, foi comprovado ocupação

---

<sup>46</sup> Ibid. p. 293

<sup>47</sup> Ibid. p. 302-312

<sup>48</sup> BARBOSA, Samuel. Terra Indígena: História da Doutrina e da Legislação. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 128-135

<sup>49</sup> Ibid. p. 128

tradicional e aprovado pelo Supremo Tribunal Federal à favor dos povos Macuxi, Uapixanas, Ingarikó, Taurepangues e Patamonas.<sup>50</sup> Ao aprovar a demarcação, o STF também aprovou 19 condicionantes que constituíram as medidas determinantes do conhecido “marco temporal” que, resumidamente, estabeleceu a data 05 de outubro de 1988, da promulgação da Constituição como marco histórico para interpretar o direito ao território e os processos de demarcação.

Já nos casos de conhecimento da realidade histórica como ferramenta para interpretar o direito, Samuel Barbosa argumenta que:

“além da função de prova, a pesquisa da história é usada para participar da definição do sentido do direito, usos da história não apenas para questões de fato, mas também para questões de direito”<sup>51</sup>

Ou seja, a percepção da vivência histórica de um povo deve ser considerada quando este é envolvido em uma decisão judicial. Um exemplo que o autor traz é a comprovação do esbulho renitente, o qual complementa a tese do marco temporal, que deve ser considerado como uma questão de direito relativa e que deve ser analisada sob o viés histórico de interpretação. Essa abertura ocorre uma vez que o esbulho renitente supõe um movimento de resistência por parte dos povos indígenas e é exatamente esse processo de resistência que pode ser questionado na perspectiva histórica, considerando que as formas de resistência às apropriações eram empreendidas de maneiras diversas e respondendo a diversas variáveis. Dessa forma, o saber etno-histórico ganha destaque nesse tipo de abordagem apesar de gerar inconformidades com o saber jurídico.<sup>52</sup>

Essas particularidades conceituais e de abordagem dos direitos territoriais indígenas no Brasil demonstram que a prática jurídica brasileira ainda diverge substancialmente das determinações normativas estabelecidas no sistema internacional de direitos humanos dos povos indígenas. Ainda é necessário um esforço conjunto dos povos indígenas, ativistas nacionais e internacionais, organizações e demais partes interessadas para que seja cumprido os processos de demarcação e ampliação de terras demarcadas, restando um longo caminho a ser percorrido para alcançar a plenitude desse direito.

---

<sup>50</sup> FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Marco Temporal e Direitos Coletivos. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 96-97

<sup>51</sup> BARBOSA, Samuel. Terra Indígena: História da Doutrina e da Legislação. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 132-133

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 135

### 3.3. Marco temporal e a jurisprudência da norma brasileira

O Marco Temporal tornou-se o principal referencial jurídico nas negociações de demarcação de terras indígenas no Brasil. Além de fixar data para a reivindicação do direito, ainda pressupõe o encargo de comprovar ocupação ou resistência das populações originárias a seus processos de esbulho renitente. De maneira mais completa, como determinado pelo STF:

“11.1 O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índio.” (Emenda da Pet. n.3.338/RR - Raposa Serra do Sol, item 11, trechos)<sup>53</sup>

Essa definição transcrita faz-se necessária uma vez que a especificidade do marco temporal da questão de terras envolve a constatação de várias etapas e variáveis, o que dificulta progressivamente mais as disputas judiciais tanto de terras já demarcadas, que buscam ampliação devida, quanto de terras aguardando a demarcação. Outro ponto da jurisprudência da norma, que é importante ressaltar, é a emenda da Colenda Segunda Turma do STF, n.803.462 - AgR/MS que define a referência de renitente esbulho da seguinte forma:

“Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou como desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para a configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1998), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. Parecer. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 18

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 28

O marco temporal foi fixado para datar a ocupação, no entanto, diante do cenário mais comum, que é a falta dela, foi necessário estabelecer parâmetros para os casos nos quais os povos indígenas não habitavam seus territórios ancestrais. Ressalta-se, entre esses, circunstâncias nas quais foram expulsos, usurpados, restringidos, de forma violenta e autoritária.

