

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato**

**The precedents of the Inter-American court of human rights on indigenous lands and the adoption of the theory of indigenate**

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Elisângela Padilha

Pedro Gustavo Mantoan Rorato

**VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021**  
**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:**  
**IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

# Sumário

<b>EDITORIAL</b> .....	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>I. PARTE GERAL</b> .....	25
<b>1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO</b> .....	26
<b>CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA</b> .....	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
<b>INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19</b> .....	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
<b>DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO</b> .....	95
Christine Binder	
<b>MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?</b> .....	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
<b>REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	142
Laurence R. Helfer	
<b>2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO</b> .....	167
<b>A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS</b> .....	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
<b>EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO</b> .....	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
<b>PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO</b> .....	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

<b>3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>249</b>
<b>LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE .....</b>	<b>251</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo	
<b>LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA .....</b>	<b>275</b>
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
<b>DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>314</b>
Paulo Brasil Menezes	
<b>4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>336</b>
<b>DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>338</b>
Mario Molina Hernández	
<b>O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>364</b>
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
<b>CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS .....</b>	<b>384</b>
Ana Carolina Barbosa Pereira	
<b>A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL .....</b>	<b>426</b>
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
<b>A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019 .....</b>	<b>457</b>
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
<b>CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR .....</b>	<b>476</b>
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL</b>	

<b>FEDERAL NA MATÉRIA .....</b>	<b>499</b>
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
<b>JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO? .....</b>	<b>519</b>
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
<b>5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....</b>	<b>543</b>
<b>LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>545</b>
Humberto Nogueira Alcalá	
<b>DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....</b>	<b>568</b>
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
<b>II. PARTE ESPECIAL.....</b>	<b>590</b>
<b>6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>591</b>
<b>HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....</b>	<b>593</b>
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
<b>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.....</b>	<b>622</b>
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
<b>OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....</b>	<b>648</b>
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
<b>7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>664</b>
<b>IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>666</b>
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

<b>A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>687</b>
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
<b>A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE .....</b>	<b>715</b>
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA .....</b>	<b>737</b>
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
<b>O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS .....</b>	<b>757</b>
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
<b>DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347 .....</b>	<b>783</b>
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
<b>TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR .....</b>	<b>802</b>
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
<b>8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>823</b>
<b>DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>825</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
<b>O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....</b>	<b>856</b>
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
<b>III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>871</b>
<b>PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....</b>	<b>873</b>
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
<b>INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL .....</b>	<b>897</b>
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

<b>IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS .....</b>	<b>917</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes	

# Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato\*

## The precedents of the Inter-American Court of human rights on indigenous lands and the adoption of the theory of indigenate

Eduardo Augusto Salomão Cambi\*\*

Elisângela Padilha\*\*\*

Pedro Gustavo Mantoan Rorato \*\*\*\*

### Resumo

Com base no julgamento do Caso Povo Indígena *Xukuru Vs. Brasil*, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a *Teoria do Indigenato*, busca-se o diálogo entre as jurisdições internacional e interna, bem como o controle de convencionalidade, para mostrar a superação da aplicação da *Teoria do Fato Indígena*, como meio de potencializar os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil. Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Controle de convencionalidade; Direitos humanos; Povos indígenas; Teoria do Indigenato; Caso Povo Indígena *Xukuru Vs.*; Brasil.

### Abstract

From the perspective of the judgment of the *Xukuru Vs. Brazil Indigenous People Case*, carried out by the Inter-American Court of Human Rights, recognizing the Theory of Indigenate, the dialogue between international and domestic jurisdictions is sought, as well as the control of conventionality, to show the overcoming the application of the Theory of Indigenous Fact, as a means of enhancing the human rights of Indian people in Brazil. This is a qualitative research using/with the use the hypothetical-deductive method.

**Keywords:** Conventionality control; Human rights; Indigenous people; Theory of Indigenato; Case *Xukuru people Vs.*; Brazil.

### 1 Introdução

Os direitos territoriais dos povos indígenas sofrem constantes ameaças e violações decorrentes de interesses econômicos do agronegócio, da mineração, de madeireiros e, sobretudo, da morosidade na demarcação dessas terras. Nesse contexto, este artigo analisa os precedentes da Corte Interame-

\* Recebido em: 20/06/2021.  
Aprovado em: 06/10/2021.

\*\* Pós-doutor pela Univesità degli studi di Pavia. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.  
E-mail: eduardocambi@hotmail.com

\*\*\* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Ourinhos-SP/Projuris – UNIFIO. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO). Professora do Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO).  
E-mail: padilha.lm@gmail.com

\*\*\*\* Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO).  
E-mail: gustavogorato@gmail.com

ricana de Direitos Humanos sobre terras indígenas, sobretudo a respeito do reconhecimento da *Teoria do Indigenato* (CIDH) em confronto com a *Teoria do Fato Indígena* (reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, também conhecida como *Marco Temporal*). A *Teoria do Indigenato* parte da ideia de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, ou seja, de um direito inato. Por sua vez, a *Teoria do Fato Indígena* sustenta a tese do marco temporal, ou seja, terras indígenas são aquelas por eles ocupadas na data da promulgação da Constituição Federal.

Em 16 de março de 2016, a Comissão Interamericana submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o Caso do Povo Indígena *Xukuru* e seus membros contra o Brasil. Dentre as alegações, destaca-se a violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena *Xukuru*, em consequência: a) da demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; b) da demora na desintração total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito; c) violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo, bem como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com relação à parte das terras e territórios ancestrais do Povo Indígena *Xukuru*.

