



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANNA CLARA ARRUDA FERREIRA**

**TERRITÓRIO ANCESTRAL E DIREITOS ORIGINÁRIOS:  
O CASO DO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS BRASIL NA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES DA POSSE  
E PROPRIEDADE NA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS  
NO BRASIL**

**Salvador**

**2025**

**ANNA CLARA ARRUDA FERREIRA**

**TERRITÓRIO ANCESTRAL E DIREITOS ORIGINÁRIOS:  
O CASO DO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS BRASIL NA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES DA POSSE  
E PROPRIEDADE NA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS  
NO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador

2025

**ANNA CLARA ARRUDA FERREIRA**

**TERRITÓRIO ANCESTRAL E DIREITOS ORIGINÁRIOS:  
O CASO DO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS BRASIL NA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES DA POSSE  
E PROPRIEDADE NA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS  
NO BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2025

Dedico esse trabalho ao meu Vô Rubens,  
por ensinar que pisar descalço na terra  
é o que nos mantém vivos.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Amanda Arruda, que construiu um jardim livre para que eu pudesse me conhecer e me desenvolver, enquanto vibra por cada passo das minhas andanças. Me ensina que a dedicação e a gentileza transformam vidas. Me inspira na sua coragem de lutar, e de sorrir.

Ao meu pai, Hugo Leonardo, pelos ouvidos atenciosos, por celebrar meus caminhos e por me apresentar a beleza dos sons que encantam a alma.

Ao meu tio Alexandre, que me ensina que ao “Andar com Fé” as vitórias são alcançadas, de forma que um jardim florido sempre reaparece e acalanta o coração.

À Txay, por mostrar que o afeto transcende distâncias e por ajudar na transformação dos meus sonhos em realidade.

Às minhas avós, Suelene e Vera, que são meus maiores exemplos de amor. São meu lar. Com elas sei que sempre encontrarei força e bençãos para seguir.

Ao meu avô Ferreira, por dar espaço para minha criança ser curiosa, criativa e sensível. A cada história que conto, tem um pouco dele.

À Julia Risuenho, por me mostrar que ser leal às próprias vontades traz movimento à vida.

A Helena, Naê, Sabrina, Samanta e Ana Beatriz, por terem me abraçado no primeiro dia em Salvador e desde então ser o abraço que procuro para conforto.

A Ana Beatriz Soares, Ana Clara Coelho, Luana Lomba e Manuela Ribeiro, por serem fontes de alegrias cotidianas, espaço seguro para ser e crescer. Para sempre grata pelo o que construímos.

A João Tramm, por ser meu companheiro, testemunha de descobertas e me inspirar com sua mente brilhante.

A Giovanna Fiscina, Valdir Jr., e Beatriz Campelo, por serem verdadeiros presentes na minha vida, possibilitando uma rotina universitária mais feliz.

A Fernando Moraes, pelo amor generoso. Por tornar o caminho mais leve com seus sorrisos e me incentivar a confiar nos meus passos.

À Alfa Consultoria Jurídica Jr., por ter sido uma escola da vida, que me marcou com experiências valiosas e amigos que levo no coração.

Ao meu orientador, Gabriel Marques, por me inspirar com sua inteligência e cuidado.

Ao professor Thiago Borges, pelas contribuições na minha trajetória acadêmica, quem me apresentou caminhos jurídicos para a defesa dos Direitos Humanos.

*“A memória te autoriza a narrar uma história  
sobre o mundo que você vive [...]  
As memórias não são individuais”.*

*Ailton Krenak*

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os limites da posse e da propriedade na proteção constitucional dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil, tendo como eixo central o caso Xukuru e seus membros vs Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Partindo de uma reconstrução histórico-teórica da noção de propriedade, a investigação evidencia como a dogmática jurídico-liberal, forjada na modernidade ocidental, consolidou um modelo patrimonialista individualista, incompatível com as concepções coletivas e identitárias de território que estruturam o modo de existência dos povos originários. A Constituição Federal de 1988, embora tenha representado um avanço normativo ao reconhecer os direitos originários e a função social da propriedade, mantém-se atravessada por contradições e resistências estruturais, herdeiras de uma racionalidade jurídica excludente e colonizadora. A análise da trajetória de luta do povo Xukuru, da fundamentação jurídica da sentença da Corte IDH e dos desafios enfrentados para a implementação da decisão no âmbito interno revela a persistência de um déficit de efetividade na tutela dos direitos indígenas. Sob uma perspectiva transconstitucional, a pesquisa propõe uma releitura crítica do direito de propriedade e defende a necessidade de uma hermenêutica constitucional aberta ao pluralismo jurídico, ao controle de convencionalidade e à justiça histórica. O trabalho reafirma o imperativo ético-jurídico de descolonizar o Direito, reconhecendo os territórios indígenas como espaços de vida, memória e dignidade coletiva.

**Palavras-chave:** Direitos Indígenas. Território. Propriedade. Constitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transconstitucionalismo.

## ABSTRACT

This research aims to analyze the limits of possession and property in the constitutional protection of the territorial rights of Indigenous peoples in Brazil, taking as its central axis the case *Xukuru and its members vs. Brazil*, adjudicated by the Inter-American Court of Human Rights. Starting from a historical-theoretical reconstruction of the concept of property, the study highlights how the liberal-legal dogmatics, forged within Western modernity, consolidated an individualistic and patrimonialist model, incompatible with the collective and identity-based territorial conceptions that structure the way of existence of Indigenous peoples. Although the 1988 Brazilian Federal Constitution represented a normative advance by recognizing Indigenous original rights and the social function of property, it remains permeated by structural contradictions and resistances, inherited from an exclusionary and colonial legal rationality. The analysis of the Xukuru people's struggle, the legal reasoning of the Inter-American Court's ruling, and the challenges faced in implementing the decision within the domestic sphere reveal the persistence of a significant effectiveness deficit in the protection of Indigenous rights. From a transconstitutional perspective, the research proposes a critical reinterpretation of property law and advocates for the need of a constitutional hermeneutics open to legal pluralism, conventionality control, and historical justice. The study reaffirms the ethical-legal imperative to decolonize the Law, recognizing Indigenous territories as spaces of life, memory, and collective dignity.

**Keywords:** Indigenous Rights. Territory. Property. Constitutionalism. Inter-American Court of Human Rights. Transconstitutionalism.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A PROPRIEDADE COMO ASPECTO INERENTE À CONDIÇÃO HUMANA.....</b>	<b>15</b>
2.1	CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO .....	15
2.2	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS CONTORNOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE .....	24
<b>2.2.1</b>	<b>Propriedade como direito fundamental.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.2</b>	<b>Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.....</b>	<b>29</b>
<b>2.2.3</b>	<b>Povos indígenas na Constituinte .....</b>	<b>34</b>
<b>2.2.4</b>	<b>Natureza dos direitos constitucionais dos povos indígenas .....</b>	<b>37</b>
<b>3</b>	<b>CASO XUKURU VS BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>46</b>
3.1	MEMÓRIAS E HISTÓRIA DO POVO XUKURU DA SERRA DE ORORUBÁ: TRADIÇÕES E A LUTA PELA TERRA.....	50
3.2	ANÁLISE DO CASO.....	60
<b>4</b>	<b>IMPLEMENTAÇÃO DA SENTENÇA NO DIREITO INTERNO: DIÁLOGOS TRANSCONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>78</b>
4.1	A INTERAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS.....	80
<b>4.1.1</b>	<b>O Controle de convencionalidade relativo ao caso.....</b>	<b>82</b>
<b>4.1.2</b>	<b>TRF-5 e o filtro hermenêutico de direito à identidade cultural dos povos originários.....</b>	<b>88</b>
4.2	CASO XUKURU COMO PARADIGMA AO ESTADO BRASILEIRO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: EFICÁCIA E IMPACTOS.....	97

<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>102</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>105</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A história do direito de propriedade no Ocidente está intrinsecamente ligada à formação do Estado moderno, ao surgimento da racionalidade liberal e à consagração de um paradigma jurídico centrado no indivíduo como sujeito de direitos subjetivos absolutos. Desde as formulações jusnaturalistas de Locke e Rousseau, passando pelas codificações civis do século XIX, a propriedade foi elevada ao estatuto de direito fundamental, sendo tratada como expressão da liberdade individual e da autonomia privada. Tal construção dogmática, consolidada na tradição jurídica romano-germânica e difundida pelas instituições do Estado liberal, passou a estruturar não apenas os sistemas normativos internos, mas também os processos de ocupação territorial, dominação colonial e expropriação de comunidades que operavam sob outras lógicas de relação com o espaço, a terra e o bem comum.

No Brasil, esse modelo foi transplantado com a colonização portuguesa e reproduzido de forma institucionalizada até os dias atuais, ainda que com nuances de avanço introduzidas pela Constituição de 1988. A Carta Cidadã consagrou o princípio da função social da propriedade e reconheceu expressamente os direitos originários dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. No entanto, a prática jurídica e política brasileira permanece marcada por conflitos fundiários, morosidade nos processos de demarcação e interpretações restritivas que subordinam os direitos coletivos às categorias clássicas de posse e propriedade privadas. Em tal contexto, emerge o caso "Xukuru vs Brasil", julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como paradigma interpretativo e instrumento de tensão crítica entre o direito estatal e os sistemas normativos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Partindo dessa problematização, a presente pesquisa tem como questão central: de que modo o caso Xucuru vs Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidencia os limites da posse e da propriedade na proteção constitucional dos povos indígenas no Brasil, especialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos originários sobre seus territórios ancestrais? Parte-se da hipótese de que, apesar do reconhecimento formal desses direitos pela Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro ainda opera sob categorias moldadas por uma racionalidade liberal-individualista, tipicamente colonial, incompatível com a

concepção coletiva e identitária de território dos povos indígenas. A decisão da Corte IDH, nesse sentido, não apenas responsabiliza internacionalmente o Estado brasileiro, mas também propõe uma releitura transconstitucional da propriedade à luz da dignidade dos povos originários e do pluralismo jurídico.

A investigação é guiada por cinco questões norteadoras, que estruturam o percurso metodológico e analítico da dissertação: (1) como se desenvolveu historicamente o conceito de propriedade, e de que forma as tradições filosóficas e jurídicas do liberalismo moldaram sua concepção como direito subjetivo e absoluto?; (2) de que maneira a Constituição de 1988 reconstrói o direito de propriedade a partir da incorporação da função social, e como essa reconfiguração se articula com o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas como direitos fundamentais?; (3) quais foram os principais embates e articulações que marcaram a atuação dos povos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte, e como suas reivindicações influenciaram o conteúdo dos dispositivos constitucionais sobre território e identidade indígena?; (4) quais os principais fundamentos jurídicos adotados pela Corte IDH no caso *Xucuru vs Brasil*, e de que forma a jurisprudência interamericana amplia a compreensão sobre posse, propriedade e direito ao território dos povos indígenas?; (5) como o transconstitucionalismo e o diálogo entre sistemas jurídicos contribuem para a superação das limitações do direito estatal na proteção dos direitos territoriais indígenas?

O objetivo geral da pesquisa é analisar como o caso *Xucuru vs Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, problematiza os limites da posse e da propriedade na proteção constitucional dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil. Para alcançá-lo, desdobram-se os seguintes objetivos específicos: (i) compreender a construção histórica do instituto da propriedade e sua consolidação no Estado liberal e na racionalidade jurídica moderna; (ii) investigar como a Constituição Federal de 1988 trata o direito de propriedade, sua função social e os direitos originários dos povos indígenas; (iii) analisar o contexto político e institucional da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, com foco na atuação dos movimentos indígenas; (iv) estudar os fundamentos e os desdobramentos jurídicos da sentença da Corte IDH no caso *Xucuru*; e (v) discutir o papel do transconstitucionalismo e do diálogo entre jurisdições na efetivação dos direitos indígenas em contextos de pluralismo jurídico.

A justificativa da pesquisa assenta-se na urgência de problematizar os entraves históricos, institucionais e epistemológicos que dificultam a efetivação dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil. O julgamento da Corte Interamericana no caso Xucuru oferece não apenas uma oportunidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro, mas também um paradigma hermenêutico capaz de tensionar os limites do direito estatal, propondo a abertura do texto constitucional às exigências de uma cidadania pluriétnica e intercultural. Ao promover uma análise crítica da articulação entre o direito interno e o sistema regional de direitos humanos, esta pesquisa visa contribuir para uma leitura mais inclusiva da Constituição de 1988, em consonância com a dignidade dos povos indígenas.

A fundamentação teórica que sustenta o trabalho é de natureza interdisciplinar, articulando contribuições da filosofia política moderna e contemporânea (John Locke, Rousseau, Hannah Arendt, Ernst Cassirer), da crítica à estrutura liberal da propriedade (Karl Marx, Pietro Barcellona, Paolo Grossi, Fábio Konder Comparato), da teoria constitucional e dos direitos fundamentais (José Afonso da Silva, Canotilho, Ingo Sarlet, Marcelo Neves, Alexy), bem como das teorias jurídicas voltadas ao direito indígena e ao pluralismo jurídico (Carlos Frederico Marés, Edna Castro, Manuela Carneiro da Cunha, Ailton Krenak, Wolkmer) e dos estudos sobre direitos humanos e jurisprudência interamericana (Corte IDH, Flávia Piovesan, Eroulths Cortiano Junior).

Metodologicamente, a pesquisa se insere no campo das investigações qualitativas, com abordagem teórico-dogmática e documental. Utiliza o método dedutivo como fio condutor, aliando a revisão bibliográfica crítica à análise normativa dos dispositivos constitucionais, das normas internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana. A técnica de análise textual-jurídica será aplicada ao estudo de caso do julgamento do povo Xucuru, com base em categorias analíticas como propriedade, função social, dignidade humana, identidade, direitos originários e transconstitucionalismo. Ao mobilizar esse referencial, a pesquisa pretende contribuir para o alargamento dos horizontes interpretativos do direito constitucional brasileiro, reafirmando seu compromisso com a justiça social, o pluralismo jurídico e o respeito à diversidade.

O presente trabalho foi estruturado em cinco capítulos. O primeiro capítulo corresponde à própria introdução, onde se apresentam o tema, o problema

de pesquisa, os objetivos geral e específicos, a justificativa, o referencial teórico, a metodologia adotada e as principais categorias analíticas mobilizadas.

O segundo capítulo é dedicado à análise do direito de propriedade como construção histórica e como categoria central da racionalidade jurídica ocidental. Intitulado “A propriedade como aspecto inerente à condição humana”, esse capítulo examina, em sua primeira seção, os fundamentos filosóficos e jurídicos que consolidaram a propriedade como direito subjetivo absoluto, sobretudo no contexto do Estado liberal. Em seguida, analisa-se como a Constituição Federal de 1988 reconfigura esse instituto à luz da função social, articulando-o com o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas. Ainda nesse capítulo, destaca-se a atuação dos movimentos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e a incorporação de suas demandas nos dispositivos constitucionais, ressaltando a natureza fundamental dos direitos originários.

O terceiro capítulo concentra-se no exame do caso Xucuru vs Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inicialmente, apresenta-se o histórico de luta do povo Xucuru, suas tradições e a relação ancestral com o território. A partir daí, procede-se à análise técnico-jurídica do caso, desde a tramitação perante a Comissão Interamericana até a emissão da sentença condenatória, destacando os fundamentos normativos utilizados, os elementos centrais da condenação, a reação do Estado brasileiro e os pontos de tensão entre o direito interno e o sistema interamericano, sobretudo no que tange ao reconhecimento e garantia da propriedade coletiva como categoria jurídica ainda ausente aos povos originários no ordenamento brasileiro.

O quarto capítulo propõe uma reflexão teórica mais ampla, abordando o transconstitucionalismo como paradigma interpretativo emergente na América Latina. Analisa-se a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consolidação de novos parâmetros normativos e hermenêuticos na proteção dos povos indígenas, com destaque para a interpretação extensiva do artigo 21 da Convenção Americana. A segunda parte do capítulo discute a importância do diálogo entre ordens jurídicas distintas, ressaltando os conflitos entre a jurisprudência da Corte IDH e as decisões dos tribunais nacionais, bem como a necessidade de

construção de uma cultura jurídica sensível à diversidade epistêmica e ao pluralismo normativo.

Por fim, o quinto capítulo apresenta as conclusões da pesquisa, retomando criticamente os principais argumentos desenvolvidos ao longo do trabalho, reavaliando a hipótese formulada e propondo caminhos teóricos e institucionais para o fortalecimento de uma leitura constitucional pluralista, que reconheça o papel dos sistemas internacionais de direitos humanos na reconstrução do direito de propriedade em chave coletiva, relacional e anticolonial. O trabalho encerra-se com a lista de referências, composta por autores clássicos e contemporâneos das ciências jurídicas, da filosofia política, da antropologia e dos estudos interamericanos, utilizados como base teórico-metodológica para a investigação proposta.

## 2 A PROPRIEDADE COMO ASPECTO INERENTE À CONDIÇÃO HUMANA

A ideia de propriedade ocupa lugar central nas reflexões filosóficas, jurídicas e políticas ocidentais, sendo frequentemente apresentada como um atributo natural da condição humana. No entanto, tal concepção – embora amplamente difundida – é historicamente construída e teoricamente contestável. O vínculo entre o ser humano e a posse de bens, longe de configurar uma constante ontológica, reflete arranjos culturais, econômicos e normativos que variam no tempo e no espaço, conforme apontam autores como Pierre-Joseph Proudhon (1998), para quem “a propriedade é um roubo”, e Karl Marx (2013), que a associa à lógica da exploração e da desigualdade nas sociedades de classes.

Do ponto de vista jurídico, a propriedade assume múltiplas funções: subjetiva, enquanto direito do indivíduo; objetiva, enquanto forma de organização social; e simbólica, como expressão de status, liberdade ou dominação. É neste contexto que o presente capítulo se propõe a analisar a propriedade como aspecto inerente à condição humana, mas sem desconsiderar seu caráter construído e ideologicamente carregado. Parte-se da hipótese de que o instituto da propriedade, embora se apresente como universal, é atravessado por disputas históricas e representa, muitas vezes, a institucionalização de relações de força, apropriação e exclusão.

O percurso argumentativo inicia-se, no item seguinte, com a investigação da construção histórica da propriedade, abrangendo desde suas primeiras formulações nas tradições antigas até os marcos teóricos que lhe conferiram centralidade nas codificações modernas. Tal abordagem busca articular elementos históricos, filosóficos e normativos, a fim de problematizar a ideia de propriedade como dado natural e de compreender os fundamentos jurídicos e sociais que sustentam sua permanência e mutação ao longo dos séculos.

### 2.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

A propriedade é um produto histórico, marcada pela descontinuidade que define o eterno problema da relação entre o mundo dos sujeitos e o mundo dos fenômenos (Grossi, 2006, p. 30). A propriedade, em sua essência, é mentalidade,

graças aos interesses de indivíduos e classes que construíram um redemoinho de convicções e certezas abstratas, evidenciando seu caráter não somente antropológico, como também ideológico (Chaves; Rosenthal, 2022, p. 268).

Na história humana, os grupos dominantes buscaram uma resposta que aparentasse justa a apropriação e repartição de bens (Chaves; Rosenthal, 2022, p. 269-270). Nesse viés, a propriedade moderna, quase indissolúvel do conceito econômico jurídico do sistema capitalista, é apenas uma entre diversas respostas encontradas, diante das múltiplas realidades vivenciadas pelas relações jurídicas do ser humano e das coisas (Varela, 2002, p. 732). Nesse sentido, recusar a absolutização da definição singular de propriedade é recusar a ideia de uma história evolutiva, contínua e de uma única narrativa, sendo, portanto, necessária.

Na Antiguidade não se foi pensado o conceito de direito subjetivo ou definição de propriedade, no entanto, é possível compreender a propriedade ligada à religião, uma vez que o deus-lar escolhia pertencer àquele solo e, portanto, não poderia ser retirado. Assim, o conceito de propriedade estava intimamente ligado à constituição social da família e da perpetuação da religião doméstica. Desse modo, a proteção do deus doméstico tornava a propriedade uma instituição da vida privada sólida e estável. (Comparato, 1998, p. 73-75)

Os romanos, por sua vez, não entendiam a propriedade como absoluta, apesar da tentativa de enquadrar a concepção privatista ao instituto à época (Varela, 2002, p. 740). De acordo com Maria Cristina Pezella (1998), observa-se na sociedade romana a submissão do exercício da propriedade ao interesse social, afastando o individualismo como característica essencial do conceito.

Na Idade Média o poder público é firmado na fragmentação e no conseqüente enfraquecimento da continuidade das instituições políticas, em decorrência da predominância do elemento pessoal sobre o institucional no exercício do poder, tornando-o amplamente volatizado (Cortiano Junior, 2002, p. 25). Assim sendo, a ordem feudal sustentava-se no parcelamento da propriedade através da concessão de terras, especialmente para plantio, do senhor em favor do vassalo, que poderia garantir seu sustento e devia prestar proteção militar ao senhor. Surgia-se, então, uma

hierarquia de direitos e deveres do senhor e do vassalo sobre a terra (Cortiano Junior, 2002, p. 22-24).

Nesse viés, a terra constitui elemento essencial das relações pessoais feudo-vassálicas (Gilissen, 1995, p. 189). No entanto, a propriedade medieval não se resume apenas ao parcelamento feudal, mas também em outros tipos proprietários, como a propriedade senhorial, propriedade comunal, eclesiásticas, dentre outras (Los Mozos, 1993, p. 23).

Ocorre que a produção de riquezas era baseada no trabalho forçado resultante das relações de dependência, visando um fundo comum de bens, realidade essa que foi se modificando paulatinamente quando a produção passou a valorizar as relações de troca, que até então eram marginais. (Cortiano Junior, 2002, p. 26).

A superação da ordem feudal é marcada pela conexão entre um mercado de trocas e a nova sistemática de apropriação de bens, tendo a terra como plano de fundo, que já não servia mais apenas o próprio consumo, mas também para a produção visando ao mercado (Cortiano Junior, 2002, p. 27). Ao tornar livre a utilização plena e exclusiva da terra, o mercado torna-se a consequência da utilização dessa, no qual toda mercadoria pode ser trocada, a partir da decisão dos sujeitos produtores (Hespanha, 1972, p. 5-6).

Surge, então, uma nova figura na história da Europa ocidental: o homem burguês. Esse homem, tomado pela riqueza conquistada, se torna infinitamente ambicioso (Cortiano Junior, 2002, p. 29-30). O poder do burguês advém do comércio, da difusão do direito comercial, da sistematização da produção agrícola e dos levantes da cidade. Ao atuar nas cidades, desprendia-se do feudo, passando então a ser percebido como um elemento separado da sociedade feudal (Tigar; Levi, 1978, p. 69).

A burguesia passa a conquistar espaço nas relações políticas e jurídicas, que seriam conduzidas de forma diferente em comparação aos feudos (Tigar; Levi, 1978, p.101). Destaca-se que a posição econômica foi se transformando em poder legítimo, também em decorrência da compra e venda de terras no campo, sendo possuidor de bens não somente na cidade, como também nas zonas feudais. Não seria possível, portanto, permanecer submetido à ordem feudal, tendo em vista que a sociedade

estamental e o parcelamento da terra contrariavam as ambições políticas, intelectuais e econômicas da burguesia (Cortiano Junior, 2002, p.32).

A modificação das relações entre poder econômico e político provocaram a necessidade da construção de uma ordem jurídica sistematizada, através do poder central, distanciando-se então do pluralismo jurídico, cuja hierarquia não era bem evidente. Sendo assim, iniciou-se a criação dos alicerces para a formação de um poder centralizado que refletisse intelectualmente as ideias da classe burguesa (Cortiano Junior, 2002, p. 34), preparando-se para posterior estruturação do Estado moderno liberal.

É nesse viés que a autonomia da Razão substitui a presença de saberes intuitivos e é imposta aos domínios da vida do espírito (Cassirer, 1997, p. 1). O privilégio à rigorosa lógica impedia que a imaginação e a sensibilidade fossem valorizadas, caso não houvesse conformidade com sentido prático racional (Pernoud, 1986, p. 76). A observação dos fenômenos aponta os princípios através do dedutivismo, pressupondo a análise racional desses para a construção da verdade (Cassier, 1997, p. 32).

A racionalização do poder político, que passa a ser marcado por instituições e formas jurídicas, através da organização burocrática, garante os elementos que resultam na formação do Estado moderno. Torna-se viabilizada a hegemonia do ideal individualista e da construção de direitos subjetivos, entre eles o direito à propriedade (Cortiano Junior, 2002, p. 39-40).

O constitucionalismo moderno representa o poder limitado e com finalidade de garantia dos direitos da organização político-social de uma sociedade (Canotilho, 2002, p. 51), direitos esses tidos como universais pois são inatos à condição humana e fundantes da constituição do Estado (Grimm, 2006, p. 78-79). Na perspectiva histórica da construção da propriedade como direito fundamental cabe o destaque dado aos jusnaturalistas. Dessa forma, a inauguração do Estado moderno é fundado na dicotomia jus naturalista da passagem do estado de natureza para o estado civil.

As reflexões de Hobbes, Locke e Rousseau acerca da constituição do Estado influenciaram a Teoria Política Moderna e invariavelmente manifestaram as ambições, dúvidas e expectativas do homem burguês, culminando no financiamento e

exploração da razão humana para a construção da ideologia balizadora da nova ordem jurídico-política. Isso porque a burguesia encarava a necessidade de compatibilizar dois aspectos aparentemente opostos: constituir uma nova ordem separada do corpo social, mas subordiná-lo ao seu controle e interesses (Cortiano Junior, 2002, p. 39).

Sobre as teorias pioneiras contratualistas da formação e manutenção do Estado, é importante destacar que a semelhança entre os autores supracitados está na compreensão de que a sociedade civil é fruto da Razão humana, construída através de um contrato que retira o homem do estado de natureza e o faz viver em coletividade compartilhando regras de convivência (Ribeiro, 2017, p. 2-4).

Para Thomas Hobbes, a necessidade da formação de um contrato social decorre da noção de que “fora dele assistimos ao domínio das paixões, da guerra, da miséria, da imundície, da solidão, da barbárie, da ignorância e da crueldade”. O estado de natureza é miserável, onde não há espaço para trabalho, cultivo da terra, não se conhece as artes, as letras, portanto o homem vive de forma solitária, com medo contínuo (Hobbes, 2008, p. 109).

Por outro lado, o estado civil permite o “domínio da razão, da paz, da segurança das riquezas, da decência, da sociedade, da elegância, das ciências e da benevolência” (Hobbes, 2002, p. 156). Para o autor, todo homem tem direito de se proteger e poderá valer-se de meios que julgar conveniente para esse fim. Assim, se todos têm o direito natural de se proteger, os efeitos do direito são inúteis se não existirem convenções e obrigações (Hobbes, 2002, p.31).