Paradoxalmente, o documento suporte para essas novas diretrizes, a Constituição de 1988, especifica que o direito às terras indígenas é originário, logo este não é cedido pela União, mas sim reconhecido. Nessa esfera, entende-se que a noção de posse, como propriedade privada individual, validada pelo direito privado, não se aplica aos direitos dos povos indígenas às suas terras ancestrais. Além disso, de acordo com o art. 231, §§ 1º e 2º a posse dos territórios tradicionais deve ser garantida independentemente dos processos de demarcação<sup>55</sup>. Para assegurar o caráter jurídico dessas terras, faz-se a demarcação, que de acordo com a norma do art.67 da ADCT da Constituição de 1988, havia sido pré-estabelecido um prazo de cinco anos, a partir da data de sua promulgação, para que todas as terras indígenas brasileiras fossem integralmente demarcadas, fato que não ocorreu na prática.

Esse ponto também se estende para as ações de ampliação da demarcação. Ao submeter condicionantes, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pretendeu-se condicionar a ampliação de terras já demarcadas, as quais foram aprovadas, por maioria no STF, por meio do acórdão da Pet. n.3.388<sup>56</sup>. Apesar de estar em desacordo com o estabelecido na Carta Constitucional, esse recurso foi utilizado para revogar concessões de delimitações já finalizadas que foram reabertas de forma desfavorável aos povos indígenas.

Novamente é importante evidenciar que a questão da demarcação de terras tradicionais no Brasil vai muito além da jurisprudência brasileira. Esse dispositivo envolve amplas questões políticas e administrativas que tendem, ainda, a se aprofundar de acordo com o governo vigente. Para além disso, pontua-se também as demais violências e violações advindas desse contexto, que abrem margem para diversas temáticas das normas de proteção dos direitos indígenas.

#### **4. CASO DO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL: A CONTRAPOSIÇÃO DO ENTENDIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

##### **4.1. Exposição do Caso**

---

<sup>55</sup> Ibid. p. 33

<sup>56</sup> Ibid. p. 40

O Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil<sup>57</sup> foi o primeiro, em matéria de direitos dos povos indígenas brasileiros, a ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>58</sup>. De acordo com as informações coletadas para contextualização da sentença e com os dados cedidos pelo Sistema de Informação de Atenção à Saúde Indígena, em 2017, havia 2.354 famílias registradas como pertencentes ao Povo Xukuru de Ororubá<sup>59</sup>, somando um total de 7.723 indígenas, que formavam 24 comunidades dentro de um território de aproximadamente 27.555 hectares; além de cerca de 4.000 indígenas que viviam na cidade de Pesqueira.<sup>60</sup>

Ao todo, o caso demorou cerca de 30 anos, de 1989 a 2019, para alcançar um resultado satisfatório, contando desde suas etapas internas junto à Jurisdição do Estado brasileiro até a mais recente atualização das reparações. Ao se fazer uma breve retrospectiva nota-se que o ano de 1998 foi um marco histórico de mudança de paradigma do território indígena Xukuru. Liderados pelo cacique Xikão, de grande participação política, o povo Xukuru fortaleceu sua resistência à invasão de seu território, confrontando os fazendeiros que reivindicavam a posse adquirida das terras. A resistência foi respondida com uma série de recorrentes violências, o que resultou no assassinato de Xikão, a qual teve repercussão internacional.<sup>61</sup>

Por mais uma década, sem sucesso, os Xukurus resistiram à opressão e às violências buscando chamar a atenção para que seu processo de demarcação fosse finalizado nas instâncias internas. Sem sucesso nessas tentativas e com o apoio do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e do Movimento Nacional de Direitos Humanos, o caso foi alçado à nível internacional e apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 25/06/2022

<sup>58</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para julgar e sentenciar o presente caso uma vez que o Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 1998.

<sup>59</sup> Os Xukurus de Ororubá, assim autodenominados, são um povo indígena da região do Vale do Ipojuca, da cidade de Pesqueira no Pernambuco.

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. p. 17.

<sup>61</sup> Assessoria de Comunicação do CIMI - Conselho Indigenista Missionário. Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Conselho Indigenista Missionário, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 08/07/2022

<sup>62</sup> Ibid.

É importante destacar que paralelamente à apresentação do caso jurisdição da Comissão, o processo administrativo de demarcação e titulação do território do Povo Xukuru continuou a tramitar junto aos órgãos nacionais. Constituído de cinco etapas, as quais são: 1. identificação e delimitação; 2. declaração; 3. demarcação física; 4. homologação e, por fim, 5. registro imobiliário do território. Conforme indica a Sentença “Em 18 de novembro de 2005, foi executada a titulação do território indígena Xukuru, ante o 1º Registro de Imóveis de Pesqueira, como propriedade da União para posse permanente do Povo Indígena Xukuru.”<sup>63</sup>.