Por conseguinte, no dia 5 de fevereiro de 2018, a Corte Interamericana, por unanimidade, declarou que o Brasil é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, embora o Brasil não tenha sido responsabilizado pela violação do direito à integridade pessoal em detrimento do Povo Indígena *Xukuru*. Ocorre que, ao decidir o caso, a partir de uma interpretação evolutiva dos tratados, a Corte reconheceu o direito de propriedade coletiva do Povo *Xukuru*, aplicando-se ao caso a *Teoria do Indigenato*, que propõe que os povos indígenas têm o direito congênito, imemorial à terra. No entanto, de forma diferente, vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, nos casos de demarcação de terras indígenas, pois, no Caso Raposa Serra do Sol, por exemplo, aplicou a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)*, em que as terras indígenas no Brasil seriam aquelas que os indígenas estavam na posse ao tempo da promulgação da Constituição, ou seja, em 5 de outubro de 1988.

Assim, apresenta-se a problemática do presente estudo: é possível falar em superação da *Teoria do Fato Indígena*? Qual será a influência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no ordenamento jurídico interno, em especial, na jurisprudência do STF? Apresenta-se a hipótese de que, independentemente da posição hierárquica (constitucional ou suprallegal), as normas garantidoras dos direitos humanos, previstas no Pacto de São José da Costa Rica, ocupam, no direito interno, os tribunais brasileiros, especialmente o STF. Devem observar não somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também a interpretação realizada pela Corte IDH em suas decisões, sujeitando-se, consequentemente, ao *controle de convencionalidade*.

Apesar de a Constituição impor deveres de proteção ao Estado brasileiro na concretização de direitos territoriais indígenas, o cenário de omissão ainda é alarmante, quer seja pela exploração de recursos hídricos e minerais, quer seja pela expansão do agronegócio nas terras indígenas, combinados com a violência contra esses povos que só vem aumentando. Se, por um lado, a Constituição Federal constitui importante instrumento de proteção dos direitos indígenas, por outro lado, a jurisprudência brasileira ainda restringe seus direitos em razão da aplicação da *Teoria do Fato Indígena*. Por essa razão a relevância do presente estudo, pois é preciso avançar nos debates de modo a ampliar a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas diante dos conflitos territoriais existentes.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo pesquisar o dever de o Supremo Tribunal Federal observar a interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos envolvendo demarcação de terras indígenas a partir do precedente firmado no Caso do Povo *Xukuru* *Vs.* Brasil. Para tanto, foi realizada breve contextualização histórica da questão indígena no Brasil. A seguir foi estudado o Caso do Povo *Xukuru*, em que houve a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana. Por fim,



foram estudadas as novas concepções do direito indígena ao solo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

## 2 Antecedentes da exclusão: da colonização

O presente capítulo trata das profusas transformações pelas quais passou a política indigenista ao longo da história do Brasil, em três momentos distintos: período colonial, período imperial e o período republicano.

Para melhor explanação histórica, considerando-se que a “exclusão” não foi causa da colonização, convém trazer importantes distinções conceituais entre “invenção”, “descobrimento”, “conquista” e “colonização”, figuras propostas por Dussel. O autor descreve o “mundo” de Colombo e como o “interpretava”. As ilhas, as plantas, os animais e os índios (da “Índia”, asiáticos portanto) eram uma espécie de experiência estética ainda não explorada”. Isto é o que chama de “invenção” do “ser asiático” da América. Logo, esse “ser asiático” somente existiu no imaginário dos europeus renascentistas. Figura posterior à “invenção” é o “descobrimento”. “Descobrir é constatar a existência de terras continentais habitadas por humanos ao oeste do Atlântico até então totalmente desconhecidas pelo europeu”. Uma vez reconhecidos geograficamente os territórios através de mapas, climas, topografia, flora ou fauna, passaram-se à “conquista”, ou seja, à dominação das pessoas, dos povos, dos índios: era necessário pacificá-los. A conquista é um processo militar, prático, violento pelo qual o Outro é sujeitado, subsumido, alienado, coisificado, instrumento, oprimido, encomendado. Por fim, a “colonização” da vida cotidiana do índio e do escravo africano é uma figura econômico-política, assim considerada como o primeiro processo europeu de modernização, de civilização, de alienação, de domesticação daquelas pessoas. O colonizador é aquele que mata o varão índio violentamente ou o reduz à servidão, e se deita com a índia (mesmo na presença do varão índio), se amanceba com elas.<sup>1</sup>

Sendo assim, a América pré-colombiana tinha de 35 a 40 milhões de indígenas, sendo que no final do século XX não chegam a constituir 6% da população.<sup>2</sup> Por sua vez, no Brasil, estima-se que a população indígena em 1500 era de 3 milhões de habitantes, os quais compunham mais de mil povos diferentes, em rica diversidade étnica e cultural. Todavia, pelo censo demográfico do IBGE de 2010, contabilizaram-se apenas 896,9 mil indígenas, divididos em 305 etnias, isto é, menos de 30% do número total de indígenas da época da descoberta.<sup>3</sup>

Em razão da forma da colonização europeia, o número de povos indígenas diminuiu drasticamente. Essa redução está associada às diversas formas de agressões às comunidades indígenas pelos colonizadores, tais como a violência cultural e a física propriamente dita, além das doenças e epidemias trazidas pelos colonos, que acabaram por quase dizimar a população nativa.

A ocupação dos colonizadores, desde seu início, teve por bases os princípios e diretrizes regidas por um direito alienígena, não reconhecendo a existência de um direito próprio indígena. Essa negação, consolidada na marginalização e no descaso pelas práticas costumeiras do direito indígena, tinha como propósito implementar, gradativamente, o projeto expansionista europeu, marcado pela segregação e discricionariedade com relação à população nativa.<sup>4</sup> Nota-se que houve grande destruição da diversidade cultural indígena

<sup>1</sup> DUSSEL, Enrique. *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 27-52.

<sup>2</sup> DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997. p. 19.

<sup>3</sup> OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

<sup>4</sup> OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em:

introduzida pelo universalismo ocidental decorrente do eurocentrismo. Essa visão de mundo simbolizou a dominação do Imperialismo europeu contra os indígenas, pois tentava a todo custo uniformizar e padronizar suas culturas, crenças, assim como o próprio direito europeu nos demais continentes.