Portanto, o conceito de injustiça nasce com a sociedade civil, pois no estado natural o homem tem direito a todas as coisas e portanto nenhuma ação poderia ser injusta. Ocorre que depois de um pacto, rompê-lo é injusto e seu cumprimento é fundamental para a garantia da paz e da liberdade civil (Hobbes, 2002, p.52).

Já para John Locke, o estado de natureza é marcado pela liberdade de dispor de suas posses de modo como achar correto, nos limites da lei da natureza, sendo também um estado de recíproco poder, ou seja, de igualdade (Locke, 1998, p. 382). Ocorre que o estado de natureza, apesar de relativamente pacífico, possibilita que se puna transgressores que violem a propriedade e, por isso, torna-se necessário uma

autoridade que resolva conflitos. Nesse sentido, a sociedade civil é a única maneira de viver confortável “segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte” (Locke, 1998, p. 468). Portanto, o objetivo principal do contrato social é a preservação da propriedade (Locke, 1998, p. 472), que por sua vez é anterior ao estado de natureza, sendo considerado um direito natural. Nesse viés, segundo Hannah Arendt (2004, p. 123), Locke baseou a propriedade privada naquilo que é mais inerente ao homem: a propriedade privada é o próprio corpo da pessoa, uma vez que para alcançar suas necessidades mais básicas depende-se da propriedade, sendo esse um processo vital.

Jean-Jacques Rousseau, pai espiritual da Revolução Francesa, entende que no “estado de natureza” se impera a paz e tranquilidade e a natureza selvagem é espaço onde os homens se relacionam com outros animais e vivem em harmonia. Tendo em vista que o homem se completa com a natureza, o instinto é suficiente para garantir sua sobrevivência, não sendo esse um estado a ser superado (Rousseau, 1989, p. 53-57). Por outro lado, quando o homem se encontra no estado civil, é percebido que “quanto menos naturais e prementes são as necessidades, mais as paixões aumentam” (Rousseau, 1989, p. 130-131).

Para satisfazer tais paixões, é construída a capacidade de se aperfeiçoar, desabrochando saberes, erros, vícios e virtudes. Assim, é preciso que a pessoa prospere, consuma e violente outros homens, sem descansar, acarretando um quadro de miserabilidade (Rousseau, 1989, p. 130-131). Diferentemente de Hobbes, portanto, Rousseau relaciona a verdadeira miséria ao homem civil, pois “a maioria de nossos males resultam de nossa própria atuação e que poderíamos evitar quase todos conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária que nos era prescrita pela natureza” (Rousseau, 1989, p.57).

Enquanto o homem perde vantagens que usufruía na natureza, na vida em sociedade se conquistam outras, pois através da razão a alma enobrece, torna-se adaptável a um meio social e jurídico, transformando o animal limitado em um ser inteligente (Rousseau, 1962, p. 30). Dessa forma, o Autor atribui os males da sociedade não à natureza humana, mas sim às escolhas ao longo da história, movidas pela cobiça de quanto mais obtém, mais deseja (Rousseau, 2011, p. 158).

É nesse sentido que Rousseau afirma que o verdadeiro fundador da sociedade civil foi quem primeiro cercou um terreno, encontrou pessoas simples para acreditar que de fato o terreno seria dele. Assim, não houve quem defendeu àquela terra como fruto de todos, não pertencente a ninguém. Afirma, portanto, que seriam incontáveis os crimes, guerras e horrores evitados se arrancando as estacas uma pessoa tivesse gritado aos semelhantes “Defendei vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!” (Rousseau, 1989, p. 87).

Pela primeira vez na história, a individualidade provoca ao ser humano a descentralização da comunidade e de sua cultura, que passa a existir por si mesmo, com seus direitos intransferíveis visando a garantia da própria autorrealização. É possível compreender, então, que a modernidade é essencialmente marcada pela noção de sujeito, sendo o homem um fim em si mesmo. A razão torna-se bússola para novos fundamentos da vida humana, sendo essa esfera inviolável para a manutenção da nova ordem jurídico-econômica, que passa a ser baseada no rompimento do passado coletivo pelo indivíduo – agora denunciador do mito, da superstição e crítico da tradição (Rouanet, 1987).

É nesse contexto que pensadores como John Locke e Rousseau tornam a razão fonte de direitos inerentes ao ser humano (Ribeiro, 2017). Assim, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789, p. 1), documento elementar para a visão de direito natural, estabelece que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis”, sendo que esses direitos são a “liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Declara-se, portanto, a condição de direito inato, asilo inviolável e sagrado da propriedade. Sendo assim, dentre os direitos naturais e inalienáveis, a propriedade é o mais importante, pois é ela quem garante espaço para a liberdade e privacidade da pessoa (Comparato, 1998, p. 76). Cabe ressaltar ainda que a propriedade é estreitamente vinculada ao trabalho, uma vez que sendo o indivíduo dono do próprio corpo e mãos, tudo que é removido do estado da natureza através do seu trabalho, torna-se sua propriedade (Locke, 1963, p. 20), portanto a propriedade é alcançada de acordo com a capacidade e esforço de cada pessoa.

Nesse contexto, os “direitos do cidadão” passam a servir à proteção aos “direitos do homem” objetivando instrumentalizar a conservação da sociedade civil, dominada pela classe proprietária (Comparato, 2018, p. 156-157). Nessa senda, o sistema econômico capitalista e a consolidação da classe burguesa não teria sido tão próspera se o direito revolucionário não tivesse criado as instituições jurídicas que serviam de fundamento para sua concretização (Comparato, 2018, p.159-160).

Nessa perspectiva, a nova orientação econômica exige uma sociedade de iguais e livres, pressupondo autonomia para a efetivação das relações de troca. Trata-se de uma liberdade e igualdade formais, aparentemente reais. A limitação do poder estatal parte do princípio de que o indivíduo possui direitos subjetivos invioláveis (Cortiano Junior, 2002, p. 51-54). A construção do sujeito de direito significa somente que todos podem ser titulares de direito (Cortiano Junior, 2002, p. 55), e é efeito da sociedade capitalista formada, necessário para permitir a realização de trocas mercantis generalizadas, não uma evidência natural (Miaille, 1994, p. 117).

Nas palavras do professor Vicente Barreto (1995, p. 411), “o estado liberal organizou-se, assim de forma excludente; pela liberdade e igualdade, sim, mas prioritariamente dos proprietários”. De todo modo, o constitucionalismo liberal impõe um dever de abstenção, tendo em vista que protege a autonomia privada da interferência do Estado ou de terceiros. Portanto, são “direitos que repercutem nos outros negativamente” (Rivero, 2006, p. 9), ou seja, direitos que libertam do poder e também protegem do poder contra os outros poderes (Miranda, 2000, p. 105).

Por outro lado, crítico da maldade dos interesses privados e do liberalismo burguês, Karl Marx desenvolve a concepção da propriedade privada como relação social e pilar da desigualdade (Vieira, 2019, p.141). Nesse sentido, o artigo de sua autoria “Os despossuídos: Debates sobre a lei referente ao furto de madeira” (1842) avalia que na VI Assembleia da Província do Reno foram definidos critérios de propriedade contraditórios, que demonstraram o privilegio aos interesses particulares dos proprietários rurais na elaboração da lei, em detrimento dos costumes locais.

Nessa lei foi definido que seria roubo a madeira caída no chão em razão da natureza, além do ato de retirar a madeira de uma árvore localizada na propriedade privada. O primeiro critério foi contrário ao costume popular que aceitava a retirada da

madeira no chão por evento na natureza, ainda que dentro de uma propriedade privada, pois não teria dono. Marx sustenta que, ao tornar iguais os dois atos (desconsiderando o costume popular) a legislação teria generalizado o ato de roubo. Assim, “aplicando a categoria de roubo de lenha onde não deveria ser aplicada, você também a exonera onde deveria ser aplicada.” (Marx, 1975, p.260; p.227).

Portanto, para o pensador, ao utilizar de forma ilimitada a categoria de roubo, poderia também utilizar de forma indiscriminada a categoria de propriedade. Por consequência, não seria possível diferenciar roubo de propriedade privada, pois a única diferença entre ambos decorre do fato de os proprietários privados de terra serem os próprios legisladores, tornando ilegal o que contrariasse seus interesses (Vieira, 2019, p. 141). Vejamos:

Eles não reconhecem a diferença de crime, quando isso aflige os interesses dos proprietários, mas a reconhecem quando esse reconhecimento os favorece. Trata-se, portanto, apenas dos interesses dos proprietários. A definição legal é boa, na medida em que me é útil, é útil quando me favorece. Mas essa mesma definição legal é supérflua, nociva, pouco prática tão logo seja intencionada a ser aplicada para acusar a base como um mero capricho teórico (Marx, 1975, p.260).

Ao criticar o fundamento da lei, Marx demonstra que é necessário vincular-se ao direito consuetudinário, a partir da prática mais universal, que seria a razão prática dos não proprietários – os costumes da ampla maioria efetivamente (Vieira, 2019, p.142). Assim sendo, regulamentar a vida social nos costumes dos despossuídos é o que desenvolve a saída das pessoas da história natural para a história humana.

Esse direito seria revestido de conteúdo humano, em contraposição àquele que defende os proprietários, surgido a partir de uma relação animalesca de desigualdade – anterior à história propriamente humana. Sendo assim, os costumes das classes privilegiadas deveriam ser compreendidos como costumes contrários à lei, pois não realiza a liberdade dos homens e, portanto, estão em desacordo com a finalidade do direito racional (Marx, 1975, 260-263).

Nesse sentido, direitos dos proprietários privados fixados em lei são uma razão pública fictícia, revestida de máscara e possuindo apenas sentido formal. Por outro lado, o direito racional que visa realizar a liberdade dos homens, já existe no plano conceitual, mas para efetivação depende do processo legislativo. Sendo assim, a plena realização da liberdade se dá efetivamente no momento em que os costumes

contrários ao interesse da propriedade adquiram a condição de razão pública, ao contrário da razão privada formalmente pública (Vieira, 2019, p.144-145).

Marx obteve certa influência de Proudhon (2008, p.252), que por sua vez considera a passagem do absolutismo para a democracia uma mera mudança do que seria o domínio da propriedade, sendo ela essencialmente um roubo. Assim, considera-se que a reforma de qualquer governo deriva do ataque ao domínio de propriedade. Nesse viés, entende que toda transformação social depende da compreensão do problema da propriedade, se ela seria o resultado ou princípio da ordem social, causa ou efeito, portanto definidora da necessidade de toda autoridade das instituições humanas.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS CONTORNOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova moldura jurídico-política no Brasil, marcada pela centralidade da dignidade da pessoa humana e pela consagração de um catálogo robusto de direitos fundamentais. Nesse contexto, o direito de propriedade é reafirmado como um direito fundamental (art. 5º, XXII), mas inserido em uma ordem constitucional que busca compatibilizar a proteção do patrimônio com os imperativos da justiça social, da função socioambiental e da prevalência do interesse público.

Diferentemente das constituições liberais do século XIX, que concebiam a propriedade como direito absoluto e quase intangível, a Constituição de 1988 submete este direito a limites e condicionantes, reconhecendo a sua função social (art. 5º, XXIII) e articulando-o com princípios como solidariedade, justiça distributiva e sustentabilidade. A propriedade, portanto, não se apresenta apenas como garantia individual, mas como instituto jurídico com projeção coletiva, cujo exercício deve observar finalidades que transcendam o interesse privado.

Essa inflexão normativa não é isolada, mas reflete uma tendência mais ampla do constitucionalismo contemporâneo, que reinterpreta os direitos fundamentais à luz de princípios democráticos e sociais. Como observa Sarlet (2012), os direitos

fundamentais não são absolutos e devem ser interpretados de forma sistemática, em diálogo com os demais valores constitucionais, especialmente quando envolvem bens escassos ou interesses difusos. Nessa perspectiva, o direito de propriedade ganha contornos mais complexos e passa a ser analisado não apenas sob o prisma do titular, mas também a partir de suas implicações sociais, ambientais e econômicas.

Assim, a análise que se segue busca examinar o estatuto jurídico da propriedade na ordem constitucional vigente, com ênfase em sua natureza de direito fundamental, nos parâmetros estabelecidos para sua limitação e nas repercussões jurídicas da função social. Tal abordagem permite compreender os tensionamentos entre proteção patrimonial e justiça social, bem como os desafios contemporâneos para a efetivação de uma ordem constitucional comprometida com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

### **2.2.1 Propriedade como direito fundamental**

O direito de propriedade é consagrado no apogeu do liberalismo no Código Civil francês, que por sua vez é essencialmente um código de coisas e da riqueza adquirida, não de pessoas. A formulação desse direito subjetivo é preparado através de um grau máximo de abstração, sem privilegiar uma previsão de limitá-lo ou compor interesses individuais e sociais (Varela, 2002, p. 742-743). O resultado é a construção oitocentista que compreende a propriedade como instituição social, valor ético-social absoluto, revestido de forma unitária e abstrata (Grossi, 2006, p. 23).

No contexto brasileiro, que não conheceu a estrutura econômica feudal, tem-se a propriedade privada formada a partir da propriedade pública do patrimônio da Coroa portuguesa, principalmente através da usucapião, das cartas das sesmarias e posses sobre terras devolutas (Varela, 2002, p. 751). Nesse viés, o sesmarialismo é o pilar da história fundiária brasileira, espécie de concessão de terra pela Coroa, condicionada ao dever de cultivo como base em troca de deveres jurídicos mais diversos, no contexto do escravismo colonial. Tem-se, então, a formação dos latifúndios como produto da dinâmica do sistema colonial (Costa Porto, 1979, p. 25).

Nesse sentido, afirma Ianni (1979, p. 167) que “a falsificação e a veracidade de documentos e evidências e testemunhas mesclam-se” pela associação entre “grileiros, empresários, advogados, funcionários e outros”. Depreende-se que a grilagem foi a mais importante estratégia de acumulação e produção de capital, intrinsecamente vinculada a processos de compra e venda de terras. Por isso, dificilmente era possível distinguir a prática ilegal com outras modalidades de aquisição de terras, difundindo-se amplamente a dominação privada e ilegal da propriedade pública, seja de terra comunal, coletiva, camponesa, evidenciando o surpreendente número de cerca de 300 milhões de hectares de terra com fortes indícios de grilagem (Ianni, 1979, p. 169).

A Lei de Terras surge com a introdução das relações capitalistas de produção no Brasil, estabelecendo critérios para legitimar o direito à terra ao distinguir o domínio público do particular. Encaram-se profundas transformações legislativas, buscando a superação da propriedade sesmarial e a garantia da propriedade nos moldes modernos. É nesse sentido que o diploma jurídico-civil brasileiro acolhe predominantemente o legado francês no que tange a definição do direito de propriedade, marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, sendo a propriedade um direito natural, inviolável, absoluto e exclusivo (Grossi, 2006, p. 26).

O modelo abstrato garante poderes proprietários exercíveis sobre a coisa apropriada e é através dessa abstração na ordenação racional do sistema jurídico que o proprietário possui expansividade ilimitada nos Códigos, necessária para a manutenção do Estado de Direito liberal. Assim, nesta ordem, tudo é neutro e hegemônico: o sujeito, a propriedade e a própria ordem jurídica. Portanto, tal dogmática proprietária formalista aliena-se dos elementos que tornam situações históricas e relações humanas singulares, dissociando-se do real, para alcançar a sua própria fundamentação (Cortiano Junior, 2002, p. 110-115).

As transformações do conceito de propriedade demonstram que ela é fruto da história e, portanto, das culturas (Chaves; Rosenvald, 2022, p. 274). A ruptura do Estado liberal e o surgimento do Estado social é traduzida na superação da concepção liberal de separação da sociedade e Estado, que passa a questionar a noção do Estado como mero garantidor da segurança das relações de troca regidas pelo direito privado. Assim sendo, passa a ser exigida a atenção ao déficit econômico e social

com vista à realização da justiça social. Dessa forma, diante da constatação da perda da capacidade de autorregulação, a esfera econômica é moldada de acordo com as exigências sociais e com os objetivos políticos, que por sua vez são influenciados pela pressão dos movimentos sociais (Cortiano Junior, 2002, 137-139).

Diante disso, foi operado no sistema a lenta tendência normativo-cultural de superação do modelo proprietário napoleônico-pandectístico, fundamentado no individualismo e do patrimonialismo, passando a privilegiar os valores existenciais nessa reconstrução (Varela, 2002, p. 764). Isso se torna necessário diante da percepção que a realização pessoal do ser humano é intrínseca ao convívio solidário da relação com o outro. Através da personalização se reconhece a dignidade da pessoa humana como o valor maior a ser protegido, agindo como um guia na interpretação da ordem jurídica (Cortiano Junior, 2002, p. 172).

Logo, tem-se a reconstrução de uma noção plural do direito de propriedade diante da sua função social. A suposta contradição entre os conceitos de função social e de direito subjetivo deve ser o ponto de partida para o debate acerca desse direito na contemporaneidade. A ideia de função é uma revisão crítica da estrutura de propriedade na ideia de possuir o fim em si mesma. Por outro lado, ao aceitar o dinamismo da estrutura jurídica, torna-se necessário o afastamento dos limites de direito público impostos ao direito de propriedade privada. Isso porque, do contrário, há o risco de considerar a função social como um limite externo, não pertencente à estrutura interna e dinâmica do instituto (Varela, 2002, 766-780).

No viés da reconstrução, a Constituição de Weimar, na Alemanha, passou a reconhecer que o direito de propriedade privada possui intrinsecamente uma função social. A partir da relativização da compreensão de direito subjetivo, através do reconhecimento em si da função social da propriedade, plural em sua essência, o modelo de propriedade unitário é rompido. Desse modo, o caráter metafísico do direito subjetivo é rechaçado enquanto a possibilidade de uma pessoa impor sua vontade, tida como superior, às demais. Destarte, permanece um conceito unitário referente a certo tipo de relações jurídicas, demonstrando que a unitariedade é apenas um dos elementos que devem ser considerados (Varela, 2002, 766-780).

Por conseguinte, percebe-se o avanço da concepção solidarista do instituto da propriedade no tratamento constitucional brasileiro, destacando a função social da propriedade urbana e rural, no art. 5<sup>a</sup>, incisos XXII e XXIII da Carta de 1988. Afirma-se, portanto, que não há propriedade sem função social. Desse modo, o requisito para a tutela de uma situação proprietária é medido através do cumprimento de sua função social, que por sua vez tem conteúdo predeterminado, vinculado à garantia dignidade da pessoa humana e igualdade de terceiros não proprietários.

Nessa seara, a articulação do direito constitucional e o direito privado tem um marco observado no art. 5<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>, da Constituição Federal de 1988, que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas. Nesse sentido, o reconhecimento constitucional da propriedade como direito fundamental é vinculado à sua função de proteção pessoal (Comparato, 1998, p. 80). É nesse viés que os deveres fundamentais se contrapõem aos direitos fundamentais, existindo necessariamente o sujeito passivo e ativo da relação jurídica.

A partir da interpretação do professor Fábio Konder Comparato, na sua obra *Direitos e Deveres da Propriedade* (1998), a propriedade é sempre um direito-meio, e não um direito-fim, tendo em vista que se trata de um instrumento de proteção de valores fundamentais. Sendo assim, a Constituição brasileira ao declarar que deve construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, está determinando uma política distribuição equitativa das propriedades.

Portanto, cabe distinguir dois aspectos para a concreção da função social da propriedade: por um lado o direito fundamental da propriedade privada, de natureza “privada”, de outro, o dever constitucional, imposto ao poder público para a concretização de políticas públicas, direcionadas à democratizar esse direito fundamental. (Varela, 2002, 761-762).

Nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988 garantiu a inviolabilidade ao direito de propriedade, evidenciada no *caput* do art. 5<sup>o</sup> e XXII do mesmo artigo. Além disso, o art. 170 define a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. No entanto, as restrições retiram o caráter absoluto, tendo em vista outros valores tutelados pelo texto constitucional.

Em uma possível colisão entre direitos fundamentais, cumpre destacar que não deve haver restrição a um direito fundamental sem base constitucional (Alexy, 1993, p. 89). A função social da propriedade, nos termos do art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988, nasce da necessidade de impor limitações para que não seja somente garantido o interesse de seu titular, mas também que possa servir às necessidades da sociedade. Assim, seria uma tentativa de tornar a propriedade “moralizada” e “humanizada”, sem risco de se transformar em um poder opressivo (Burdeau, 1966, p. 378,).

Sendo assim, existem duas correntes que entendem de forma diversa a aplicação da função social da propriedade na extensão do significado. Há o viés de considerar que a função social é um aspecto elementar ao conteúdo do direito, sem o qual descaracterizaria o próprio instituto, o que implicaria no desenquadramento de direito constitucionalmente protegido. No entanto, a interpretação que se sobressai é àquela que não há a descaracterização do direito, apenas a existência de sanções caso não seja obedecida, podendo provocar a própria desapropriação. É o caso, por exemplo, do imóvel rural sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária caso não seja cumprida a função social da propriedade, de acordo com o art. 184 da Constituição (Leal, 2012, p.8-10).

Nesse sentido, a promulgação da Constituição destaca a função social da propriedade trazendo um novo contorno sobre a forma de enxergar o instituto jurídico.

### **2.2.2 Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**

Diante do exposto, é evidente que o debate envolvendo a propriedade possui uma das maiores repercussões político-constitucional do século XX e, possivelmente, nenhum outro direito fundamental foi tão contestado (Leal, 2012, p. 1-2). Diante de tantas críticas, tem-se a construção de um novo tratamento constitucional, que por sua vez construiu diferentes textos constitucionais, grande parte dispendo acerca da função social da propriedade, e outra parte compreendendo a propriedade no ramo dos direitos econômicos e sociais, ao invés de direitos individuais (Miranda, 2000, p. 525), o que evidentemente altera a interpretação do próprio direito.

Nesse viés, após as revoluções liberais do séc. XVIII e adentrando na Idade Contemporânea, houve a superação da relação da concepção do direito de propriedade de caráter absoluto, natural e imprescindível. Assim, o reconhecimento da função social da propriedade definiu uma nova relação do direito de propriedade – agora entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal (a sociedade integrada) (Silva, 2005, p. 271).

Nesse contexto, cabe uma retrospectiva à Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em 1º de fevereiro de 1987, convocada a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985. Após 21 anos de violência e autoritarismo da ditadura civil-militar no país, a propriedade capitalista da terra foi marcada pela profunda proteção do aparelho do Estado com a grilagem legalizada de terras, contrarreforma agrária do desenvolvimento do agronegócio pautado em incentivos fiscais, avanço da expansão econômica para Amazônia Legal e venda de terras para estrangeiros (Prieto, 2019, p. 4).

A Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988 (ANC) foi espaço de grandes conflitos de interesse que por vezes estavam adormecidos diante de um extenso período de repressão. Trata-se de um momento de transição entre um regime ditatorial civil-militar, estabelecido no Golpe de 1964, para um regime democrático, que passava a organizar suas características e limites (Pilatti, 2008, p. 19-22).

A Aliança Democrática, liderada por José Sarney e Tancredo Neves, foi responsável pelo envio da Proposta de Emenda Constitucional nº 43 prevendo a atribuição dos poderes constituintes ao Parlamento, processo esse composto, em grande parte, por parlamentares eleitos em 1986. A Emenda serviu como veículo formal que refletiu a vontade social de findar o autoritarismo e fundar a ordem jurídica brasileira, representada em movimentos como o Diretas Já. Diante da efervescência política, a Assembleia Constituinte foi resultante da genuína expressão do poder constituinte originário (Sarmiento, 2010, 3-5).

Esse contexto foi determinado por negociações entre uma coalizão formada entre forças moderadas, que por vezes deram apoio ao governo militar. Desse modo, a existência da redemocratização não retirou o amplo poder de barganha de setores

de poder (Sarmiento, 2010, p.2), tratando-se de um processo de “transição com transação” (Scott, 1986, p.207).

Por exemplo, o PMDB, que alcançou bancada superior à maioria absoluta, não representava uma única força política, na medida em que incluía parlamentares que sustentaram o regime autoritário, bem com àqueles que foram opositores (Sarmiento, 2010, p. 7). Desse modo, o procedimento adotado de elaboração constitucional é baseado em dinâmica propriamente parlamentar, cujos os deputados e senadores protagonizaram como representantes do processo (Pilatti, 2008, p. 19-22).

A interferência de grupos de pressão, movimentos sociais e outros órgãos de formação da opinião pública são considerados como agentes exógenos desse processo, sem necessariamente serem vinculados às narrativas da política ordinária da função parlamentar no contexto da formação constituinte (política extraordinária). Obviamente tais conflitos provocaram mobilizações inéditas na história das Constituições brasileiras, tendo em vista o contexto parlamentar do bloco progressista e do bloco conservador (Pilatti, 2008, p. 19-22).

Dentre os embates cumpre ressaltar o destaque aos temas relacionados à propriedade fundiária, posse da terra, exploração de recursos naturais, desempenho de atividades econômicas, e as próprias questões envolvendo as decisões institucionais acerca da própria organização dos procedimentos do processo decisório (Pilatti, 2008, p. 1-4).

Dentre as vitórias e derrotas de cada bloco supracitado na dinâmica decisória institucional, tem-se a polarização de forças que buscam direcionar a implementação de suas expectativas aos comportamentos de outros atores, bem como influenciar no conteúdo das decisões. Nesse viés, a partir dos próprios arranjos institucionais (organização, regras e procedimento), as preferências, capacidades e autoidentidades dos atores são exaltadas de acordo com suas capacidades e prerrogativas no processo decisório (Pilatti, 2008, p. 8-9).

Salienta-se que, segundo os artigos 17 e 22 da Resolução nº 2 do Regimento da Assembleia Nacional Constituinte, esta foi planejada para funcionar em três fases: deliberativa e de produção dos artigos constitucionais; sistematização dos artigos em um texto único; e ratificação do texto constitucional realizada em dois turnos.

Após meses de trabalho liderados pelas Subcomissões, Comissões Temáticas e Comissão de Sistematização, iniciaram as votações constitucionais no Plenário, que por sua vez durou oito meses de intensos debates e controvérsias. Os 559 constituintes reassumiram o papel destinado aos grupos supramencionados nas sucessivas fases anteriores. O Plenário, definido por uma maioria conservadora, não foi o suficiente para garantir por completo o atendimento dos interesses hegemônicos. Em decorrência de diversos fatores, é possível perceber a heterogeneidade dos resultados finais, ainda que o Congresso e o Processo Constituinte foram pensados e construídos visando uma Constituição “conveniente” ao conservadorismo (Pilatti, 2008, p. 229-230).

À título ilustrativo, cumpre ressaltar a primeira prova de poder do Centrão, representante da maioria em termos de força política, no contexto do primeiro Projeto de Constituição (Sarmiento, p. 8, 2010). A partir da mobilização, coordenada em um tempo limitado, entre diversos parlamentares “retidos em suas bases”, o Centrão apresentou nove emendas substantivas aos títulos do Projeto, com o maior número de assinaturas, garantindo preferência automática na votação, na intenção de esvaziar a importância do Projeto (A) (Pilatti, 2008, p. 230-231).