Apesar de concluir o procedimento administrativo, até a data de publicação da Sentença pela Corte, seis ocupantes não indígenas permaneciam no território, aguardando a devida indenização; quarenta e cinco ex-ocupantes não indígenas ainda aguardavam o recebimento da devida indenização por parte do Estado. Além disso, uma ação judicial de reintegração de posse havia sido emitida em prejuízo do povo indígena e em desacordo com o Artigo 231 da Constituição de 1988, ficando aberta como “ação continua pendente” após a utilização de vários recursos, sem solução definitiva.

Com relação a ordem cronológica da evolução do caso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por sua vez, vale ressaltar que em 2002 foi apresentada petição à Comissão; em 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e ainda em 2015, foi aprovado e notificado ao Estado, pela mesma, o Relatório do Mérito do processo. Foi apenas em 2016 que a CIDH submeteu o caso à Corte permitindo enfim o início do julgamento.

De acordo com a Sentença, o objeto de controvérsia apresentado em 16 de março de 2016 à Corte pela Comissão, CIDH, acusa que a República Federativa do Brasil havia violado os direitos do povo Xukuru de Ororubá. A Comissão argumenta que as violações se configuram como resultados:

“i) da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e ii) da suposta demora na desintrusão total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito.”<sup>64</sup>

Como consequência estendida desse cenário, a Comissão expõe que o Brasil não cumpre sua obrigação positiva de garantir meios para a proteção judicial dos povos Xukurus ao

---

<sup>63</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. p. 21

<sup>64</sup> Ibid. p. 4



descumprir com o prazo razoável de resolução do processo administrativo de demarcação. Outro resquício da morosidade do processo administrativo foi a demora na decisão das ações civis de não indígenas que reivindicavam porções de terra dentro do território tradicional Xukuru.

Frente ao Relatório de Mérito apresentado pela Comissão e às alegações dos representantes dos povos indígenas, o Estado brasileiro se posicionou apresentando cinco exceções preliminares sendo estas:

“A. inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito pela Comissão; B. incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte; C. incompetência *ratione temporis* quanto a fatos anteriores à data de adesão do Estado à Convenção; D. incompetência *ratione materiae* a respeito da suposta violação da Convenção 169 da OIT; e E. falta de esgotamento prévio de recursos internos.”<sup>65</sup>

Das quais apenas as exceções referentes às competências *ratione temporis* da jurisdição da Corte e da adesão do Estado à Convenção podem ser consideradas parcialmente fundamentadas.

Após o longo processo burocrático de investigação do caso, devolutiva das exceções preliminares, conferências das provas, análise do relatório de mérito, assimilação das considerações de todos os participantes, Comissão, representantes do povo Xukuru, Estado brasileiro e Corte, a última condenou o Estado como responsável pelas violações apresentadas e definiu as reparações aplicadas ao Brasil, de acordo com o artigo 63.1 da Convenção Americana<sup>66</sup>.

Além da reparação burocrática, de publicação da Sentença por parte do Estado condenado, a Corte determinou que no âmbito da acusação da CIDH sobre a morosidade do processo administrativo da demarcação, o Brasil deve “garantir de maneira imediata e efetiva o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre a totalidade de seu território”. Dessa forma, o Estado deve finalizar o processo de desintrusão de não indígena do território demarcado seguindo os procedimentos de indenização, assim como concluir a negociação do caso de reintegração. Outra medida reparatória que busca remediar os danos imateriais, resultado das violações de direitos dos povos indígenas, a Corte declara que somente pode considerar aqueles apresentados na Sentença. Para isso, foi estipulada uma indenização

---

<sup>65</sup> Ibid. p. 9

<sup>66</sup> Ibid. p. 46

compensatória coletiva no valor de USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares estadunidenses) aos Xukurus. Outros custos e gastos do processo também devem ser assumidos pelo Estado.<sup>67</sup>

Além dos eventos envolvendo diretamente os procedimentos do Caso, o processo como todo enfrentou e uma série de barreiras ao longo de seu desdobramento. O povo Xukuru foi, e ainda é, vítima de atos de violência provenientes de iniciativas tanto externas quanto internas, sendo estas em sua maioria suscitadas por atores não indígenas. À vista disso, pode-se afirmar seguramente que os danos não materiais do Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil são bem mais profundos que os calculados, ademais de irreparáveis.

#### **4.2. Os entendimentos em contraposição**

Os entendimentos do Brasil e internacional, principalmente o regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, são unânimes em se tratando de direitos humanos dos povos indígenas. Ambos consideram a especificidade desse direito e ressaltam a dimensão elementar da relação dos indígenas com seu território ancestral. Dessa forma, as legislações se correspondem amplamente em matéria de direito à propriedade coletiva, fundamentadas no princípio do direito originário dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais, como apresentado acima. A jurisprudência internacional, em tese, é acionada a partir do momento em que os recursos internos são esgotados e o direito reivindicado ainda não foi garantido, no entanto, é nesse momento que surgem posicionamentos divergentes sobre o processo judicial.

No Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil, ao se tornar réu, o Brasil apresentou questionamentos em diversas etapas do processo. Na fase de tramitação perante à CIDH o Estado não respondeu às notificações, assim como se manteve inerte no cumprimento das recomendações judiciais declaradas pela Comissão, negligenciando o parecer internacional sobre o Caso. A falta de comunicação e acordo entre essas duas instâncias, principalmente pela carência de colaboração por parte do Estado brasileiro, elevou o caso à jurisprudência da Corte, o que gerou novos desacordos expostos de maneira resumida na Sentença publicada pela mesma.

Ao ser notificado pela Corte, o Brasil contestou as alegações de violação e os desacordos de entendimento jurídico já se fazem presentes nas exceções preliminares, por meio das quais o Estado questiona a admissibilidade do Caso apresentado pela Comissão. No entanto, as exceções preliminares são apenas o início do confronto entre o julgamento da CIDH e do Estado, os quais tornam-se fortemente antagônicos nos debates do mérito do processo. Isto é,

---

<sup>67</sup> Ibid. p. 52

no momento em que a corte analisa as alegações de violação do Brasil em matéria dos “dos direitos à propriedade, às garantias judiciais e à proteção judicial, e à integridade pessoal, tudo isso em relação ao processo de titulação, demarcação e desintrusão do território”.<sup>68</sup>

No sentido da demarcação, nas considerações da Sentença, a Comissão considera que o Estado brasileiro não cumpriu sua obrigação de garantir a propriedade coletiva dos povos indígenas em tempo razoável, não demonstrando de maneira clara a complexidade dos procedimentos administrativos que possivelmente teriam causado o prolongamento do processo. Em sua defesa o Estado expôs que o intrincamento do processo se deu como fruto das negociações com as partes não-indígenas que apresentaram resistência na oficialização da demarcação. Dessa forma, a acusação de descumprimento do direito não deveria ser válida uma vez que não foi negado em momento algum o direito originário à propriedade.<sup>69</sup>

Já com relação à garantia e à proteção judicial, a Comissão considerou que essa violação está fortemente relacionada com a fase da titulação, na qual a demora no procedimento administrativo expôs o Povo Xukuru às inseguranças territoriais. A inexistência de um marco judicial, titulação, que determina a posse da terra pela comunidade indígena abre espaço para apropriações e invasões, assim como dificulta o processo de desintrusão dos não-indígenas do território tradicional. O Estado por sua vez, respaldado na Constituição de 1988, reforçou que o regime jurídico brasileiro considera a condição de direito originário do território indígena sendo o processo demarcatório é apenas reconhecimento desse direito.

Na visão da Comissão, o critério de garantia judicial somado à desintrusão não finalizada desencadeiam, sobretudo, violações da integridade pessoal dos membros do povo Xukuru visto que envolve situações de extrema violência, como ameaças, perseguições, violências físicas e psicológicas e até assassinatos. Em contrapartida, o Brasil afirmou que ao fiscalizar as relações entre os indígenas e os não indígenas remanescentes no território demarcado, estas não apresentaram sinais de inimizade ou conflito. Com essa afirmação, pode-se dizer que o Estado ignorou situações reais evidenciadas pelo povo Xukuru, focando apenas no “caso de sucesso” para rebater a alegação como um todo.

Além desses exemplos, a Sentença demonstra uma contraposição constante de entendimentos sobre o Caso. Vale ressaltar que não cabe à Corte julgar qual dos dois posicionamentos está correto, principalmente pelo fato de que ambos, CIDH e Estado, explicitaram as legislações específicas com as quais se respaldaram ao enviar suas respectivas

---

<sup>68</sup> Ibid. p. 24

<sup>69</sup> Ibid. p. 25-46

considerações. Conduto, a Corte tem competência legal para, a partir da análise das considerações enviadas pelas partes, definir se as alegações são conformes e se o acusado deve ser condenado. No Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil, a Corte julgou que, apesar da defesa do Estado ser amparada pela jurisprudência interna e o processo administrativo de demarcação já ter sido finalizado no momento da Sentença, o Brasil deve ser condenado pelas violações causadas por morosidade processual assim como pela desintrusão inacabada.<sup>70</sup>

