



## **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

### **Caso Povo Indígena Xucuru v. Brasil**

#### **Amicus Curiae**

**“Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento,  
Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

**Curitiba, Ottawa e Washington, D.C.**

**4 de abril de 2017**

### **Das instituições que assinam o amicus curiae:**

#### **Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa**

A Clínica de Direitos Humanos é uma iniciativa do Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa que, por meio de uma abordagem interdisciplinar, procura: (i) fortalecer a proteção dos direitos humanos através da investigação, capacitação e assistência técnica sobre a implementação de parâmetros de direitos humanos; (ii) fomentar o desenvolvimento de capacidades e prestar recomendações para que as políticas públicas contenham um enfoque de direitos humanos; e (iii) promover o estudo de direitos humanos no Canadá.

Página Web: <http://cdp-hrc.uottawa.ca/>

#### **Informação de contato:**

Salvador Herencia Carrasco

Diretor- Clínica de Direitos Humanos

Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa

E-mail: [shere045@uottawa.ca](mailto:shere045@uottawa.ca)

#### **Fundação para o Devido Processo / Due Process of Law Foundation (DPLF)**

DPLF é uma organização não governamental com sede em Washington, D.C., que se dedica à promoção do Estado de Direito e dos direitos humanos na América Latina, através da investigação aplicada, alianças estratégicas com atores da região e atividades de incidência. Sua finalidade é alcançar o pleno respeito ao Estado de Direito e aos direitos humanos, a partir do conhecimento e aplicação das normas e parâmetros internacionais.

Página Web: [www.dplf.org](http://www.dplf.org)

#### **Informação de contato:**

Daniel Lopes Cerqueira

Oficial de Programa Sênior

Due Process of Law Foundation

E-mail: [dcerqueira@dplf.org](mailto:dcerqueira@dplf.org)

## **Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**

Com sede em Curitiba, Paraná, e coordenado pela Professora Doutora Melina Girardi Fachin, o NESIDH é composto por alunos da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPR, bem como pesquisadores voluntários. Seus principais objetivos são: i) a formação acadêmica e profissional de seus membros na temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos; ii) o diálogo permanente com organizações da sociedade civil que necessitem de auxílio na seara dos direitos humanos; iii) a consolidação da cultura dos direitos humanos no Brasil.

Página Web: <https://www.facebook.com/nesidh/>

### **Informação de contato:**

Melina Girardi Fachin

Professora Adjunta e Coordenadora do NESIDH - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

E-mail: melinafachin@gmail.com

## **Rede de Cooperação Amazônica - RCA**

A RCA tem como missão promover a cooperação e troca de conhecimentos, experiências e capacidades entre organizações indígenas e indigenistas, para fortalecer a autonomia e ampliar a sustentabilidade e o bem-estar dos povos indígenas no Brasil. A RCA é constituída por 13 organizações: AMAAIAC, Apina, ATIX, CIR, FOIRN, Hutukara, OGM, OPIAC, Wyty-Catë, CPI-AC, CTI, Instituto Iepé e ISA.

Página web: [www.rca.org.br](http://www.rca.org.br)

### **Informação de contato:**

Luís Donisete Benzi Grupioni

Secretário-Executivo

Rede de Cooperação Amazônica

E-mail: [luisdonisete@institutoiepe.org.br](mailto:luisdonisete@institutoiepe.org.br)

## CRÉDITOS

Este amicus curiae foi elaborado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa, a Fundação para o Devido Processo, o Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná e a Rede de Cooperação Amazônica.

Salvador Herencia Carrasco coordenou as pesquisas realizadas pela equipe de investigação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina da Clínica de Direitos Humanos, Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa. Jordi Feo, Elyane Lacasse, Tessa Morris e Andrea Tolentino participaram como assistentes de investigação e construíram ativamente a argumentação aqui exposta. A Professora Penelope Simons e o Professor John Packer prestaram assistência e assessoria.

Daniel Cerqueira, Oficial de Programa Sênior da Fundação para o Devido Processo (DPLF), participou na redação, assistência e assessoria ao amicus curiae.

Melina Girardi Fachin coordenou a investigação dos acadêmicos e pesquisadores vinculados ao Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos – NESIDH, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Os alunos Ananda P. Hadah, Débora Dossiati, Guilherme Ozório Santander e Giulia Bolzani construíram ativamente a argumentação aqui exposta. Em especial, Guilherme Ozório Santander e Giulia Bolzani, colaboraram com a tradução e revisão final do amicus curiae.

Luís Donisete Benzi Grupioni, da Rede de Cooperação Amazônica, prestou assistência e assessoria durante a elaboração do amicus curiae.

## TABELA DE CONTEÚDOS

| Seção   | Página    |
|---|-----------|
| <b>I. Resumo do caso</b>  | <b>6</b>  |
| <b>II. Demarcação de terras e territórios indígenas no Brasil</b>   | <b>7</b>  |
| Preâmbulo: o cenário da tragédia indígena brasileira  | 7         |
| II.1 Categorias de terras indígenas   | 9         |
| II.2 Processo de demarcação de terras no Brasil   | 10        |
| II.3 Direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado no Brasil                                      | 14        |
| O caso Raposa Serra do Sol e o Direito à Consulta   | 15        |
| Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela e o Direito de Consulta  | 16        |
| Tentativa de regulamentação do direito de consulta para medidas administrativas                                     | 17        |
| <b>III. Marco global sobre direitos territoriais dos povos indígenas</b>  | <b>20</b> |
| <b>IV. Entendimento da CIDH sobre demarcação de territórios indígenas</b>   | <b>22</b> |
| IV.1 Obrigações estatais em relação à demarcação  | 23        |
| IV.2 Demora na demarcação   | 24        |
| <b>V. Parâmetros das Nações Unidas relacionados à renegociação, demarcação e titulação de territórios indígenas</b> | <b>26</b> |
| <b>VI. Jurisprudência constitucional comparada – Canadá, Austrália e Nova Zelândia</b>                              | <b>28</b> |
| VI.1 Austrália e Nova Zelândia: a importância do vínculo histórico dos povos originários com seus territórios       | 29        |
| VI.2 Canadá: povos indígenas, títulos sobre a terra e a importância das políticas de reconciliação                  | 31        |
| <b>VII. Conclusão e Petição à Corte Interamericana</b>  | <b>34</b> |

## I. Resumo do caso

O caso versa sobre a violação do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em consequência (i) da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e (ii) da demora, ainda vigente, na regularização total dessas terras e territórios, de maneira que o mencionado povo indígena possa exercer pacificamente seus direitos fundamentais.

Outrossim, o caso se relaciona com a violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais, em consequência do descumprimento do prazo razoável no mencionado processo administrativo, assim como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas em relação à parte das terras ancestrais do povo indígena Xucuru.

Decorrido o procedimento previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “Convenção Americana”), bem como no Estatuto e no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “CIDH” ou “Comissão”) esta adotou, aos 28 de julho de 2015, o Relatório de Mérito 44/15, relacionado ao Caso 12.728 (Povo Indígena Xucuru), onde conclui que:

1. O Estado do Brasil violou o direito à propriedade consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, assim como o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, com relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros, e
2. O Estado do Brasil violou os direitos às garantias e proteção judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, com relação ao artigo 1.1 da mesma em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros.

Com a submissão do Caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “Corte IDH” ou “Corte Interamericana”) está instada a decidir se:

- 1) houve violação do direito à propriedade coletiva do povo Xucuru pela demora de sete anos no processo de reconhecimento de seu território;
- 2) houve violação do direito à propriedade coletiva pela falta de regularização total de seu território ancestral desde 1998;
- 3) houve violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial vinculadas com a mesma demora no processo administrativo de reconhecimento;
- 4) houve violação dos direitos à integridade pessoal dos membros do povo indígena Xucuru – desde 10 de dezembro de 1998 – como consequência das anteriores violações e da consequente impossibilidade de exercer pacificamente o direito à propriedade coletiva sobre suas terras e territórios ancestrais;
- 5) houve violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial – desde 10 de dezembro de 1998 – na decisão de ações civis interpostas por ocupantes não indígenas sobre partes do território ancestral.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

Como declarado pela CIDH, o presente caso oferece à Corte Interamericana a oportunidade de aprofundar sua jurisprudência relativa à propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais. A Corte poderá se manifestar sobre as características que deve ter um procedimento de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação dessas terras e territórios, com especial ênfase na necessidade de que tais procedimentos não se dilatem injustificadamente. Além disso, o caso permitirá à Corte aprofundar alcance e conteúdo da obrigação de regularizar as terras e territórios ancestrais.

A presente peça de amicus curiae busca contribuir com a solução do caso, apresentando observações acerca do procedimento administrativo de demarcação de terras no Brasil e sobre o exercício de consulta prévia neste país. Para tanto, divide-se o restante desta peça em diferentes partes. A primeira esclarece o que diz a legislação brasileira sobre o procedimento de demarcação, em especial em relação aos prazos legais para que o procedimento atinja seu fim. A segunda descreve como o Brasil tem se desincumbido da obrigação convencional de consultar previamente aos povos indígenas, ante decisões estatais suscetíveis de afetar diretamente os direitos e interesses de tais povos. A terceira e quarta partes desta peça descrevem os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, com especial ênfase nos antecedentes do Sistema Universal e da Comissão Interamericana. Finalmente, a quinta parte analisa os principais precedentes das altas cortes do Canadá, Austrália e Nova Zelândia sobre a matéria.