Dentre os substitutivos, buscou-se estabelecer a exploração privativa de energia hidráulica e minerais, por brasileiros e empresas brasileiras de capital nacional, nas faixas de fronteira e nas terras indígenas; a subordinação do uso da propriedade rural ao cumprimento da função social; impossibilidade de desapropriação não somente de pequenos e médios imóveis rurais, como também de todas as propriedades produtivas (Pilatti, 2008, p. 232).

O texto base do Projeto foi mantido, com alterações supletivas, garantindo uma parte relevante da agenda inicialmente defendida pelos progressistas, enquanto efetivamente cumpria com os interesses conservadores. No entanto, frente às demais derrotas, houve a necessidade de negociações mais à esquerda. Entre os pontos mais controvertidos ideologicamente, não houve maioria para aprovar os substitutivos do Centrão ou o Projeto (A), que são eles: a definição do direito de propriedade, reforma agrária e greve de servidores públicos (Sarmiento, p. 18-19, 2010), sendo imperiosa a elaboração de um texto alternativo em vistas à conciliação.

A questão agrária foi tratada especialmente na Subcomissão da Política Agrícola, Fundiária e de Reforma agrária, submetida à Comissão da Ordem Econômica. Subsistiram diversos bloqueios à reforma agrária e ocorreu a tentativa de estabelecer “função social potencial” da propriedade, que seria quando o imóvel “é, ou está em curso de ser, racionalmente aproveitado” (Gomes da Silva, 1989, p. 101), o que impossibilitaria qualquer desapropriação de terras e política de desconcentração fundiária. Nesse contexto, houve a coalizão de setores de centro e de direita para uma articulação conservadora que não incomodasse os ruralistas, que se demonstravam resistentes aos aspectos relacionados à função social da propriedade e da imissão de posse (Prieto, 2019, p. 21).

Artigos da Carta Magna que dizem respeito ao direito de propriedade (por exemplo, incisos XXIII à XXV do artigo 5º da CF/88), quando foram submetidos à votação do plenário, entraram no chamado “buraco negro” da Constituinte, que seria um impasse decisivo na votação do projeto principalmente nos temas de desapropriação de terras e indenização delas (Prieto, 2019, p. 22).

Nesse viés, foi definida que para a propriedade cumprir a sua função social é necessária a realização simultânea dos requisitos presentes nos incisos do art. 186 da Constituição Federal, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (Prieto, 2019).

De acordo com Marés (2003, p. 124-125):

A terra que não está aproveitada, tem aproveitamento inadequado, não preserva o meio ambiente, viola as relações trabalhistas ou não gera bem estar, não pode reivindicar proteção do sistema que atribuiu a obrigação descumprida. A propriedade que não cumpre sua função social é uma espécie de coisa de ninguém, desapropriável, mas também ocupável, por quem puder fazê-la útil à sociedade.

É evidente, portanto, a articulação entre fundamento econômico, ambiental e social, sendo que a propriedade que não cumpra tais requisitos é passível de desapropriação para fins de reforma agrária. Evidentemente, as dificuldades que tocam a discussão acerca da reforma agrária é o reflexo da luta sistemática dos latifundiários por obstar o acesso à terra aos camponeses, por exemplo, tendo em

vista que terra funciona como renda capitalizada e especulativa. Tem-se, portanto, a ANC, limitando condicionantes ao processo de desconcentração fundiária, pois a terra é o capital que essencialmente governa o Brasil (Prieto, 2019, p. 26).

Por outro lado, no contexto das comissões e subcomissões, havia uma importante representação da sociedade civil através das audiências públicas. Assim sendo, grupos como ONGs ambientalistas, indígenas, entidades feministas e de defesa dos LGBTQIA+ eram ouvidos nessas audiências, com possibilidade de encaminhamento de sugestões à ANC (Sarmiento, 2009, p. 20).

No que toca o perfil econômico-profissional, havia predominância do empresariado rural, vinculada ao setor agrícola, representando 43,1% dos constituintes, bem como a sub-representação de negros (2%) e nenhum indígena (Sarmiento, 2009, p. 15).

Apesar da forte presença de setores autoritários vinculados à ditadura, a Constituição foi promulgada com um texto que marca uma revolução em termos de garantias dos direitos fundamentais, marcada pela importante concepção social do constitucionalismo aderida pelo legislador constituinte (Sarmiento, 2009, p. 24-30).

### **2.2.3 Povos indígenas na Constituinte**

Ao final do século XX, em uma transição de um período autoritário caminhando para redemocratização, há a implementação da política integracionista pelo Estado brasileiro aos povos indígenas, na tentativa de torná-los aptos à condição de “cidadão”. Essa política é extraída logo no artigo 1º da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), que dispõe sobre o propósito de preservar a cultura e integrar os “silvícolas” de forma progressiva e harmoniosa à comunhão nacional. Nesse viés, após séculos de genocídio, escravização e catequização dos povos indígenas, o Estado brasileiro construiu um novo processo violento com o objetivo de tornar o “ser índio” uma condição transitória, devendo existir um controle estatal para integrar tais povos e submetê-los a sua tutela (Santos, 2020, p.17)

Nesse sentido, há a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para tutelar somente os indígenas isolados ou em integração, com objetivo de adequá-los

à ordem econômica e política do país (Lacerda, 2007, p.105). A dita “comunhão nacional” nada mais era do que a perpetuação da dominação colonial, nos moldes da democracia liberal, uma vez que subordina o marco pluriétnico do Estado brasileiro (Santos, 2020, p.17-18).

Diante disso, o modelo político baseado no integracionismo passou a sofrer questionamentos pelas lideranças indígenas, que começam a articular novos contornos para o movimento indígena no que toca a luta de seus direitos no território nacional (Santos, 2020, p. 20). Cumpre ressaltar que o movimento indígena pode ser definido como “o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos” (Luciano, 2006, p.28).

Daniel Mundukuru (2012, p. 46-56) afirma que o nascimento do movimento indígena ocorreu na década de 1970, visto que as lideranças indígenas começam a ultrapassar os limites das próprias comunidades e fortalecem as alianças com diversos setores da sociedade civil. Tem-se, portanto, a criação da “consciência pan-indígena”, a partir da qual as lideranças atêm-se às demandas sob uma ótica macrorregional e assumem uma militância articulada. Diante do esforço conjunto de lideranças objetivando uma agenda comum da luta, no final do século XX a principal reivindicação referia-se à terra (Luciano, 2006, p.59).

Nesse contexto, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte marcou um momento importante para a organização de grupos historicamente excluídos participarem do processo político na construção do novo diploma constitucional (Lacerda, 2007, p.138). Aproveitando a oportunidade, quando a criação da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a UNI (União Nacional Indígena) iniciou reuniões apartadas que, a partir de discussões com apoio de diferentes atores sociais, construíram um “Programa Mínimo” de direitos indígenas.

Esse programa foi marcado pelas seguintes reivindicações: reconhecimento do direito à terra aos povos indígenas; a demarcação e garantia de tais terras; o uso exclusivo pelos povos indígenas das riquezas da superfície e do subsolo que se encontram nelas; a transferência de núcleos habitacionais dos pobres sem-terra, que

vivem ilegalmente em terras indígenas; o reconhecimento e respeito em relação às organizações sociais e culturais dos povos indígenas (Kayser, 2010, p. 189).

Ocorre que, no contexto da Constituinte, as questões indígenas sofreram diversos entraves provocados por lobbies econômicos e interessados na exploração econômica das referidas terras. Tais influências provocaram um cenário extremamente desfavorável ao reconhecimento dos direitos indígenas na futura Constituição (Kayser, 2010, p.202). No entanto, o acompanhamento incessante das organizações nas sessões de trabalho das comissões e subcomissões provocaram intervenções diretas, que não conseguiam ser passadas despercebidas pelos parlamentares (Santos, 2020, p. 20).

Diferentes tentativas foram orquestradas para obstar o reconhecimento de direitos indígenas na Constituinte. Um exemplo desses embates diz respeito ao artigo do Projeto que não reconhecia direitos indígenas aos “aculturados”, discurso capitaneado pelo então presidente da FUNAI, Romero Jucá (Índio Cidadão, 2014). Nessa senda, Krenak (2014) afirma que essa seria uma tentativa de dar tratamento diferenciado para aqueles povos que reconheciam símbolos nacionais, como por exemplo a bandeira do Brasil e falavam a Língua Portuguesa. A intenção seria de que essa parte da população não teria sequer direitos à demarcação dos seus territórios, pois não seriam mais “índios”, dando livre acesso à atividade garimpeira e mineradora, por exemplo. O líder indígena e político brasileiro, Mario Juruna, pertencente à Nação A’uwe, afirma em seu discurso no Congresso Nacional que essa seria uma tentativa de discriminação, como forma de diminuir a terra indígena e possibilitar maiores focos de exploração (Índio Cidadão, 2014).

O histórico discurso do líder indígena Ailton Krenak, à época porta-voz da UNI junto à Constituinte, foi fundamental para inserção do capítulo “Dos Índios” na Constituição Federal de 1988 (Santos, 2020, p. 21). Enquanto pintava o rosto com tinta preta de jenipapo em ato simbólico de resistência, Krenak destacou que o povo indígena tem um jeito de pensar e viver, sendo fundamental o devido respeito para a manifestação da cultura, que por sua vez não coloca em risco à vida dos animais, da floresta ou do patrimônio do homem branco, pelo contrário (Índio Cidadão, 2014). Assim, prosseguiu:

E hoje nós somos alvo de uma agressão que pretende atingir na essência a nossa fé, a nossa confiança de que ainda existe dignidade, de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos, que sabe respeitar aqueles que não têm o dinheiro para manter uma campanha incessante de difamação. Que saiba respeitar um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas. Um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado de jeito nenhum como um povo que é inimigo dos interesses do Brasil [...]. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos oito milhões de quilômetros quadrados do Brasil. E os senhores são testemunha disso. (Ailton Krenak na Assembleia Nacional Constituinte, em 04 de setembro de 1987).

Desse modo, a superação da perspectiva integracionista no novo diploma é essencial para o início do reconhecimento dos direitos indígenas. Dessa forma, foi estabelecido um novo relacionamento do Estado e dos povos indígenas, que deixam de ser meros titulares de direitos especiais provisórios. Assim, o reconhecimento da cidadania indígena, desvinculando-a à noção de capacidade civil relativa prevista no artigo 6º do Código Civil de 1916, possibilitou maior debate público acerca da diversidade étnica no Brasil (Luciano, 2006, p. 38).

Portanto, ao ser aceito pelos “homens brancos” a existência de uma cidadania indígena plural e diferenciada, houve o despertar de uma autoconsciência de identidade coletiva, e abandono da tese da incorporação dos índios à comunhão nacional, uma vez que se reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A nova compreensão da política indigenista ratificada pela Constituição Federal reforçou tais processos, que por sua vez possibilitou o manuseio da nova ferramenta de luta: a Carta Constitucional. (Santos, 2020).

#### **2.2.4 Natureza dos direitos constitucionais dos povos indígenas**

De acordo com o IBGE (2022), no século XVI a população indígena formava um contingente de dois a sete milhões de habitantes nas terras que viriam a ser o Brasil. Com a consolidação do domínio colonial, tal população foi vitimada por um processo de etnocídio e o consequente “despovoamento”, tanto em decorrência da disseminação de doenças, quanto pelas lutas armadas provenientes dos conflitos regionais. Na atualidade, a população indígena foi reduzida para cerca de 1,7 milhão de pessoas, distribuídas em 305 (trezentos e cinco) povos indígenas.

Ao analisar a historiografia brasileira, desde os tempos da colonização até atualidade, é possível verificar as lutas constantes pela sobrevivência dos povos indígenas visando evitar a própria dizimação. Nesse contexto, cabe ressaltar que as conquistas dos direitos não ocorreram de forma crescente, pois são marcados por inúmeros progressos e retrocessos, de modo não linear (Lopes, Mattos, p. 2, 2006).

Segundo Kayser (2010, p. 205), entre os 11 artigos da Constituição de 1988 que versam sobre os povos indígenas, 5 deles dizem respeito ao território. Evidentemente, a possibilidade de exercício dos direitos culturais desses povos, assim como manutenção da própria existência, tem como pano de fundo necessário o direito à terra, uma vez que o modo de vida está profundamente relacionado a ela. Nessa senda, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 18) afirma que o diploma constitucional buscou principalmente garantir a esses povos o direito de “existir” e o direito de “estar” em um território determinado.

O dever de proteção dos indígenas passou a ser de diferentes órgãos do Poder Público, evidenciando uma mudança na comunicação do Estado com os movimentos indígenas. Nesse sentido, ao romper com as políticas integracionistas, pela primeira vez na história ficou assegurado o direito de ser índio (Souza Filho, 2005, p. 107).

Embora haja um significativo destaque conferido pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais dos povos indígenas, o que justifica o aprofundamento nesta pesquisa, cumpre ressaltar que, ainda no período colonial, foram publicados a Carta Régia de 30 de julho de 1611 e o Alvará de 1º de abril de 1680, os quais tratam dos primeiros reconhecimentos jurídicos aos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como o exercício da posse sobre elas (Silva, 2016, p. 3).

Nesse sentido, a Constituição de 1934 foi a primeira a acolher o instituto do indigenato, ratificando a posse permanente em terras ocupadas (Silva, 2016, p.4). Cumpre ressaltar que o indigenato não significa posse vinculada ao direito civil, pois esta seria um título adquirido. O indigenato, nesse sentido, não depende de legitimação, enquanto a ocupação possessória, sim (Mendes Júnior, 1912, p. 57).

Já em 1987, o Poder Constituinte Originário declarou os direitos e garantias relacionados às condições necessárias para a vida digna das comunidades indígenas,

tais como: o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, *caput*, da CF/ 88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 2º, da CF/88); o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, *caput* e § 2º, da CF/88); à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses (artigo 232 da CF/88).

Segundo o professor José Afonso da Silva (2016, p.4), tais direitos são considerados direitos fundamentais dos índios, que podem ser classificados na categoria de direitos fundamentais de solidariedade, uma vez que possui uma dimensão “individual”, vinculada à pessoa humana, e uma dimensão “coletiva”, vinculada à comunidade.

Dentre eles, cabe o estudo relacionado às terras indígenas, disposto no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pois “o direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos”, de acordo com Souza Filho (2005, p. 119).

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

A princípio, é notável que o direito dos indígenas às terras pode ser classificado como direito coletivo, tendo em vista que pertence a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base (Lopes, Mattos, 2006, p.5).

Inicialmente, observa-se que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são bens da União, nos termos do artigo 20, inciso XI da CF/88. Ao considerar a classificação dos bens públicos e o artigo 231, § 4º, da CF/88, que estabelece que “as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”, conclui-se que as terras indígenas são bens públicos de uso especial (Lopes, Mattos, p. 5, 2006).

Contudo, no que se encontra previsto no artigo 99 do Código Civil, percebe-se que as terras indígenas não se definem de maneira exata às classificações de bens públicos. Dessa forma, de acordo com a jurista Di Pietro (2017, p. 890), ainda que as

terras indígenas não se enquadrem no conceito formal de bens de uso especial do referido artigo, elas podem ser assim consideradas pois “a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos permite incluí-las nessa categoria de bens”.

Por outro lado, há um posicionamento isolado que diverge do entendimento supracitado, ao considerar as terras indígenas como bens dominicais, uma vez que integram o patrimônio da União (Tourinho Neto, 1993, p. 36). Tais bens caracterizam-se pela função patrimonial do Estado, assegurando-lhe renda e submetendo-se ao regime jurídico do Direito Privado, em razão da desafetação e da consequente ausência de destinação pública específica (Di Pietro, 2017, p. 849).

Prevalece, contudo, a posição majoritária, no sentido de que as terras indígenas se enquadram na classificação de bens de uso especial, os quais compreendem todas as coisas utilizadas pela Administração Pública com vistas à realização de um serviço público. Tal expressão deve ser compreendida de forma ampla, de modo que abrange as atividades de interesse geral exercida sob autoridade do Poder Público. Desse modo, os bens de uso especial podem ser destinados ao uso de “particular” como, por exemplo, a terra dos indígenas. Nesse sentido, as terras indígenas não podem ser submetidas a qualquer relação jurídica aparada pelo Direito Privado, visto que configuram um regime próprio e sujeitos às limitações de inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração, comuns dos bens públicos. (Lopes; Mattos, p. 5, 2006).

No que se refere à inalienabilidade dos bens de uso especial, extrai-se do art. 100 do Código Civil que tal característica se mantém enquanto os bens conservarem sua qualificação. Portanto, esses bens não podem ser transferidos ou alienados de forma permanente, visando à preservação do interesse público e impedindo sua privatização. Já a impenhorabilidade é a consequência da característica anteriormente mencionada, a qual reforça que os credores do Poder Público não podem satisfazer seus créditos mediante penhoras desses bens. Por conseguinte, tais bens não podem ser submetidos a direitos reais de garantia, pois que qualquer forma de oneração seria inadequada. Por fim, a imprescritibilidade refere-se ao fato de que os bens públicos não são passíveis de usucapião, nos termos do artigo 191, parágrafo único da CF/88 (Lopes; Mattos, p. 6-9, 2006).

Ferreira (2002, p. 577) elucida que, *in verbis*:

As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal no 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Nesse sentido, o artigo 231, § 2º, da Carta Magna dispõe que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Portanto, assim como União não pode alienar ou transferir essas terras, os próprios indígenas tampouco podem fazê-lo, uma vez que a Constituição destinou apenas ao uso dessas populações (Brasil, 1988).

Assim sendo, ainda que a União buscasse enquadrar as terras à categoria de bens dominicais, as normas que regulam a alienação de bens públicos não poderiam ser aplicadas, uma vez que houve a destinação das terras à posse permanente pelos indígenas, sendo inconstitucional norma infraconstitucional que altere tal destinação (Lopes, Mattos, p. 6, 2006).

A posse permanente das terras indígenas, Souza Filho (2005, p. 121) ressalta:

Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2011, p. 858) conclui que a Constituição atribui à União a propriedade das terras indígenas com o propósito de preservá-las, criando-se, assim, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada à concretização dos direitos originários dos indígenas sobre essas terras. Assim sendo, o início do *caput*, ao afirmar que “são reconhecidos aos índios” enfatiza dois tipos de direito: o reconhecimento da identidade e da cidadania plural – que abrange

a organização social, costumes, línguas, crenças e as tradições - e o reconhecimento do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nesse contexto, expressão “direitos originários”, referencia esses direitos evidentemente “reconhecidos”

Segundo José Afonso da Silva (2016, p. 9), a Constituição deu continuidade ao reconhecimento formal da posse permanente dos povos indígenas, bem como acrescentou outros direitos. Nas palavras do jurista:

[...] A Constituição de 1988 é o último elo de reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388. O termo “marco” tem sentido preciso [...]. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo. Pois bem, o documento que deu início e marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Carta Regia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III [...].

Corroborando o pensamento supracitado, parte da doutrina entende que o constituinte buscou afirmar que o direito dos índios sobre as terras que ocupam antecede qualquer ato administrativo do Governo (Souza Filho, 2005, p. 122). Essa corrente compreende que o direito originário, portanto, seria um direito natural, anterior ao próprio Direito Positivo. Assim, relaciona-se com o Instituto do Indigenato, que define o direito às terras como direito primitivo e conservado, uma vez que os índios seriam, notoriamente, os naturais das terras submetidas ao poder colonial (Lopes, Mattos, p. 7, 2006). Logo, uma vez presentes os elementos necessários para definir a tradicionalidade da ocupação, o direito daquela sociedade indígena existe e se legitima independente de qualquer ato constitutivo (Leitão, 1993, p. 67).

Há, ainda, corrente doutrinária que não entende ter o constituinte reconhecido como natural o direito dos índios à terra (Lopes, Mattos, p. 7, 2006). Isso porque essa interpretação seria resultado da aplicação literal do texto legal, com extremo apego à *verba legis* e desconsideração do sentido que objetivou-se proclamar. Por outro lado, pelo método lógico-sistemático (dedutivo ou indutivo), busca-se alcançar a razão objetiva da lei, considerando que cada norma existe em um determinado contexto normativo (Falcão, 1997). Ao utilizar-se dessa técnica interpretativa, é possível enfraquecer a tese de naturalidade do direito indígenas à terra, tendo em vista que a efetiva proteção depende necessariamente do processo administrativo de

demarcação das terras ou, em caso de omissão do Estado, da atuação do Poder Judiciário. (Lopes; Mattos, p. 7, 2006).

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário teria utilizado a expressão direitos originários considerando a classificação amplamente adotada na época acerca dos modos de aquisição de direitos: originário ou derivado. No que diz respeito à aquisição originária, não há relação entre o adquirente e o titular anterior, ou sequer existe titular. Por outro lado, o modo de aquisição derivado diz respeito à transferência do titular do direito ao adquirente (Lopes; Mattos, p. 8, 2006). À luz dessa classificação, de fato, é impossível negar que os indígenas são os primeiros titulares da terra, logo, a primeira ocupação é o suficiente para a aquisição do direito (Alterini; Corna; Vázquez, 2005, p. 162).

De qualquer modo, em alguma medida, pode-se concluir que a ideia de direitos originários se relaciona com a de direito natural, uma vez que se tratam de direitos preexistentes ao direito positivo. O direito à terra é próprio do “existir” das populações indígenas, visto que é intimamente vinculada à proteção à dignidade da pessoa humana (Santos, 2020, p. 33).

Diante disso, cumpre destacar que a obrigatória demarcação dessas terras pela União está prevista no artigo 231, *caput*, da CF/88. Trata-se de medida necessária para a proteção física dos territórios, no entanto, as não demarcadas também devem ser protegidas. Nessa senda, a demarcação é considerada um ato declaratório do direito, haja vista que basta que as terras sejam tradicionalmente ocupadas para que os indígenas tenham direitos originários sobre elas (Souza Filho, 2005, p. 122), devendo ocorrer a efetiva proteção.

A tradicionalidade da ocupação provoca inovação no tratamento constitucional das terras indígenas, quando comparado ao que já havia sido protegido juridicamente e debatido ao longo dos anos, constante no do artigo 231 §1º e no artigo 20, inciso XI. As normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores apenas mencionavam o direito à posse permanente e à inabilidade das terras indígenas. Portanto, a natureza jurídica perseguia um caráter generalizante, desafiando a efetiva proteção constitucional desses povos (Santos, 2020, p. 33).

Ocorre que, na atual Constituição, foram inseridas as expressões “terras tradicionalmente ocupadas” e “terras que tradicionalmente ocupam”, o constituinte ainda elenca quatro elementos para caracterização da ocupação tradicional, conforme artigo 231 §1º. São eles: ser habitada pelos índios em caráter permanente; utilizadas para suas atividades produtivas; imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; as necessárias a sua reprodução física e cultural.

Apesar de haver o entendimento de autores como José Afonso da Silva (2011, p. 859) e Kayser (2010, p. 234), no sentido de que esses requisitos são cumulativos, há quem defenda que eles podem se apresentar conjuntamente ou não, a depender da relação de cada povo com seu território (Santos, 2020, p. 34). Posto isto, impera a compreensão de que os critérios configuram parâmetros estabelecidos a partir da visão civilizatória do Estado e da sociedade não-indígena, razão pela qual sua interpretação não pode fundamentar, de forma absoluta, o conceito de tradicionalidade.

Nesse viés, a tradicionalidade da ocupação não significa a ocupação imemorial própria do Direito das Coisas, no sentido de exigir que determinado povo esteja fixado em um mesmo lugar por certo tempo, ou desde a colonização. Assim sendo, o constituinte não objetivou que o “caráter permanente” seja relacionado à ocupação desde épocas remotas, visto que os próprios processos históricos ensejaram reiteradas e sucessivas expulsões, espoliações e perdas dos territórios indígenas. Portanto, ainda em casos de não habitação ininterrupta, a tradicionalidade se mantém, tendo em vista que a ocupação foi interrompida por situações alheias às vontades dos povos envolvidos (Santos, 2020, p. 33-34).

É nesse sentido que o ministro Carlos Britto, o relator no julgamento do caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388) afirma: “onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa” (Brasil, 2009, p. 235)

Pontes de Miranda (1970, p.436) ratifica o entendimento acima ao comentar sobre o artigo 186 da Constituição de 1967, observando que não foi estabelecido um

limite temporal para caracterização da habitação ou da posse permanente das terras indígenas, assim como se percebe na Carta de 1988. Para o jurista, a permanência da ocupação diz respeito à ideia de residência, a qual não deve ser interpretada segundo os moldes civilistas, mas sim à luz das diversas concepções da noção de *habitat*. Assim sendo, a norma constitucional tende a assegurar tais direitos também aos povos de tradições nômades, cuja expressão de tradicionalidade se manifesta por meio de outros critérios.

Cabe destacar, ainda nos termos do §1º do artigo 231 da CF/88, que o vínculo entre a tradicionalidade das terras indígenas e a sua utilização para o desenvolvimento das atividades produtivas por esses povos corrobora o disposto no artigo 14 da Convenção 169 da OIT:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, **deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.** Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

Dessa forma, evidencia-se, mais uma vez, que a tradicionalidade da ocupação não se relaciona apenas com a ocupação física do espaço, mas deve ser considerado também o vínculo psíquico e espiritual que cada povo tem com a terra, seja utilizando-a como *habitat*, seja como meio de subsistência. Por consequência, a preservação do meio ambiente - isto é, dos “recursos ambientais necessários a seu bem-estar” - está intrinsecamente ligada aos critérios supramencionados.

Posto isto, conclui-se que não se trata de uma ocupação da terra com objetivo de utilizá-la de forma patrimonial ou financeira. Ao contrário, trata-se do *habitat* de povos que interagem com os elementos naturais e culturais, desenvolvendo um meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme sua forma viver. Portanto, a posse permanente nas terras habitadas segundo os usos, costumes e tradições diz respeito a uma certeza de no futuro essas terras seguirem destinadas exclusivamente à manutenção dos modos de viver dos povos indígenas (Silva, 2016, p. 16).

### 3 CASO XUKURU VS BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” constitui um marco jurídico do pós-guerra, surgido em resposta às graves e sistemáticas violações de direitos humanos ocorridos durante Segunda Guerra Mundial. Diante disso, emergiu a necessidade de repensar os referenciais éticos que orientam a ordem internacional. Surge, então, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada por dois princípios fundamentais: a sua universalidade, que reconhece a condição humana como único requisito para titularidade de direitos; e pela indivisibilidade, que compreende os direitos civis e políticos em intrínseca relação com o respeito e proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, os direitos humanos não devem subordinar-se exclusivamente à competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusiva do Estado-nacional, uma vez que constituem objeto de legítimo interesse internacional (Piovesan, 2008, p. 1-2).