Verifica-se, assim, que esse vácuo legislativo deu margem a um etnocídio assistido<sup>5</sup>, haja vista os meios utilizados para integralizar os aborígenes, desvencilhando-os de suas mais primitivas tradições, pretendeu assimilá-los à cultura tida como evoluída e civilizada. Embora, em meados do século XIX, surgiram os primeiros documentos que tentaram regularizar a questão indígena no país, tal legislação serviu apenas para deixar os indígenas ainda mais vulneráveis e suscetíveis aos interesses alheios.

Se os direitos humanos são baseados nos valores das sociedades ocidentais, constata-se a perpetuação da crença de que essas sociedades seriam mais evoluídas e civilizadas. Logo, aos povos indígenas, invisíveis aos olhos de um Estado em formação e vistos como uma ameaça ao Estado unitário, homogêneo e controlador, somente lhes restava a civilização. Diante de uma prática integracionista, os povos indígenas tiveram dificuldade em manter seu modo de vida tradicional, visto que a proposta era integrá-los de forma individualizada, o que desconstituiu sua organização social, seus usos e costumes coletivos.<sup>6</sup>

No início do período Republicano (1889), as orientações indigenistas ficaram a cargo do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, que tinham por intuito a sedentarização indígena e transformar os indígenas que habitavam em áreas mais longínquas em trabalhadores nacionais, de modo que viabilizassem o desenvolvimento econômico dessas áreas. Entretanto, a expansão da fronteira econômica e a execução de empreendimentos, como ferrovias e estradas, encontravam em certos grupos indígenas hostis obstáculos à concretização do projeto civilizatório brasileiro.<sup>7</sup>

Esse período também foi responsável por intensificar os conflitos existentes entre indígenas e não indígenas, liquidando-se as últimas possibilidades de sobrevivência de diversos grupos tribais tidos como autônomos e independentes entre si<sup>8</sup>. Diante da omissão governamental na proteção dos indígenas e das lacunas legislativas em meio aos clamores sociais no sentido de pôr fim aos atos de violência, surgiu a figura de Marechal Rondon, militar positivista, designado para auxiliar o major Gomes Carneiro nas instalações de linhas telegráficas rumo ao interior do país, que ficou nacionalmente conhecida como a Comissão Rondon.<sup>9</sup>

A feição prática de uma nova política indigenista se assentou na experiência pessoal de Rondon, que tinha o objetivo de corresponder às expectativas do planejamento estatal; ou seja, a missão de desbravar e conquistar áreas que se encontravam distantes do centro metropolitano do país, criando e controlando territórios com a finalidade de ampliar o poder governamental do Estado Nacional. Buscou-se pacificar os

---

<https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

<sup>5</sup> Sobre as principais diferenças entre *etnocídio* e *genocídio*, “Foi principalmente a partir da experiência americana que etnólogos, em particular o francês Robert Jaulin – autor de *La paix blanche: introduction à l’ethnocide* (1970) — cunharam o conceito de etnocídio. É primeiramente à realidade indígena da América do Sul que se refere essa ideia afirma Clastres, para complementar que é justamente nesse terreno que é possível pesquisar a diferença entre genocídio e etnocídio, pois as populações indígenas americanas ainda seriam vítimas dos dois tipos de criminalidade. Ambos os conceitos e seus respectivos casos tratam sempre da morte, mas de mortes diferentes: enquanto genocídio se refere ao extermínio e destruição física de uma minoria racial, etnocídio é a opressão cultural com efeitos longamente adiados que quer a destruição da cultura de uma minoria racial. Em suma, Clastres afirma que o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito”. CLASTRES, 2004, p. 56 apud DE SOUZA, Fábio Feltrin; GARCEZ, João Pedro. O passado de “marcados”: trauma e etnocídio Yanomami. *Gavagai - Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 5, n. 2, p. 29-48, 19 set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/GAVAGAI/article/view/11082>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>6</sup> CURI, Melissa Volpato. Direito dos povos indígenas: das teorias antropológicas evolucionistas à formação do Estado-Nação. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 17, n. 112 jun./set. 2015, p. 341-364. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1117#siteNav>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>7</sup> ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 152.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Vozes, 1989. p. 7.

<sup>9</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, p. 2018. p. 108-112.

conflitos surgidos entre grupos indígenas e o exército durante a expansão telegráfica. Marechal Rondon foi fiel aos métodos persuasórios, utilizando a diretiva “morrer, se preciso for, matar, nunca”.<sup>10</sup>

Com a finalidade de dar efetividade real a esses princípios, foi então criado, em 20 de julho de 1910 pelo Decreto n.º 8.072, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e Localização de Trabalhadores Nacionais. O caráter protetor do SPI era exercido por meio de ações dos Postos Indígenas que contribuíram para a implementação de uma política indígena assimilacionista.<sup>11</sup> No entanto, em decorrência da avalanche de denúncias que assolavam o SPI, houve a necessidade de se criar um órgão, com novas perspectivas acerca da política indigenista brasileira.

Em 1967, foi criada, por meio da Lei n.º 5.371, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que substituiu o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), “visando proteger as populações indígenas, sobretudo, mediante a demarcação de suas terras e a gestão de suas terras”. Porém, em razão de sua omissão e negligência para com os povos indígenas, a FUNAI passou a receber inúmeras críticas, deixando a ingerência de terceiros predominar sobre os interesses dos selvícolas. Na tentativa de conter a enxurrada de críticas, o governo federal se comprometeu a elaborar uma nova legislação para os indígenas

Em 1973, foi elaborada a Lei n.º 6001 (Estatuto do Índio), vigente ainda hoje. No entanto, ao adotar uma legislação assimilacionista, tal Estatuto tinha por finalidade fazer com que os índios, paulatinamente, abandonassem essa condição, desde que fossem monitorados e planejado pelo Estado o seu processo evolutivo.<sup>12</sup>

No tocante às terras indígenas, o Estatuto deu grande passo ao romper com as velhas práticas de descimento no período colonial e imperial, bem como abandonou as experiências nos Postos Indígenas adotados nos primeiros anos de República, visto que reconheceu a importância da terra para o povo indígena. Nesse sentido, tornou-se possível que os vivessem em comunidades indígenas, conservando sua identidade, além de perpetuarem suas tradições.