## **II. Demarcação de terras e territórios indígenas no Brasil**

### **Preâmbulo: o cenário da tragédia indígena brasileira**

Nos últimos anos, o desrespeito aos povos indígenas tem se agravado no Brasil, acirrando conflitos em todo o país. Esta realidade é resultado de políticas e decisões de sucessivos governos que se eximiram de cumprir as medidas de proteção dos territórios indígenas, quilombolas e das comunidades tradicionais, negligenciando, ademais, os recursos naturais que neles se encontram. Iniciativas de lei e outras propostas defendidas por deputados, senadores e ministros de Estado, todos ligados à defesa do latifúndio para o agronegócio, do uso de armas e da evangelização dos povos indígenas, só contribuem para esse contexto de retrocessos da política indigenista.

Alguns desses políticos, notadamente vinculados ao Partido Social Cristão (PSC), Partido Progressista (PP) e Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), ficaram conhecidos por discursos de racismo, ódio e incitação à violência contra povos indígenas e quilombolas. Esse tema foi objeto de vasta análise pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos que realizou missão em 2016 para levantar a situação dos direitos humanos dos povos indígenas nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul - origem da maioria desses parlamentares. O Conselho Nacional de Direitos Humanos identificou um padrão de violações e conflitos exacerbados, travados por políticos que têm como bandeira a negação dos direitos indígenas, o que se repete em diversas regiões do país, notadamente, Sul, Nordeste e Centro-Oeste.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ver: <http://www.plataformadh.org.br/2016/08/15/relatorio-de-missao-que-investigou-violacoes-de-direitos-da-populacao-indigena-no-sul-e-apresentado-no-cndh/>

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

O órgão responsável pela promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas de todo o território nacional é a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, órgão que sofre com a falta de orçamento e pessoal. Possui atualmente 2.142 funcionários e, conforme o Instituto de Estudos Socioeconômicos, o total de cargos autorizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é de 5.965.<sup>2</sup> Mesmo diante desta situação, o atual governo já afirmou que a FUNAI precisará se adequar à política de corte de gastos com diminuição de cargos e unidades administrativas.<sup>3</sup>

Uma de suas atribuições é acompanhar e encaminhar os procedimentos de demarcação. Todavia, foi expedida a polêmica portaria de nº 80 de 2017<sup>4</sup> que determina a criação de um Grupo Técnico Especializado – GTE, composto por representantes da FUNAI, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade, Secretaria Especial de Direitos Humanos, e consultores jurídicos, o qual auxiliaria o Ministério da Justiça e Cidadania no que diz respeito à declaração e demarcação de terras indígenas. Ou seja, todo o protagonismo do órgão especializado, bem como o diálogo com as comunidades tradicionais – etapas fundamentais do processo de consulta prévia, livre e informada – foram negligenciados e agora se mostram inexistentes.

Em janeiro de 2017, a Casa Civil da Presidência da República nomeou como presidente da FUNAI um pastor evangélico que trabalhou em missão evangelizadora de indígenas. Além disso, para dirigir a área de promoção ao desenvolvimento sustentável do órgão indigenista, que inclui tanto o acompanhamento de processos de licenciamento ambiental de grandes obras, como toda a área de desenvolvimento sustentável e serviços sociais, nomeou um militar, também evangélico.<sup>5</sup> Mais recentemente, no mês de fevereiro, o Governo Federal indicou para o Ministério da Justiça, o Deputado Osmar Serraglio, do PMDB, que como Ministro terá a FUNAI sob sua jurisdição.

O novo ministro, diretamente ligado às bancadas ruralistas e evangélicas do Congresso Nacional, foi o relator de Proposta de Emenda Constitucional 215 (PEC 215) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, cujo objetivo é transferir do Executivo para o Legislativo a palavra final sobre demarcações de territórios indígenas, quilombolas e unidades de conservação ambiental. Trata-se da maior ameaça aos direitos indígenas desde a aprovação do atual texto constitucional, em outubro de 1988. Sua aprovação implicaria a inviabilização de novas demarcações, criando ampla insegurança jurídica, inclusive para as terras já demarcadas. Ainda, referendaria a tese do “marco temporal”, segundo a qual os índios que não estivessem ocupando seu território na data da promulgação da Constituição Federal

---

<sup>2</sup> BARCELOS, Iuri; BARROS, Ciro. **A Funai pede socorro**. *Carta Capital*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-funai-pede-socorro>

<sup>3</sup> SOUZA, Oswaldo Braga de. **Temer ameaça fragilizar Funai e dificultar demarcações de terras indígenas**. *Instituto Socioambiental*. 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/temer-ameaca-fragilizar-funai-e-dificultar-demarcacoes-de-terras-indigenas>

<sup>4</sup> Cite-se também a portaria 68/2017, revogada após intensa pressão de órgãos vinculados à defesa dos índios, que previu a criação do GTE, em estrutura semelhante, sob o argumento de agilizar os procedimentos demarcatórios.

<sup>5</sup> Ver: <http://amazoniareal.com.br/governo-temer-nomeia-pastor-a-presidente-da-funai-e-inclui-um-general-do-exercito-na-equipe-ambos-do-psc/>



não teriam direito a reivindicar seu reconhecimento e demarcação pelo Estado brasileiro.

Cabe aqui mencionar que em sua mais recente visita ao Brasil, em março de 2016, a Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU), Victoria Tauli-Corpuz, confirmou a existência de retrocessos institucionais, de garantias legais e administrativas no que tange aos critérios para a demarcação de territórios indígenas. Segundo a Relatora, os povos indígenas do Brasil enfrentam riscos mais graves do que em qualquer outro tempo desde a adoção da Constituição Federal em outubro de 1988.<sup>6</sup> As preocupações expressadas pela Relatora foram confirmadas recentemente, com a elaboração, por parte do atual governo, de novas regras para a demarcação de terras indígenas e a devolução de processos administrativos de demarcação de territórios que se encontravam em fase final de reconhecimento.

Menos da metade da população autodeclarada indígena no Brasil reside em terras oficialmente reconhecidas.<sup>7</sup> Muitas destas aguardam os processos demarcatórios que, em sua maioria, encontram-se em andamento nos órgãos estatais competentes.

Dados oficiais do estado Brasileiro, ainda que escassos, haja vista a ausência de diligência estatal para com estas comunidades, demonstram que a taxa de mortalidade infantil é duas vezes mais alta dentre grupos indígenas (26,35 mortes para cada mil nascimentos). A ausência de condições mínimas de vida digna em seus territórios contribui para aumentar a lista de mortes evitáveis. Registre-se, a título exemplificativo, o comunicado recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos externando preocupação com a violência contra a população indígena no Brasil.<sup>8</sup>

Nesse sentido, em tempos de crescente intolerância e aversão ao outro é fundamental resguardar o direito dos grupos vulneráveis. O Estado Brasileiro peca não apenas pela omissão, pois não protege a população indígena de forma adequada, – sendo o povo Xucuru um exemplo emblemático – como também pela perversa concessão de títulos a proprietários da indústria do agronegócio em detrimento da titularidade ancestral dessas terras.

## **II.1 Categorias de terras indígenas**

O diploma legislativo que mais extensamente trata da situação jurídica dos indígenas no Brasil, estabelecendo o Estatuto do Índio, qualifica três categorias

---

<sup>6</sup> Ver: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>

<sup>7</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *O Brasil Indígena*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>

<sup>8</sup> “A CIDH manifesta sua preocupação com os altos índices de atos de violência contra as comunidades indígenas Guarani-Kaiowá, especialmente no estado de Mato Grosso do Sul, e urge o Estado brasileiro a que investigue esse assassinato de maneira imediata e com a devida diligência para julgar e punir os responsáveis e evitar sua repetição.” Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/089.asp>

distintas de terras indígenas: aquelas ocupadas ou habitadas pelos silvícolas; as áreas reservadas; e as terras de domínio das comunidades indígenas.<sup>9</sup>

A primeira classe de terras indígenas (terras ocupadas) se refere àquelas “tradicionalmente ocupadas” por estas populações, na dicção da Constituição Federal de 1988. Segundo seu art. 231, trata-se de uma ocupação segundo os usos, costumes e tradições indígenas, bastando, portanto, o mero fato da posse permanente nesta qualidade para que a terra seja considerada indígena e para que recaiam sobre ela as seguintes consequências jurídicas:

[...] propriedade da União, inalienável e indisponível; a posse permanente do próprio grupo; o usufruto exclusivo dos índios; o direito às riquezas naturais; a proibição de ser o grupo removido do local; o direito de serem consultados e a participar dos benefícios de exploração dos recursos hídricos, inclusive energéticos, e da pesquisa e lavra das riquezas minerais; a declaração de nulidade absoluta de todos os títulos eventualmente existentes [...]. Os direitos que advêm destas consequências são imprescritíveis e indisponíveis.<sup>10</sup>

A segunda espécie de terras indígenas (áreas reservadas) faz referência às terras que são originariamente propriedade da União e que são posteriormente cedidas, por afetação ou destinação, à posse indígena, a fim de recompensar, aldear, sítar ou recuperar índios. Após a transmissão, essas terras assumem todas as características jurídicas das terras indígenas, em que pese já se tenha afirmado que “o conceito de terras reservadas oscilou entre dar proteção, integrar como cidadão, aldear para reprimir”.<sup>11</sup>

Por fim, a terceira espécie de terras indígenas refere-se àquelas de domínio destes povos, adquiridas por qualquer das formas de aquisição de propriedade definidas pela lei civil<sup>12</sup>, bem como aquelas adquiridas por usucapião indígena.<sup>13</sup> Nesta hipótese, resta cristalino que as terras de domínio indígena são inapropriáveis por qualquer outro que não seja o próprio grupo ou comunidade, atribuindo caráter coletivo à propriedade.