Junto ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, coexiste o sistema normativo regional de proteção, que visa a internacionalização desses direitos humanos no plano regional. Tais instrumentos, portanto, são considerados complementares, na medida em que os direitos por eles tutelados podem ser idênticos, variando apenas quanto ao seu alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nessa perspectiva, os diferentes sistemas funcionam de forma interdependente na atuação de proteção de direitos humanos, que interagem entre si em prol dos indivíduos protegidos. O objetivo, portanto, é assegurar maior efetividade à tutela e promoção de direitos fundamentais, pautado na lógica material, inspirada no valor da dignidade humana (Piovesan, 2008, p. 3).

No âmbito nacional, a Constituição de 1988 inovou ao privilegiar os direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, de modo que a ratificação dos tratados internacionais são fundamentais para o alcance dessas garantias. Tal diretriz reflete o esforço conjunto empreendido no período pós-redemocratização para construir uma imagem do Estado brasileiro comprometido com os direitos humanos, no cenário internacional (Piovesan, 2008, p. 4).

Desse modo, o processo de incorporação dos instrumentos internacionais ao ordenamento jurídico internacional simboliza o alinhamento do Brasil às noções contemporâneas de globalização de direitos humanos, bem como a legitimação das preocupações e deliberações da comunidade internacional nessa seara. Portanto, a transição democrática brasileira consolida-se com base na institucionalização dos direitos humanos, tendo a dignidade humana como núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, atuando como um parâmetro de interpretação e aplicação da Constituição (Piovesan, 2008, p. 4).

Nesse sentido, a Carta de 1988 consagra diversos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º e, em seu § 2º, estabelece expressamente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

À luz desse dispositivo, empreende-se que os direitos fundamentais podem ser sistematizados em três categorias: a) o dos direitos expressos na Constituição; (b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e (c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Desse modo, os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro possuem hierarquia especial, isto é, são reconhecidos como norma constitucional. Conclui-se, portanto, os parâmetros axiológicos constitucionais devem orientar a interpretação do ordenamento jurídico, de modo a garantir o princípio da máxima efetividade das normas de natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais (Piovesan, 2008, p. 5).

No contexto latino-americano, no que diz respeito ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o principal instrumento de proteção é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica, assinada em 1969 e em vigor desde 1978. No Brasil, o documento foi incorporado ao ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (STJ, 2019). Ademais, os direitos territoriais indígenas podem ser identificados por meio de diversas fontes do Direito Internacional, com destaque especial a Convenção nº 168 da OIT, que constitui o mais amplo instrumento de proteção aos direitos indígenas do Sistema Internacional de Direitos Humanos, assim

como demais documentos de *soft law*, que asseguram no âmbito do direito internacional a proteção aos territórios das comunidades indígenas. Nesse sentido, aplica-se o princípio estrutural da equiparação das normas internacionais de direitos humanos aos direitos internos, uma vez que introduzidas validamente, tornam-se normas obrigatórias, de força cogente (Anjos Filho, 2012, p. 535).

Assim sendo, os povos indígenas, titulares de direitos coletivos, ainda que sob a proteção no âmbito internacional e nacional, o embate entre esses direitos e os interesses econômicos, frequentemente justificados sob o argumento do desenvolvimento nacional, é recorrente nos tribunais nacionais (Anjos Filho, 2012, p. 550). Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2003) observa que a magistratura brasileira mantém uma postura conservadora em relação aos direitos indígenas, demonstrando resistência à superação de uma lógica individualista dos direitos, especialmente no que tange à concepção de propriedade privada (p. 96-101).

Nesse viés, esta pesquisa propõe discutir os contornos da propriedade coletiva conforme enfatizados na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso nº 12.728, à luz de uma perspectiva de direito comparado decolonial. Tal abordagem justifica-se diante dos persistentes desafios enfrentados pelos povos indígenas no Brasil no exercício de seus direitos territoriais. Trata-se de um caso paradigmático para o sistema judicial latino-americano, uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatizou que o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativo ao direito de propriedade, deve ser interpretado de forma extensiva, de modo a abranger o sentido coletivo e comunal, especialmente no que se refere à proteção dos territórios ancestrais dos povos originários. Por conseguinte, a sentença reforça que o direito à terra não é limitado ao seu usufruto, mas abrange também a titulação dos territórios, a fim de assegurar a posse contínua, de forma pacífica e ininterrupta, em conformidade com o princípio da segurança jurídica (Nóbrega, 2023, p. 48).

Para o efetivo aprofundamento, é imprescindível compreender o processo singular de territorialização dos povos indígenas no Nordeste, especialmente no que se refere ao povo Xukuru de Ororubá. A expansão colonial portuguesa alcançou o território ancestral indígena Xukuru, localizado na Serra de Ororubá em 1654, momento em que iniciou a organização de aldeias missionárias como modelo colonial

de dominação. Nesse contexto, o governo português passou a conceder sesmarias a senhores de engenho que sustentavam não possuir terras para criação do gado, o que resultou na progressiva ocupação por não indígenas, abrangendo cerca de 90% do território tradicional (Mendes, Moreira, Nóbrega, 2023, p. 04).

No primeiro momento, isso representou violência e destruição de práticas culturais, no entanto, diante da necessidade de resistir às opressões, os aldeamentos tornaram-se um espaço de sobrevivência étnica, sendo interpretado atualmente no âmbito do direito comparado decolonial como uma experiência de hibridização jurídica com vistas à emancipação indígena (Montanha; Nóbrega, 2021, p. 3). Desse modo, a coercitiva reorganização social imposta pelos colonizadores europeus aos povos nativos do Brasil determinou uma nova relação entre esses povos e seus territórios. Um segundo momento do processo de territorialização se iniciou na década de 1970 a 1980, por meio das mobilizações no contexto da redemocratização que proporcionaram a luta pelo reconhecimento e proteção oficial do território ancestral Xukuru (p. 4).

A análise dos direitos indígenas sob a ótica individualista e da monocultura, desde a colônia até a contemporaneidade, evidencia a influência de tradição eurocêntrica e essencialmente colonial e liberal, ainda amplamente difundida pela prática jurídica e administrativa do Estado brasileiro. Nesse contexto, para adequada compreensão da problemática, é necessário demonstrar de que modo a elite intelectual, os órgãos governamentais e o Poder Judiciário influenciaram na propagação da ideia de que os indígenas já não existiam, sendo os aldeamentos uma “mera ficção”. Tal entendimento foi justificado sob a perspectiva da assimilação cultural dos índios à sociedade civil, processo que teria provocado a perda da língua, das tradições e do usufruto da terra nos moldes tradicionais, conforme supostamente afirmado.

Ocorre que a continuidade de rituais e afirmação da identidade indígena persistiam mesmo após a extinção do aldeamento, bem como diante das reiteradas violências e das perseguições perpetradas pelos posseiros, latifundiários e políticos contra esse povo. A resistência pode ser observada em diferentes momentos na história Xukuru, como será oportunamente demonstrado, assim como nas memórias

orais de indivíduos Xukuru de Ororubá acerca de seus antepassados. As memórias orais possuem suma importância para esta pesquisa uma vez que:

[...] o uso das fontes orais permite não apenas incorporar indivíduos ou coletividades até agora marginalizados ou pouco representados nos documentos arquivísticos, mas também facilita o estudo de atos e situações que a racionalidade de um momento histórico concreto impede que apareçam nos documentos escritos. Assim, portanto, as fontes orais possibilitam incorporar não apenas indivíduos à construção do discurso do historiador, mas nos permite conhecer e compreender situações insuficientemente estudadas até agora. (ALCAZAR I GARRIDO, 1992/1993, p. 36).

Desse modo, utilizam-se relatos orais e registros escritos, organizados e analisados a partir da pesquisa documental do historiador Edson Silva (2017). Busca-se evidenciar as diferentes situações vivenciadas e as estratégias elaboradas para a afirmação da identidade étnica e a reivindicação dos direitos sobre as terras.

### 3.1 MEMÓRIAS E HISTÓRIA DO POVO XUKURU DA SERRA DE ORORUBÁ: TRADIÇÕES E A LUTA PELA TERRA

A partir da segunda metade do século XIX intensificou-se o discurso da defesa do desaparecimento de índios no estado de Pernambuco e da conseqüente extinção dos aldeamentos. Políticos, pesquisadores, latifundiários e posseiros passaram a alegar que a extinção dos aldeamentos decorria da assimilação dos índios, os quais já poderiam ser “confundidos com a massa da população”, numa tentativa de negação da identidade aos povos historicamente presentes naquela região (Silva, 2017, p. 17).

O discurso oficial buscava propor soluções para pessoas interessadas naquelas terras, como latifundiários, posseiros e senhores de engenho, que após a Lei de Terras de 1850, ampliaram as invasões dos antigos aldeamentos. Esses grupos sustentavam que as aldeias haviam se tornado uma “chimera”, uma fantasia, cuja existência já não fazia mais sentido (Silva, 2017, p. 42). Nesse viés, o abade do Mosteiro Beneditino de Olinda, Pedro Roeser - sócio do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano (IAHGP) e considerado uma autoridade por ser “um homem de ciência” - enfatizou em um dos seus artigos que as “feitiçarias e bruxarias” (em referência às manifestações religiosas dos indígenas), seriam a causa da ignorância desses povos, podendo, assim, “fazer duvidar da inteligência normal do índio ou do africano” (Roeser, 1922, p. 200-210).

Por consequência, o “desaparecimento indígena” passou a ser vinculado ao nascimento de outra figura, tida como primitiva e irracional: o caboclo. Este, por sua vez, representaria os habitantes dos antigos aldeamentos - condição assumida, inclusive, por alguns indígenas como forma de proteção diante das inúmeras perseguições. Essa narrativa alinhava-se aos interesses e discursos da elite intelectual de Pernambuco, que privilegiava uma visão civilizatória segundo a qual os índios desapareciam, transformando-se em caboclos, promovendo, assim, o desagrupamento e a conseqüente perda das características que moldavam a identidade do povo Xukuru e de outros povos que habitavam na região da Serra de Ororubá (Silva, 2017, p. 50-53).

Outros “homens da ciência”, como Mário Melo (1935), Secretário do IAGHP, bacharel em Direito e historiador, dizia que restava “cerca de 50 indivíduos, já cruzados alguns, porém que conservam estigmas dos ameríndios, como tais facilmente reconhecíveis, apesar de ausência completa de semelhança com o mongol” (Melo, 1935, p.43). Nesse viés, o autor afirmava que “os que sobraram” já não conservavam mais tradições, nem religião, e ainda perderam a língua. No entanto, reconhece que tais caboclos “sabem, perfeitamente, que descendem da tribo xucurú, que ocupou aquela região, tem orgulho da sua procedência e se julgam superiores aos outros habitantes, *“guardando rancôr dos brancos por lhes haverem tomado as terras”* (Melo, 1935, p.45).

Diante da narrativa de desaparecimento do povo Xukuru e a aparição de novos tipos de descendentes, o autor ressaltava a necessidade de “estudar e identificar” os remanescentes indígenas, encontrados em “pequenos grupos”, uma vez que se tratava de um “material precioso que vai desaparecendo sem deixar vestígios”. Nesse e em outros artigos publicados, Melo concluía que os índios seriam vítimas do progresso inerente à civilização, naturalmente construída sobre as “ruínas de grupos inadaptáveis” (Melo, 1935, p.45).

Nesse viés, o próprio vereador do município de Pesqueira/PE, José de Almeida Maciel publicou uma série de artigos no jornal “A voz de Pesqueira”, afirmando que não haveria mais tribos indígenas no município, apenas remanescentes que habitavam a Serra de Ororubá, chamados de “caboclos da serra, em razão do “cruzamento e conseqüente assimilação”. No que diz respeito às festas e cerimônias

religiosas que ocorriam no município, o vereador afirmou que “os caboclos remanescentes dos Xucurus, em indumentária semelhante a primitiva, dançam o ‘toré’ nas tradicionais festas da padroeira e de S. Miguel”.

Sobre as crenças religiosas, afirmou que “nenhuma crença antiga de origem indígena ou africana existe no município a não ser a secular devoção dos caboclos, remanescentes dos Xucurus a N. S. das Montanhas de Cimbres”. O vereador, aplaudido e referenciado em decorrência da ampla produção sobre análises históricas e geógrafas do município, entendia que os índios existiram em um passado distante e heroico, como o da Guerra do Paraguai, restando em Pesqueira somente os descendentes dos Xukuru (Silva, 2017, p. 53-55).

Portanto, as narrativas reiteradamente ratificadas e difundidas visaram o apagamento da identidade Xukuru, como forma de legitimar a espoliação e a dominação dos não-indígenas economicamente interessados nas terras tradicionalmente ocupadas. Vejamos:

O destino dos povos e culturas indígenas, tal como o de qualquer grupo étnico ou mesmo nação, não está escrito previamente em algum lugar. A sua tendência à extinção não foi jamais um processo natural, mas apenas o resultado da compulsão das elites coloniais em instituir a homogeneidade apagando ou abolindo as diferenças. Buscando excluir a ferro e a fogo toda e qualquer outra alternativa, a integração era descrita como se fosse uma fatalidade, ou até mesmo a única salvação possível, para a qual os próprios índios deveriam canalizar suas forças e esperanças. (Oliveira, 1995, p.80).

Edson Silva (2017, p. 57), historiador e autor da Tese de Doutorado em análise, “Xukuru: memórias e história dos índios da Serra do Ororubá (Pesqueira/PE), 1959-1988”, afirma que Maciel detinha um “considerável capital simbólico” no contexto de produção “acadêmica erudita”, a qual deve ser compreendida como um “sistema que produz bens culturais”, em consonância com os conceitos desenvolvidos por Bourdieu (1922, p.105). Assim, integrava o “sistema das relações constitutivas do campo de produção, de reprodução e de circulação de bens simbólicos”. Inegavelmente, o discurso produzido pelo vereador, e difundido por outros “homens da ciência”, fortaleceu de forma conveniente as narrativas e atitudes de violência das autoridades locais e instituições contra o povo Xukuru ao longo dos anos, uma vez que:

Todas as relações que os agentes de produção, de reprodução e de difusão, podem estabelecer entre eles ou com instituições específicas (bem como a relação que mantém com a sua própria obra), são medidas pela estrutura do sistema das relações entre as instâncias com pretensões a exercer uma

autoridade cultural (ainda que em nome de princípios de legitimação diferentes) (BOURDIEU, 1992, p. 118).

Darcy Ribeiro (1985), na obra “Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno”, analisou o processo histórico de esbulho das terras indígenas no sertão do Nordeste. Ademais, segundo Edson Silva, no artigo publicado em inglês na “Revista do Museu Paulista” (1951), o Ribeiro ressaltou que, em decorrência da expulsão dos índios de seus territórios, estes passaram a viver “aos bandos que perambulavam pelas fazendas, à procura de comida” (Ribeiro, 1951, p. 56). Para o antropólogo, o povo Xukuru enquadrava-se na categoria de “integrados”, vivendo como reserva de mão de obra. Acresceu:

Pela simples observação direta, ou com apelo à memória, seria impossível reconstruir, ainda que palidamente a antiga cultura. Muitos grupos nessa etapa haviam perdido a língua original, nesses casos, aparentemente, nada os distinguia da população rural com que conviviam. Igualmente mestiçados, vestindo os mesmo trajes, talvez apenas um pouco mais maltrapilhos, comendo os mesmo alimentos, poderiam passar despercebidos se eles próprios não estivessem certos de que constituíam um povo e não guardassem uma espécie de lealdade étnica e se não fossem vistos pelos seus vizinhos como ‘índios’. Aparentemente, haviam percorrido todo o caminho da aculturação, mas para se assimilarem faltava alguma coisa imponderável – um passo apenas que não podiam dar. (Ribeiro, 1982, p.235).

Darcy Ribeiro (1986), a integração seria um requisito para a sobrevivência das populações indígenas, consideradas “microetnias”, que, para viverem em condições dignas, deveriam ser assimiladas ao contingente populacional maior, visto que, em decorrência da sua “miudeza”, não influenciariam significativamente na configuração do Brasil. O antropólogo afirma que, embora o povo Xukuru tenha perdido completamente o domínio da “língua tribal” e seja considerado “aculturado”, as manifestações religiosas que seguiam ocorrendo demonstravam a importância que os índios atribuíam aos cultos como forma de afirmação da identidade étnica. Contudo, para o autor, o povo Xukuru praticamente não possuía características da antiga tradição, sendo as festas atuais, como a dança do Toré, e manifestações religiosas, apenas reelaboração das expressões culturais, ainda que, para os índios constituíssem expressão de suas tradições ancestrais (Ribeiro, 1986, p. 254).

As concepções do antropólogo influenciaram outros autores e a sociedade civil a entenderem que o povo Xukuru estava prestes a ser “extinto”, como se fosse um “grupo pré-histórico”, em uma tendência generalizada da antropologia do século XX

que considerava o índio nordestino “menos índio” do que o “amazônico”, como afirma a antropóloga Martin:

Quando no século XX, desperta-se a consciência antropológica pela salvação do índio, já o indígena nordestino era menos ‘índio’ que o amazônico e sua preservação em reservas teve menos ressonância internacional e nacional que a dos índios da grande floresta. ‘Índio sem penas não é índio’ e os Pankararu, Atikum e Xukuru, por citar alguns exemplos, cada vez menos índios porque cada vez mais abandonados, têm seus dias contados como nação. (Martin, 1999, p.335).

Nas análises acima, assim como em tantas outras, foram desprezados os processos históricos e os diversos fluxos culturais de cada povo indígena. É incontestável que os “índios misturados” no Nordeste são expressões das relações sócio-históricas entre diferentes atores que interagem e influenciam no reconhecimento de direitos, tendo como plano de fundo as disputas às terras e as alianças e organizações sociais (Silva, 2017, p. 92-93).

Nesse viés, não se configura o desaparecimento de índios no Nordeste, mas sim ressurgimentos decorrentes de processos de territorialização (Silva, 2017, p. 95). Assim sendo: “[...] serão retrabalhados pelos próprios sujeitos em contexto histórico determinado e contrastados com características atribuídas aos membros de outras unidades, deflagrando um processo de reorganização sociocultural de amplas proporções” (Oliveira, 2004, p.24).

O processo de territorialização foi vivenciado pelo povo Xukuru em diversos momentos. No entanto, ele não pode ser compreendido como resultado de uma passividade indígena ou de uma vontade própria de “homogeneização”, mas sim como uma tentativa de afirmação enquanto coletividade (Oliveira, 2004, p.28), contribuindo, assim, para a própria sobrevivência e perpetuação de suas tradições. Portanto, o processo de territorialização contemporâneo está intimamente vinculado à afirmação da identidade Xukuru e a reivindicação de seus direitos.

O domínio dos fazendeiros consolidou-se, principalmente, com a extinção oficial do antigo Aldeamento de Cimbres, que há tempos aumentavam as invasões nas terras da Serra de Ororubá. Em decorrência das sucessivas perseguições e invasões, algumas famílias indígenas venderam suas terras por valores muito inferiores ao que o terreno valia, tornando-se, ao final, trabalhadores das fazendas. Com base em diversos documentos históricos, é possível concluir que, diante das

pressões, ameaças e perseguições, a venda das terras aos fazendeiros por valores irrisórios era vista pelos índios como uma solução para permanecer em seus antigos locais de moradia - ainda que implicasse alterações significativas em seus modos de viver. Poucas famílias indígenas permaneceram com pequenas propriedades, insuficientes para a sobrevivência, o que resultou em um aumento da exploração do trabalho indígena na agricultura (Silva, 2017, p. 102-105).

Nesse sentido, na década de 1960, o Pajé Xukuru, conhecido como Seu “Zequinha”, relembra que, quando havia interesse por parte dos fazendeiros, eles permitiam o trabalho na terra mediante um regime de pagamento em que a maior parte da produção com a maior parte da produção ficava com os próprios fazendeiros (Silva, 2017, p. 146). Já “Seu” Gercino afirma que a apropriação das terras criou uma nova figura, a do “morador-trabalhador”, espalhada por toda Serra do Ororubá. Para além das violências diretas, existiam ainda estratégias para enganar os índios e garantir a ocupação das terras, como relembra D. Josefa, 57 anos (Silva, 2017, p 148-149):

Meu pai também contava, meu avô também contava. Naquele tempo todo mundo tinha suas terras. E o brancos fazia o quê? Os brancos pegava, dava uma garrafinha de cachaça para os índios, os índios inocente, não é? Dava uma garrafa de cachaça para os índios, os índios ficava bêbado, depois jurava de morte, os bichinhos fugia tudo, eles tomava conta das terras toda. Foi assim que aconteceu. Por isso que está tudo pelo meio do mundo, uns na cidade, outros longe, outros em São Paulo, meus irmãos mesmo estão tudo em São Paulo. (Josefa Rodrigues da Silva, Aldeia Gitó)

Seu “Zequinha” ainda ressaltou uma prática comum dos fazendeiros em relação às terras indígenas: o arrendamento, seguido da apropriação de grandes extensões de terra. Posteriormente, essas áreas eram vendidas a terceiros, garantindo um relevante aproveitamento econômico (Silva, 2017, p. 152).

Nesse sentido, Edson Silva (p. 151) destaca que encontrou, nas memórias orais dos Xukuru, diversos relatos sobre o processo de esbulho das terras com apoio ilegal do cartório, que, ao invés de cumprir com o papel de garantia da segurança jurídica, legitimavam as grilagens e favoreciam tais interesses econômicos. Assim sendo, Seu Juvêncio afirma:

O fazendeiro chegava aqui arrendava um pedacinho assim para botar dez ou doze bichos, ia na casa do tabelião, onde estava os escrivão, passava o documento fácil. Quando o pobre queria tomar conta não tomava mais. Eles já tinha, eles cercava um pedacinho assim, quando dava fé ele tinha tomado

meio mundo! Aconteceu muito isso aqui. (Juvêncio Balbino da Silva, Aldeia Cana Brava).

Considerando esses e outros depoimentos no extenso trabalho supracitado, revela-se que as terras do antigo aldeamento de Cimbres, onde vivia o povo Xukuru, foram sofrendo renitente esbulho, provocando a mudança radical da condição de pequenos proprietários para a de moradores ou trabalhadores-alugados nas fazendas/engenhos.

Nessa perspectiva, aqueles que permaneceram em “pequenos sítios” resistiram na preservação das formas tradicionais de convivência. Esses espaços tornaram-se núcleos de expressão cultural e dinâmica social, contribuindo com a rede de solidariedade ancestralmente vivida. Posto isto, o sítio assumia um papel central nas relações sociais, a exemplo da “juntada”, como os Xukuru denominavam o trabalho em mutirão, que significava reciprocidade (Silva, 2017, p.157).

Além disso, as festas continuaram ocorrendo como momentos de intensas relações sociais. Os entrevistados recordaram a presença de diversos sanfoneiros e a participação coletiva novenas religiosas e festas de casamentos, marcadas por muitas danças e cantos. Entre essas manifestações, destaca-se o Toré, dança praticada por diversos povos indígenas do Nordeste, tida como tradição herdada dos “ancestrais” e realizada com frequência nesses sítios. De forma inequívoca, o Toré permanece sendo um sinal distintivo das populações não indígenas próximas aos Xukuru, uma vez que é considerada pelo próprio povo uma expressão de permanência da identidade indígena (Silva, 2017, p.158-159).

Assim como outras práticas tradicionais, dançar o Toré foi alvo de repressão por parte dos fazendeiros que haviam se apropriado das terras do antigo aldeamento. Ainda assim, essa expressão resistiu e seguiu fazendo parte das dinâmicas de afirmação e resistência, como relembra o entrevistado Manoel Balbino Silva (p. 165):

Os fazendeiros proibia mais não tinham que jeito dar! Proibia porque não queria. Nós não tinha valor e eles prendia prá ninguém dançar. E daqui eu já dancei, eu fui pra Kapinawá, quando foi para ajeitar aquele Posto de Kapinawá, eu fui. Fui para Águas Belas, fui para Palmeira dos Índios. O cabra vinha atrás d’eu aqui onde eu tava e dizia, chegava e dizia “Vai?!”. Eu dizia “Vou! Eu vou. Se morrer, morreu. Se voltar, voltou”.

Em decorrência da influência da catequese no antigo aldeamento, nota-se que as novenas religiosas, tidas como festas, possuíam uma marca católica constante,

mas se mesclava com elementos dos Xukuru, como o uso de instrumentos musicais tradicionais, a exemplo da zabumba, da caixa e do pife. Para além das festas, também era comum o culto doméstico aos santos católicos, com especial devoção a Nossa Senhora da Montanha. Ao analisar os depoimentos, observa-se que os Xukuru não foram apenas receptores passivos da evangelização, relevando diferentes estratégias frente à colonização, como simulação, embates, associações e inversões. Como afirma Edson Silva (p. 183) “Os entrevistados expressaram que as apropriações, reinterpretação dos espaços e símbolos religiosos coloniais, pelos Xukuru, constituíram uma forma de afirmação étnica, de fortalecimento nas reivindicações dos direitos indígenas.”

Diante da expropriação do povo Xukuru, o impacto social se refletiu na cidade de Pesqueira, especialmente a partir da década de 1970, que passou a abrigar indígenas em situação de miséria. Essa realidade ocasionou a escassez de alimentos - antes abastecidos pela produção das famílias indígenas-, no aumento do custo de vida e na intensificação da mendicância nas ruas da cidade. Paralelamente, o gado passou a ocupar posição central na região. O poder público, atuando na defesa dos interesses dos fazendeiros e produtores da agroindústria de Pesqueira, “elegeu o boi como majestade”, ocupando e degradando a Serra de Ororubá para atender às exigências da ordem econômica vigente, representada pelas lavouras, extensas produções agrícolas, fábricas e pecuária (Silva, 2017, p.187-188).

Apesar de terem suas identidades étnicas sistematicamente negadas nas pesquisas e estudos oficiais, os Xukuru se mobilizaram e participaram ativamente na Assembleia Nacional Constituinte. Isso possibilitou um contato direto com o Cimi-NE (Conselho Indigenista Missionário), que apoiou e custeou as mobilizações – contato esse anteriormente impedido pelos encarregados dos Postos da FUNAI. A presença dos índios do nordeste em Brasília colaborou para visibilidade às reivindicações dos índios no Nordeste (Silva, 2017, p. 318).

Diante das inseguranças que não cessavam, os Xukuru intensificaram a mobilização pela demarcação de suas terras. As lideranças reuniam-se diariamente para discutir os direitos indígenas da recém promulgada Constituição Federal. Ao final dos encontros, dançavam Toré e invocavam a proteção dos Encantados e de Nossa Senhora Das Montanhas. Em sentido oposto, os fazendeiros aumentavam as

plantações de capim e soltavam o gado nas áreas reivindicadas, em uma estratégia de ampliar a ocupação e ratificar a negativa da existência de povo indígena na Serra de Ororubá (Silva, 2017, p. 320-321).