Por outro lado, em relação à capacidade civil indígena, o Estatuto representa um retrocesso, enquanto submete o indígena à tutela do Estado, sob a justificativa de cuidar deles, mantendo-os sob total controle. Com efeito, o Estatuto está em descompasso com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 231, *caput*, de forma ampla, reconheceu aos indígenas “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”.

## 2.1 Direitos indígenas e as constituições brasileiras

A Constituição Outorgada de 1824 do Império e a Constituição de 1891 do período republicano nada mencionarem acerca dos direitos indígenas, as demais Constituições da era republicana, ressalvada a de 1988, buscaram incorporar os indígenas à comunhão nacional, mediante uma agressiva política indigenista assimilacionista.

A busca incessante de integrar o povo indígena à comunhão nacional era promovida pelo capitalismo em ascensão, que tornaria o indígena um cidadão “proveitoso”, ao utilizar sua mão de obra barata na exploração e expansão da produção. Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os indígenas saíram da invisibilidade política e jurídica, e apoderaram-se do direito de conservarem suas identidades, à medida que o ordenamento jurídico passou a reconhecer a singularidade cultural desses povos, quer por suas crenças, costumes, tradições, organizações sociais e línguas. Em outras palavras, a “nova Constituição” fora

<sup>10</sup> BÓAS, Orlando Villas. *História e causas*. São Paulo: FTD, 2006. p. 170.

<sup>11</sup> ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006. p. 46.

<sup>12</sup> ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006. p. 46.

inspirada por valores multiculturais e pluralistas, indissociáveis do princípio da dignidade humana, tendo consagrado a diversidade étnica-cultural, assegurado direitos e garantias a todos os cidadãos, inclusive, aos povos indígenas, além de ter rompido com a vertente de assimilação e integração dos povos indígenas à comunhão nacional.<sup>13</sup>

Logo, é indiscutível que a Constituição Federal de 1988 representa um marco na história dos direitos indígenas, enquanto foram reconhecidos como sujeitos de direito. Concedeu-lhes o direito de ser indígena, com seus costumes, religiões e habitat, de forma a preconizar o respeito às diferenças étnicas e culturais, com base na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, com a promulgação da atual Constituição, verifica-se a necessidade de rever a legislação, especialmente no que concerne ao descompasso existente entre a Constituição e o Estatuto do Índio, em relação à sua capacidade de autodeterminação.

Como os direitos humanos dos indígenas foram proclamados pela Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>, é imprescindível a valoração da diversidade cultural brasileira, de modo que seja preservada a singularidade cultural indígena. O direito à diferença e proteção dos costumes indígenas constitui condição à realização da dignidade humana desses povos e um triunfo do multiculturalismo.<sup>15</sup>

Portanto, os povos indígenas, ao exercerem seus direitos, devem estar livres de todas as formas de discriminações, sendo imprescindível o reconhecimento da diversidade cultural para que isso não ocorra. Dessa forma, consagra-se a interação de grupos étnicos distintos e coexistentes em um mesmo Estado-Nação sem, contudo, modificarem suas culturas e tradições.

## **2.2 A teoria do Indigenato (CIDH): como um direito originário de ocupação tradicional imemorial indígena em oposição a tese do FATO INDÍGENA (STF)**

Cabe analisar a *Teoria do Indigenato*<sup>16</sup>, sobre o reconhecimento jurídico da posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme seus usos, costumes e tradições, aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Povo *Xukuru* Vs. Brasil, em contraste com a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)* desenvolvida no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>17</sup>

A Lei de Terras de 1850 consolidou o instituto do indigenato<sup>18</sup>, ao determinar que fossem reservadas terras para a colonização dos indígenas, entre aquelas terras devolutas que seriam transferidas para o patrimônio privado, a título oneroso<sup>19</sup>. Entretanto, os imóveis que seriam reservados à colonização dos indígenas não gozavam do título de propriedade privada. Com isso, invasores e grileiros, ocupando terras indígenas, “pretendiam destes a exibição do registro de suas posses”<sup>20</sup>

<sup>13</sup> ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 198-200.

<sup>14</sup> BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 17.

<sup>15</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

<sup>16</sup> Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, o termo indigenato se refere a “relação dos índios com suas terras, reconhecimento de seus direitos originários sobre elas”. Informa o autor que este instituto jurídico de origem luso-brasileiro foi utilizado já nos primeiros tempos da colônia, quando da publicação do Alvará de 1º de abril de 1680, onde se “firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seriam sempre reservados o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 858.

<sup>17</sup> STF Supremo Tribunal Federal. *Caso Raposa Serra do Sol*, 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>18</sup> “Na prática, a lei de terras reduzia o direito indígena aos territórios dos aldeamentos. O reconhecimento jurídico previsto nas cartas régias deu origem ao *instituto do indigenato*, ou seja, reconhecendo o direito por nascimento aos índios às terras que ocupam ou ocuparam” AMADO, Luiz Henrique Eloy. *TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil*. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411/2668>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>19</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 125.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 859.