Em adição aos contrapontos de entendimento jurídico evidentes na Sentença, muito se discute sobre quais as divergências que desencadearam esses desacordos. Os autores Eduardo Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Rorato, em seu artigo “Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do Indigenato” defendem que a compreensão do Brasil sobre o Caso do Povo Indígena Xukuru é restritiva e apresenta resquícios da abordagem assimilacionista que o país adotou por anos.<sup>71</sup> Já a Corte, ao emitir a Sentença buscou uma interpretação evolutiva dos direitos humanos ao ressaltar que:

“segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado tem a obrigação negativa de respeito; isto é, tem o dever de se abster de praticar atos que violem os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas na Convenção. O Estado tem também a obrigação positiva, que implica a obrigação de organizar todo o aparato governamental de modo a proporcionar o exercício dos direitos humanos.”<sup>72</sup>

De acordo com essa perspectiva, entende-se que o exercício do direito à propriedade coletiva carrega consigo a garantia de outros direitos relativos à existência dos povos indígenas.

Os autores descrevem ainda que ao ratificar a Convenção e reconhecer a competência da Corte, o Brasil se compromete em adequar sua legislação para abranger tratados internacionais. Da mesma forma, o Estado se submete a ser julgado como perpetrador dos direitos humanos e diante de uma condenação, como ocorreu no Caso do Povo Xukuru e seus membros Vs. Brasil, deve se comprometer em cumprir as reparações estabelecidas pela Corte.

### **4.3. A supervisão do Caso e os impactos da decisão na jurisprudência brasileira**

---

<sup>70</sup> Ibid. p. 29-46

<sup>71</sup> CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PADILHA, Elisângela; RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do Indigenato. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2. 2021. p. 656

<sup>72</sup> Ibid. p. 657

Após a publicação da Sentença, a Corte mantém um período de supervisão do Caso para certificar de que o Estado está cumprindo as medidas reparatórias ordenadas na condenação. No Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil, a Corte publicou em 22 de novembro de 2019 uma resolução de “Supervisão de Cumprimento da Sentença”<sup>73</sup> na qual constata os avanços no processo de reparação, assim como a displicência do Estado em remediar as medidas. Nesta mencionada resolução, a Corte relata que o Estado realizou as disposições de publicação da Sentença nos meios de comunicação oficiais e também reportou as negociações com relação ao pagamento da indenização por danos imateriais. As demais deliberações não haviam sido cumpridas no momento da promulgação da resolução foi disposto o prazo de fevereiro de 2020 para apresentação de novos relatórios.

Além do monitoramento judicial realizado pela Corte, há também um estreito acompanhamento das reparações pelas partes interessadas, ou seja, pelo próprio Povo Xukuru, seus membros e representantes<sup>74</sup>, assim como por estudiosos, ativistas e representantes políticos envolvidos. De acordo com o artigo “Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos.”, o CIMI declarou que para os indígenas Xukurus, representados pelo cacique Marcos Xukuru, o pagamento da indenização de USD 1 milhão, além de ter caráter reparatório de cumprimento da Sentença, simbolizou para o Povo uma concretização de uma longa luta por seus direitos.<sup>75</sup>

Essa supervisão não oficial realizada pelas partes interessadas, principalmente a realizada com interesses acadêmicos, é também responsável por compreender os impactos internos das relações entre a jurisprudência internacional e a nacional. Nesse cenário, evidencia-se que não há um consenso quanto às repercussões da Sentença no ordenamento jurídico brasileiro. Por um lado, como é exposto pelas autoras Flavianne Nóbrega, Maria Paffer e Anne Nascimento, a decisão da Corte em condenar o Brasil como perpetrador dos direitos indígenas

---

<sup>73</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Supervisão do Cumprimento de Sentença de 22 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 28/06/2022

<sup>74</sup> Os representantes oficiais, de acordo com a Sentença e a Resolução, são: dos quais podemos citar o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a organização Justiça Global e o Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP).