## **II.2 Processo de demarcação de terras no Brasil**

Já regulado por cinco decretos anteriores, o processo de demarcação de terras indígenas é, atualmente, estabelecido pelo Decreto 1775/96. Em seu primeiro artigo o Decreto estabelece que o objeto deste procedimento são as terras definidas no artigo 17, inciso I da Lei 6001/73 e as do artigo 231 da Constituição Federal.

Da referida normativa, decorrem em sete etapas sucessivas no processo demarcatório: estudos de identificação, aprovação da FUNAI, contestações,

<sup>9</sup> Brasil. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Art. 17. Diário Oficial da União. 21 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)

<sup>10</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 130.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Brasil. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União. 21 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)

<sup>13</sup> *Idem*.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - "Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas"**

declarações dos limites da terra indígena, demarcação física, homologação e registro.<sup>14</sup>

Primeiro se nomeia um antropólogo com reconhecida qualificação para elaborar estudo antropológico em prazo determinado. Este estudo vai basear o trabalho do grupo técnico especializado, que deve averiguar a natureza etnohistórica, jurídica, sociológica, ambiental e cartográfica da terra. O grupo será preferencialmente composto por integrantes dos quadros da FUNAI e contará com a coordenação de um antropólogo, e, ao final, elaborar-se-á um relatório circunstanciado que será remetido à FUNAI.

Esse relatório deve passar pela aprovação do presidente da FUNAI, que em 15 dias publicará sua síntese no Diário Oficial da União e do Estado correspondente, além de edital na Prefeitura local (ou dos locais) em que se situam as terras indígenas.

Desde o início do processo até 90 dias após a publicação no Diário, qualquer interessado pode se manifestar, apresentando suas razões, com toda documentação probatória cabível, a fim de expor defeitos no relatório ou requerer indenização. Apresentada a contestação, o órgão indigenista possui o prazo de 60 dias, após os 90 referidos, para apresentar parecer e enviar o processo ao Ministro da Justiça.<sup>15</sup>

Recebido o processo pelo Ministro da Justiça, abre-se o prazo de 30 dias para o órgão decidir entre declarar os limites e determinar a demarcação, requerer diligências ou desaprovando o procedimento, nos termos do art. 2º, § 10:

- I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;
- II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;
- III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.<sup>16</sup>

Se a demarcação for determinada e os limites da área forem demarcados (já nesta fase ou após novas diligências), deve-se proceder à demarcação física pela FUNAI, enquanto será realizado o reassentamento de eventuais ocupantes não-índios

---

<sup>14</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Como é feita a demarcação hoje?** Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao-hoje>

<sup>15</sup> Esta fase do procedimento é duramente rechaçada por Souza Filho, que, citando Pontes de Miranda, argumenta no sentido de que as contestações, além de serem inúteis por quase sempre não interferirem no resultado final da demanda, não possuem fundamento jurídico. Para os doutrinadores, até mesmo os títulos de propriedade registrados antes da Constituição de 1934, desde que à data da promulgação houvesse posse silvícola, são totalmente ineficazes. "O registro de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição", por força do parágrafo sexto do artigo 231 da Constituição Federal. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 153.

<sup>16</sup> BRASIL. **Decreto nº. 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Na sequência, o Presidente da República promoverá a homologação do procedimento mediante decreto.

Por fim, dentro do prazo de 30 dias, a terra demarcada e homologada deve ser registrada no cartório de Registro de Imóveis da respectiva comarca e na Secretaria de Patrimônio da União.

Os prazos legislativos são, entretanto, considerados impróprios e a demora administrativa na implementação das demarcações é uma constante, traduzindo-se, no mais das vezes, em inação estatal – o que autoriza o acesso ao Sistema Interamericano, nos termos do art. 46, 2, ‘c’ da Convenção Americana.

Justamente, como reflexo da política desfavorável aos direitos territoriais dos povos indígenas, verifica-se uma paralisia institucional no processo de demarcação de terras indígenas no país. Essa paralisia pode melhor ser expressa em números, como o aumento da violência e mortes de lideranças indígenas e ativistas em direitos humanos.

Em que pese a Constituição ter delimitado um prazo de cinco anos, contados a partir de sua promulgação, para que o Poder Executivo realizasse a demarcação das terras indígenas, transcorridos 28 anos, de um total de 1.061 terras indígenas, 361 foram registradas, 13 homologadas, 62 declaradas, 38 identificadas, 164 a identificar, 334 sem providência, 48 reservadas/dominiais, 6 com restrição e 5 GTs constituídas no estado do Mato Grosso do Sul como Terra Indígena.<sup>17</sup>

Por mais que o descumprimento do prazo definido não acarrete em nenhuma consequência jurídica ao órgão, deve-se considerá-lo a fim de que as demarcações ocorram em prazo razoável, por serem fatores essenciais para a sobrevivência física e cultural dos índios. O desrespeito aos prazos vertido nos dados acima é injustificável e representa violação à Convenção Americana, no que tange às garantias judiciais dos membros das comunidades, conforme entendimento da Corte Interamericana nos casos Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai e Comunidade Sawhoyamaya vs. Paraguai, em que os prazos de mais de uma década foram considerados irrazoáveis.<sup>18</sup>

De um universo de mais de 400 pedidos de demarcação de terras feitos à FUNAI, há um número incerto de solicitações não processadas; 114 terras indígenas que aguardam a conclusão de estudos e aprovação pela FUNAI; 38 terras indígenas que aguardam a Portaria Declaratória do Ministério da Justiça; 72 terras indígenas que já foram estudadas, delimitadas, declaradas e aguardam a mera ratificação presidencial por Decreto de Homologação. De outro plano, 17 terras indígenas já homologadas pela Presidência de República ainda aguardam o registro para concluir

---

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2014”**. p. 45. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/mapa-da-violencia-contra-os-povos-indigenas/relat.pdf>

<sup>18</sup> “Desta maneira, este Tribunal considera que, apesar da demonstrada complexidade do procedimento administrativo de reivindicação de terras no presente caso, as atuações das autoridades estatais competentes não foram compatíveis com o princípio do prazo razoável”. Corte IDH. Caso da Comunidade Indígena Yaxye Axa Vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125, par. 89.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

a regularização. Todo o fluxo dos procedimentos de reconhecimento territorial e demarcatório está sob moratória por parte do atual governo, que, para manter sua base no Congresso Nacional, retarda e negocia direitos indígenas em troca de apoio parlamentar.

Nas 562 terras indígenas já regularizadas, há preocupação com a falta de proteção (esbulhadores, madeireiros e garimpeiros) e com a ameaça de grandes impactos causados por empreendimentos realizados em desacordo com as obrigações internacionais. De acordo com a FUNAI, tramitavam em 2015 mais de 3.000 processos de licenciamento ambiental com a sua participação.

Desde 2012, não houve avanço significativo nas medidas de reforma agrária e ordenamento territorial para a proteção de terras indígenas, especialmente fora da chamada “Amazônia Legal”. O aumento de discursos inflamados de autoridades públicas<sup>19</sup> e parlamentares contrários à demarcação de terras indígenas fortaleceu iniciativas para alterar procedimentos de demarcação pelo Ministério da Justiça<sup>20</sup>; fomentou conflitos e ataques a comunidades indígenas; alimentou argumentos para a negação de outros direitos humanos como à saúde e educação devido à falta de regularização fundiária das terras; propiciou elevação da insegurança jurídica, dando respaldo para mais de uma centena de propostas anti-indígenas pela retirada de direitos constitucionais, tal como a já referida PEC 215.

No mesmo período, aumentaram os ataques contra as comunidades indígenas. Inúmeras reintegrações de posse em favor de ocupantes não-indígenas foram cumpridas com uso desmedido de força policial, resultando inclusive em morte de indígenas.<sup>21</sup> Ao invés da investigação e punição dos responsáveis pelos atos de violência<sup>22</sup>, várias lideranças foram perseguidas, sujeitadas a procedimentos criminais<sup>23</sup> e presas.<sup>24</sup> Nenhum caso foi resolvido pelas “mesas de diálogo” do Ministério da Justiça, evidenciando o viés de barganha política e assimétrica em torno dos direitos fundamentais dos povos indígenas.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Notadamente discursos e falas da ex-Ministra da Casa Civil Gleisi Hoffman em 2012 no Congresso Nacional, juntamente com discursos do ex-Advogado-Geral da União Luis Adams, da Senadora e ex-Ministra da Agricultura Kátia Abreu e ex-Ministra do Meio Ambiente Izabella Teixeira.