Nesse contexto, as disputas por terras envolvendo o povo Xukuru ultrapassaram os limites de Pesqueira e fizeram parte de manchetes de veículos de grande circulação, como o jornal “Folha de São Paulo”. A reportagem incluía diversos depoimentos dos indígenas e fazendeiros, demonstrando um conflito de concepções sobre o passado que fundamentava a identidade indígena e, por sua vez, garantia o direito àqueles territórios (Silva, 2017, p. 322).

Nesse viés, o fazendeiro Hamilton Didier, que teve “suas” terras reocupadas pelos índios, declarou que eles estavam “estudando o dialeto, para dizerem que são índios. Eu dou minha fazenda para você, se você achar algum índio lá”. Em resposta, o Cacique Chicão afirmou: “Tomaram nossa língua. Isso foi até bom. Imagine se a gente não soubesse falar português. Estávamos mortos” (Folha de São Paulo, 1996). Para o fazendeiro, a perda da língua nativa significava perda da identidade, deslegitimando, assim, o direito ao território (Silva, 2017, p. 322-323).

Isso provocou perseguições, violências e assassinatos do Cacique Xicão e outras lideranças do povo. Por conseguinte, na mata de Pedra d’Água foi construído um cemitério que abrangeu uma dimensão simbólica, uma vez que os Xukuru afirmam que “os ali sepultados não foram enterrados, mas foram plantados para que deles nasçam novos guerreiros” (p. 313-314). Portanto, o assassinato do cacique Xicão e a forma pelo qual o corpo foi “plantado” parte da relação sacralidade que os povos indígenas têm com o território, tendo em vista que é orientada pela crença espiritual de ligação com seus ancestrais, chamados de “encantadores” ou “irmãos de luz” (Figueiroa, 2011, p. 183). Tal tragédia representou o fortalecimento da identidade étnica e demonstrou, mais uma vez, a coesão social entre os Xukuru.

Por meio das memórias orais do povo Xukuru, bem como de documentos que evidenciam as relações históricas ao longo do tempo, depreende-se a persistência de símbolos identitários vinculados ao território como espaço sagrado e coletivo. Essas memórias foram demonstradas em diferentes momentos da história moderna/contemporânea, como na reivindicação dos benefícios ora prometidos para

os familiares de ex-combatentes na Guerra do Paraguai; a instalação de um Posto do SPI (1950); nas mobilizações em torno elaboração da nova Constituição e nas retomadas lideradas pelo Cacique Xicão. Tais evidências confrontam diretamente os discursos dos fazendeiros que negavam a existência de indígenas na região (Silva, 2017, p. 325).

Nessa senda, sobre o significado de memória coletiva, Michael Pollak ressalta que, entre os Xukuru, é “perfeitamente possível que por meio da socialização política, ou da socialização histórica, ocorra um fenômeno de projeção ou de identificação com determinado passado, tão forte que podemos falar numa memória quase herdada”. (1992, p. 2). Ao debruçar sobre as narrativas das memórias orais, observa-se um processo de (r)elaboração de experiências vividas, que permite aos grupos experimentar o passado, questionando interpretações hegemônicas e generalizantes (Alberti, 2004, p. 25-26).

Assim, “a memória coletiva aparece como um discurso da alteridade, no qual a posse de uma história que não se divide, dá ao grupo sua identidade”. Portanto, é possível perceber que a memória coletiva é ativada especialmente quando se discute o território de um povo, uma vez que a memória atua “como criadora de solidariedades, produtora de imaginário, erigindo regras de pertencimento e exclusão, delimitando as fronteiras sociais do grupo” (Godoi, 1999, p.147).

Desse modo, a sentença da Corte Interamericana (2018) do caso objeto desta pesquisa reconheceu que as ditas “retomadas” organizadas pelos Xukuru a partir da década de 1980 foram fundamentais para o reconhecimento da tradicionalidade do povo no território, e por consequência o direito à posse permanente, após reiterados desafios provocados pelos órgãos e poderes do Estado. Isso porque as retomadas, com apoio das organizações da sociedade civil, como Cimi-NE, a CPT, o CMI, sindicatos rurais e urbanos da região de Garanhuns, parlamentares do PT-PE e professores da UFPE e UFPB, ampliou a visibilidade das mobilizações dos Xukuru pela demarcação das terras. Além disso, por outro lado, aumentou a violência por parte dos fazendeiros e o discurso sobre inexistência de indígenas na Serra (Silva, 2017, p. 322).

Nesse sentido, caso fosse necessário – ainda que inadequado à luz da sistemática constitucional, como anteriormente demonstrado -, estabelecer um marco temporal para justificar os direitos originários do povo Xukuru à terra, este deveria se basear na história de “Seu Gercino”. O Pajé, que viveu 83 anos, nasceu sem-terra e faleceu na Aldeia Pedra d’Água. Na oportunidade da pesquisa ora mencionada, relatou com dedicação e fervor as memórias de seu povo, evidenciando um período contínuo de, no mínimo, um século de luta: desde a extinção do aldeamento, em 1879, até o início dos anos 1980, quando os Xukuru do Ororubá intensificaram as mobilizações para retomada de seu território ancestral (Silva, 2017, p. 327).

### 3.2 ANÁLISE DO CASO

Com o intuito de garantir a efetividade de aplicação dos direitos humanos, foram criados sistemas de proteção transnacionais. A estrutura da organização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composta em torno da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A Comissão exerce funções de caráter consultivo, sendo responsável pela formulação de recomendações aos Estados-membros, bem como pelo desenvolvimento de estudos e solicitação de informações relativas às medidas adotadas em decorrência dos relatórios de mérito, conforme disposto no artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, nos termos dos artigos 42 a 51 da CADH, compete à Comissão o recebimento, exame e processamento de petições que denunciem violações de direitos previstos na referida Convenção e outros tratados interamericanos de Direitos Humanos. Importa destacar que, no âmbito do Sistema Interamericano, as violações podem provocar somente responsabilização estatal, não sendo possível responsabilização individual por violações de direitos humanos. A CIDH ainda se preocupou com a criação de mecanismos especiais de monitoramento, as Relatorias Temáticas, sendo que entre as treze já divulgadas existe uma especializada nos povos indígenas da América.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, surge com a finalidade de interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim sendo, conforme os artigos 61 a 64 da CADH, a Corte exerce: competência contenciosa, processando e julgando casos sobre violação de direitos humanos, de legitimidade dos Estados-membros e da Comissão Interamericana; consultiva, mediante emissão de pareceres (opiniões consultivas); competência protetiva, por meio da elaboração de medidas provisórias em face de situações que envolvam risco de dano irreparável a pessoas ou grupos. Além dessas funções expressas, a Corte passou a exercer também a função satisfativa, a partir de uma construção jurisprudencial, que consiste em monitorar o cumprimento de suas sentenças pelos Estados-membros ora condenados. (Machado, p. 3-7)

No que se refere aos critérios de legitimidade, Corte IDH somente pode ser provocada pela CIDH ou por Estados-membros da OEA, conforme estabelece o artigo 61 da Convenção. Em contrapartida, qualquer indivíduo, conjunto de indivíduos ou organização não governamental legalmente reconhecida, pode apresentar petições diretamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o artigo 44.

Diante do preenchimento dos requisitos, a Comissão busca, preferencialmente, a solução amistosa através da conciliação entre as partes. Não sendo alcançado um acordo, a Comissão elabora um relatório expondo os fatos, conclusões e recomendações, indicando se houve a violação ou não de direitos humanos. Posteriormente, concede-se o prazo de três meses para o cumprimento das recomendações pelo Estado-membro. Caso tais recomendações não sejam efetivadas e o Estado reconheça a competência contenciosa da Corte IDH, tal controvérsia poderá ser submetida à Corte. (Koch, 2017, p. 49)

Cumprido salientar que o Estado-parte possui o dever de cumprir integralmente a sentença proferida pela Corte IDH, conforme dispõe o artigo 2º da CADH, não sendo admitida a invocação do direito interno para justificar descumprimento. Ademais, tais sentenças são irrecorríveis, sendo possível apenas a solicitação da interpretação acerca de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Após publicação da sentença, o cumprimento pelo Estado-membro é supervisionado através de relatórios estatais, os quais podem ser contrapostas observações das vítimas/seus representantes e, no caso de não cumprimento voluntário, o Estado pode ser submetido à Assembleia Geral da OEA, nos termos do artigo 65 da CADH.

Posto isto, antes de adentrar nos trâmites do Caso 12.728 (Povo Xukuru e seus membros vs Brasil), objeto desta pesquisa, é pertinente ressaltar a linha do tempo do processo submetido no âmbito Sistema Interamericano de Direitos Humanos, inicialmente perante a Comissão e posteriormente junto à Corte.

Em 16 de outubro de 2009 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a petição inicial apresentada pelos representantes do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), do Conselho Indigenista Missionário (Cimi) e do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Nordeste (MNDH). Posteriormente, em 29 de outubro de 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e, em 28 de julho de 2015 aprovou o Relatório de Mérito. Em 16 de outubro de 2015, o Estado brasileiro foi formalmente notificado acerca do conteúdo do Relatório de Mérito, sendo concedido o prazo para informar as providências adotadas para o cumprimento das recomendações (STJ, 2018).

Em 16 de março de 2016, tendo em vista a ausência do cumprimento das recomendações pelo Estado brasileiro, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, “ante a necessidade de obtenção de justiça”, com apresentação de ações e omissões estatais ocorridas após 10 de dezembro de 1998. Na oportunidade, a Comissão Interamericana solicitou à Corte a declaração da responsabilidade internacional do Brasil pelas violações de direitos humanos presentes no Relatório de Mérito e a imposição de medidas de reparação (STJ, 2018).

A comissão destacou à Corte IDH que o Brasil é responsável internacionalmente pela violação do direito de propriedade, consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e no art. 21 da Convenção Americana, bem como do direito à integridade pessoal, consagrado no art. 5 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. Além disso, afirmou a violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais dispostos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xukuru e seus membros (Corte IDH, 2018).

Tanto no Relatório de Mérito, quanto na sentença proferida, foram destacados minuciosamente o contexto legislativo em que os fatos do caso Xukuru estavam inseridos. Ocorre que antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988,

que garantiu de modo mais detalhado os direitos dos povos indígenas às suas terras e recursos, o processo administrativo de demarcação e titulação de terras indígenas já era regulamentado desde 1996 pelo Decreto nº 1775 e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 14/96. Esse processo é dividido em cinco etapas e pode ser iniciado tanto por iniciativa da FUNAI, quanto por solicitação dos próprios indígenas e de suas organizações, sendo que o decreto homologatório é de responsabilidade exclusiva da Presidência da República.

A primeira etapa diz respeito à identificação e delimitação do território, realizada a partir da designação de um grupo de trabalho composto por servidores públicos e/ou especialistas, por meio da portaria expedida pelo Presidente da FUNAI. O estudo antropológico desenvolvido nessa fase é fundamental para identificar os requisitos de tradicionalidade da ocupação e justificar o processo de demarcação (Decreto nº 1775/96, art. 2º, *caput*). A partir da identificação da área a ser delimitada, elabora-se um relatório que é encaminhado à FUNAI, que poderá aprovar, complementar ou recusar. Uma vez aprovado, em 16 dias deverão ser publicados um memorial descritivo e um mapa da área no Diário Oficial da União, nos diários oficiais do Estado e na Prefeitura Municipal correspondente à localização do território (artigo 2º, §7).

Assim sendo, os estados, municípios ou eventuais interessados disporão de 90 dias para apresentar objeções ao procedimento junto à FUNAI, que, por sua vez, terá 60 dias para analisá-las. No caso de as objeções não serem admitidas, o procedimento é enviado ao Ministro da Justiça, que poderá em 30 dias ordenar as medidas necessárias à regularização de eventuais vícios do procedimento. Finalmente, em caso de aprovação, a terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas é declarada por meio da portaria ministerial, que determina a demarcação administrativa da área (artigo 2º, §8 a §10).

A demarcação física propriamente dita, correspondente à terceira etapa, consiste na identificação dos limites territoriais apresentados no relatório do grupo de trabalho (artigo 2º, § 1). A quarta etapa consiste na homologação mediante decreto presidencial, que reconhece juridicamente o novo território indígena (artigo 5º). Torna-se necessário lembrar que a homologação é um ato de caráter declaratório e tem como efeito tornar nulos os atos que visem a ocupação, domínio e posse de terras, extinguindo a produção de efeitos jurídicos dos títulos de propriedade porventura

existentes, que passa a integrar o patrimônio da União. Além disso, a homologação da demarcação possibilita a retirada dos ocupantes não indígenas no território (artigo 4º)

Nessa senda, no que se refere aos antecedentes que culminaram a submissão do caso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o ponto de partida é o procedimento de demarcação do território Xukuru, iniciado por meio da Portaria nº 218/FUNAI/8, ou seja, antes do Decreto nº 1775/96 supracitado, e então regulamentado pelo Decreto nº 94.945.

O Grupo Técnico emitiu Relatório de Identificação em 06 de setembro de 1989, demonstrando que o povo Xukuru tinha direito a uma área de 26.980 hectares. O relatório foi aprovado pelo Presidente da FUNAI em março de 1992 e, em maio do mesmo ano, o Ministro da Justiça garantiu a posse permanente da terra ao Povo Indígena Xukuru, por meio da Portaria nº 259/MJ/9254, sendo que, à época, aproximadamente 70% da área estava ocupada por não indígenas. Em 1995, a extensão do território indígena Xukuru foi retificada, passando a abranger uma área superior, totalizando 27.555,0583 hectares (segunda etapa), promovendo-se, em seguida, a demarcação física do território (terceira etapa). Ocorre que a promulgação do Decreto nº 1775/96 resultou na alteração no procedimento de demarcação, permitindo que terceiros interessados no território impugnassem o processo e ajuizassem ações judiciais em defesa de seu suposto direito de propriedade, bem como solicitar indenizações.

Ademais, nas situações que o processo administrativo ainda se encontrava em andamento, os terceiros interessados também tinham direito de se manifestar no prazo de 90 dias, contados da publicação do decreto. Nesse contexto, foram apresentadas aproximadamente 269 objeções por não indígenas ao processo demarcatório, conforme consta nas alegações finais apresentadas pelo Estado brasileiro no processo submetido à Corte. Tais objeções, por sua vez, foram consideradas improcedentes pelo Ministro da Justiça, por meio do Despacho nº 32 de 10 de julho de 1996.

Após a negativa, os não indígenas impetraram mandado de segurança (nº 4802-DF) perante o Superior Tribunal de Justiça. Em relação a essas objeções, o STJ

decidiu favoravelmente aos terceiros interessados, concedendo novo prazo para a apresentação de contestações administrativas. Por fim, o Ministro da Justiça considerou tais contestações como improcedentes e reafirmou a necessidade de prosseguir com a demarcação, nos termos do Despacho de 1992, ratificando o disposto no artigo 4º do Decreto nº 1.775: “verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico”. Apesar disso, não há nos autos qualquer informação ou comprovação de que, entre 1997 e 2001, o Estado tenha realizado a desintrusão do território indígena.

Ressalta-se, ainda, que o levantamento fundiário, necessário para efetivar o pagamento das indenizações e proceder com a retirada dos ocupantes, somente foi concluído em 2007, ocasião que constatou a presença de 624 áreas ocupadas no território. Assim sendo, o Decreto do Presidente da República que homologa a demarcação foi divulgado somente em 30/04/2021, isto é, 12 anos após o início do processo demarcatório. Apesar da homologação, os não indígenas seguiram ocupando as terras sem efetiva manifestação do Estado.

Ademais, o registro do território indígena, que deveria ter sido realizada em até trinta dias após a homologação, não foi efetivado. Isso ocorreu porque, em 2002, o Oficial de Registro de Imóveis de Pesqueira recusou o registro da terra e interpôs ação de suscitação de dúvidas (nº 2002.83.00.012334-9), questionando a validade do processo de demarcação e a competência da FUNAI para representar o interesse e exigir o registro. Conforme as provas constantes nos autos, a referida ação somente foi rejeitada após quatro anos. A CIDH observou que a ação proposta pelo oficial e a demora excessiva para prolação da sentença representaram mais um obstáculo significativo à efetivação da titulação como propriedade da União e, por conseguinte, o respeito à proteção do território do povo Xukuru.

Por fim, em 18 de novembro de 2002, foi finalmente registrada, perante o 1º Registro de Imóveis de Pesqueira, a titulação do território indígena Xukuru, assegurando a propriedade da União e a posse permanente do povo indígena. Cabe destacar que o processo administrativo de demarcação em questão teve início em 1989 e foi oficialmente concluído apenas em 2005, ou seja, mais de dezesseis anos depois.

Ademais, no que tange às ações judiciais promovidas por terceiros invasores que postularam o direito de propriedade sobre as áreas do território indígena, cabe destaque a ação de reintegração de posse ajuizada pela família Didier, representada por Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Mota Didier, distribuída em março de 1992. A ação questiona a retomada indígena relativa à Aldeia Caípe, que supostamente se trata de imóvel de sua propriedade privada, de aproximadamente 300 hectares, em Pesqueira. A sentença judicial foi favorável aos autores e transitou em julgado em 2014, passando, então, a ser executável de forma definitiva em desfavor do Povo Indígena Xukuru (Nóbrega, 2023, p. 17).

Essa ação repercutiu em outras, que também tramitam no TRF-5, sendo uma delas a ação rescisória proposta pela FUNAI que visou reformar o acórdão do processo mencionado. O caso estava tramitando no STJ desde fevereiro de 2020, porém foi determinado que os autos fossem restituídos ao TRF-5, diante da declaração de incompetência. Assim, em 2023, a ação rescisória foi julgada extinta sem resolução de mérito, por considerar superveniente inexigibilidade do título judicial de reintegração de posse, em fundamentação a sentença da Corte IDH. Ocorre que, ainda assim, foram apresentados recursos e a controvérsia tem se decidido em desfavor do povo Xukuru, como será demonstrado posteriormente.

Nessa senda, através do Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil (p. 45, 1997), antes da submissão do caso à Corte, a Comissão já havia afirmado, que “a demarcação de terras Xukuru está sendo realizada pela FUNAI, em meio a um clima de insegurança geral”. Tal afirmação se justifica pelo fato comprovado de que, durante o processo demarcatório, diversos líderes indígenas foram assassinados, como José Everaldo Rodrigues Bispo, filho do Pajé do Povo Xukuru, em 1992; Geraldo Rolim, representante da FUNAI e ativista dos direitos indígenas, em 1995; e o Cacique Xicão, em 1998.

Ademais, a CIDH destacou que o sucessor de Cacique Xicão, seu filho, o Cacique Marquinhos e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, passaram a sofrer ameaças em razão da atuação em defesa dos direitos territoriais do povo Xukuru, por meio de cartas anônimas com ameaças de morte, bem como o atentado sofrido por Cacique Marquinhos, na tentativa de assassiná-lo. Em razão desses fatores, a Comissão

emitiu medidas cautelares visando à proteção desses indivíduos diante desse contexto de insegurança e violência.

A partir da análise dos relatórios e da análise das questões procedimentais de competência, a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentou considerações acerca do: i) o direito de propriedade coletiva na Convenção Americana; ii) o dever de garantir o direito à propriedade coletiva e o princípio de segurança jurídica; iii) a garantia de prazo razoável e a efetividade do processo administrativo; e iv) a aplicação dos preceitos jurídicos anteriores ao caso concreto. Finalmente, a Corte analisará: v) a alegação sobre o descumprimento do dever de adotar disposições de direito interno, estabelecido no artigo 2º da Convenção Americana.

A princípio, a Corte lembrou o entendimento já consolidado na jurisprudência interamericana no sentido de que os povos indígenas possuem direito a mecanismos administrativos efetivos para promover a proteção seus direitos territoriais. Somente por meio desses mecanismos é solidificado o reconhecimento da titulação, demarcação e delimitação de suas propriedades. Portanto, tais procedimentos devem observar no devido processo legal, consagrado no ordenamento jurídico interno, bem como nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

Nesse sentido, a Corte reiterou o que já havia manifestado no Caso da Comunidade Indígena Yakyé Axa vs Paraguai (2005), ao afirmar ser indispensável “que os Estados ofereçam uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades e suas características econômicas e sociais, além de sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.”

Dito isso, o Tribunal utilizou quatro elementos para avaliar se o Estado brasileiro cumpriu ou não com a garantia do prazo razoável no que se refere ao procedimento demarcatório e à desintrusão dos territórios, visando assegurar o devido processo legal consagrado no artigo 8º da Convenção Americana.

Como primeiro elemento, foi considerada a complexidade da matéria. A Corte entendeu que os direitos do povo Xukuru sobre seus territórios não eram objeto de controvérsia, uma vez que o território já se encontrava demarcado. Nesse caso, concluiu-se que o Estado não demonstrou os motivos de complexidade que

justificariam o atraso na conclusão da titulação, desde a efetiva demarcação, em dezembro de 1998, até novembro de 2005. Ademais, destacou que a “ação de suscitação de dúvida”, promovida pelo oficial do cartório, não demonstrava qualquer complexidade ou fatos novos que já não tivessem sido discutidos juridicamente anteriormente, seja pela Constituição Federal, seja pelo Decreto 1.775 de 1996.

Por outro lado, o Tribunal reconheceu a complexidade da desintrusão dos territórios indígenas, considerando a dimensão do território e a quantidade e perfis de terceiros não indígenas. Apesar de ser tratar de um procedimento complexo e custoso, especialmente diante da necessidade de indenização por benfeitorias de boa-fé e da quantidade de pessoas envolvidas, o cadastro de ocupantes não indígenas demorou dezoito anos. Em audiência pública, o Estado afirmou que o pagamento das indenizações foi interrompido em razão de problemas na documentação dos beneficiários e por questões orçamentárias. No entanto, não apresentou justificativa concreta acerca da dificuldade da desintrusão do território Xukuru que pudesse explicar a demora de vinte e oito anos para a conclusão – sendo dezenove anos sob a competência da Corte.

No que se refere à conduta das autoridades estatais, a Corte entendeu que “têm o dever de guiar e conduzir o procedimento judicial [ou administrativo], a fim de não sacrificar a justiça e o devido processo em prol da formalidade” (Corte, 2018, p. 37). Observou-se uma série de ocasiões em que foram ausentes o impulso processual por parte das autoridades competentes. Desse modo, embora a homologação presidencial do território demarcado tenha ocorrido em 2001, a solicitação do registro de propriedade foi impugnada pelo Registro de Imóveis de Pesqueira em 2002, o que acarretou uma demora adicional de quatro anos, mesmo inexistindo complexidade que a justificasse. Nesse viés, tanto na demora da titulação das terras quanto na demora desintrusão, o Tribunal considerou o atraso diretamente imputável às autoridades estatais em suas atividades processuais.

Portanto, para a definição da razoabilidade do prazo, é imprescindível considerar o dano decorrente da prolongada duração do procedimento em questão. Nesse contexto, o Tribunal estabeleceu, no Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia (2016, par. 288), que quando o decurso do tempo puder provocar um dano autônomo, o procedimento deve seguir com maior diligência. Depreende-se, assim,

que houve elementos suficientes para concluir pelo atraso excessivo do processo administrativo, especialmente no que tange a homologação, titulação e desintrusão do território Xukuru, configurando violação ao direito à garantia do prazo razoável do processo, definido no artigo 8.1 da Convenção e no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que define: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Na petição dos representantes, foi afirmado que as falhas estatais acima demonstradas provocaram uma situação de insegurança, tensão e violência, causando danos à saúde e integridade pessoal do povo. Segundo os representantes, houve violação do artigo 5.1 da Convenção Americana, o qual dispõe “Toda pessoa tem o direito que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, demonstrando violada, uma vez que “decorre da natureza dos danos sofridos [pelo povo Xukuru]: assassinatos, hostilidade e outras tensões e violências, além de processos recorrentes de criminalização”. Por outro lado, o Estado sustentou que do Relatório de Mérito, não se depreende com clareza o fato que teria ensejado a violação do direito à integridade pessoal, uma vez que a violação da propriedade coletiva não se correlaciona diretamente com a suposta violação à integridade pessoal.

A Corte considerou que, embora seja possível concluir que o povo Xukuru estava submetido a um contexto de tensão e violência, marcado por assassinatos de representantes indígenas e defensores de direitos humanos, a argumentação do Relatório de Mérito não foi suficiente para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado. Ademais, a partir das alegações dos representantes, não foram apresentadas evidências suficientes que demonstrassem um dano irreparável à integridade psíquica e moral do povo. Dessa forma, não foi possível concluir que o Estado violou o direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana.

No entanto, cumpre destacar observações importantes extraídas da sentença. Em primeiro lugar, a violação do direito à integridade física e psíquica deve ser analisada à luz das características pessoais da suposta vítima, uma vez que elas influenciam a percepção da realidade que o indivíduo está submetido, tornando-o único. Ainda, no contexto dos líderes indígenas e membros que atuam na defesa dos

direitos humanos, a Corte ressaltou que, em determinadas circunstâncias, o Estado tem o dever de adotar todas as medidas necessárias e razoáveis para proteger o direito à integridade de pessoas em situação de vulnerabilidade, principalmente quando houver possibilidades reais de prevenir ou evitar o risco relacionado a elas. Isso porque se entende que a defesa dos direitos humanos somente pode ser livremente exercida quando tais representantes não sejam vítimas de ameaças e agressões. Nesse viés, prossegue:

“Por sua vez, os Estados devem facilitar os meios necessários para que as pessoas defensoras de direitos humanos ou que exerçam uma função pública na qual se encontrem ameaçadas, ou em situação de risco, ou que denunciem violações de direitos humanos, possam desempenhar livremente suas atividades; proteger essas pessoas quando sejam objeto de ameaças para evitar atentados a sua vida e integridade; criar as condições para a erradicação de violações por parte de agentes estatais ou de particulares; abster-se de impor obstáculos que dificultem a realização de seu trabalho e investigar séria e eficazmente as violações cometidas contra elas, combatendo a impunidade.” (Corte IDH, 2018, p.45)

Nesse contexto, as lutas pelo território foram marcadas por violências de agentes estatais e particulares ao povo Xukuru com o objetivo da manutenção da propriedade privada e atendimento das demandas nos termos da ordem econômica vigente. Assim, o direito de uso e gozo da propriedade tornou-se o foco da discussão na Corte IDH, que teceu considerações relevantes sobre a compreensão do instituto da propriedade coletiva, amplamente consolidada na jurisprudência interamericana, em contrapartida com as limitações definidas no direito interno brasileiro.

Nesse sentido, a Corte recorda o artigo 21 da Convenção Americana que trata do direito à propriedade privada.