<sup>75</sup> Assessoria de Comunicação do CIMI - Conselho Indigenista Missionário. Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Conselho Indigenista Missionário, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 08/07/2022

do Povo Xukuru e o ordenamento das devidas reparações teve efeito motor na jurisdição de processos internos.<sup>76</sup>

As autoras apontam exemplos de decisões judiciais e atos ministeriais nos quais o Caso mencionado foi utilizado como precedente. Dentre eles, cabe citar: as petições envolvendo a garantia do direito à propriedade coletiva, caso do Povo Kaiabi; a garantia de recursos administrativos para os processos de demarcação, voltados para a FUNAI; além de ser reforço argumentativo contra retrocessos promovidos pelo governo federal.<sup>77</sup> Apesar de reconhecer as limitações dos impactos na jurisprudência nacional, as autoras ainda defendem que:

“Em suma, entende-se que o caso do Povo Xukuru é um precedente da Corte IDH capaz de atuar nas mais variadas áreas do direito indígena, fato que o faz possuir um grande potencial emancipador.”<sup>78</sup>

Por outro lado, muito se debate sobre a tese do Marco Temporal, acima descrita, a qual representa um retrocesso na jurisprudência brasileira. Os procedimentos propostos pelo marco temporal vão de encontro tanto à Lei Maior do Brasil, quanto aos tratados internacionais ratificados pelo Estado. Os autores, Íris Guedes, Gilberto Schäfer e Leonardo Lara, que investigam as repercussões do SIDH no Direito Brasileiro, argumentam que apesar do Caso Povo Xukuru e seus membros Vs Brasil ter sido concluído a pouco junto ao Sistema Interamericano, em particular à Corte, o processo administrativo de demarcação foi tido como finalizado em 2005, segundo a jurisdição interna. Sendo assim, o caso precede às condicionantes estabelecidas a partir do Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o qual foi determinante para a adoção do Marco Temporal pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>79</sup>

No caso de demarcação da Terra Indígena Limão Verde do Povo Terena, o STF não utilizou os mesmos parâmetros apresentados em sua defesa no Caso do Povo Xukuru para homologação do território tradicional Terena. Ao contrário disso, empregou-se as determinações da tese do marco temporal para argumentar que não havia comprovação de ocupação ou de resistência permanente do Povo Terena no território almejado na data da promulgação da Constituição, dessa forma a demarcação foi negada. Como colocam os autores:

---

<sup>76</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de; NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do. *Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2. p.621-646, 2021.

<sup>77</sup> Ibid. p. 626-640

<sup>78</sup> Ibid. p. 644

<sup>79</sup> GUEDES, Íris Pereira; SCHÄFER, Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. *Territórios Indígenas: repercussões do SIDH no direito brasileiro*. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 179-206, mar. 2020.

“A decisão embargada, que negou o ingresso do Povo Indígena Terena ao feito, bem como, negou a nulidade do processo, viola uma série de preceitos fundamentais, obrigações legais internacionais e direitos constitucionais que protegem o direito ao devido processo legal e ao acesso à justiça”<sup>80</sup>

Comprovando que a influência do Caso do Povo Xukuru e o impacto do SIDH não só foi ignorado como também determinações constitucionais, da própria jurisprudência interna.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que, como colocado por Paulo Portela sobre o controle das atividades do Judiciário brasileiro, STF, pela Corte:

“É certo, porém, que esse controle é limitado, por não poder afastar a aplicação de uma decisão judicial interna, restringindo-se a indicar sua compatibilidade ou não com as normas do sistema interamericano e a obrigar o Estado a arcar com a responsabilidade por uma eventual incongruência do provimento jurisdicional examinado com as obrigações internacionais do ente estatal em matéria de proteção dos direitos humanos”<sup>81</sup>

Esse limitado controle está diretamente ligado à falta de mecanismos de aquiescência da Corte, temática fortemente empregada nos debates de eficiência das normas e organismos internacionais, a qual reduz as capacidades do órgão jurisdicional possibilitando apenas as recomendações e constrangimentos internacionais como forma de obrigar o Estado a cumprir com o ordenamento ratificado. Esta concepção pode ser constatada na própria Resolução de Supervisão, a qual relatou a necessidade de estender o prazo de cumprimento das medidas reparatórias para 2020, ano seguinte à publicação da mesma, como resultado da omissão do Estado. As medidas pendentes de cumprimento que foram descritas na Resolução permanecem sem implementação até os dias atuais e sem previsão de execução<sup>82</sup>. Diante do exposto, constata-se que a Corte fica restringida em suas ações e dessa forma dispõe de reduzido impacto efetivo das determinações normativas internacionais sobre a jurisprudência brasileira.