<sup>20</sup> Ver: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ministro-aceita-discutir-consulta-sobre-mudanca-em-demarcacao-dizem-liderancas-indigenas> e [http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=7291&action=read](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7291&action=read)

<sup>21</sup> Oziel Terena foi morto na reintegração de posse de área incidente na terra indígena Buriti/MS (2013). Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,terena-e-baleado-em-novo-conflito-no-ms,1038837>

<sup>22</sup> Mobilizações e ataques contra comunidades indígenas, fomentados por políticos e autoridades locais, foram reportados ao Conselho Nacional de Direitos Humanos por terem ocorrido em 2015 nos municípios de Guaíra/PR e Vicente Dutra/RS.

<sup>23</sup> Caso relatado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos sobre a prisão em 2016 do cacique da aldeia Boa Vista/PR dias antes do cumprimento de ordem de reintegração de posse contra a comunidade indígena. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-do-gt-sobre-direitos-dos-povos-indigenas-da-regiao-sul-1>

<sup>24</sup> Em 2015, pelo menos sete lideranças Tupinambá foram mortas na Bahia, além da prisão do Cacique Babau em circunstâncias duvidosas em 2014 e 2016. Ver: [http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=8648&action=read](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=8648&action=read)

<sup>25</sup> Ver <https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/tag/ Mesa-de-dialogo/>

Entre 2012 e 2014 foram registrados pelo menos 251 assassinatos de indígenas em todo o país, sendo mais de 40% dos casos no Mato Grosso do Sul. Em 2016, foram pelo menos três ataques armados às comunidades de Kurusu Ambá, Taquara e Caarapó.<sup>26</sup>

Dentre as preocupações mais latentes, já apontadas pelo anterior Relator Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>27</sup> e reiteradas no âmbito do mecanismo de Exame Periódico Universal da ONU em 2008<sup>28</sup> e 2012<sup>29</sup> e pela atual Relatora da ONU em 2016, estão a paralização dos processos de demarcação de terras indígenas e a ameaça de mudanças das previsões constitucionais para fragilizar e até reverter demarcações.<sup>30</sup>

### II.3 Direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado no Brasil

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) foi consagrado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (doravante Convenção 169/OIT) como ferramenta para a superação do paradigma integracionista vigente até o final da década de 80. Dispõe que os sujeitos interessados deverão ser consultados pelos governos sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

O direito à CCPLI recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção 169/OIT no dia 20 de junho de 2002<sup>31</sup>, e que entrou em vigor em 25 de julho de 2003.<sup>32</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante também “CADH”), vigente no Brasil desde 25 de setembro de 1992<sup>33</sup>, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em 2007, assim como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, localizam, igualmente, a CCPLI no rol dos direitos humanos fundamentais para povos indígenas e tribais. Por disporem sobre direitos humanos, as citadas Convenções foram incorporadas à legislação brasileira na qualidade de normas supralegais, possuindo aplicabilidade imediata, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>34</sup>

No plano jurisprudencial, a Corte IDH, mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI como “princípio geral do Direito

---

<sup>26</sup> Nesse caso, o Ministério Público Federal concluiu pelo envolvimento de 12 fazendeiros diretamente no ataque armado e na formação de milícia para atacar à comunidade indígena. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2016/agosto/fazendeiros-sao-presos-por-envolvimento-em-ataque-a-indigenas-em-caarapo-ms>

<sup>27</sup> ONU. A/HRC/12/34/Add.2, 26 Aug. 2009. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/country-reports/report-on-the-situation-of-human-rights-of-indigenous-peoples-in-brazil-2009>

<sup>28</sup> ONU. A/HRC/8/27

<sup>29</sup> ONU. A/HRC/21/11

<sup>30</sup> Ver também Projeto de Lei 1606/2015 apensado ao PL1218/2007.

<sup>31</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo nº 143/2002.** Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/135>

<sup>32</sup> BRASIL. **Decreto Executivo nº 5051/2004.** Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/136>

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto nº 678/1992.**

<sup>34</sup> Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008.

Internacional”.<sup>35</sup> A jurisprudência do SIDH reforçou a necessidade dos Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo, ou comunidade tradicional.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, já reconheceram o direito à CCPLI em casos envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais.<sup>37</sup> Nada obstante, algumas contradições no âmbito do Poder Judiciário brasileiro podem ser destacadas, notadamente: a) as limitações colocadas ao referido direito no caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e b) o uso do instrumento da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela que termina por converter projetos ou empreendimentos mal planejados em fatos consumados, sem a possibilidade de consulta.

### O caso Raposa Serra do Sol e o Direito à Consulta

O STF, máxima instância em matéria constitucional no Brasil, pronunciou-se sobre o direito à consulta no caso da ação popular da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Esse caso é considerado o *leading case* no Brasil em matéria de direitos dos povos indígenas.<sup>38</sup> O caso tratava essencialmente da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, mas acabou por abordar outros direitos, como por exemplo o direito à CCPLI. Em suma, o tribunal reconheceu a legalidade da demarcação da terra indígena em sua totalidade, bem como a nulidade de todos os títulos incidentes na área em razão do caráter originário dos direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas. No entanto, a decisão também relativizou o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais disponíveis em seus territórios. Estabeleceu um conjunto de “salvaguardas” ou “condicionantes” da decisão que não se compatibiliza com o direito constitucional ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre seus territórios, nem com o direito supralegal à CCPLI.<sup>39</sup>

Com a publicação do acórdão, seguiu-se a dúvida se as salvaguardas estipuladas teriam efeitos vinculantes para todos os casos de direitos indígenas (ou seja, eficácia *erga omnes*) ou se estariam restritos às partes do caso concreto julgado (eficácia *inter partes*). O Ministério Público Federal e organizações indígenas apresentaram embargos de declaração<sup>40</sup> argumentando que algumas das salvaguardas violavam direitos previstos na Constituição e na Convenção 169/OIT (especialmente, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e o direito à CCPLI).

<sup>35</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Sentença Serie C nº 245 de 27 de junho de 2012.

<sup>36</sup> *Idem*, p.49.

<sup>37</sup> Embora a Convenção nº 169/OIT empregue a expressão “povos indígenas e tribais”, preferimos utilizar “povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais” por ser mais adequado à realidade brasileira. No item 2, “A”, discutiremos a pertinência das comunidades quilombolas e dos povos e comunidades tradicionais na categoria “povos tribais”.

<sup>38</sup> Ementa do acórdão disponível em:

[http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15451/material/Acordao\\_STF\\_-\\_Pet\\_3388\\_-\\_Raposa\\_Serra\\_do\\_Sol.pdf](http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15451/material/Acordao_STF_-_Pet_3388_-_Raposa_Serra_do_Sol.pdf)

<sup>39</sup> YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio**. Revista Direito GV, vol. 6, p.145, jun. 2010.

<sup>40</sup> Recurso processual que tem como finalidade solucionar obscuridade, omissão ou contradição de decisão judicial (Código de Processo Civil, artigo 535).

Em 2013, o STF decidiu sobre os embargos de declaração, considerando que as condicionantes previstas são vinculantes apenas quanto às partes envolvidas no processo.<sup>41</sup> Sendo assim, de acordo com o STF, os juízes e tribunais podem decidir de maneira diversa em outros casos. No entanto, a decisão declarou também que o acórdão embargado ostenta elevada força moral, por se tratar de pronunciamento da mais alta Corte do país, e exige desta forma elevado ônus argumentativo para a tomada de decisão que eventualmente a contrarie. Na prática, trata-se da criação de norma de vocação abstrata, a ser aplicada, *em princípio*, a todos os casos de demarcação de terras indígenas.

No que diz respeito à CCPLI, no caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser excepcionado quando confrontado com outros bens constitucionais relevantes. Estimou, por exemplo, que operações militares não gerariam a obrigação de consulta aos povos afetados.

Ainda sobre as condicionantes para o caso Raposa Serra do Sol, o STF decidiu que: o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos poderia ser relativizado diante de “relevante interesse público”; que o usufruto não abrangeria os recursos hídricos e os potenciais energéticos, nem pesquisa e lavra de riquezas minerais; admitiu a possibilidade de instalação de bases, unidades e postos militares, sem consulta aos povos indígenas envolvidos; bem como a possibilidade da atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, também independentemente de consulta aos povos indígenas; e, finalmente, que o usufruto exclusivo dos índios sobre seus territórios não impediria a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, inclusive sem qualquer processo de consulta. No entanto, não fica claro se o entendimento do STF no que tange à CLPI dentro das condicionantes do caso raposa Serra do Sol constitui diretrizes gerais aplicáveis a outros casos ou não.

Desta forma, apesar de reconhecer o caráter obrigatório da CCPLI no país, o precedente do caso Raposa Serra do Sol desconsidera o *corpus iuris* internacional aplicável, sobretudo ao excetuar as operações militares da obrigação de consultar e ao não prever os casos em que é exigida a obrigação adicional do consentimento prévio, como será explanado durante o texto.