Sendo assim, mesmo que negassem a terra para os indígenas que detinham moradia habitual, ou estavam aldeados nela, jamais poderiam ser posseiros posteriores, pois as terras seriam devolutas, não podendo ser confundidas com uma posse sujeita à legitimação em virtude do direito à reserva estipulado no referido alvará. Porém, como fazer para os indígenas regressarem às suas terras de ocupação primária, quando fossem esbulhados pelos invasores? A Teoria do Indigenato foi utilizada para a proteção da posse territorial indígena. Isso porque haveria um título congênito, ou seja, que “independe de legitimação, ao passo que a ocupação representaria um título adquirido pendente de reconhecimento”. Por isso, atos de violência e espoliações “não têm o condão de afastar o reconhecimento da tradicionalidade da posse, face à persistência necessária para configurar a continuidade da posse esbulhada”.<sup>21</sup>

Portanto, “há de se esclarecer que o Indigenato apenas proclama o reconhecimento do direito de posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, visto que, no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito constitucional, aos índios nunca foram reconhecidos o direito de propriedade sobre suas terras, mas tão somente a posse delas.<sup>22</sup> “Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos indígenas sobre suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato”<sup>23</sup>

A Constituição de 1988 avançou no que concerne ao direito territorial indígena, reconhecendo, nos termos do artigo 231, os direitos originários e a posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Desse modo, é relevante compreender a expressão *direitos originários* contida no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, e qual é sua relação com as terras tradicionalmente ocupadas. Assim, os direitos originários estão ligados a uma ocupação tradicional, “que por sua vez, decorrem pelo menos duas interpretações, que se distinguem pela ocupação física e pela ocupação não física”<sup>24</sup>. A primeira está atrelada ao marco temporal, com base na realidade fática de 5 de outubro de 1988. Sendo assim, seriam reconhecidos e protegidos os direitos territoriais indígenas, desde que estivessem presentes nessas terras na data mencionada. A segunda ocupação favorece as terras indígenas à luz da legislação existente, o que demonstra que essa garantia persiste apesar dos genocídios e espoliações vivenciados pelos povos indígenas ao longo dos anos.

Nesse contexto, com base no instituto do indigenato, reconhecido pela legislação brasileira desde a era colonial, que “se justifica a nulidade de todos os títulos existentes sobre as terras indígenas e a consequente retirada dos não-indígenas da região após a demarcação”.<sup>25</sup> “Impende de tal interpretação que as terras indígenas são assim reputadas em face do passado (originariedade ou indigenato), do presente e futuro (ocupação permanente) e de sua utilização tradicional pelos grupos tribais. Sem embargo dessas considerações, passa-se à análise de cada uma das características”<sup>26</sup>

A ocupação não física, também conhecida como imemorialidade da ocupação, mostra-se extremamente relevante, porque desvela o verdadeiro sentido e magnitude da terra para os povos indígenas, que, mesmo ausentes de seus territórios, permanecem ao longo do tempo a ela vinculados de alguma outra forma, ou seja, ainda que pela memória.<sup>27</sup>

As terras que os indígenas tradicionalmente ocupam têm, pois, como fundamento um direito originário advindo da *Teoria do Indigenato*. Tal instituto não visa garantir aos indígenas a integralidade de terras que

<sup>21</sup> GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 149.

<sup>22</sup> FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 858.

<sup>24</sup> GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 162.

<sup>25</sup> FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>26</sup> MONTANARI JUNIOR, Isaías. Impacto do PPTAL na demarcação de terras indígenas na Amazônia legal. *Textos & Debates*, Boa Vista, n. 22, p. 119-143, jul./dez. 2012. p. 125.

<sup>27</sup> ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 191-196.

compõem o atual território brasileiro, mas sim aquelas áreas de terras que ainda ocupam, visto que são eles os possuidores originários dessas terras. Assim, com a sua institucionalização, pretende-se impedir que não indígenas tentem usurpar ou fazer uso de maneira sorrateira das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

## 2.2 1 O Caso Raposa Serra do Sol e a teoria do Fato Indígena (marco temporal)

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 2009, foi aplicada a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)*, ou seja, foi adotada a data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) como referencial para averiguar a ocupação tradicional indígena. Consequentemente, somente se considera terra indígena aquela materialmente ocupada quando do advento da Constituição, isto é, a data da promulgação da vigente Constituição é o marco temporal único e insubstituível para aferir se determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por indígenas.<sup>28</sup> A única exceção a essa regra seria a hipótese em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não indígenas. Conforme consta no acórdão, “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios”.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação restritiva ao instituto do *esbulho renitente*, como controvérsia possessória persistente, comprovada por circunstâncias de fato ou judicializada. Utilizou, também, o marco temporal de 5 de outubro de 1988 para estabelecer a necessidade de resistência física dos indígenas à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do esbulho renitente. Sobre a inconstitucionalidade da *Teoria do Fato Indígena* aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina reforça a necessidade de tutela do Estado no cumprimento das normas constitucionais e dos documentos internacionais assinados pelo Brasil:

é evidente que os povos indígenas, por meio da análise dos fatos histórico-jurídicos, sofrem com o esbulho e com a invasão de suas terras, tendo o STF desconsiderado os estudos antropológicos e as análises periciais da própria FUNAI ao objetivar o marco temporal para a promulgação da Magna Carta de 1988. [...] o marco temporal como tese judicial discricionária, sem o devido amparo legal nas legislações interna e internacional, revela incongruências que violam os direitos que representam a luta de séculos de povos minoritários, partindo de uma Corte Suprema que não somente é guardiã da Constituição, mas que representa o dever do Judiciário brasileiro perante o reconhecimento jurídico e político das heterogêneas identidades étnico-culturais existentes no Brasil.<sup>29</sup>

Em análise ao caso Raposa Serra do Sol, verifica-se que as demarcações de terras indígenas continuam em desconformidade com a Constituição, eis que a Corte, ao aplicar a *Teoria do Fato Indígena*, simplesmente desconsiderou todo um contexto histórico de lutas, violência e expulsão que os indígenas sofreram.

A tese do Marco Temporal contribui para o enfraquecimento da efetividade dos direitos indígenas contrariando todo um processo de lutas e reconhecimento de uma minoria que busca o reconhecimento do direito as suas terras como um direito essencial para a sobrevivência e permanência de sua cultura no presente e futuro. Sua existência dependerá disso. E é exatamente esta a luta dos povos indígenas: permanecer em suas terras e resistir à opressão sofrida durante séculos.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> BRITO, Rodrigo Clemente de. Análise Constitucional e convencional do marco temporal de demarcação terras indígenas no Brasil, p. 293. In: ALCANTÁRA, Gustavo Kenner; TINÓCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal Brasília: ANPR, 2018. p. 265-299.