---

<sup>80</sup> Ibid. p. 200

<sup>81</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1153

<sup>82</sup> Assessoria de Comunicação do CIMI - Conselho Indigenista Missionário. Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Conselho Indigenista Missionário, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 08/07/2022

O presente trabalho não tem como objetivo definir qual das perspectivas apresentadas é a mais precisa. Busca-se expor os fatos e a pluralidade de interpretações que a contraposição entre os entendimentos dos sistemas jurídicos internacionais e nacionais proporcionam para a compreensão do direito territorial dos povos indígenas. Deve-se ressaltar que na prática, as violações continuam ocorrendo com diversos povos indígenas por variadas regiões do Brasil. As invasões de terras indígenas, os conflitos sangüinários entre indígenas e fazendeiros e o verdadeiro massacre de povos indígenas continuam ocorrendo diariamente no país, como por exemplo os Povos Gurani e Kaiowá, da região do Mato Grosso do Sul que enfrentam atualmente ataques. A violação de direitos territoriais indígenas está enraizada nas relações sociais, econômicas e políticas do Brasil e a existência de legislações, nacionais e internacionais, robustas e sedimentadas não é suficiente para garantir os direitos humanos dos povos indígenas.

## **5. CONCLUSÃO**

Os entendimentos internacionais e nacionais sobre direitos humanos dos povos indígenas, nos dias de hoje, são análogos e convergem para uma compreensão da norma profunda e digna. Como a bibliografia apresentada demonstra, os povos indígenas são reconhecidos como sujeitos de direitos, sendo sua luta e reivindicações ampliadas para o quadro internacional, por meio da participação ativa, de organizações não governamentais internacionais, redes transnacionais de advocacy, organizações internacionais e principalmente pelos sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, ONU e SIDH.

Internacionalmente, assim como no Brasil, a noção da especificidade dos direitos dos povos indígenas, como detentores de direitos individuais e coletivo, foram normatizadas na segunda metade do século XX. Em 1969 foi aprovada a Convenção Americana de Direitos, ratificada pelo em 1992, em 1989 foi adotada a Convenção N° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e em 2007 foi aprovada a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas. Todos esses elementos jurídicos se desenvolveram no sentido de proteger e garantir os direitos dos povos indígenas de ser comunidade distinta, de exercer sua existência tradicional, seguir seus costumes, práticas religiosas, ter autonomia em suas decisões sociais, políticas e econômicas, deixando para trás a mentalidade assimilacionista. Junto ao direito a diferença também é garantido o direito à não discriminação desses povos, à participação na sociedade nacional e internacional de maneira plena, igualitária e inclusiva.



No contexto nacional, todos direitos foram reconhecidos e estão prescritos na Constituição de 1988, considerada como legislação revolucionária no âmbito interno por ser a primeira a dedicar um capítulo inteiro aos direitos dos povos indígenas e tradicionais. Foi a partir dela que os povos originários ganharam legitimidade jurídica nacional e deixaram de ser tutelados por órgãos do governo, FUNAI, passando a protagonizar, ainda mais, sua luta e demandas. O Brasil também ratificou as convenções internacionais e assimilou as mesmas, adequando sua norma interna para abranger tratados internacionais dos quais participa.

Outra grande evolução no entendimento da norma de direitos dos povos indígenas foi o direito ao território tradicional. Compreendeu-se que a relação dos povos nativos com seus territórios ancestrais vai muito além da lógica de posse, como propriedade privada, é uma associação existencial e étnica. Dessa forma, os ordenamentos internacional e nacional, legitimaram o direito ao território ancestral como originário, sendo o processo de demarcação e garantia do uso pleno dessas terras apenas o reconhecimento de algo que já é certo, o que configura a Teoria do Indigenato.

Neste ponto, como exposto ao longo do trabalho, inicia-se as divergências. Apesar do ordenamento nacional prescrever a garantia do direito originário ao território ancestral, esse não ocorre de maneira natural e muitos povos ainda se encontram em processos violentos e arduos de demarcação de suas terras. Além disso, a tese do Marco Temporal, estabelecida a partir de condicionante proposta no Caso Raposa Serra do Sol, determina que é necessário a comprovação de ocupação tradicional nos territórios reivindicados na data da promulgação da Constituição de 1988 para que os mesmos sejam considerados terras indígenas. Em caso de não ocupação, por motivos de impedimentos externos, o esbulho renitente deve ser confirmado, seja ele na forma de resistência física ou judicial. Esta determinação, além de limitar a garantia do direito territorial dos povos indígenas no Brasil, ainda repassa a esses o ônus de apresentar medidas que comprovem sua tão fatigante luta.

Outros desacordos também surgem da contraposição dos entendimentos normativos em si tratando de território tradicional. O presente estudo analisa o Caso do Povo Xukuru e seus membros Vs. Brasil, expondo que neste o Estado foi condenado pela Corte Interamericana por não garantir o prazo razoável para o processo administrativo de demarcação, o qual se prolongou por 16 anos, e não concluir a desintrusão de não indígenas das terras demarcadas. Por meio dessas alegações, o Brasil condenado por violar o direito de propriedade territorial e de segurança e proteção judicial do Povo Xukuru.