### **Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela e o Direito de Consulta**

Em que pesem as decisões judiciais que reconhecem a exigibilidade do direito à CCPLI, em casos envolvendo impactos por empreendimentos ou projetos de governo, o instrumento processual da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela (doravante, SLAT) vem sendo utilizado para suspender decisões que ordenam a realização de consultas a povos indígenas afetados por empreendimentos ou projetos de governo. Nesses casos, geralmente ordena-se em primeira instância a suspensão das autorizações ambientais de tais projetos até que se cumpra o requisito da CCPLI. Contudo tais decisões costumam ser suspensas por meio de pronunciamentos de tribunais superiores que acolhem os argumentos do governo, no sentido de classificar os empreendimentos como estratégicos para a ordem econômica do país, de forma a garantir a continuidade do projeto em desrespeito ao direito à CCPLI.

---

<sup>41</sup> Decisão disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/122>



## Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”

A SLAT permite ao presidente de um tribunal suspender a execução de sentenças e liminares assinadas por juízes de instância inferior para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.<sup>42</sup> As decisões em SLAT permanecem vigentes até o trânsito em julgado de decisão no processo principal, sem a necessária coerência ou justificativa de se evitar grave lesão social. Na prática, em casos envolvendo grandes empreendimentos, a Suspensão de Liminar converte projetos mal planejados em fatos consumados sem a possibilidade de realização da CCPLI, o que configura uma verdadeira negação de acesso à justiça das comunidades afetadas.

Destaca-se que a SLAT é um instrumento processual de uso exclusivo de pessoa jurídica de direito público, fato que gera desequilíbrio entre as partes envolvidas na controvérsia judicial. Estudo recente demonstrou que, no universo das ações judiciais referentes às hidrelétricas previstas para a bacia do rio Tapajós, “as liminares [contrárias ao Estado] demoraram em média 160,3 dias para serem decididas, enquanto as decisões em Suspensão de Liminar [favoráveis] apenas 3,9 dias”.<sup>43</sup> Estes e outros aspectos foram apresentados à Comissão Interamericana durante a audiência “*Situação do direito ao acesso à justiça e a suspensão de decisões judiciais (ação de suspensão de segurança) no Brasil*”, em 28 de março de 2014.<sup>44</sup>

### Tentativa de regulamentação do direito de consulta para medidas administrativas

Em 2010, organizações indígenas e quilombolas<sup>45</sup> denunciaram o Estado brasileiro à Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Central Única dos Trabalhadores (CUT), por descumprimento sistemático da obrigação de consultar. Em meio a pressões da sociedade civil e à inclusão do Brasil na lista preliminar da OIT, o governo brasileiro tomou a iniciativa de constituir, em 27 de janeiro de 2012, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com o objetivo de elaborar proposta de regulamentação administrativa do direito à consulta prévia.<sup>46</sup> Isto porque um dos argumentos do governo para o não cumprimento adequado da implementação do direito à consulta era a falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT. Em resposta a este argumento, representantes indígenas, quilombolas, de comunidades

---

<sup>42</sup> “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” In: BRASIL. **Lei Federal nº 8.437 de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm)

<sup>43</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>44</sup> Vídeo da audiência está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PSRkh1ZFwsw>

<sup>45</sup> Segundo o Decreto 4887/2003, que regulamenta artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, são consideradas comunidades quilombolas “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

<sup>46</sup> Portaria que constituiu o Grupo está disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/115>

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

tradicionais, juristas e representantes do Ministério Público Federal já haviam se posicionado pela aplicabilidade imediata da CCPLI, independentemente de regulamentação, visto que a Convenção 169/OIT trata de direitos supralegais de aplicabilidade imediata, como já explanado.

Em 16 de julho de 2012, a Advocacia Geral da União (AGU) – órgão que tem a incumbência de defender juridicamente a administração pública federal e a defesa dos direitos coletivos indígenas – editou a Portaria 303/AGU.<sup>47</sup> Essa Portaria incorporou todas as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol como orientação geral para a atuação restritiva da AGU em outros casos referentes à demarcação de territórios indígenas. Embora a Portaria não tenha *status* de lei, ela reflete o posicionamento institucional da AGU e acaba por restringir diversos direitos indígenas à medida que limita a linha de defesa pelos Procuradores Federais nos casos judiciais.

Com a publicação da Portaria, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) anunciou a saída do movimento indígena do processo de diálogo sobre uma possível regulamentação do direito à consulta, alegando a inexistência de boa-fé por parte do Governo que, com tal atitude, se contradizia na defesa dos direitos territoriais indígenas.<sup>48</sup> Nesse contexto, a APIB exigiu a revogação da Portaria nº. 303 como condição indispensável para retomar a participação nos trabalhos do GTI. Em que pese tais manifestações, e apesar das recorrentes Resoluções expedidas pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI)<sup>49</sup> recomendando a revogação desta norma, a Portaria nº 303 continua vigente, gerando danos aos direitos dos indígenas à CCPLI sobre as bases do que se definiu pelo STF no caso Raposa Serra do Sol.

Entre 2013 e 2014, o processo de consulta sobre a regulamentação do direito de consulta seguiu sem a participação dos representantes indígenas. Em dezembro de 2014, foi consolidada uma proposta de regulamentação administrativa que se limitava a dispor parâmetros para as comunidades quilombolas. Não se sabe ao certo se a proposta será publicada ou arquivada. Segundo informações do governo,<sup>50</sup> a proposta seguiu para avaliação dos Ministros da Secretaria Geral da Presidência da República, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Ministério da Cultura. A proposta de regulação, todavia, vem sendo bastante criticada pelos sujeitos interessados, tanto em razão de falhas procedimentais em sua elaboração<sup>51</sup> (insuficiente participação dos interessados e transformação, sem aviso prévio, de reuniões supostamente informativas em

---

<sup>47</sup> Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/416>

<sup>48</sup> Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/166>

<sup>49</sup> Ver <http://www.funai.gov.br/index.php/cnpi1>. As resoluções estão disponíveis em: <http://www.funai.gov.br/index.php/cnpi1/informativo?start=1#>. São elas: Resoluções n.º 1/2012, n.º 2/2013, n.º 1/2016

<sup>50</sup> Obtidas através do Serviço de Informação ao Cidadão.

<sup>51</sup> “300. Los Estados también tienen la obligación general de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta. El cumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la definición del marco legislativo e institucional de la consulta previa, es una de las medidas especiales requeridas para promover la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan directamente” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 67).

momentos de tomada de decisões) quanto em razão do conteúdo da proposta (limitação das garantias previstas nos documentos internacionais).<sup>52</sup>

As críticas à *forma* da regulamentação evidenciam que os desafios para implementar o direito à consulta vão além do seu mero descumprimento. Em muitos casos, são realizadas pretensas consultas, mas que não observam os padrões internacionais normatizados e resultando em processos que não garantem autonomia e poder de decisão aos povos interessados.

Mais do que uma mera regulamentação de direito ou uniformização de procedimentos de CCPLI entre os órgãos federais e povos interessados, em detrimento das especificidades destes, é necessário que haja um entendimento por parte do Estado brasileiro do espírito e do alcance prático de uma consulta realizada de boa-fé e conforme estabelece a Convenção 169/OIT.

Em um estudo publicado em dezembro de 2016 pela Rede de Cooperação Amazônica e a Fundação para o Devido Processo, foram analisadas as principais dificuldades para que o Estado brasileiro incorpore a obrigação de consultar os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais sobre decisões que possam afetar seus direitos, principalmente aquelas relacionadas com o território e com o usufruto de seus recursos naturais. O relatório descreve inúmeros casos emblemáticos que tornam evidente o fato de que medidas administrativas e legislativas tomadas sem a realização de CCPLI implicam violações a direitos territoriais e à livre-determinação, dentre outros direitos essenciais.<sup>53</sup>

Do ponto de vista legislativo, destaque-se a Proposta de emenda à Constituição nº. 215 que retira do Poder Executivo a última palavra quanto à demarcação das terras indígenas e a transfere ao Legislativo, prevendo, dentre outras medidas: **(i)** proibição às ampliações de terras já demarcadas; **(ii)** previsão de indenização dos proprietários nas áreas demarcadas em todas as hipóteses; **(iii)** fixação da data de 5 de outubro de 1988 (entrada em vigor da Constituição) como “marco temporal” para definir as terras ocupadas por indígenas e quilombolas. Ou seja, as populações indígenas não terão direito à terra se não a ocupavam até 1988 – ou se dela encontravam-se impedidas de estar.

Do ponto de vista administrativo, noticiou-se que o Ministério da Justiça estaria finalizando uma proposta para alterar o procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas, atualmente regido pelo Decreto 1.775/1996, sem nenhum tipo de consulta prévia com os povos indígenas do país. Órgãos de imprensa nacional que tiveram acesso à minuta da proposta noticiaram que a proposta de regulamentação inclui, entre outros pontos preocupantes:

1. A substituição do direito à terra por compensação em casos de reassentamento ou despejo. *In literis*, o projeto de decreto do Ministério da Justiça consagra “o direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente (...)”;

---

<sup>52</sup> Ver [http://www.dplf.org/sites/default/files/direito\\_a\\_consultaprevia\\_no\\_brasil\\_dplf-rca-3.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf)

<sup>53</sup> Ver [http://www.dplf.org/sites/default/files/direito\\_a\\_consultaprevia\\_no\\_brasil\\_dplf-rca-3.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf)

2. A proposta cria outra instância de decisão sobre as demarcações, retirando competências da FUNAI, inserindo no processo vários órgãos que desconhecem as demandas indígenas ou defendem interesses contrários. A introdução de novos procedimentos tornaria praticamente inviável a conclusão dos processos demarcatórios (já bastante demorados), além de oferecer pretextos para paralisá-los administrativa e judicialmente; e

3. A revisão de limites de terras já demarcadas que, por qualquer motivo inclusive por mora ou omissão do próprio Estado, não tenham sido ainda registradas na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e em cartório, subordinando-as aos novos procedimentos previstos no decreto e anulando etapas já cumpridas.