<sup>29</sup> BRABO, Waldir; BENTES, Natalia. A inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido sobre terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis -SC, v. 26, n. 10, p. 123-143, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5324>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>30</sup> DAN, Vivian Lara Caceres; ASSIS, Flávia Benedita Sousa de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. *Teoria Jurídica Contemporânea – PPGD/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 263-285, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/25496/21533>.

Portanto, a adoção da *Teoria do Fato Indígena* é resultado de uma interpretação restritiva de direitos que limita e nega direitos fundamentais indígenas, reconhecidos e consolidados pela Constituição Federal e pela exegese do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A interpretação adotada no Caso Raposa Terra do Sol mitiga a trajetória dos povos indígenas, na luta pelo reconhecimento do direito à diferença e pelo restabelecimento de seus territórios. Depreende-se que a leitura restritiva feita pelo STF, ao contrário do entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Povo Indígena *Xukuru V.s. Brasil*, está embasada em uma perspectiva assimilacionista que revela uma visão eurocêntrica acerca dos povos indígenas.

### 3 Caso povo *Xukuru* na Corte Interamericana de direitos humanos versus Supremo Tribunal Federal

Em 16 de março de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o Caso do Povo Indígena *Xukuru* e seus membros contra o Brasil alegando violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena *Xukuru*, em consequência: da demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e da demora na desintrusão total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito, dentre outras alegações. Dentre os atos de hostilidade praticados contra o Povo *Xukuru*, é preciso registrar a morte do Cacique Xicão, assassinado em 21 de maio de 1998.

Na contestação, o Brasil alegou a incompetência *ratione temporis* quanto a fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte e quanto a fatos anteriores à adesão do Estado à Convenção. O Brasil também sustentou falta de esgotamento dos recursos internos (um dos requisitos de admissibilidade da petição que a Comissão analisa). Porém, a Corte se pronunciou no sentido de que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, e, em sua declaração, salientou que o Tribunal teria competência a respeito de fatos posteriores a esse reconhecimento.<sup>31</sup> Foi decidido, com base no Princípio de Irretroatividade, que os fatos ocorridos antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa da Corte encontram-se fora da competência do Tribunal.<sup>1</sup> A Corte ainda considerou improcedente a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos, porque o Brasil não citou de forma precisa e específica os recursos internos pendentes de esgotamento ou que estavam em curso.

Em síntese, no mérito, a Corte declarou, por unanimidade, que:

[...] 8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena *Xucuru* 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 *Xucuru*, 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 *Xucuru* 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,

Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>31</sup> O reconhecimento de competência feito pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1998, destaca que “[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 da referida Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta Declaração”. Cf. Informação geral do Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Acesso em: 5 jan. 2018.

nos termos nela dispostos. 11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212<sup>32</sup> e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença.<sup>33</sup>

Infelizmente, embora a Corte tenha reconhecido a existência de tensão e violência com relação ao Povo *Xukuru* nos períodos mencionados, entendeu-se que faltaram elementos para a condenação. Todavia, ponto crucial da sentença diz respeito à interpretação evolutiva dos direitos humanos realizada pela Corte ao tratar do direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana:

[...] o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. *Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade.* Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. *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.* (grifos nossos).

A Corte ainda afirmou que, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado tem a obrigação negativa de respeito; isto é, tem o dever de se abster de praticar atos que violem os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas na Convenção. O Estado tem também a obrigação positiva, que implica a obrigação de organizar todo o aparato governamental de modo a proporcionar o exercício dos direitos humanos. Sobre a titulação dos territórios indígenas, a Corte assim de manifestou:

também é importante destacar que *a titulação de um território indígena no Brasil reveste caráter declaratório, e não constitutivo, do direito.* Esse ato facilita a proteção do território e, por conseguinte, constitui etapa importante de garantia do direito à propriedade coletiva. Nas palavras do perito proposto pelo Estado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “quando uma terra é ocupada por um povo indígena, o Poder Público tem a obrigação de protegê-la, fazer respeitar seus bens e demarcá-la [...] Isso quer dizer que a terra não necessita estar demarcada para ser protegida, mas que ela deve ser demarcada como obrigação do Estado brasileiro. A demarcação é direito e garantia do próprio povo que a ocupa tradicionalmente”. A demarcação, portanto, seria um ato de proteção, e não de criação do direito de propriedade coletiva no Brasil, o qual é considerado originário dos povos indígenas e tribais.<sup>34</sup> (grifo nosso).

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou vários precedentes quanto a proteção coletiva das terras indígenas, como nos casos da *Comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua* (2001), *Caso da comunidade indígena Yákye Axa contra o Paraguai* (2005) e o *Caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*<sup>35</sup>. Com efeito, ao reconhecer o direito de propriedade coletiva, a Corte Interameri-

<sup>32</sup> 212. A Corte fixa, de maneira justa, o montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para a constituição do referido fundo. O destino desse fundo deverá ser acordado com os membros do Povo Indígena *Xukuru*, quanto a qualquer medida que considerem pertinente para o benefício do território indígena e seus integrantes. A constituição do fundo em questão caberá ao Estado — em consulta com os integrantes do povo *Xukuru* —, em um período não superior a 18 meses a partir da notificação da presente Sentença.

<sup>33</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil*, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>34</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil*, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>35</sup> “Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001), em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras. Em outro caso da comunidade indígena Yákye Axa contra o Paraguai (2005), a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas



cana reconhece a *Teoria do Indigenato*, que propõe que o direito à propriedade das terras indígenas é um direito congênito e imemorial. Isto porque os povos indígenas possuem relação espiritual com a terra. Os indígenas têm o direito originário às terras, ou seja, um direito que antecede a criação do próprio Estado.