Artigo 21.1 Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.  
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

Embora o dispositivo se trate, a princípio, do direito à propriedade em sua concepção clássica, a jurisprudência da Corte estabelece que a tradição comunitária de vínculo com o território deve receber igual proteção do artigo 21, como é evidenciado em precedentes similares submetidos ao Sistema Interamericano, como Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, Caso da

Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai e Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname.

Nessa senda, compreende-se que o vínculo estreito que os povos indígenas mantêm com as terras, com os recursos naturais e com os elementos imateriais dela provenientes são fundamentais para a existência desses povos. Dessa forma, o direito de uso e gozo de bens varia da cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, de modo que a tradição comunitária concebe a posse pertencente em um grupo ou comunidade, não em um indivíduo.

Nesse sentido, desconsiderar a possibilidade de uso e gozo de bens através da perspectiva comunal, com objetivo de uniformizar todas as experiências de direito à propriedade, significaria seguir impondo uma realidade hegemônica em um mundo mais diverso do que aquele concebido pelas teorias clássicas de propriedade. Nesse sentido, reconhecer o direito o uso e gozo de bens, tendo em vista a cultura de cada povo, é o caminho para a proteção de direitos coletivos, como direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros.

Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros. (Corte IDH, 2018, p.29)

Além do que dispõe o artigo supracitado, a Corte reitera que o dever de proteção do direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais advém das normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como os direitos reconhecidos pelos Estados no direito interno e demais instrumentos de proteção internacional, evidenciando um *corpus juris* que determina responsabilidades dos Estados-partes na Convenção Americana.

Portanto, a Corte ressalta que, para a adequada análise do alcance do artigo 21 da Convenção Americana, no presente caso, devem ser observadas as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29.b da Convenção, a especial relação de interdependência da propriedade coletiva das terras para os povos indígenas, bem

como a conduta estatal voltada a tornar plenamente efetivos esses direitos. Esses requisitos também foram ressaltados para o julgamento dos casos Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua e Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai.

Ao recordar a jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, o Tribunal afirmou que não se trata de um privilégio de usar a terra, mas do direito à titulação de território, com objetivo de assegurar o uso e gozo permanentes. Nesse sentido, a ausência de delimitação e demarcação efetiva, por parte do Estado, quanto aos limites dos territórios que subsiste direito de propriedade coletiva, gera um estado de incerteza constante, pois as pessoas desconhecem o limite geográfico de usufruto livre dos respectivos bens.

Não é suficiente, contudo, o reconhecimento abstrato ou meramente jurídico das terras, pois a delimitação e demarcação física à propriedade é o que concretiza uso e gozo pacífico da propriedade coletiva. Assim sendo, a concessão de título formal de propriedade coletiva, ou outra forma de reconhecimento estatal, promove a efetiva segurança jurídica à posse indígena frente à ação de terceiros e até mesmo de agentes estatais. Assim sendo, sobre o princípio da segurança jurídica e o caso em questão, a Corte ressalta:

“Esse princípio garante, entre outros aspectos, estabilidade nas situações jurídicas, e é parte fundamental da confiança do cidadão na institucionalidade democrática. Essa confiança é um dos pilares essenciais sobre os quais reside um Estado de Direito, desde que se fundamente em uma real e efetiva certeza dos direitos e liberdades fundamentais [...] Em contraposição, a falta de segurança jurídica pode se originar em aspectos legais e administrativos, ou em práticas estatais que reduzam a confiança pública nas instituições (judiciais, legislativas ou executivas), ou no gozo dos direitos ou obrigações reconhecidos por meio daquelas, e impliquem instabilidade quanto ao exercício dos direitos fundamentais e de situações jurídicas em geral”

Nessa senda, a Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, Vitoria Tauli-Corpuz (Comissão, 2015) afirmou que a garantia do uso e o gozo do direito da propriedade coletiva exige diligências estatais, de forma a não permitir a interferência externa sobre os territórios tradicionais, devendo o Estado eliminar qualquer tipo de interferência, através da desintrusão dos não indígenas. Ressalta-se que a desintrusão não se refere somente à retirada de terceiros de boa-fé ou de ocupantes ilegais, mas abrange a garantia da posse pacífica, ausente de vícios ocultos. A Corte, nesse sentido, prossegue afirmando:

Caso isso não se verifique, para a Corte é claro que o direito de propriedade coletiva não foi garantido por completo. Assim, a Corte considera que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem segurança jurídica e proteção a esse direito (Corte, 2018, p. 02).

Apesar disso, a Corte relembra que não se deve presumir que, em todos os casos que tratar de conflitos territoriais particulares ou estatais e de membros das comunidades indígenas, prevalecerá, necessariamente, o direito dos povos indígenas. Ao contrário, reitera que tanto a propriedade privada dos particulares quanto a propriedade coletiva dos membros das comunidades indígenas são igualmente protegidas pelo artigo 21 da Convenção Americana. Diante de um conflito real ou aparente entre propriedade coletiva indígena e propriedade privada particular, é necessário:

“[...] avaliar caso a caso a legalidade, a necessidade, a proporcionalidade e a consecução de um objetivo legítimo numa sociedade democrática (utilidade pública e interesse social), para restringir o direito de propriedade privada, por um lado, ou o direito às terras tradicionais, por outro, sem que a limitação a esse último implique a denegação de sua subsistência como povo. O conteúdo de cada um desses parâmetros foi definido pelo Tribunal em sua jurisprudência” (Corte IDH, 2018, p.33)

No que se tange à ponderação de direitos, por vezes necessário no processo de reconhecimento, demarcação e titulação dos direitos territoriais, bem como à desintrusão uma vez reconhecidos os direitos de propriedade coletiva, a Corte constatou que, no Brasil, tal ponderação não se faz necessária. Isso decorre da disposição do artigo 231 Constituição Federal de 1988, bem como da interpretação do Supremo Tribunal Federal, que asseguram a preeminência do direito territorial sobre o direito à propriedade privada quando estabelecida a posse história e os laços tradicionais do povo indígena com o território, conforme demonstrado em precedentes como: Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, Ação Popular, 2009; Mandado de Segurança 21575 de 1994; ADI 1512/RR de 1996; Questão de ordem na ação cível originária 312/BA 2002; Mandado de Segurança 23862/GO 2004. Ademais, a Corte destacou que a titulação no Brasil possui caráter declaratório, o que contribui para a proteção do território, configurando etapa relevante na garantia do direito de propriedade coletiva.

Nesse viés, a principal controvérsia do caso reside nas ações executadas pelo Estado e a morosidade na resolução de demandas judiciais interpostas por terceiros não indígenas, que por sua vez provocaram um verdadeiro desafio à segurança

jurídica ao direito à propriedade coletiva. Desse modo, a declaração a Relatora Tauli-Corpuz salientou que um dos impactos negativos decorrentes da ausência de regularização de territórios indígenas é a formação de um ambiente de tensão e violência.

Diante da conclusão de que não foi respeitado o princípio da duração razoável do processo, a Corte ressalta que a pendência relativa à conclusão das duas etapas finais do processo demarcatório, ou seja, a homologação presidencial e o registro da terra indígena no Cartório de Registro de Imóveis, não necessitava de trabalhos de campo ou procedimentos complexos que pudessem justificar a demora excessiva.

Assim, ação de suscitação de dúvida e consequente negativa do oficial do cartório em prosseguir com o registro evidenciam uma limitação do Direito Privado nacional, que impede o registro da propriedade coletiva. O registro, realizado somente em 2018, não produziu o efeito esperado do povo poder reclamar da titularidade da coisa de quem a detém injustamente, tendo em vista que persistem intrusos no território indígena. Ao contrário, observou-se a utilização oportunista de ações judiciais, fundamentadas no direito individual de propriedade, para assegurar a permanência de terceiros não indígenas no território já demarcado (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 9).

Assim sendo, foram ainda propostas duas ações, de reintegração de posse e a ordinária movidas por não indígenas, razão pela qual a Corte afirmou veementemente que tais demandas “tiveram um impacto direto no direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru” (Corte IDH, 2018, p. 157).

Para a Corte, embora o Estado possua o dever de disponibilizar esse tipo de recurso, a “excessiva demora na tramitação e resolução dessas ações provocou um impacto adicional na frágil segurança jurídica do povo Xucuru em relação à propriedade de seu território ancestral”. Nesse sentido, a Corte constatou que a lenta e incompleta desintrusão dos territórios foi um dos fatores que permitiram a permanência dos ocupantes não indígenas, gerando tensão e violência entre eles e os indígenas. Nesse viés, sobre a ação rescisória relativa à Aldeia Caípe, da família Didier, a Corte IDH fundamentou:

158. A ação de reintegração de posse interposta em 1992 somente chegou a uma decisão definitiva em 2014, quando adquiriu força de coisa julgada (par. 83 supra), isto é, 22 anos depois de sua interposição e 16 anos depois do reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Brasil. Essa ação tem impacto em 300 hectares do território Xucuru e pode ser executada a qualquer momento, sem prejuízo da excepcionalíssima ação rescisória apresentada pela FUNAI em 2016 (par. 84 supra). Por outro lado, a segunda ação, interposta em 2002, pretendia a anulação do processo administrativo e só chegou a uma resolução de mérito em 2012, sendo que ainda continuam pendentes recursos ante tribunais superiores.

Dada a fundamentação baseada na própria jurisprudência, a Corte decidiu:

193. A Corte determinou na presente Sentença que o processo de titulação e demarcação do território indígena Xucuru foi concluído no ano de 2005, com o registro dessa propriedade no Registro de Imóveis da municipalidade de Pesqueira (par. 79 supra). [...] **a Corte dispõe que o Estado deve garantir de maneira imediata e efetiva o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre a totalidade de seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso e o gozo de seu território.** [...]

195. Com respeito à sentença de reintegração de posse favorável a Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Barros Didier, caso a negociação em curso informada pelo Estado, para que recebam uma indenização por benfeitorias de boa-fé [...] 197. [...] não prospere, conforme a jurisprudência da Corte, o Estado deverá avaliar a possibilidade de sua compra ou a expropriação dessas terras, por razões de utilidade pública ou interesse social.

Nesse sentido, infere-se que, a partir da conclusão do processo declaratório de demarcação do território em 2005, não se pode extrair da sentença a conclusão de que parte do território poderia permanecer sob posse de terceiros não indígenas (Nóbrega, 2023, p. 50).

161. embora seja certo que o processo administrativo em suas diversas etapas se encontra estabelecido na legislação brasileira, fica evidente que não surtiu os efeitos para os quais foi concebido, isto é, garantir que o povo Xucuru tenha confiança plena de exercer pacificamente seus direitos de uso e gozo de seus territórios tradicionais.

Até o momento da sentença, passado dezenove anos, apenas seis ocupantes não indígenas ocupam no território Xucuru, e quarenta e cinco ex-ocupantes ainda não receberam indenização. No entanto, enquanto não for garantido ao povo a segurança jurídica para o pleno exercício do direito de propriedade coletiva, os órgãos e os poderes do Estado brasileiro não terão sido completamente eficazes na garantir desse direito (Corte IDH, 2018, p. 161): “[...] a inefetividade do processo implicou um agravo direto ao direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru. Desse modo, a

Corte considera que a violação desse direito ocorre ao não ser ele garantido efetivamente e ao não se prover segurança jurídica”.

Por fim, a Corte IDH ressaltou expressamente o dever das autoridades estatais brasileiras de exercer o controle de convencionalidade, a fim de assegurar a aplicação do precedente na interpretação da legislação nacional, considerando o compromisso internacional assumido pelo Estado. Nas palavras da sentença do Caso Xukuru vs Brasil:

A Corte indicou que o artigo 2 da Convenção contempla o dever geral dos Estados-Partes de adaptar seu direito interno às suas disposições para garantir os direitos nela consagrados. Este dever implica a adoção de medidas em dois aspectos: de um lado, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação das garantias previstas na Convenção; por outro lado, a emissão de regulamentos e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das referidas garantias. Precisamente, no que diz respeito à adoção de tais medidas, esta Corte reconheceu que todas as autoridades de um Estado-Parte da Convenção têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade, de modo que a interpretação e aplicação do direito nacional seja compatível com o direito 51 internacional e com as obrigações do Estado em matéria de direitos humanos (STF, 2022).

Diante disso, percebe-se que a comprovação de que o território pertencia ao povo Xukuru, por meio da demarcação do reconhecimento e delimitação da terra, não foi suficiente para garantir a posse pacífica e permanente do território, como previsto o artigo 231 da Constituição Federal de 1988 e a extensa jurisprudência da Corte IDH. Torna-se necessário, portanto, reconhecer os preconceitos estruturais presentes em um contexto de territorialização, que se consolidaram a partir dos sentimentos de pertencimento e lealdade às memórias do povo como uma prática social efetiva (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 10)

Diante dos fatos acima expostos, a Corte determinou que o Brasil deveria adotar, de forma mais breve possível, as medidas necessárias para reparar os direitos violados, de modo a assegurar o direito de propriedade coletiva e posse do povo Xukuru às suas terras. Evidentemente, a sentença por si mesma revela as formas de reparação, no entanto, a Corte ainda fixou as seguintes obrigações:

**8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano**, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença. **9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do**

**território indígena Xukuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes** e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xukuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença. 10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos. 11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. (Corte IDH, 2018)

O efetivo cumprimento dos compromissos internacionais, entre outros fundamentos, decorre do princípio do *pacta sunt servanda* (Moreira, 2015, p. 226). Nos termos do artigo 65 da CADH, o descumprimento de decisões da Corte pode ensejar na inclusão do caso no relatório anual da Corte IDH e ser encaminhado à Assembleia Geral da Organização. Evidentemente essa atitude representa, dentre outros prejuízos, um constrangimento político-institucional do Estado nacional no plano internacional (Padro Junior, 2022, p. 560).

#### 4 IMPLEMENTAÇÃO DA SENTENÇA NO DIREITO INTERNO: DIÁLOGOS TRANSCONSTITUCIONAIS

Depreende-se da sentença proferida que não basta a previsão no ordenamento jurídico interno sobre os processos de titulação, delimitação, demarcação e desintração de territórios indígenas, mas que tais instrumentos sejam efetivamente viabilizados, implicando na adoção de procedimento célere e capaz de regularizar as terras indígenas, permitindo que sejam usufruídas de forma pacífica. A Corte reiterou, ainda, que a situação em análise não se limita apenas à titulação formal da propriedade, mas exige a adoção de esforços necessários para realizar a desintração dos não indígenas que estejam ocupando o território (Corte IDH, 2018).

Ao aprofundar a compreensão sobre o conceito da propriedade, a Corte enfatizou, em diferentes momentos, a noção de “posse tranquila”, na expectativa de sustentar um cotidiano livre de ameaças e de violação ao exercício das tradições e dos modos de vida indígena. Contudo, embora a Comissão e a Corte tenham construído uma solução voltada à proteção do povo Xukuru, e obtido sucesso em certa medida, cumpre reconhecer que a decisão ainda é reflexo de uma “hegemonia unilateral”. Não foi devidamente considerado como relevante e definidor do direito o conhecimento indígena sobre a condição de ancestralidade das terras, em uma tese que poderia caminhar rumo ao pluralismo identitário (Lima Júnior; da Cunha, 2022, p.16-17).

Nesse contexto, a sociedade contemporânea revela a irreversibilidade de fenômenos como a globalização e a desterritorialização. A nova ordem global é marcada pela construção de ordenamentos jurídicos gerados à margem do monopólio estatal, diante de novos fluxos transnacionais. Assim, torna-se evidente que o direito não se constrói submetido apenas ao Estado e os meios tradicionais de produção legislativa (Caletti, 2015, p. 6-8). Dessa forma, as relações policêntricas passam a desenvolver racionalidades complexas, o que impõe às ordens jurídicas a produção de uma racionalidade transversal (Neves, 2012, p.256-258).

Essa compreensão assume especial relevância quando se trata de um problema jurídico constitucional que envolva a aplicação de direitos fundamentais e humanos. Para Marcelo Neves (2012, 256-258), a racionalidade transversal é

elaborada com vistas a um diálogo entre tribunais (ou órgãos decisórios) em uma perspectiva transconstitucional. Essa abordagem implica reconhecer que a imposição de uma única ordem jurídica para resolução do conflito pode ensejar na violação de outra ordem, igualmente competente para apreciar e decidir sobre o caso concreto.

Nesse sentido, a solução adequada demanda a integração da experiência normativa indígena e não indígena, considerando que se tratam de formas de vida pautadas em valores distintos, segundo os quais os próprios julgadores não possuem compreensão suficiente para elaborar a racionalidade transversa da forma necessária (Lima Júnior; da Cunha, 2022, p. 17-18; p.21). Nesse sentido, essa matéria de direito, além de ter sido analisada sob perspectiva do direito interno e dos tratados de direitos humanos, o direito tradicional e costumeiro dos indígenas também possui tamanha essencialidade à resolução do conflito, além das considerações daqueles especializados no tema (Lima Júnior; da Cunha, 2022, p.18).

Ao contrário, observa-se que a forma de vida indígena é sistematicamente menosprezada como fonte de informação relevante para as decisões judiciais. Sob essa perspectiva, invisibilizar a memória oral, não reconhecer a personalidade jurídica de uma identidade social e criminalizar lideranças indígenas que lutavam pela demarcação constituem atos anti-indígenas, que não coincidem com as reais particularidades da categoria social ora limitada (Lima Júnior; da Cunha, 2022, p.16-17). Além disso, na Carta da 8ª Assembleia do Povo Xukuru (2008), escrita como um manifesto desse povo, expõe que o processo de demarcação não é compartilhado, de modo que a decisão é submetida tão somente aos procedimentos conduzidos pelo Estado.

Diante do exposto, revela-se fundamental compreender a análise do caso sob uma visão decolonial, tendo em vista que o avanço promovido pelos sistemas regionais e internacional de direitos humanos é fundamental, mas não esgotável. Nesse viés, a pretensão de universalidade sem recorte, baseada na relação antropocêntrica de pessoa humana individual impõe limites, na medida em que as noções de reciprocidade e solidariedade em uma perspectiva racial garantem o desfecho da condição de subalternidade do modo de vida indígena (Lima Júnior; da Cunha, 2022, p.20-22).

Nesse viés, as professoras Flavianne Fernanda e Bitencourt Nóbrega e Camilla Montanha (2021), em pesquisa apresentada durante o seminário promovido pelo Instituto de Max Planck de Direito Comparado e Internacional, na Alemanha, propuseram a análise decolonial do caso Xukuru Vs Brasil a partir das limitações impostas pelos institutos tradicionais de posse e propriedade aplicados às normas de proteção aos povos indígenas no Brasil.

Evidenciou-se que o principal entrave à conclusão do processo de demarcação e, por consequência, à efetiva proteção do território, reside no fato de este se desenvolver sob uma estrutura jurídica monocultural, eurocêntrica e individualista, fundada em noções excludentes de propriedade e de povo, que desconsidera a identidade pluralista dos povos originários na elaboração e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 9).

#### 4.1 A INTERAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS

A compatibilização entre a jurisdição nacional e internacional encontra previsão nos próprios tratados internacionais de direitos humanos, com a finalidade de assegurar a plena realização do objeto e propósito definidos. No que se refere à admissibilidade de comunicações ou denúncias de violações de direitos humanos, exige-se o esgotamento dos recursos internos, de acordo com a Convenção. Entretanto, a jurisprudência internacional tem relativizado essa regra, substituindo-a pela análise da eficácia dos recursos internos de proteção. Assim, avalia-se a negligência ou a tolerância por parte do poder público diante das violações de direitos humanos. Esse entendimento diz respeito não somente à prevenção das violações, mas também à garantia de celeridade na reparação de danos (Trindade, 1999).

Nesse sentido, com intuito de prevenir possíveis conflitos, os tratados de direitos humanos dispõem de cláusulas de derrogações, utilizadas em situações de estados de exceção, desde que observados princípios que visam afastar o abuso de poder. Outra modalidade prevista é a formulação de reservas, admitidas em alguns tratados de direitos humanos. Contudo, essa opção é objeto de intenso debate e controvérsia na doutrina, tendo em vista que não concilia com a noção de garantia

coletiva ao incorporar noções de caráter contratualista e individualista, como se tratasse de direitos do Estado – e não de direitos do ser humano (Trindade, 1999).

De todo modo, a grande questão da atualidade, segundo o jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, que integrou a Corte IDH, reside na execução de sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos. No âmbito da Corte Europeia, que constitui numerosos casos de execução de suas sentenças pelos Estados Partes da Convenção Europeia, o Comitê de Ministros possui papel relevante. Por outro lado, a experiência da Corte Interamericana, embora mais recente, mostra-se positiva, considerando que, em regra, as sentenças são cumpridas (Trindade, 1999).

No entanto, ainda é necessário que os Estados Partes se comprometam com a criação de estruturas específicas no âmbito interno destinadas ao cumprimento das sentenças proferidas. Segundo o jurista, um órgão como o Comitê de Ministros do sistema europeu não seria a solução mais adequada na Corte IDH, tendo em vista que, acima de tudo, trata-se de um órgão de composição política. Nesse panorama, países como Peru, Argentina e Colômbia são alguns dos poucos Estados que estabeleceram mecanismos voltados à indenizações às vítimas de violações de direitos humanos e ao fiel cumprimento das decisões de órgãos de proteção internacional cuja jurisdição estão submetidos. Tais mecanismos legislativos têm suas particularidades e desafios referentes a cada Estado, no entanto, representam um avanço na consolidação do sistema regional de proteção. Enquanto isso, a grande maioria dos Estados Parte da Convenção Americana não tomou providências legislativas ou de outra natureza, razão pela qual o acatamento de tais decisões judiciais pelos Estados deve, sobretudo, à boa-fé e lealdade processual (Trindade, 1999).

Nessa senda, a evolução contemporânea da proteção dos direitos humanos deve-se, principalmente, à emancipação de dogmas do passado, de modo que promova uma “mudança fundamental de mentalidade”. Deve-se considerar, de forma sistemática, que os ordenamentos internacional e nacional formam “todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos” (Trindade, 1999, p.2).

#### 4.1.1 O Controle de convencionalidade relativo ao caso

O artigo 4º, inciso II da Constituição Federal inaugura a adoção do “princípio da prevalência dos direitos humanos” como finalidade da República brasileira. Como já demonstrado, isso representou o ressurgimento e uma nova faceta do Brasil no cenário internacional, após duas décadas de período ditatorial. Sendo assim, parte-se da premissa que o Estado brasileiro não apenas priorizou a participação na elaboração e deliberação das normas de proteção aos Direitos Humanos no âmbito internacional, mas principalmente sujeitou seus comportamentos ao regramento, voluntariamente escolhido (Caletti, 2015, p. 2).

De forma complementar, a cláusula aberta material do artigo 5º, §2º/CF demonstra que o constituinte escolheu pelo não esgotamento dos direitos fundamentais catalogados no texto constitucional, demonstrando-se receptivos às normas oriundas de tratados ratificados pelo Estado brasileiro (Caletti, 2015, p. 3). Sobre a fundamentalidade material no direito constitucional positivo brasileiro é demonstrada por Ingo Sarlet (2012, p. 78-79):

Com a interação entre o direito internacional e o direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano

Não obstante, persiste relevante divergência doutrinária quanto à hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam de modo diverso: (a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; (b) a hierarquia constitucional; (c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e (d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal (Piovesan, 2008, p. 12). Com intuito de responder tais controvérsias, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, introduziu o parágrafo 3º ao artigo 5º, estabelecendo que aos tratados e as convenções de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, em votação de dois turnos, por três quintos de seus membros, terão equivalência às emendas constitucionais (STJ, 2019).

Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

No julgamento do Recurso Extraordinário nº466.343-SP, com repercussão geral (Tema 60), o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, e que não foram aprovados com o quórum previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição, como é o caso do Pacto San José, possuem natureza jurídica de normas supralegais. Dessa forma, tais tratados têm o poder de paralisar a eficácia de normas infraconstitucionais eventualmente conflitantes com seu conteúdo (STJ, 2019).

Ao aplicar a categoria de supralegalidade a tais normas, elas passam a ser submetidas a um plano de paralegalidade, como se os tratados de direitos humanos ratificados sob essa condição estivessem desvinculados do ordenamento jurídico brasileiro aplicável (Caletti, 2015, p. 5). Ressalta-se que a supralegalidade possui relação direta com o artigo 27 da Convenção de Viena (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 7.030/09), segundo o qual “Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Flávia Piovesan, no entanto, reitera que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, devem ser considerados materialmente constitucionais. Para a autora, restringir o reconhecimento apenas aos tratados aprovados com o quórum qualificado previsto no §3º significaria propiciar a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no direito interno, contrariando a hermenêutica emancipatória dos direitos humanos que privilegia a lógica material, e não formal. Assim sendo, a interpretação constitucional deve ser priorizada sob lógica material, orientada por valores, principalmente o da dignidade humana. Segundo ela, esse entendimento decorre de quatro argumentos:

- (a) interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; (b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; (c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e (d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro (Piovesan, 2008, p.13).

A autora demonstra que o novo dispositivo ensejou o reconhecimento de um regime jurídico misto, que diferencia os tratados de direitos humanos dos tratados de natureza comercial ou econômica. Essa diferenciação revela uma sistemática normativa de proteção de direitos fundamentais, conjugada com a interação do Direito Internacional e o Direito Constitucional Interno. Tal interação, segundo Piovesan (2008), consolida um processo de internacionalização do Direito Constitucional, bem como o de constitucionalização do Direito Internacional. Diante disso, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, avançar na defesa da força normativa constitucional desses tratados, com o fito de garantir o máximo de efetividade à dimensão material mais relevante da Constituição: os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade configura-se como ferramenta essencial para que os Estados cumpram com a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno. Entende-se que o quórum previsto no §3º do artigo 5º da Constituição constitui um parâmetro relevante, inclusive, para o exercício do controle jurisdicional concentrado de convencionalidade. Todavia, a forma difusa do controle de convencionalidade já integrava o ordenamento jurídico brasileiro desde o texto constitucional de 1988, tendo sua efetividade reafirmada no Recurso Extraordinário nº 466.343 ora mencionado (Caletti, 2015, 5-6).

Mazuolli (2011, p. 73) afirma que a Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados com quórum qualificado, adquirir o *status* formal de tratados “equivalentes às emendas constitucionais” inaugurou, no direito interno, uma nova modalidade de controle normativo: o controle de convencionalidade das leis. Considerando que os tratados de direitos humanos possuem natureza materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), conclui-se que o tradicional controle de constitucionalidade deve coexistir com o controle de convencionalidade das leis. Ou seja, a finalidade é assegurar o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, por meio da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país.