Nas palavras da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, “o Ministério da Justiça elaborou um decreto que inviabiliza cerca de 600 Terras Indígenas em processo de demarcação ou reivindicadas. Se posto em prática, o documento dá um prazo de 90 dias para que até terras indígenas já demarcadas sejam contestadas por “interessados”. É um ataque frontal aos direitos indígenas”, declarou a organização.<sup>54</sup>

Apesar da reação negativa de vários setores da sociedade brasileira a essa proposta, em janeiro de 2016 o Ministério de Justiça emitiu a Portaria nº. 68/2017, em seguida revogada também sob fortes manifestações contrárias do movimento indígena, de especialistas e do Ministério Público Federal, entre outras razões, por acatar a tese do marco temporal. Esta foi substituída pela Portaria nº. 80/2017, a qual cria um grupo técnico para analisar os processos de demarcação preparados pela FUNAI. Dado seu nítido caráter de fazer prevalecer decisões de natureza política sobre conclusões eminentemente técnicas que fundamentam o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação de terras indígenas, elaborado no âmbito da Fundação Nacional do Índio, essa nova portaria segue na linha do enfraquecimento do órgão indigenista federal, atualmente com o pior orçamento de sua história, e consiste numa forte concessão do Governo Federal à bancada parlamentar anti-indígena. Em nenhum momento, o governo dialogou com o Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI, instância ligada ao próprio Ministério da Justiça, descumprindo seu dever à consulta prévia, livre e informada.

### **III. Marco global sobre direitos territoriais dos povos indígenas**

O direito dos povos indígenas à demarcação de suas terras e à CCPLI sobre temas que lhes são atinentes, possuem marco legal no âmbito global de proteção dos direitos humanos, para além da regulamentação regional e local sobre a matéria.

As Nações Unidas adotaram uma série de parâmetros que dizem respeito à proteção dos povos indígenas. A Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas consolidou esses parâmetros, bem como os trabalhos de órgãos especializados como o Conselho de Direitos Humanos, Comitês de Direitos Humanos e a Relatoria Especial sobre o Direito dos Povos Indígenas têm promovido o escopo dessas disposições. Referida Declaração prevê direitos e liberdades como autodeterminação (artigo 3º) e não discriminação (artigo 46.3), previstos em tratados vinculantes de direitos humanos, dos quais alguns podem ser considerados como direito costumeiro internacional.

---

<sup>54</sup> Ver: <http://amazonia.org.br/2017/01/processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas-pode-ser-modificado/comment-page-1/>

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

Além do dever dos Estados de efetivar consulta que possibilite consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas quando da realização de projetos legislativos ou administrativos que de alguma maneira possam impactar em suas vidas<sup>55</sup>, nos termos do artigo 18 do mencionado documento, deve ser efetivado por meio de procedimentos e representação consoantes com as próprias instituições decisórias das comunidades.

Especificamente quanto ao direito à demarcação das terras indígenas, a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, dispõe acerca do “*direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como coletivamente, à propriedade*”.<sup>56</sup>

Como concretização específica dos comandos citados, a Convenção 169/OIT<sup>57</sup> – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em abril de 2004 pelo Decreto 5.051 – em seu artigo 6º, aponta diretrizes a serem seguidas pelos Estados a fim de possibilitar a consulta e participação dos povos indígenas visando à obtenção de seu prévio consentimento. O artigo 7º da Convenção preceitua que, dentre o direito de escolhas dos povos indígenas está o de preferir “*terras que ocupam ou utilizam de alguma forma*”, o que adiante se demonstrará, não está sendo respeitado pelo Estado brasileiro.

A Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas e Convenção 160/OIT estabeleceram os direitos dos povos indígenas ao próprio desenvolvimento, como também o direito de fruir de suas terras, territórios e outros recursos de acordo com suas prioridades e decisões. A dimensão coletiva do direito à terra, territórios e outros recursos é intrinsecamente ligada ao direito coletivo de autodeterminação, não discriminação, integridade cultural e desenvolvimento.

Em 2008, o Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (doravante “CEACR”) apontou que a regularização de títulos de terras é um dos grandes desafios impostos aos povos indígenas. A CEACR também sublinhou que o envolvimento dos povos indígenas nesse processo seria um elemento essencial na garantia da igualdade e paz social através da inclusão e do diálogo.<sup>58</sup>

Na mesma linha, a Relatoria Especial da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas reconheceu a importância de títulos de terra para assegurar que povos indígenas tenham a segurança de um título legal e vinculante que lhes permita exercer seus direitos. No mesmo documento, a Relatoria Especial da ONU enumerou os componentes mínimos que devem ser observados no processo de demarcação e

---

<sup>55</sup> *Idem*, artigo 19.

<sup>56</sup> ONU. Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, 1968.

<sup>57</sup> OIT. Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989.

<sup>58</sup> ILC, 98th Session, 2009, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A).

*“Given the enormous challenges facing indigenous and tribal peoples today, including regularization of land titles, health and education, and the increased exploitation of natural resources, the involvement of the indigenous and tribal peoples in these and other areas which affect them directly, is an essential element in ensuring equity and guaranteeing social peace through inclusion and dialogue”.*

titulação de terras indígenas: (i) identificação da área e direitos que correspondem à comunidade indígena ou tribal, ou grupos de comunidades, em consideração; (ii) resolução de conflitos sobre usos e reivindicações; (iii) delimitação e demarcação; e (iv) emissão de título ou outro documento apropriado que descreva claramente a natureza do direito ou direitos e terras ou recursos.<sup>59</sup>

Mister citar que o relatório do grupo de trabalho da Revisão Periódica Universal de 2012<sup>60</sup> devido à violação aos direitos e mecanismos acima expostos, recomendou ao Brasil a conclusão de processos de demarcação em curso e o aprimoramento do procedimento de consulta aos povos indígenas, nos termos da Convenção 169/OIT, a partir da promoção de debates internos.<sup>61</sup> Ainda, recomendou a conclusão de processos de demarcação em curso, pendentes de resolução, objetivo a que visa o presente caso perante a Corte Interamericana.

Além dos marcos legais acima colacionados, em 2010 a Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas demonstrou preocupação com a realização de alguns processos de consulta, apontando inclusive a violência sofrida por comunidades.<sup>62</sup> Ademais, em 2016, concluiu a Relatora Especial pela ausência de procedimento de consulta em relação a medidas que afetam diretamente aos povos indígenas.<sup>63</sup>

#### **IV. Entendimento da CIDH sobre demarcação de territórios indígenas**

O Brasil é um dos países que apoiou a adoção da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.<sup>64</sup> Esta reconhece as injustiças históricas que vitimaram os povos indígenas das Américas e prescreve, em seu artigo 5º, o direito coletivo à manutenção do território ancestral a que pertencem, bem como quanto aos recursos ali existentes.

Seu artigo 25 elenca os diversos direitos e garantias dos povos indígenas relacionados à terra, território e seus recursos: (i) o direito a manter e reforçar seu relacionamento espiritual, cultural e material com a terra; (ii) o direito à própria terra tradicionalmente apropriada, ocupada, ou de outra forma utilizada ou adquirida; (iii) o direito de apropriarem-se, usarem, desenvolverem e utilizarem a terra, território e recursos que possuem pela razão da propriedade, uso ou ocupação tradicionais, bem como as adquiridas de outra forma; (iv) o dever dos Estados reconhecerem e protegerem tais terras, territórios e recursos, respeitando-se os costumes, tradições, e os sistemas de apropriação da terra dos povos indígenas interessados; (v) e ainda, o direito ao reconhecimento legal das variadas modalidades de formas de apropriação da terra, territórios e recursos, de acordo com os sistemas legais nacionais e

---

<sup>59</sup> *Idem*, par. 36

<sup>60</sup> United Nations. *Universal Periodic Review 2012*, Human Rights Council, A/HRC/21/11, pars. 119.162-119.169.

<sup>61</sup> Vê-se nas recomendações da RPU: “119.165. Conclude pending demarcation processes, in particular related to the Guaraní Kaiowá (Norway).”

<sup>62</sup> UNITED NATIONS. Report by the special rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people. Human Rights Council, A/HRC/15/37/Add.1, pars. 46-64.

<sup>63</sup> United Nations. Addendum – Mission to Brazil of Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous people. Human Rights Council. A/HRC/33/42/Add.1, par. 64.

<sup>64</sup> Adotada em 15 de julho de 2016 em sessão plenária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

instrumentos internacionais, assim como o dever dos Estados estabelecerem regimes apropriados para tal reconhecimento, demarcação e titulação efetiva.