Os direitos fundamentais, que antes tinham por objetivo proteger o indivíduo frente ao Estado, com a ratificação da Convenção Americana, possibilitam uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos humanos, ao permitir o controle de convencionalidade da legislação brasileira. Por sua vez, o controle de convencionalidade internacional é um mecanismo de proteção processual transnacional que é exercido pela Corte nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, com o objetivo de garantir a supremacia da citada Convenção, mediante um exame de confrontação normativo. A dita obrigação de respeito e garantia, portanto, ultrapassa as fronteiras e autoridades nacionais, bem como as legislações dos Estados-partes, que devem aplicar, sem dúvida, ainda que como consequência a revogação de normas internas<sup>36</sup>.

Com as transformações no universo de formações sociais, impõe-se que os direitos humanos sejam interpretados de modo a permitir as novas necessidades e anseios para atingir seus escopos protetivos. É por meio da interpretação judicial e do diálogo entre as jurisdições interna e internacional, portanto, que se procede à adequação dos tratados de direitos humanos ao direito interno.

A Convenção de Viena, que regula a interpretação dos tratados internacionais, prevê em seu artigo 31.1, que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Já o artigo 29, b, do Pacto de São José proíbe interpretações que limitem o “gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado Parte” ou em outra convenção ou tratado. Com fundamento nestes dois diplomas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos justifica a interpretação evolutiva dos direitos humanos previstos no Pacto, buscando potencializar sua proteção, “tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como aquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre Direito dos tratados.”<sup>37</sup>

A Corte Interamericana, ao decidir sobre o direito à propriedade coletiva das terras pelos indígenas, fez uma interpretação evolutiva do art. 21 da Convenção, abrindo espaço para uma proteção mais efetiva deste direito fundamental. Segundo a Corte, os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Logo, por meio de uma interpretação evolutiva, a Corte IDH utilizou o direito à propriedade como fundamento para o reconhecimento de vários outros direitos. Vale dizer, para a Corte, os indígenas exercem o direito de propriedade de forma coletiva e não individual, ou seja, a terra para esses povos é importante, não apenas

---

a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. No caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros” PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 19, p. 78-79, 2012.

<sup>36</sup> AMARAL, Sergio; MARTINS, Fladimir. O controle de convencionalidade no Brasil: um breve ensaio sobre o tema na perspectiva da proteção global dos direitos humanos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, n. 29, p. 283-317, 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1342>. Acesso em: 19 jun. 2021).

<sup>37</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmiento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na convenção americana de direitos humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “raposa serra do sol”. *Direito & Paz*, São Paulo, ano IX, n. 37, p. 253-272, 2º Semestre, 2017.

do ponto de vista da subsistência e do desenvolvimento econômico, mas também para preservação de sua cultura, práticas espirituais; enfim, a relação que o indígena tem com a sua propriedade não é a mesma que os brancos têm com a terra.

Após a decisão da Corte Interamericana, aplicando a *Teoria do Indigenato* (no Caso Povo *Xukuru*), indaga-se: é possível falar em superação da *Teoria do Fato Indígena* aplicada pelo STF (no Caso Raposa Serra do Sol)? Qual será a influência da decisão da Corte IDH no ordenamento jurídico interno, em especial, no STF, para fins de controle de convencionalidade? Entende-se que não basta que o direito interno seja compatível com a Constituição Federal, pois é preciso que também esteja em conformidade com a ordem jurídica internacional. A incompatibilidade do direito interno com a Constituição Federal enseja o chamado *controle de constitucionalidade*. Por sua vez, a análise de compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado é realizada por meio de *controle de convencionalidade* que deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional. Sobre o tema:

os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil — independentemente de aprovação com *quorum* qualificado — têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3o do art. 5o da Constituição servirão de paradigma ao controle concentrado (para além, evidentemente, do difuso), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressional qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle difuso (via de exceção ou defesa) de constitucionalidade/convencionalidade.<sup>38</sup>

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê as chamadas *cláusulas de diálogo*, com a contida no art. 29, “c”, que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, garantindo tanto o *diálogo das fontes* quanto o *constitucionalismo dialógico*.<sup>39</sup> Logo, desde que o Brasil ratificou a Convenção Americana e reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e aplicar a Convenção, independentemente da discussão sobre a hierarquia dos tratados, o Brasil tem o dever de aplicar o Pacto de São José da Costa Rica e, caso não o faça, deve assumir o ônus argumentativo de demonstrar que o direito interno é mais eficiente para a proteção dos direitos humanos que o direito internacional.

Se o Estado brasileiro pretende uma proteção séria e efetiva dos direitos humanos, a jurisdição interna deve exercer o controle de convencionalidade e realizar o diálogo com a Corte Interamericana. Aliás, o controle de convencionalidade tem de se tornar uma prática constante, não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas também em qualquer outro órgão do sistema de justiça, além dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>40</sup>

Além disso, o Estado signatário, por força da exegese da regra contida no art. 69 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>41</sup>, deve observar e respeitar não apenas o texto da norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sobretudo a evolução da interpretação realizada pela Corte em suas decisões, ainda que não a parte condenada por descumprimento dos direitos humanos. Os precedentes da Corte IDH são *standards* interpretativos que se aplicam a todos os Estados que integram o sistema interamericano de Direitos Humanos.<sup>42</sup> (MAC-GREGOR, 2013).

<sup>38</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 fev. 2021.

<sup>39</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto. (coord.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Avellaneda: Siglo Veintiuno Ediciones Argentina S.A., 2014. p. 122.

<sup>40</sup> CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 97-106.

<sup>41</sup> “A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Parte na Convenção”.

<sup>42</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh>.

## 4 Considerações Finais

No dia 5 de fevereiro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por unanimidade, declarou que o Brasil é responsável pela violação de direitos do Povo indígena *Xukuru*. Dentre as violações, destaca-se o desrespeito à garantia judicial de prazo razoável e à propriedade coletiva. Utilizando-se de uma interpretação evolutiva dos tratados, a Corte, segundo sua linha de precedentes em relação ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva das terras dos indígenas — como nos casos da *Comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua* (2001), da *comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai* (2005) e o da *comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai* (2010) —, aplicou a *Teoria do Indigenato*, que estabelece que os povos indígenas têm o direito congênito, imemorial à terra.

O Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento diverso, pois, ao julgar anteriormente o Caso Raposa Serra do Sol, aplicou a *Teoria do Fato Indígena*, onde as terras indígenas no Brasil seriam aquelas que os indígenas estavam na posse ao tempo da promulgação da Constituição, ou seja, em 5 de outubro de 1988.

Independentemente da posição hierárquica (constitucional ou suprallegal) que as normas garantidoras dos direitos humanos previstos no Pacto de São José da Costa Rica ocupem no direito interno, os tribunais brasileiros, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, devem observar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo o ônus argumentativo de refutá-los na hipótese da sua não aplicação aos casos concretos.<sup>43</sup> O entendimento da Corte IDH é o de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e sua interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento, adaptando-se aos novos anseios da sociedade.

O Estado brasileiro, mesmo após a condenação pela Corte IDH no Caso Povo Indígena *Xukuru*, continua se omitindo na efetiva concretização de direitos territoriais indígenas. Destaca-se um cenário alarmante assinalado pela exploração de recursos hídricos e minerais, pela expansão do agronegócio nas terras indígenas, combinados com atos de violência contra esses povos que só vem crescendo.

Tal cenário se agravou com a pandemia da Covid-19, como reconheceu tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nas Resoluções 01 e 04 de 2020 e no caso Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra indígena Araribóia, quando foi concedida medida cautelar para que o Brasil adotasse “as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, vida e integridade pessoal dos membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia, implementando, com base em uma perspectiva culturalmente adequada, medidas de prevenção quanto à disseminação de Covid-19, assim como lhes proporcionando uma atenção médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade e qualidade, conforme os parâmetros internacionais aplicáveis”.<sup>44</sup> Essa situação de vulnerabilidade dos povos indígenas brasileiros também foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.622, que versam sobre a omissão estatal em adotar medidas sanitárias de controle à Covid-19 junto às comunidades indígenas.

Nesse contexto, aos litígios que envolvam terras indígenas pendentes de julgamento na jurisdição brasileira, deve ser considerada a aplicação da *Teoria do Indigenato* na linha dos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Afinal, se o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e reconheceu a competência da Corte, cabe aos órgãos do sistema de justiça, mas também o Poder Público de um modo mais amplo, assegurar a aplicação do art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a garantir a dignidade dos povos indígenas, por meio do direito à propriedade coletiva, com o objetivo de possibilitar a sua subsistência, desenvolvimento econômico e preservação de sua cultura e de

or.cr/tablas/r31255.pdf. Acesso em: 6 jan. 2019.

<sup>43</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 216-228.

<sup>44</sup> CIDH, 2021.

suas práticas espirituais. Portanto, tanto o diálogo entre as jurisdições internas e internacional quanto o controle de convencionalidade são atitudes institucionais necessárias à máxima efetivação dos direitos humanos dos povos indígenas.

## Referências

- AMADO, Luiz Henrique Eloy. *TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil*. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411/2668>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- AMARAL, Sergio; MARTINS, Fladimir. O controle de convencionalidade no Brasil: um breve ensaio sobre o tema na perspectiva da proteção global dos direitos humanos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, n. 29, p. 283-317, 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1342>. Acesso em: 19 jun. 2021.
- ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.
- BÔAS, Orlando Villas. *História e causas*. São Paulo: FTD, 2006.
- BRABO, Waldir; BENTES, Natalia. A inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido sobre terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis -SC, v. 26, n. 10, p. 123-143, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5324>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRITO, Rodrigo Clemente de. Análise Constitucional e convencional do marco temporal de demarcação terras indígenas no Brasil. In: ALCANTÁRA, Gustavo Kenner; TINÓCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal Brasília: ANPR, 2018. p. 265-299.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurisdicário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Lucas Paulo de. *O direito a favor da esperança*: o uso dos precedentes judiciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A CIDH adota medidas cautelares em favor de membros dos povos indígenas Guajajara e Avá da Terra Indígena Araribóia no Brasil*. 13 jan. 2021. <http://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/009.asp>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- CUNHA, Manoela Carneiro. *Índios no Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, 2018.
- CURI, Melissa Volpato. Direito dos povos indígenas: das teorias antropológicas evolucionistas à formação

do Estado-Nação. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 17, n. 112, p. 341-364, jun./set. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1117#siteNav>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DAN, Vivian Lara Caceres; ASSIS, Flávia Benedita Sousa de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. *Teoria Jurídica Contemporânea – PPGD/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 263-285, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/25496/21533>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DE SOUZA, Fábio Feltrin; GARCEZ, João Pedro. O passado de “marcados”: trauma e etnocídio Yanomami. *Gavagai - Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 5, n. 2, p. 29-48, set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/GAVAGAI/article/view/11082>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DUSSEL, Enrique. *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto. (coord.) *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Avellaneda: Siglo Veintiuno Ediciones Argentina S.A., 2014.

GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na convenção americana de direitos humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “raposa serra do sol”. *Direito & Paz*, São Paulo, ano IX, n. 37, p. 253-272, 2º Semestre, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 46 n. 181 p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 fev. 2021.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. Impacto do PPTAL na demarcação de terras indígenas na Amazônia legal. *Textos & Debates*, Boa Vista, n. 22, p. 119-143, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/texto-sedebates/article/download/1608/1138>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

PEREIRA, Deborah Duprat Macedo de Brito. *O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: [file:///C:/Users/Elis%C3%A2ngela%20Padilha/Downloads/o\\_direito\\_sob\\_o\\_marco\\_d\\_a\\_pluriethnicidade\\_multiculturalidade.pdf](file:///C:/Users/Elis%C3%A2ngela%20Padilha/Downloads/o_direito_sob_o_marco_d_a_pluriethnicidade_multiculturalidade.pdf). Acesso em: 28 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 19, 2012.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Vozes, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.