Este caso e sua Sentença expõe a omissão do Estado brasileiro em corresponder ao seu ordenamento interno e seus acordos convencionados internacionalmente, assim como a negligência em se responsabilizar por tais violações. A Comissão e a Corte empregaram todos os recursos existentes para mobilizar o Estado, a condenação e publicação da Sentença foram utilizadas como constrangimento internacional e as determinações da Corte sobre as medidas reparatórias foram impostas ao Brasil. Ainda assim, o Estado só cumpriu parte das reparações estabelecidas e o caso foi dado como encerrado, sendo as demais medidas mais uma vez ignoradas.

Como exposto ao longo do trabalho, principalmente no capítulo 4, o processo de demarcação de terras indígenas no Brasil não atende aos padrões normativos internacionais, e nem mesmo aos nacionais. Isso ocorre pelas interferências políticas e econômicas que envolvem as demarcações em todo o território brasileiro. Por fim, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos enfrenta a grande problemática, das organizações internacionais, de não possuir mecanismos de aquiescência eficientes para coagir seus Estados membros e promover as garantias de direitos prescritas em suas normas.

As demarcações de território indígena no Brasil, e conseqüentemente à garantia de seus direitos humanos, permanece sendo um processo político, limitado diretamente pelos poderes Judiciário e Executivo. A triste realidade, sangrenta e dolorosa dos povos indígenas que lutam pelos seus direitos territoriais palpita vivamente no Brasil. Cabendo, nesse sentido, novos questionamentos sobre os padrões até aqui construídos.

## **BIBLIOGRAFIA**

Assessoria de Comunicação do CIMI - Conselho Indigenista Missionário. **Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos.** Conselho Indigenista Missionário, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 08/07/2022

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os Direitos dos Povos Indígenas.** São Paulo: Almedina, 2021.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais.

**Dicionário de Política.** 11. ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. p. 70-71

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PADILHA, Elisângela; RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do Indigenato. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.647-663, 2021

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sistema de Petições e Casos.** Folheto Informativo - 2022. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_port.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf) . Acesso em: 04/06/2022

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.** Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6>. Acesso em: 25/06/2022

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Supervisão do Cumprimento de Sentença.** 22 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=es&id=6> . Acesso em: 28/06/2022

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa.** São Paulo: Unesp, 2018.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S.. O DIREITO INDIGENISTA NO BRASIL: TRANSFORMAÇÕES E INOVAÇÕES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 34, p. 1-29. 2014.

GUEDES, Íris Pereira; SCHÄFER, Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. Territórios Indígenas: repercussões do SIDH no direito brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 179-206, mar. 2020.

\_\_\_\_\_ O que é a CIDH? Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp> . Acesso em: 04/06/2022

HENRIQUES, Miguel Barreto. A especificidade dos direitos dos povos indígenas e os limites do sistema internacional e latino-americano de proteção de direitos humanos. **RAI - REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL.** 9. Vol. 5 N° 1, p. 53-74, jun. 2014.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond Borders: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS.** Ithaca e Londres: Cornell University Press, 1998.

LAGE, Victor Coutinho. "Sociedade civil global": agentes não estatais e espaço de interação na sociedade política. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 151-188, jan/jun. 2012.

MEMÓRIA, Nínive Thaís Verde Sampaio. **AS REDES TRANSNACIONAIS DE ADVOCACY E O MOVIMENTO INDÍGENA NO BRASIL: A demarcação da Terra Indígena Yanomami**. 2021. Monografia – Curso de Relações Internacionais, Instituto de Economia e Relações Internacionais, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

MENDES, Jr. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. **Lua Nova**, São Paulo, 93, p. 201-232, 2014.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de; NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do. Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.621-646, 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1339

ROBLES, Gabriel Andrés Arévalo. La diplomacia indígena: un enfoque transdiplomático. **Si Somos Americanos**: Revista de Estudios Transfronterizos, Bogotá, v. 17, n. 1, p. 141-169, jun. 2017.

SCHEICHER, Isabela. **Violações de direitos humanos por Estados sul americanos contra povos indígenas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: revisão sistemática**. 2018. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

SCHETTINI, Andrea. OWARD A NEW PARADIGM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION FOR INDIGENOUS PEOPLES: A CRITICAL ANALYSIS OF THE PARAMETERS ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Sur - International Journal On Human Rights**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 58-81, dez. 2012.

SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. **Meridiano** 47, n. 105, p. 37 a 42. abr. 2009