Desde a emissão do Relatório sobre o Mérito no caso dos Povos Yanomami contra o Brasil, em 1985, a Comissão Interamericana vem ampliando o núcleo do direito dos povos indígenas de obterem a demarcação das suas terras e territórios. Considera um aspecto de importância fundamental para os povos indígenas e o efetivo gozo de seus direitos humanos o vínculo que esses possuem com a terra e os recursos naturais.<sup>65</sup>

O direito à propriedade comunal protege a conexão dos povos indígenas com os territórios que habitam e os recursos naturais que usufruem.<sup>66</sup> A Comissão vem declarando de maneira consistente que os povos indígenas e tribais possuem um direito de propriedade comunal sobre as terras que usam e ocupam tradicionalmente, e que este direito tem seu caráter regido em função das modalidades do uso e da posse consuetudinária da terra.<sup>67</sup> A propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas sim no uso e posse tradicional da terra e de seus recursos. Desta feita, os territórios dos povos indígenas e tribais lhes pertencem devido ao seu uso e ocupação ancestral.<sup>68</sup>

Os povos indígenas e seus membros têm o direito à propriedade garantido no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, o que deve dar-se por meio da delimitação e demarcação do território ancestral pelo Estado.<sup>69</sup> Os mecanismos mencionados, delimitação e demarcação, referem-se aos dois principais meios de garantia do direito à propriedade territorial indígena.<sup>70</sup>

#### **IV.1 Obrigações estatais em relação à demarcação**

A obrigação estatal de reconhecer e garantir o direito à propriedade comunal exige que o Estado delimite e demarque o território correspondente, bem como adote as medidas necessárias para proteger o direito do povo indígena ou tribal em referência, dentro dos limites do seu território, o que inclui o reconhecimento oficial desse direito.<sup>71</sup>

Tal obrigação deve ser cumprida pelos Estados em plena colaboração com os próprios povos indígenas. Em outras palavras, os procedimentos de demarcação de terras comunais devem incluir, em todas as suas fases, a plena participação dos

---

<sup>65</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1054.

<sup>66</sup> CIDH. Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, par. 156.

<sup>67</sup> CIDH. Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, par. 160.

<sup>68</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 68.

<sup>69</sup> *Idem*, par. 94.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, par. 132.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

povos indígenas afetados. Isto inclui não somente o planejamento e operação dos mecanismos de demarcação, como também a fase de criação destes procedimentos.<sup>72</sup>

Com efeito, os procedimentos de demarcação territorial de propriedades comunais indígenas precisam ser diferentes dos mecanismos gerais de titulação da propriedade agrária disponíveis para outros setores sociais. Segundo a Comissão, para dar-se cumprimento aos requisitos estabelecidos no artigo 25 da Convenção, referentes aos requisitos de efetividade e prazo razoável para a delimitação de terras, é necessário que existam procedimentos específicos e claramente regulados para a titulação de terras ocupadas por grupos indígenas.<sup>73</sup> A mera adoção de mecanismos legislativos ou administrativos que não asseguram um procedimento expedito não são suficientes para garantir o direito à propriedade comunal.<sup>74</sup>

Faz parte do conjunto de obrigações estatais referentes à demarcação territorial indígena a de adotar medidas apropriadas para garantir a demarcação legal, reconhecimento e outorga às comunidades de títulos de propriedade sobre a terra e para que esse processo não prejudique o desenvolvimento natural da propriedade e da vida comunitária.<sup>75</sup> A CIDH considera que, para superar o desconhecimento e a falta de proteção do direito à propriedade dos povos indígenas, é necessário que os Estados se articulem institucionalmente e assumam políticas públicas específicas, claras e integrais, destinadas a dotar de certeza jurídica as terras e territórios indígenas através do seu reconhecimento, titulação, demarcação, delimitação e desintrusão.<sup>76</sup> Exemplos dessas seriam o estabelecimento de um centro de gestão de consultas para a população com um enfoque cultural, a realização de processos de auditoria social e a criação de sistemas de monitoramento e informação interinstitucionais.

Por outro lado, os Estados possuem a obrigação de abster-se de realizar atos contrários à propriedade indígena, como seriam a individualização da propriedade coletiva ou a titulação suplementar a favor de terceiros.<sup>77</sup>

Tal é a importância da demarcação de terras indígenas que esta é exigida até em casos de comunidades indígenas isoladas. Segundo o Informe sobre “Povos Indígenas em isolamento voluntário e contato inicial nas Américas” da CIDH, os Estados devem delimitar, demarcar e titular os territórios ancestrais com presença de povos indígenas em isolamento voluntário ou contato inicial por meio da

---

<sup>72</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 98.

<sup>73</sup> *Idem*, nota de pé 278 citando a Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, pars. 122, 123.

<sup>74</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 96.

<sup>75</sup> *Idem*, par. 101.

<sup>76</sup> CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15, 31 diciembre, 2015, par. 476.

<sup>77</sup> *Idem*, par. 473.



implementação de métodos que não impliquem o risco de contato, e que estejam baseados em mecanismos e estudos multidisciplinares e culturalmente adequados.<sup>78</sup>

Ressalte-se, por fim, que o conteúdo das distintas etapas de delimitação, demarcação e titulação não foi preestabelecido de maneira rígida pelos órgãos do SIDH. Segundo a CIDH, este deve ser regulado pelos Estados de acordo com suas tradições jurídicas, desde que cumpram com os parâmetros de respeito aos direitos humanos dos povos indígenas estabelecidos pelo Sistema<sup>79</sup>, tal como descrito nos parágrafos anteriores.

#### **IV.2 Demora na Demarcação**

Os povos indígenas e tribais possuem o direito de que o procedimento de titulação, demarcação e delimitação de terras comunais indígenas seja célere, livre de excessivos rigores legais e de custos elevados, assim como de que a efetiva titulação de suas terras seja realizada sem atrasos.<sup>80</sup>

Procedimentos demorados, custosos e formalistas prejudicam os direitos da comunidade em questão.<sup>81</sup> O atraso na demarcação territorial também pode intensificar o impacto de projetos de exploração de recursos naturais nos respectivos territórios, propiciando, ademais, o surgimento de conflitos e ataques entre os povos indígenas e terceiros devido à reivindicação territorial.<sup>82</sup>

A questão dos conflitos entre indígenas e terceiros devido à falta de demarcação territorial vem sendo um tema de preocupação para a Comissão que, em seu Informe sobre a Situação de Direitos Humanos na Venezuela, de 2009, assentou:

1063. A Comissão nota, com grande preocupação, que como consequência da falta de demarcação, continuam na Venezuela graves conflitos vinculados à propriedade sobre a terra.

1071. À luz do anteriormente afirmado, a Comissão reitera ao Estado sua obrigação de garantir o direito à consulta dos povos indígenas com relação a todos os assuntos que os incumbem, tomando em consideração o vínculo especial que possuem com suas terras e recursos naturais. A Comissão também enfatiza que o Estado deve adotar medidas urgentes para dar cumprimento à sua obrigação de demarcar e delimitar as terras ancestrais dos povos indígenas venezuelanos, estabelecendo procedimentos adequados e

---

<sup>78</sup> CIDH, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre, 2013. p. 80, Recomendación n. 6.

<sup>79</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 102.

<sup>80</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1071, citado en CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009.

<sup>81</sup> CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, par. 21.

<sup>82</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1060.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

efetivos para tais atos, assim como de titular efetivamente as terras a favor dos respectivos povos. Ademais, a Comissão insta ao Estado investigar efetivamente os atos de violência decorridos da falta de demarcação das terras ancestrais indígenas na Venezuela, castigar os responsáveis e adotar as medidas necessárias para proteger a população de tais atos.<sup>83</sup>

Em seu Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos na Guatemala, a Comissão reconheceu, ademais, que a incerteza jurídica e a falta de titulação, delimitação e demarcação de terras de territórios indígenas estavam entre as principais causas de conflitos e violações de direitos humanos indígenas no país.<sup>84</sup>

No caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandi e Embera de Bayano, o referido órgão, citando a Corte Interamericana, explicou que a falta de delimitação e demarcação dos territórios indígenas, ainda quando exista um reconhecimento formal do direito à propriedade comunal dos seus membros, gera um clima de incerteza permanente. Trata-se de uma situação na qual os membros das comunidades não possuem segurança sobre os limites geográficos dos seus direitos e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar e gozar livremente dos bens naturais da sua terra.<sup>85</sup>

A falta de demarcação e titulação dos territórios ancestrais, ao impedir e dificultar o acesso dos povos indígenas e tribais ao seu território e ao uso e gozo dos recursos naturais, lhes impõem uma situação de vulnerabilidade extrema que incide diretamente sobre seus demais direitos humanos (v.g. à alimentação, à água potável e à saúde, entre outros).<sup>86</sup> Isso porque o reconhecimento, demarcação e registro das terras e territórios ancestrais estão diretamente conectados à possibilidade de sobrevivência cultural de uma comunidade indígena ou tribal.<sup>87</sup>

Por todo o exposto, resta evidente a importância da demarcação territorial, que constitui um primeiro passo no estabelecimento e defesa real da terra.<sup>88</sup> Por essa razão a CIDH, em reiteradas oportunidades, enunciou que a falta de demarcação das terras ancestrais constitui uma violação aos artigos 21, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>89</sup>

---

<sup>83</sup> *Idem*, pars. 1063 e 1071.