Tratando-se de um mecanismo processual de efetivação dos direitos humanos, impõe-se aos tribunais e juízes a comparação da compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos. Esse controle se dá tanto pela via concentrada, através do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais de justiça dos estados, tanto pela difusa, por meio da atuação do judiciário no exercício de sua competência na aplicação desses tratados. Assim sendo, pretende-se afastar a validade das normas do direito interno incompatíveis com os tratados internacionais (Calleti, 2016, p. 11-12). Essa verticalidade encontra fundamento na aceitação da competência da Corte IDH, formalizada pelo artigo 7º do ADCT da CF/88, de eficácia limitada. Por conseguinte, é legítima a realização do controle de convencionalidade difuso, considerando que o Estado brasileiro é signatário da CADH desde 1992, além de outros tratados internacionais do sistema regional, tendo reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte desde 1998 (Nóbrega, 2023, p. 43)

A partir desse panorama, constata-se que a verificação da compatibilidade da lei com o texto constitucional deixou de ser o único critério de validade no ordenamento jurídico interno. A validade normativa, portanto, apenas se concretiza após a comparação com o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Na ausência do efetivo controle de convencionalidade, além de demonstrar a negligência estatal quanto à obrigação de assegurar a eficácia dos direitos humanos, revela a adoção de um caminho nocivo traçado pelo Estado brasileiro em direção à prática de ilícitos internacionais (Calleti, 2016, p. 11-12).

Nesse viés, o controle de convencionalidade foi inaugurado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Na ocasião, a Corte recomendou que o Chile realizasse o efetivo controle de convencionalidade diante da incompatibilidade entre a legislação interna e a norma internacional ratificada. O precedente evidenciou que não apenas os juízes e tribunais estão obrigados à aplicação das normas de matriz internacional, mas também os órgãos jurisdicionais a eles submetidos, tendo em vista que integram o aparato estatal e devem estar protegidos contra eventuais normas internas violadoras da ordem internacional de proteção aos direitos humanos (Calleti, 2016, p. 13). Vejamos:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas **quando um Estado ratifica um tratado**

**internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos.** Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A partir de então, é constatada a necessidade de concretização da obrigação estatal mediante a conformidade da produção legislativa e das práticas nacionais com o estabelecido na Convenção Americana, bem como com a jurisprudência da Corte IDH. Essa obrigação é extraída diretamente do artigo 2º da Convenção Americana, que assim dispõe:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno  
Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Essa obrigação também se combina com o artigo 74.2, que trata do depósito dos instrumentos de ratificação da CADH, e é reforçada pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece expressamente a impossibilidade de um Estado nacional invocar as disposições do seu direito interno para abster-se do cumprimento de obrigações assumidas no âmbito internacional.

Nesse viés, a jurisprudência interamericana também constitui um parâmetro a ser observado pelos Estados signatários, sendo importante considerá-lo sob perspectiva pragmatista. De acordo com os professores George Browne e Flavianne Nóbrega, a decisão de um tribunal internacional que reconhece a ocorrência da violação de direitos, com base em normas internacionais, configura-se como fato observável, capaz de orientar a resolução de casos internos por meio da lógica abdutiva. Essa lógica faz parte do pensamento pragmático, que se atém principalmente às consequências de um ato em determinada situação concreta, de forma que integre os possíveis efeitos ao próprio objeto em análise (Nóbrega, 2023, p. 41).

Desse modo, adotar o pensamento pragmatista no controle de convencionalidade, com vistas à efetivação dos Direitos Humanos, implica relacionar

os padrões normativos, que englobam o ordenamento constitucional e o SIDH, aos efeitos gerados por uma decisão judicial, verificando se tais consequências estão em conformidade com esses parâmetros. No caso em análise nesta pesquisa, percebe-se que a ausência de respostas coesas ao SIDH pelos órgãos internos do Sistema de Justiça brasileiro ocasiona na perpetuação de conflitos e na concretização de altos custos para o Estado e para sociedade. Ocorre que as consequências reais decorrentes da atuação e da omissão são extremamente relevantes e, por essa razão, a realização do controle de convencionalidade também constitui obrigatória às autoridades estatais e no exercício das funções essenciais ao funcionamento da justiça, independentemente da provocação pelas partes (Nóbrega, 2023, p.41-42).

De acordo com pesquisas apresentadas no Relatório de Monitoramento da sentença da Corte IDH sobre o Caso Xukuru Vs Brasil (2023), realizado pelo grupo de pesquisa e extensão SIDH/URPE, em coordenação com Flavianne Nóbrega, o controle de convencionalidade é concebido como “*stare decisis* interamericano”. Esse conceito foi extraído do direito estadunidense e transportado para o contexto latino-americano da seguinte forma:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em verdade, aplicou implicitamente a doutrina do *stare decisis* relacionada com o brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”, segundo a qual os precedentes firmados por um tribunal superior são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Trata-se de uma teoria típica dos sistemas tipicamente judicialistas, a noção de um precedente formal e verticalmente vinculante (Farias Ramires, p. 314.)

Os autores identificam a existência de dois institutos: a coisa julgada internacional e a coisa interpretada. Este último conceito enfraquece qualquer separação entre os tribunais nacionais e a Corte, à luz do princípio da subsidiariedade, extraído do artigo 46 e 68.1 da CADH, que confere a complementariedade jurisdição das Corte com os tribunais, e não a superioridade. Assim, exige-se o esgotamento dos recursos da jurisdição interna como condição para admissibilidade perante a Comissão, ao mesmo tempo em que se confere o efeito *erga omnes* às decisões da Corte, uma vez que os Estados partes da Convenção se vinculam ao cumprimento das decisões em todos os casos em que figurem como parte (Nóbrega, 2023, p. 42-3)

Nesse sentido, além do *stare decisis* interamericano ilustrar um caminho para a aplicação do controle de convencionalidade difuso, o constitucionalismo em rede, com suas dimensões verticais e horizontais, revela-se igualmente fundamental para tal finalidade. Esse conceito pode ser definido como:

O constitucionalismo em rede pode ser definido, portanto, como o processo pelo qual múltiplos atores, que se sujeitam a ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas jurídicos semelhantes, se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos (Mello; Faundes, 2019, p. 326).

Sendo assim, o constitucionalismo em rede parte da premissa de que o conteúdo da Constituição deve manter-se em consonância com o direito internacional e o direito comparado. A dimensão vertical do conceito diz respeito às interações entre as jurisdições nacionais com as normas, regulamentos, recomendações e jurisprudência oriundos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por sua vez, a dimensão horizontal refere-se ao exercício do direito comparado com vistas à cooperação e influência argumentativa entre múltiplos atores, de modo a possibilitar a complementação de “pontos cegos” das cortes nacionais (Varella, 2012, p. 216-220).

Ao contrário da Argentina, por exemplo, onde os juízes comumente observam e aplicam as normas, os entendimentos e as opiniões consultivas do Sistema interamericano no âmbito do direito processual civil, o Brasil ainda apresenta limitações na aplicação do controle de convencionalidade (Nóbrega, 2023, p. 44). Por essa razão, se faz necessário o progressivo aprofundamento do debate, especialmente no que se refere à aplicação da sentença exarada no caso *Xukuru vs Brasil*, a fim de viabilizar “um salte de uma unidade interpretativa para a pluralidade interpretativa no que tange aos direitos humanos” (Mello; Faundes, 2019, p. 328).

#### **4.1.2 TRF-5 e o filtro hermenêutico de direito à identidade cultural dos povos originários**

A decisão proferida no Caso *Xukuru e seus membros vs Brasil* concentrou-se no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, utilizando a interpretação extensiva do direito de propriedade para que seja interpretado também em seu sentido

coletivo, com vistas a abarcar os territórios ancestrais indígenas. Ao reforçar a sólida jurisprudência interamericana sobre propriedade coletiva das terras indígenas, destacou, sobretudo, que o direito à terra não se concretiza apenas mediante a possibilidade de uso e gozo, mas com a titulação dos territórios, de modo a assegurar o exercício da posse contínua, pacífica e ininterrupta (Nóbrega, 2023, p. 48).

Sabe-se que o instituto de propriedade coletiva não integra o sistema jurídico brasileiro no que se refere às terras indígenas, sendo assegurado expressamente somente às comunidades quilombolas, de acordo com o artigo 68 do ADCT. Apesar dessa limitação estrutural e dos desafios institucionais enfrentados, cumpre evidenciar os pontos de convergência já existentes no ordenamento jurídico interno, bem como aqueles passíveis à comparação convencional à luz da jurisprudência interamericana, com vistas ao aprofundamento do debate e maior efetividade na proteção desses povos (Montanha, Nóbrega, 2021).

A titulação dos territórios como forma de assegurar o exercício da posse são elementos definidos na própria Constituição Federal de 1988, a qual estabelece a primazia do direito de propriedade coletiva em relação à propriedade privada quando constatada a posse histórica e os critérios de tradicionalidade que configuram o direito originário dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais. Por conseguinte, essa lógica é reforçada ao reconhecer que a demarcação das terras possui natureza declaratória, e não constitutiva de direito. Assim, constata-se que o processo administrativo de identificação, delimitação, demarcação e titulação dessas terras é essencial para promover o uso e gozo pacífico dos territórios, ensejando na imprescindível desintrusão dos não-indígenas nessas terras (Nóbrega, 2023, p. 49-50).

Diante disso, torna-se essencial evidenciar que o direito humano à diversidade cultural forma um “filtro hermenêutico” para aplicação do artigo 21 da CADH e da jurisprudência interamericana acerca da propriedade coletiva. Esse filtro configura-se como direito-matriz, orientador da interpretação de todos os direitos dos povos indígenas. Conforme demonstrado na extensa jurisprudência da Corte IDH, trata-se de um marco para “interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades indígenas protegidas pela Convenção” (Mello, Faundes, 2019, p. 317-339).

Nesse sentido, a Corte IDH afirmou no caso *Xukuru vs. Brasil* (2018) que:

“[O Estado] deverá garantir aos membros da Comunidade que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional, conforme com sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas”. “[...] a Corte dispõe que o Estado deve garantir de maneira imediata e efetiva o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre a totalidade de seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso e o gozo de seu território [...] (parágrafo 188 e 193).

O direito à identidade cultural está intrinsecamente relacionado com à própria sobrevivência dos povos indígenas, constituindo base de suas religiosidades, culturas, e espiritualidades, em estreita interdependência com os territórios onde habitam. O alcance da proteção constitucional conferida nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988 converge com essa compreensão, alinhando-se com o filtro hermenêutico estabelecido pela Corte, o qual determina o direito à identidade cultural como vetor interpretativo de outros direitos (2019, p. 331-332). Na visão dos especialistas Juan Jorge Faundes e Patrícia Perrone Mello (2019), o filtro impõe uma interpretação sistemática e interconectada das garantias:

Pode-se, ainda, extrair da jurisprudência da Corte IDH a compreensão de que o [direito humano à identidade cultural] funciona como um filtro hermenêutico em matéria de direitos dos povos indígenas impondo uma interpretação sistemática e evolutiva de tais direitos, que inclui a recepção, pelo ordenamento doméstico, dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que os irradia a todos os âmbitos do ordenamento jurídico positivo, gerando uma resignificação do ordenamento infraconstitucional sobre a matéria e uma verdadeira recompreensão intercultural dos direitos fundamentais.

A importância desse filtro hermenêutico torna-se ainda mais evidente quando próprias decisões judiciais provocam a perda territorial, como por exemplo a procedência da ação de reintegração de posse ora mencionada. Considerando que a morosidade e os desafios institucionais no procedimento demarcatório das terras afetam o direito à vida desses povos, os especialistas apontam que a demarcação “integra o núcleo indisponível do direito à identidade cultural dos povos originários” (Faundes, Mello, 2019, p. 331-332).

Diante disso, a Corte incorpora a tradicionalidade da ocupação como manifestação da identidade coletiva e da cosmovisão relacionada aos recursos naturais, de modo que complementa a interpretação do artigo 21 da CADH no que concerne o direito à propriedade dos povos indígenas. A partir dessa concepção, é

estabelecida uma “ponte dialógica entre o direito interamericano com o direito brasileiro”, uma vez que a compreensão da Corte não conflita, ou se sobrepõe, ao disposto na Constituição brasileira. Pelo contrário, encontra-se convergência com o artigo 231 §1º, CF/1988 (Nóbrega, 2023, 45-46).

Em face do exposto, a sentença foi enfática ao demonstrar a urgência na remoção de terceiros do território para garantir o efetivo respeito à propriedade coletiva. Para tanto, detalhou a ação possessória e ação rescisória como fatos determinantes para a condenação do Brasil pela Corte. É necessário ressaltar que nos itens 193 e 195 da sentença foi imposto ao Estado brasileiro o dever de remoção de qualquer ameaça à posse permanente e ao usufruto exclusivo do território Xukuru, especialmente diante do procedimento administrativo de identificação e delimitação que já havia sido concluído (Nóbrega, 2023, p. 50).

Isso porque, após a formalização e conclusão do processo declaratório de demarcação do território indígenas, não é possível que o Estado alegue que parte dessas terras pertença a terceiro não indígena (Nóbrega, 2023, p. 50) As vias para aplicação desse entendimento são tanto pelo controle de convencionalidade quanto o controle de constitucionalidade. Desse modo, para o efetivo cumprimento da sentença da Corte IDH, é imprescindível que os processos judiciais ainda em curso, relacionados a essas terras indígenas, sejam concluídos, independentemente dos meios burocráticos empregados para tanto (Mendes, Moreira, Nóbrega, 2023, p. 16).

Assim sendo, em 2023 o CNJ realizou o mapeamento das ações judiciais relacionadas às terras indígenas Xukuru que ainda tramitam no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5). Foram identificadas seis ações, abrangendo desde reintegração de posse até pedido de anulação de demarcação das terras. O relatório demonstrou que quatro dessas ações ainda estavam na fase de conhecimento, duas na fase de execução e duas com baixa definitiva. Entre essas ações, a que merece maior destaque é a ação de reintegração de posse TRF-5 AC nº 178199-PE (0035132-79.1999.4.05.0000) que originou a ação rescisória nº 0801601- 70.2016.4.05.0000, referente à alegada propriedade privada da Fazenda Caípe, pela família Didier.

Esse caso tramitava no STJ desde fevereiro de 2020, por meio da Ação Rescisória de nº 6.706/DF, mas em 2022 o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

determinou a remessa dos autos para o TRF-5, para o processamento e julgamento da ação, diante da declaração de incompetência da Corte (STJ, 2023). Na Corte Regional, após as sessões de julgamento, foram proferidos 4 votos favoráveis aos indígenas e 3 desfavoráveis. Posteriormente, o julgamento foi ampliado para o colegiado de 24 desembargadores (Mendes, Moreira, Nóbrega, 2023).

Assim, os votos proferidos pelos desembargadores refletem a complexidade e as dissonâncias nos entendimentos sobre o caso. No exercício do controle de convencionalidade, merece então atenção aos votos exarados acerca da ação mencionada.

Em 09/08/2023, o Desembargador Frederico Wildson da Silva Dantas expressou que a decisão da Corte IDH existe e é relevante, mas não pode ser utilizada como fundamento para o julgamento da rescisória porque a decisão não tratou “nem poderia”, sobre o caso em concreto:

Peço vênia, outrossim, já que isso foi trazido na divergência, para me posicionar quanto à existência de uma condenação do estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] **Refleti sobre a matéria e a minha compreensão sobre o assunto é de que esta decisão, de fato, existe, e ela é relevante em muitas dimensões, mas não me parece que ela possa ser utilizada como um fundamento para o julgamento da rescisória seja no acolhimento ou na rejeição da rescisória. Em primeiro lugar, porque a decisão não tratou, nem poderia, da situação deste caso concreto.** O objeto do julgamento da Corte Interamericana, pelo o que entendi, foi saber se a ineficiência da União em assegurar o direito das comunidades indígenas, especificamente da comunidade Xucuru, resultou em uma violação aos direitos humanos dessas comunidades. A Corte Interamericana entendeu que sim; por isso, a condenação da União. **Esta Corte Regional, a meu ver, tem que julgar o caso que está em mesa; o que envolve a discussão que está aqui é o direito subjetivo das partes à proteção possessória, se há ou não esse direito subjetivo [...].**

Já o desembargador Paulo Cordeiro destacou o seguinte:

Fala-se que está ontologicamente firmada na personalidade do índio, do indígena, do íncola, essa necessidade de delibar. **Deve ser verdade, tanto que não há registros históricos na América em geral de uma história dos índios.** Não há esse registro, pela própria natureza, diferentemente dos Incas peruanos, que já tinham algum tipo de sedentarismo, que matavam todos os literatos, todos os juízes, toda a burocracia; o novo rei tinha que construir uma nova burocracia. Isso é depoimento de Mario Vargas Llosa, não em literatura, mas em ensaio. [...] **O Colendo é que tem que apreciar essa questão sob esse ponto de vista jurídico, político, constitucional, dos tratados, dos compromissos internacionais do Brasil perante a comunidade internacional. Eu nada mais digo, porque, sobre este assunto, esgotou-se o meu conhecimento.**

Percebe-se que, embora o Poder Executivo tenha reconhecida a demarcação da terra indígena e a Corte IDH tenha decidido pela violação do Estado brasileiro nessa matéria, mencionando inclusive as ações ora discutidas, o Poder Judiciário tem defendido as noções clássicas de propriedade como direito subjetivo, buscando justificar prevalência da propriedade civilista dos invasores não indígenas (Nóbrega, 2023, p. 52).

De forma a contribuir com a discussão, a Desembargadora Joana Carolina dispõe de considerações relevantes com vistas à aplicação do controle de convencionalidade, ainda que não o tenha realizado de fato. Na ocasião, abriu voto de divergência com seus pares e mencionou expressamente os artigos científicos “A nulidade do registro do imóvel Caípe” e “Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil”. Além disso, destacou a importância de analisar as consequências práticas da decisão, referenciando o artigo 20 da LINDB, que dispõe “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (Nóbrega, 2023, p. 54).

A referência ao artigo da LINDB revela-se especialmente essencial para o avanço da aplicação do controle de convencionalidade sob uma perspectiva pragmatista no Brasil, na medida em que enfatiza as consequências práticas decorrentes das decisões judiciais, aspecto que deve ser igualmente incorporado ao controle de convencionalidade (Nóbrega, 2023, p. 54).

Após pedido de vistas, o Desembargador Leonardo Resende contribuiu de forma efetiva para o esclarecimento da causa com a realização do controle de convencionalidade na exceção e preliminar. Na oportunidade, destacou três questões centrais.

A primeira questão foi fundamentada no plano da eficácia da reintegração de posse ora concedida, sustentando que esta deveria ser suspensa a partir do decreto que homologou a demarcação do território. O Desembargador afirmou que a ação possessória é inexigível, uma vez que o acórdão que julgou procedente a ação rescisória é posterior ao referido ato presidencial, sendo considerado ato jurídico perfeito. Por conseguinte, conclui-se pela ausência de interesse de agir da parte

autora. Ressaltou, ainda, que a demarcação é um ato declaratório, com característica de ser auto-executável (Nóbrega, 2023, p. 54-55).

O segundo fundamento apresentado refere-se à necessidade de controle de convencionalidade em face da sentença da Corte IDH, a qual também torna a ação possessória inexigível, tendo em vista a força cogente da decisão internacional para todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, o Desembargador concluiu pela inutilidade da ação rescisória proposta pela FUNAI, cujo objetivo era rescindir o acórdão proferido no processo de reintegração de posse que manteve a sentença favorável à pretensão possessória formulada pela família Didier, que por sua vez concedeu a reintegração de posse da Aldeia Caípe. Assim sendo, diante da inexigibilidade e inexecutabilidade da decisão rescindenda proferida, votou pela extinção do processo da ação rescisória sem resolução de mérito (Nóbrega, 2023, p. 55).

Houve, então, novo pedido de vista, com intuito de aguardar decisão do STF acerca da tese do marco temporal. No retorno, o Desembargador Edvaldo Batista também destacou que o decreto de homologação gerava a ausência de pressupostos processuais na ação rescisória, uma vez que não havia mais interesse processual, seja para agir, recorrer ou rescindir. Ademais, questionou a ausência de perícia técnica como meio de prova para a comprovação do direito originário sobre as terras em disputa, com fulcro no artigo 421 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz determinar de ofício produção de prova pericial (Nóbrega, 2023, p. 56).

Salienta-se que, apesar de não ter sido citada, a Resolução nº 454/2022 do CNJ é fundamental na observância do acesso à justiça pelos povos indígenas, de forma que o artigo 14 ressalta a relevância da perícia técnica antropológica como modalidade de prova processual na defesa dos territórios indígenas.

Por fim, o Desembargador fundamentou seu voto a partir da cosmovisão indígena sobre a posse, em contraste com a concepção da posse e propriedade do Direito Civil, conforme amplamente demonstrado no Tópico 1 desta pesquisa. Para tanto, destacou a relevância da tese do indigenato, respaldando-se na própria Constituição Federal de 1988 e fazendo referência expressa à decisão do STF sobre o caso Xokleng de repercussão geral (RE 1.017.365), que ressaltou a

inconstitucionalidade e inconvenção do marco temporal. Nesse contexto, demonstrou que, para os povos indígenas, a terra constitui elemento indissociável de seus modos próprios de vida e da sua comunidade, ao passo que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a proteção da propriedade privada e do modo de aquisição estabelecidos pelos institutos legais de caráter individualista (Nóbrega, 2023, p. 57).

O Desembargador destacou que o direito possessório, sob a ótica indígena, não admite a definição de um momento em que o direito começa, uma vez que se fundamenta na posse memorial e histórica para definição do uso e gozo da terra – elementos esses não contemplados pelo Direito Civil. Ressaltou, ainda, tratar-se de direito originário, e não de terras devolutas, conforme fundamento utilizado pelos demais desembargadores que votaram contra à ação rescisória, sob respaldo da Constituição Federal de 1934 (Nóbrega, 2023, p. 57).

O voto do Desembargador Marco Bruno Miranda Clementino, substituindo o Des. Edilson Pereira Nobre Júnior, rejeitou a preliminar de extinção sem julgamento. Sustentou que, diante da demarcação, por se tratar de fato superveniente ao ajuizamento da ação, restaria justificado o interesse de agir do povo Xukuru, uma vez que assim ensejaria o reconhecimento do direito à posse. Durante o voto, fez referência aos argumentos firmados no Tema 1031 do STF (2023), relativo ao marco temporal, que discute o estatuto jurídico-constitucional da posse sobre áreas de ocupação tradicional indígena, com intuito de aplicar a mesma *ratio decidendi* ao caso concreto. Nesse sentido, o Desembargador analisou os institutos de terra devoluta e sesmaria como forma de confrontar o marco temporal, e demonstrou que: "a área suficiente e originária para que a comunidade indígena possa expressar-se culturalmente, possa expressar sua cultura tradicional e, para isso, ela não precisa do Brasil nem do mundo, precisa da área dela. Por isso, é um direito originário" (Nóbrega, 2023, p. 58).

Assim, asseverou que os institutos imperiais e os tratados internacionais de inspiração europeia não fazem parte da cosmovisão dos povos indígenas, de modo que foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com raiz colonial. Dessa forma, votou pela procedência da ação em favor do Xukuru (Nóbrega, 2023, p.59).

Já o Desembargador Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, substituindo na ocasião Des. Leonardo Resende Martins, votou pela procedência da ação rescisória, fundamentando sua posição na violação das normas jurídicas, nos termos do artigo 966, inciso V do CPC. Ademais, reconheceu a eficácia do título de posse, de natureza declaratória, tendo em vista o decreto homologatório provocou a perda superveniente da eficácia do título de propriedade anteriormente existente (Nóbrega, 2023, p.59).

Observou-se, portanto, que houve vício rescisório decorrente da violação ao disposto no artigo 19, §2º da lei 6001/73, que veda o ajuizamento de interdito possessório contra área indígena demarcada, bem como ao artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Além disso, o Desembargador ressaltou a necessidade de se considerar a superveniência de fatos capazes de influenciar no julgamento do mérito, podendo o juiz considerar tais circunstâncias de ofício, nos termos o artigo 493 do CPC.

Desse modo, evidencia-se o efeito *ex tunc* do título de posse do território tradicional, que retroage à data em que houve a demarcação da terra indígena. Considerando a submissão do Estado brasileiro à jurisdição contenciosa da Corte IDH, a procedência da ação rescisória revelou-se medida urgente para afastar a legalidade a posse exercida por terceiros não-indígenas (Nóbrega, 2023, p.63).

Portanto, essa providência visa assegurar a efetividade do controle de convencionalidade e confere legitimidade à sentença condenatória, com vistas a obediência à ordem judicial determinada em âmbito internacional (Nóbrega, 2023, p.63). Dito isso, em 14/12/2023 o TRF-5 extinguiu a ação rescisória e concluiu que a Aldeia Caípe é inquestionavelmente território indígena, considerando inclusive que a própria parte contrária havia ingressado com uma ação indenizatória, demonstrando reconhecer a posse do território pelos Xukuru (TRF5, 2023).

#### 4.2 CASO XUKURU COMO PARADIGMA AO ESTADO BRASILEIRO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: EFICÁCIA E IMPACTOS

Embora a decisão da Corte IDH represente um marco em matéria de proteção aos povos indígenas, o Poder Judiciário ainda não produz precedentes judiciais sólidos que sigam os parâmetros definidos (Nóbrega, 2021, p.65). De acordo o artigo *“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”* (2021), que trata sobre a incidência da sentença internacional no Poder Judiciário brasileiro, infere-se que até 2021 a decisão da Corte IDH teve grau mediano de eficácia em relação aos atos judiciais e ministeriais (Nóbrega, 2021, p.63).

O nível de eficácia de um precedente internacional é aferido a partir da verificação do exercício do controle de convencionalidade, mesmo que ocasionalmente; se a litigância estratégica passou a fundamentar-se na sentença da Corte; se foram aperfeiçoados instituições, procedimentos e normas de direitos humanos (Calabria, 2017, p. 1238-1355).

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não realizou o controle de convencionalidade em dois momentos imprescindíveis para a proteção aos territórios indígenas: no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/Santa Catarina, relativo ao território indígena Xokleng e no julgamento do caso de repercussão geral sobre o Marco Temporal. Ademais, é percebida a ausência de efeitos nos próprios processos relativos ao território Xukuru, assim como naqueles que versam sobre questões territoriais indígenas, tendo sido identificadas somente 5 decisões do Poder Judiciário que mencionaram expressamente o caso, entre 2018 e 2021 (Nóbrega, 2021, p.65).

Além disso, apesar da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) não tratar especificamente sobre o processo de registro da posse permanente indígena, o artigo 10 dispõe da necessidade de os títulos serem registrados com celeridade, no máximo, até o dia seguinte. Ainda, a legislação notarial salienta: “Art. 12. Nenhuma exigência fiscal, ou dúvida, obstará a apresentação de um título e o seu lançamento do Protocolo com o respectivo número de ordem, nos casos em que da precedência decorra prioridade de direitos para o apresentante”.

Contudo, como demonstrado na sentença proferida pela Corte IDH, a ação de suscitação de dúvidas promovida pelo cartório foi marcada pela ausência de complexidade que justificasse tal ajuizamento. Nesse contexto, findado o processo de demarcação e diante da demora de quatro anos para o efetivo registro, é possível perceber que a ação é de caráter meramente dilatório, em um contexto de extrema violência e insegurança jurídica (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 19).

Para a propriedade privada, de forma geral, é exigido o registro da escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis, de modo que formaliza a transferência e garante os direitos reais de propriedade, nos termos dos artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil. Por outro lado, no que tange a propriedade comunal dos indígenas, as professoras Montanha e Nóbrega (2021, p. 19-20) entendem que a última fase do processo demarcatório possui forte influência do direito civil colonial, nos termos da concepção clássica do conceito de propriedade. Isso porque é necessário o registro do território indígena para garantia da proteção e possibilidade de desintrusão de ocupantes não indígenas, ainda que a demarcação de terras indígenas seja meramente declaratório, não constitutivo de direito.

Acontece que o abismo de tempo entre o decreto presidencial que homologa o território indígena e o efetivo registro no Cartório de Registro de Imóveis é uma situação permanente que aflige diversos povos indígenas no Brasil, comprometendo a efetiva proteção assegurada no texto constitucional. Diante da identificação desse problema, a 6ª Câmara do Ministério Público Federal (2014) intensificou as recomendações à FUNAI e aos cartórios para que realizassem as medidas necessárias para finalizar o registro dos territórios indígenas com celeridade.

Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o Provimento nº 70/2018, com intuito de preencher a lacuna legislativa acerca do registro dos territórios indígenas nos cartórios, dispondo, em seus termos, sobre a “abertura de matrícula e registro de terra indígena com demarcação homologada e averbação da existência de demarcação de área indígena homologada e registrada em matrículas de domínio privado incidentes em seus limites”.

Nessa senda, foi estipulada multa diária aos cartórios que não finalizarem o registro do território indígena em até 30 dias, podendo ser conferidas responsabilidade

civil e criminal em caso de descumprimento. O que indica é que a maior coercitividade conferida ao Provimento é decorrente da condenação do Brasil na Corte Interamericana sobre o caso Xukuru, uma vez que foi redigida quatro meses após a sentença (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 20).

Desse modo, o Ministério Público Federal (2020) recomendou a utilização do Provimento nº 70/2018 no Mato Grosso, após reiteradas exposições da FUNAI (2020) sobre a recusa dos cartórios em realizar o cancelamento das matrículas de propriedades inseridas em terras indígenas, sob justificativa que somente poderia cancelar após decisão judicial transitada em julgado. Além disso, demonstrou que essas dificuldades de efetivação do registro acometem os estados de forma geral, sobretudo em decorrência da dificuldade de identificação das matrículas de ocupantes não indígenas sobre as terras demarcadas.

Nota-se, mais uma vez, uma forte tradição colonial nas ações dos cartórios, por meio do qual utilizam-se de institutos civilistas como ferramentas estratégicas para realizar a manutenção das propriedades privadas em territórios indígenas, desafiando a proteção desses *habitats* devidamente delimitados e demarcados, após conclusão de todas as etapas burocráticas, sob coordenação técnica. (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 20)

Após os desdobramentos traçados com a declaração da FUNAI acerca dos cartórios de registro de imóveis de Mato Grosso, esses acataram a recomendação e comprometeram-se a observar o prazo disposto no Provimento 70/2018. Nesse contexto, o documento é um avanço no acesso à justiça pelos povos indígenas, uma vez que busca uniformizar os procedimentos dos cartórios em relação à última etapa do processo demarcatório (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 20).

No entanto, cumpre ressaltar que essa solução não é uniforme em todos os cartórios do país, sendo imperiosa tal adequação para que o registro dos territórios indígenas seja tratado no mesmo âmbito do direito privado na prática notarial (Montanha, Nóbrega, 2021, p. 21). Isso porque a demarcação dos territórios indígenas no Brasil é alvo de ações governamentais marcadas de retrocessos, demonstrando o risco iminente vivenciado pelos povos indígenas que vivem no Brasil no que tange à proteção de seus territórios. Nessa senda, cabe destaque especial ao governo de Jair

Bolsonaro, marcado por uma série de retrocessos em relação à política ambiental, como por exemplo o Projeto de Lei 191/2020, que visa a abertura das terras indígenas à exploração econômica pela iniciativa privada (Carta Capital, 2020).

Márcio Santili, que presidiu a FUNAI e atuou ativamente junto ao movimento indígena na Constituinte, afirma que esse PL seria “uma cortina de fumaça para legalizar o garimpo”. Já Carlos Marés, jurista e também ex-presidente da FUNAI, relata que “esse processo de ocupação de terras [para exploração econômica] chama-se colonização”. Essa lógica vai de encontro com a posse permanente, que deve ser feita segundo o uso, costumes e tradições, que por sua vez são intrinsecamente ligados à existência da natureza, por isso, “com a destruição da natureza, a posse já não é mais dos índios”, como afirma Marés. Assim como o usufruto restaria prejudicado, uma vez que a Constituição o confere com exclusividade, o que implicaria que a renda produzida naquele território fosse do povo indígena (Carta Capital, 2020).

Enquanto isso, em 2022 o CMI apresentou o “Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil” que demonstrou a instabilidade das questões territoriais, tendo sido registrado 1.334 casos relativos às violências contra esses territórios indígenas, em comparação ao número de 1.294 do ano anterior.

Nesse viés, aplicar os elementos dispostos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como a jurisprudência interamericana, é imprescindível para o caminho de construção da paz social. Esse conceito é frequentemente destrinchado pelos desembargadores e ministros em julgamentos sobre questões territoriais indígenas. Ocorre que usualmente a “paz social” é usada na fundamentação com o objetivo de atender a ordem econômica capitalista, de forma que a propriedade privada é privilegiada em detrimento da propriedade coletiva indígena (Nóbrega, 2021, p.80), como por exemplo o voto do Desembargador Frederico Wildson Dantas no julgamento da ação rescisória ora mencionada. Vejamos:

A primeira premissa é de que o instituto da posse serve a um fim e a um valor, um dos três fundamentais **valores da ordem jurídica, que são: segurança jurídica, justiça e paz social.** [...] **A posse não é instrumento de justiça, nem é instrumento de segurança jurídica; a posse é um instrumento da paz social.** A tutela da posse é um instrumento que assegura a paz, porque, se viola a posse e o estado não tutela essa posse, o que se tem é uma reação que vai violar a paz; ou seja, se eu tenho uma propriedade e eu não tenho a tutela do estado que protege a minha posse, eu vou ter que me defender pelas minhas próprias mãos. **Se o estado não protege a posse de um**

**fazendeiro contra uma invasão ou um movimento social, ou uma comunidade indígena ou um vizinho, se ele não tem tutela do estado, naturalmente a tendência é que ele recorra ao desforço imediato, e isso vai gerar um conflito.** [...] Como é que não se vai dar a tutela possessória a alguém que ocupa um imóvel há cem anos? Não é possível, porque, como eu disse, **não é questão de justiça, de saber quem é o dono, é paz social.** Se aquela situação de fato está consolidada, tem que ser preservada. (Voto do desembargador federal dr.Frederico Wildson da Silva Dantas, fls. 6-9)

Nesse sentido, o Judiciário utiliza-se do conceito de paz social sem considerar os elementos intrínsecos à dinâmica do território, ou seja, as relações espirituais e identitárias dos povos indígenas (Nóbrega, 2021, p.80), assim como o histórico processo de genocídio dos povos originários. Relacionando com o exposto no tópico 02 sobre a filosofia de Jean-Jacques Rousseau, essencial para a construção da propriedade como direito individual, já se reconhecia que, ao cercar o primeiro terreno e encontrar pessoas para acreditar que aquele seria seu, e não haver quem removesse as estacas lembrando que os frutos são de todos, muitos horrores poderiam ter sido evitados (Rousseau, 1999, p. 87).

Posto isso, o processo de desterritorialização indígena, provocado pela história passada e recente, deve ser observado ao analisar o conceito de “paz social”, construído com base na posse como direito individual e de referência europeia. Nesse sentido, busca-se compreender a “paz social” para além dos moldes clássicos amplamente aparados pelo ordenamento jurídico nacional. Isso se justifica porque o conceito de paz social está vinculado à noção de segurança jurídica, que é garantida através das resoluções de conflitos e estabilidade das relações jurídicas por meio do Estado. A estabilidade é invocada quando as pretensões de diferentes atores são observadas de acordo com o pragmatismo na interpretação das normas (Nóbrega, 2021, p.79) e da atenção às memórias e conhecimentos ancestrais como fonte relevante de informação para alcance de soluções.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo deste percurso investigativo, percorremos um caminho que, mais do que jurídico, é também histórico, filosófico, político e existencial. O caso *Xukuru vs Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi o fio condutor de uma reflexão mais ampla sobre os limites estruturais de um modelo de Direito ainda atravessado por raízes coloniais, racionalidades excludentes e hermenêuticas impermeáveis à pluralidade de formas de existência.

No primeiro capítulo, a introdução delineou o problema central da pesquisa: os limites que as categorias tradicionais de posse e propriedade impõem à efetivação dos direitos originários dos povos indígenas, mesmo após o reconhecimento constitucional de 1988. Partimos da hipótese de que a dogmática jurídica nacional, marcada pela lógica liberal-individualista, é estruturalmente insuficiente para dar conta da complexidade dos direitos territoriais indígenas. Definimos, então, os objetivos gerais e específicos, a metodologia, os marcos teóricos e as categorias analíticas que orientariam a investigação, ancorada na interseção entre Direito Constitucional, Direitos Humanos, Filosofia Política e Direito Indigenista.

O segundo capítulo, intitulado "A propriedade como aspecto inerente à condição humana", realizou uma reconstrução histórica e teórica da noção de propriedade. Iniciamos pela Antiguidade e pela Idade Média, passando pela Revolução Burguesa, pela codificação liberal e pelos grandes marcos do constitucionalismo moderno. Demonstrou-se como a ideia de propriedade evoluiu de uma concepção comunitária e funcional para uma estrutura centrada no sujeito abstrato de direitos, alinhado com a racionalidade econômica capitalista e com os processos de centralização estatal. Foi evidenciado que a noção de propriedade, frequentemente tratada como natural e universal, é, na verdade, produto de disputas históricas, ideológicas e epistemológicas. O capítulo problematizou os mitos fundacionais da propriedade privada e sua trajetória até o reconhecimento constitucional contemporâneo da função social como elemento intrínseco ao instituto.

A partir dessa base histórica, o capítulo avançou para a análise da Constituição de 1988. Discutiu-se a positivação da função social da propriedade e o seu entrelaçamento com a proteção dos direitos fundamentais. Observou-se que, ainda

que o texto constitucional represente um avanço expressivo na positivação de direitos sociais e coletivos, as limitações hermenêuticas e estruturais da ordem jurídica brasileira continuam condicionando a efetividade de tais direitos, especialmente no que diz respeito às terras indígenas.

O terceiro capítulo adentrou o campo dos fatos concretos e das lutas sociais, ao narrar a trajetória histórica do povo Xukuru da Serra do Ororubá. As marcas da violência, da resistência, da espiritualidade e da territorialidade foram descritas não apenas como contexto sociológico, mas como parte constitutiva da luta jurídica que culminaria na responsabilização internacional do Estado brasileiro. O capítulo detalhou os principais marcos do processo interamericano, desde a tramitação perante a Comissão até a sentença proferida pela Corte IDH. Foram destacados os fundamentos jurídicos da condenação, a interpretação ampliada do artigo 21 da Convenção Americana e o reconhecimento do território como espaço identitário e existencial. A decisão judicial, mais do que um ato formal, foi apresentada como expressão de justiça restaurativa e de reconhecimento da dignidade histórica dos Xukuru.

O quarto capítulo trouxe a reflexão teórica para o plano da articulação entre ordens jurídicas. A partir do paradigma do transconstitucionalismo, explorou-se como os diálogos entre o Direito Interno e o Direito Internacional vêm redesenhando os contornos da proteção aos direitos humanos no Brasil. O controle de convencionalidade foi examinado como mecanismo fundamental para a incorporação das decisões da Corte IDH na prática jurisdicional brasileira. Analisaram-se os desafios institucionais enfrentados pelo TRF-5 na implementação da decisão no caso Xukuru, evidenciando as resistências internas, os avanços interpretativos e os tensionamentos entre soberania estatal e obrigações internacionais.

Ainda neste capítulo, foi dada especial atenção à importância de uma hermenêutica constitucional capaz de incorporar as perspectivas do pluralismo jurídico, reconhecendo que os direitos indígenas não podem ser reduzidos às categorias estanques da dogmática civilista tradicional. Os impactos da decisão da Corte IDH sobre o direito indígena brasileiro foram analisados em profundidade, com destaque para o papel do Judiciário, do Ministério Público e dos movimentos sociais na efetivação das determinações internacionais. O capítulo concluiu apontando para

a emergência de uma nova cultura constitucional, pautada no diálogo interjurisdicional e na construção de pontes entre distintas racionalidades jurídicas.

Finalmente, no quinto capítulo, foi realizada uma síntese crítica e propositiva das questões desenvolvidas ao longo do trabalho. Ficou evidente que o caso Xukuru representa não apenas um precedente jurídico, mas também um símbolo de resistência e de possibilidade de reconstrução do Direito a partir de uma lógica descolonizadora, plural e intercultural. Reafirmou-se que a efetivação dos direitos originários depende não apenas de mudanças normativas, mas de uma transformação profunda na mentalidade jurídica, nas práticas institucionais e nas estruturas de poder que historicamente marginalizaram os povos indígenas.

Mais do que um exercício teórico, este trabalho buscou ser um gesto político e ético de solidariedade com as lutas ancestrais pela terra, pela memória e pela dignidade da pessoa humana e do coletivo. Ao reafirmar o caráter fundamental dos direitos territoriais dos povos originários, esta pesquisa também interpela o próprio Direito, desafiando-o a abandonar suas amarras coloniais e a se reconstruir como instrumento de justiça histórica.

Se há uma conclusão definitiva a ser extraída, ela é esta: o futuro do constitucionalismo brasileiro passa, necessariamente, pela escuta dos povos indígenas. E essa escuta exige mais do que reconhecimento formal. Exige ação, reparação e o compromisso efetivo de transformar o Direito em território de encontro, de diálogo e de dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. **Ouvir contar: textos em História Oral**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ALCÁZAR I GARRIDO, Joan Del. As fontes orais na pesquisa histórica: uma contribuição ao debate. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 13, n. 25/26, p. 33-54, set. 1992/ago. 1993.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de; LÔBO, Sandro Henrique Calheiros; ADVINCULA, Maria Júlia Poletine. O caso Xukuru: lacunas e omissões da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista CNJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 67-75, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2025.

ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. **Propiedad indígena**. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

ANJOS FILHO, José Ribamar dos. **Povos indígenas, Estado e políticas públicas: a história da Tutela Indigenista no Brasil (1910-1988)**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>. Acesso em: 19 jun. 2025.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004.

BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, v.2. fasc. 180, out/nov/dez 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **A aplicação do Pacto de San José da Costa Rica em julgados do STJ**. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/A-aplicacao-do-Pacto-de-San-Jose-da-Costa-Rica-em-julgados-do-STJ.aspx>. Acesso em: 10 maio 2025.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória nº 6706 - DF**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 17 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. [s.d]. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Sob-medida/Advogado/Corte\\_IDH/3\\_Caso\\_Povo\\_Indigena\\_Xucuru\\_e\\_seus\\_membros\\_vs.\\_Brasil.pdf](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Sob-medida/Advogado/Corte_IDH/3_Caso_Povo_Indigena_Xucuru_e_seus_membros_vs._Brasil.pdf). Acesso em: 10 maio 2025.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. eBook. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencialInternacional/anexo/STF\\_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos\\_SegundaEdicao.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencialInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf). Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 1017365**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 30 ago. 2023.

BURDEAU, Georges. **Les libertés publiques**. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966

CABOCCLO, xucuru pode virar sem-terra. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 dez. 1996.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

CALETTI, Leandro. O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil. **Revista IIDH**, v. 64, p. 190-214, 2016.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, Samara Santos. A propriedade e o direito à moradia: um debate necessário no Brasil atual. **Revista Conexão Cultura e Pensamento**, Brasília, n. 6, p. 35-42, 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/cultura/pt-br/assuntos/revista-eletronica-conexao-cultura-e-pensamento/6a-edicao/pdf/2020\\_samaracarvalhosantos.pdf](https://www.gov.br/cultura/pt-br/assuntos/revista-eletronica-conexao-cultura-e-pensamento/6a-edicao/pdf/2020_samaracarvalhosantos.pdf). Acesso em: 19 jun. 2025.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. 3.ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

CHAVES, Antônio Junqueira de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: reais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível

em: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/fi%20cha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=335&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/fi%20cha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es). Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2000. Voto fundamentado do Juiz Cançado Trindade, párrs. 5–25.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36281.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 12 de junho de 2012, párr. 213.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007, párr. 82.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Xukuru vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018, párrs. 188, 193, decisão 8.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. 2018. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Xukuru-sentenca\\_corteIDH.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Xukuru-sentenca_corteIDH.pdf). Acesso em: 10 maio 2025.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia**. Sentença (Fundo, Reparações e Custas) de 27 de novembro de 2008. Série C n. 192. San José, 2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_192\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf). Acesso em: 20 jun. 2025

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26062.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Carta da 8ª Assembleia do Povo Xukuru**. Brasília: CIMI, 2008. Disponível em: <https://cimi.org.br/2008/05/27444/>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório de violência contra os povos indígenas no Brasil**. Brasília: CIMI, 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Derechos Humanos no caso Xukuru vs. Brasil: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000 (Aldeia Caípe – Pernambuco)**. Brasília: CJF, 2023. Disponível em: <https://pergamum.cjf.jus.br/acervo/541775>. Acesso em: 19 jun. 2025.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023. p. 28-31.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 70, de 12 de junho de 2018**. Institui a política nacional de gestão documental e de memória do Poder Judiciário. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_70\\_12062018\\_13062018130257.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_70_12062018_13062018130257.pdf). Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 296, de 19 de setembro de 2019**. Institui o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas relacionadas aos Povos Indígenas. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.7, 1998. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2845503/Fabio\\_Konder\\_Comparato.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2845503/Fabio_Konder_Comparato.pdf). Acesso em: 19 jun. 2025.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/68431/T%20-%20EROULTHS%20CORTIANO%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jun. 2025.

COSTA PORTO, José da. **O sistema sesmarial no Brasil**. Brasília: UnB, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Ana Beatriz. Controle de convencionalidade: da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos. **Cadernos Estratégicos – Análise Estratégica dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 39-50. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf>. Acesso em: 10 maio 2025.

FARIAS, R. L. de C. R.; GOMES, E. P. G. F. Diálogo entre Cortes no controle difuso de convencionalidade: e o papel do Judiciário brasileiro no cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença**, v. 12, n. 2, p. 314-331, 2017.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 513–535, 2019.

\_\_\_\_\_. **El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão. Um olhar antropológico acerca do processo criminal que teve como vítima o cacique Xicão Xukuru. *In*: FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão (org.). **Plantaram Xicão: os Xukuru do Ororubá e a criminalização do direito ao território**. Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOI, Emilia Pietrafesa de. **O trabalho da memória: cotidiano e história no Sertão do Piauí**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1999.

GRIMM, Dieter **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROSI, Paolo. **A história da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Sérgio Bath. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Vértice**, Coimbra, n.340, 1972.

IANNI, Octavio. **A luta pela terra: história social da terra e da luta pela terra numa área da Amazônia**. Petrópolis: Vozes, 1979.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os números da população indígena**. Brasil 500 anos – Território brasileiro e povoamento: História indígena. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html>. Acesso em: 10 maio 2025.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

KOCH, Camila de Oliveira. **Crítérios de Judicialização de Casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Arraes Editores, 2017. v. 1.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória**. História da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3545/1/2007\\_RosaneFreireLacerda\\_1.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3545/1/2007_RosaneFreireLacerda_1.pdf). Acesso em: 19 jun. 2025.

LEAL, Rogério Gesta. **A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias**. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496577>. Acesso em: 19 jun. 2025.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 43, n. 170, p. 221-246, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_.; MATTOS, Karine. **Direito de propriedade e função social**: uma análise da incorporação da cláusula da função social da propriedade no direito brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92744/Lopes%20Ana%20M%20aria%20e%20Mattos%20Karine.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jun. 2025.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Edersa, 1993.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas do Brasil de hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Arquitetura institucional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as suas ferramentas**. Aula 3 do curso Direitos Humanos, tratados internacionais e o controle de convencionalidade na prática do sistema de justiça brasileiro. Brasília: ESMPU, 17 fev. 2023. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula3ArquiteturainstitucionaldoSIDHCorteIDHeCIDH.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2025.

MAGALHÃES, Ana. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. **Carta Capital**, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Acesso em: 10 maio 2025.

MARTIN, Gabriela. **Pré-história do Nordeste do Brasil**. 3. ed. ver. e atual. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1999.

MARX, Karl. Debates on the law on Thefts of Wood. **MECW**, v.1. London: International Publishers, 1975. (Original publicado em 1842).

\_\_\_\_\_. **O Capital**: crítica da economia política. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

\_\_\_\_\_. O problema da propriedade privada para o jovem Marx. Tradução e apresentação: Ernani Chaves. **Transversal (Online)**, v. 1, n. 3, p. 115-134, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/xJNMX74ZfnHgbqD4FpKghr/>. Acesso em: 19 jun. 2025.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para a tutela da ocupação tradicional da terra. *In*: ROSSITO, Flávia Donini *et al.* **Quilombolas e outros povos tradicionais**. Curitiba: CEPEDIS, 2019. p. 317-339.

MELO, Leonardo Avritzer de. **Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores e a economia política da redemocratização**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

MELO, M. Etnografia Pernambucana: os Xucuru de Ararobá. **Revista do Instituto Arqueológico Histórico e Geográfico Pernambucano**, v. 33, p. 43-45, 1935.

MENDES, Ellen de Nazaré dos Santos; MOREIRA, Thiago Oliveira; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Implementação da decisão do Povo Indígena Xukuru vs. Brasil no âmbito do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 16, n. 2, p. 103-137, 2023.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

MPF. Ministério Público Federal. **Ações civis públicas ajuizadas e recomendações expedidas: Dia do Índio**. Brasília: MPF, 2024. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/atuacao-do-mpf/acoes-coordenadas-11/dia-do-indio/acoes-civis-publicas-ajuizadas-e-recomendacoes-expedidas>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Cartórios acatam recomendação do MPF para averbar terras indígenas de MT no registro imobiliário**. 2020. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/cartorios-acatam-recomendacao-do-mpf-para-averbar-terras-indigenas-de-mt-no-registro-imobiliario>. Acesso em: 10 maio 2025.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *In*: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **35º aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 1.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (Coord.) **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Xukuru vs. Brasil: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000 (Aldeia Caípe – Pernambuco)**. Recife: UFPE, 2023.

\_\_\_\_\_.; PAFFER, Maria Eduarda Matos de; NASCIMENTO, Anne Heloise 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.

OEA. Organização Dos Estados Americanos. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. 1967. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em: 01 nov. 2024.

OLIVEIRA, João Pacheco de. A viagem de volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena. *In*: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem de volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2004.

\_\_\_\_\_. Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito. *In*: SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donizete Benzi (Orgs.). **A temática indígena na escola**. São Paulo: Global, 1995. p. 61-81.

PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (Org.). Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas. São Paulo: FGV Direito SP, 2019.

PERNOUD, Régine. **As origens da burguesia**. Tradução: Álvaro Cabral. Lisboa: Edições 70, 1991.

PEZZELLA, Maria Cristina C. C. **Propriedade privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

POLLAK, Michael. Memória e identidade social. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 200-212, 1992.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

PRIETO, Daniel. Territorialidades e conflitos: a propriedade da terra como questão socioespacial. **Revista de Geografia (UFPE)**, v. 38, n. 2, p. 194-206, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/revistageografia/article/view/240280>. Acesso em: 19 jun. 2025.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é a propriedade?** Uma investigação sobre o princípio do direito e do governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REPÓRTER BRASIL. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. **Carta Capital**, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Acesso em: 19 jun. 2025.

RIBEIRO, Darcy. Notícia dos Ofaié-Chavante. **Revista do Museu Paulista**, Nova Série, v. V, São Paulo, 1951.

\_\_\_\_\_. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/index.php/acervo/livros/os-indios-e-civilizacao-integracao-das-populacoes-indigenas-no-brasil-moderno-2a-ed>. Acesso em: 19 jun. 2025.

RIBEIRO, J. S. P. Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 3-24, 2017.

RIVERO, Jean. **As liberdades públicas**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

ROESER, Pedro. A religião dos índios e dos negros de Pernambuco. **Revista do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico de Pernambuco**, n. 115/118, p. 189-209, 1922.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Editora Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1962. (Obras de J-J Rousseau – Biblioteca dos Séculos).

\_\_\_\_\_. Princípios do direito e da guerra. Tradução: Rosane Kaminski; Ernani Chaves. Tradução comentada. **Transversal (Online)**, v. 1, n. 4, p. 109-129, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/BJPTvJPFvKPZbmWWhr6J7pyx/>. Acesso em: 19 jun. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Propriedade, função social e direitos fundamentais: algumas observações sobre a teoria da propriedade no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito Público**, v. 42, p. 11-44, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dKfMKZMpbqRLCdwH5MVhBpd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 2025.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e o controle das políticas públicas: possibilidades e limites. **Revista de Direito Público**, v. 44, p. 11-40, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/LTjKrMJwv9b7jWvGbpDmzGn/>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Propriedade, função social e direitos fundamentais: algumas observações sobre a teoria da propriedade no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 6, n. 27, p. 95-117, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1659/957>. Acesso em: 19 jun. 2025.

SILVA, Edson. **Xukuru**: memórias e história dos índios da Serra do Ororubá (Pesqueira/PE), 1959-1988. 2. ed. Recife: Editora UFPE, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Parecer jurídico**. Direito dos povos indígenas em disputa. Disponível em: file:///D:/Monografia/parecer%20jos%C3%A9%20afonso.pdf. Acesso em: 15 abr. 2025.

SILVA, Rayane Raquel de Souza da. A função social da propriedade sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 16, n. 2, p. 153-171, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35861>. Acesso em: 19 jun. 2025.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *In*: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (Org.). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019.

\_\_\_\_\_. Multiculturalismo e direitos coletivos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 71-109. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

\_\_\_\_\_. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

TIGAR, Michael E.; LEVI, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. *In*: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

TRF5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000**. Relator: Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior. Pernambuco, 28 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **TRF5 realiza sessão para julgamento de ação envolvendo a Aldeia Caípe do Povo Xukuru**. Recife: TRF5, 2023. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=325257>. Acesso em: 19 jun. 2025.

VARELA, L. Beck; LUDWIG, M. C. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 763-788.

\_\_\_\_\_. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730-762.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. 2012. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.