<sup>84</sup> CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15, 31 diciembre, 2015, par. 471.

<sup>85</sup> CIDH, Caso 12.354, Pueblos Indígenas Kuna de Madungandi y Embera de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Informe de Fondo n. 125/12, par. 225.

<sup>86</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, pars. 1079 y 1080.

<sup>87</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 95 citando a CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, par. 16.

<sup>88</sup> CIDH, Caso 12.548, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, Informe de Fondo n. 76/12, par. 218.

<sup>89</sup> CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, par. 109.

## V. Parâmetros das Nações Unidas relacionados à renegociação, demarcação e titulação de territórios indígenas

Os instrumentos que compõem o Sistema Universal de Direitos Humanos estabelecem uma série de parâmetros de proteção aos direitos dos povos indígenas. A Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas consolida tais parâmetros e os pronunciamentos de organismos especializados, tais como os Comitês Temáticos e a Relatoria Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas ampliam o escopo de tais disposições.

O direito dos povos indígenas aos seus territórios e recursos naturais é fundamental para garantir uma gama mais ampla de direitos relacionados à livre determinação. De acordo com a Relatoria Especial da ONU sobre essa temática, a conexão entre os povos indígenas e seus territórios é importante para satisfazer o direito à livre determinação:

Os direitos territoriais e de propriedade indígenas possuem natureza *sui generis*, pois abrangem os territórios e recursos que tais povos possuem e ocupam tradicionalmente, ou que utilizam ou adquiriram, incluindo o direito de posse, uso, desenvolvimento e controle sobre os recursos naturais. Esses direitos coletivos existem independentemente dos títulos conferidos pelo Estado e se fundamentam: no status como povos dotados de livre determinação sobre as terras e recursos necessários para sua sobrevivência física e cultural, no regime consuetudinário de posse contínua e na posse a longo prazo sobre seus territórios ancestrais.<sup>90</sup>

Em 2008, o Comitê de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR, em suas siglas em inglês) ressaltou que a regularização dos títulos sobre a terra é um dos principais desafios enfrentados pelos povos indígenas. O CEACR frisou, ademais, que o envolvimento dos povos indígenas neste processo é “um elemento essencial para garantir e equidade e a paz social através da inclusão e do diálogo”.<sup>91</sup> Em tom similar, o então Relator Especial da ONU, James Anaya, reconheceu a importância dos títulos sobre a terra para garantir aos povos indígenas a segurança de um instrumento vinculante e um meio para o exercício de seus direitos. Tal como afirmado no estudo do Relator Especial sobre a Situação dos Povos Indígenas no Suriname, de 2011:

O objetivo fundamental do processo de titulação é proporcionar segurança sobre a terra e seus recursos naturais, de acordo com as próprias normas consuetudinárias e ocupação contínua exercida pelos povos indígenas e tribais. Há certa flexibilidade em como o processo de demarcação e titulação pode ser conduzido; e os procedimentos específicos deveriam ser

---

<sup>90</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/33/42*, 11 August 2016, par. 16

<sup>91</sup> ILC, 98th Session, 2009, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A): “Given the enormous challenges facing indigenous and tribal peoples today, including regularization of land titles, health and education, and the increased exploitation of natural resources, the involvement of the indigenous and tribal peoples in these and other areas which affect them directly, is an essential element in ensuring equity and guaranteeing social peace through inclusion and dialogue”.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

determinados ao longo das negociações relevantes e em consulta com os povos indígenas e tribais.<sup>92</sup>

Neste mesmo documento, o Relator Especial enumerou os componentes mínimos que o processo de demarcação e titulação de terras indígenas deveriam possuir: (i) identificação da área e direitos que correspondem aos povos indígenas e comunidades tribais ou grupos de comunidades em consideração; (ii) solução de controvérsias sobre usos e reivindicações em disputa; (iii) delimitação e demarcação; (iv) emissão do título de propriedade ou outro documento apropriado que descreva claramente a natureza do direito ou direitos sobre as terras e recursos.<sup>93</sup> Na linha da *United Nations Development Group*, tais políticas de demarcação e titulação e, em geral, as políticas e decisões estatais que afetam os povos indígenas, devem ser adotadas a partir de uma abordagem culturalmente apropriada (“*sensitive approach*”).

De acordo com a *United Nations Population Fund* (doravante “UNFPA”), uma abordagem culturalmente apropriada é crucial não apenas para a satisfação de direitos humanos, tendo se torando “uma obrigação para organizações e povos em relação ao desenvolvimento humano”.<sup>94</sup> Nos termos da UNFPA, pode-se afirmar que tal abordagem se pauta em “como variáveis tais como status econômico, político, legal, de classe, gênero, religioso e étnico intercedem e conduzem a diferentes entendimentos e manifestações de poder”, em todas esferas da vida dos povos indígenas.<sup>95</sup>

Em sua aplicação ao Povo Indígena Xucuru, a abordagem culturalmente apropriada condiz com que o processo de titulação de terras no Brasil, com seus prazos e requerimentos legais, pode não ser adequado à idiosincrasia do referido povo. Ao analisar, em 2007, o processo de regularização dos territórios na Guatemala, o CEACR ressaltou as dificuldades relacionadas ao estabelecimento de prazos e outros requisitos. Desta forma, tal órgão recomendou a adoção de medidas transitórias ao longo do processo, com o fim de proteger os direitos sobre as terras dos respectivos povos.<sup>96</sup>

Tal como mencionado nas anteriores seções desta peça de amicus curiae, durante sua visita ao Brasil em 2016, a Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi informada da falta de informação prévia, significativa e culturalmente apropriada, com relação ao licenciamento, concessão e construção da hidroelétrica Belo Monte, no Estado do Pará. Em consequência, os povos indígenas que habitam a zona de impacto deste projeto perderam o controle sobre suas terras, rios e recursos

---

<sup>92</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Measures needed to secure indigenous and tribal peoples’ land and related rights in Suriname*, A/HRC/18/35/Add.7, 18 August 2011, par. 36.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> UNITED NATIONS POPULATION FUND, *State of world population 2008: Reaching Common Ground: Culture, Gender and Human Rights*, 2008, p. 14.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 7

<sup>96</sup> CEACR, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Guatemala of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Country and City Workers (FTCC)*, 2007, par. 45.

naturais, uma vez que não foram consultados nem informados do impacto potencial do empreendimento.<sup>97</sup>

No mesmo ano da sua visita ao Brasil, a Relatora Victoria Tauli ressaltou, em seu relatório anual ao Conselho de Direitos Humanos, que "os Estados estão obrigados a estabelecer mecanismos culturalmente adequados para garantir a participação efetiva dos povos indígenas em qualquer processo de tomada de decisão que possa afetar diretamente seus direitos".<sup>98</sup> A mesma abordagem foi requerida pela Relatora Especial em outros aspectos da vida dos povos indígenas, tais como sua saúde, educação e serviços sociais, cuja realidade "reflete a continua falta de serviços culturalmente adequados".<sup>99</sup>

## **VI. Jurisprudência constitucional comparada**

O SIDH é pioneiro na adoção de parâmetros interpretativos sobre o direito à consulta<sup>100</sup>, o direito de propriedade coletiva indígena<sup>101</sup>, o direito de titulação<sup>102</sup> e o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos.<sup>103</sup> O Caso do Povo Indígena Xucuru traz à colação uma nova possibilidade de estabelecer parâmetros para reconstruir a relação entre povos indígenas e Estados, em contextos de tensão e dívidas históricas, como é o caso do Brasil. Dá-se, por tanto, a oportunidade para que honorável Corte Interamericana adote uma abordagem mais específica sobre a demarcação e titulação dos territórios indígenas como um componente da reconciliação entre tais povos e os respectivos Estados.

As experiências na Austrália e Nova Zelândia reafirmam a importância da titulação como meio para alcançar esta finalidade. Por outro lado, o caso do Canadá exemplifica como a renegociação entre a Coroa e as Nações Originárias (*First Nations*), em questões que incluem títulos sobre a terra, perfazem um processo mais amplo de reconciliação.

### **VI.1 Austrália e Nova Zelândia: a importância do vínculo histórico dos povos originários com seus territórios**

A história contemporânea da discussão sobre o direito ao território na Austrália se inicia essencialmente com o caso *Mabo*, o qual derogou o conceito de *terra nullius*.<sup>104</sup> Esse caso iniciou-se em 1982, com a reivindicação do território tradicional

---

<sup>97</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/33/42/Add.1*, 8 August 2016, pars. 36 a 46.

<sup>98</sup> *Ibid*, par. 17.

<sup>99</sup> A/HRC/33/42/Add.1, *op. cit.*, par. 71.

<sup>100</sup> *Case of the Saramaka People (Suriname)* (2007), Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 172.

<sup>101</sup> *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua)* (2001), Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79.

<sup>102</sup> *Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members (Panama)* (2014), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 284.

<sup>103</sup> *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)* (2012), Merits and Reparations, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 245.

<sup>104</sup> Year Book Australia 1995. "The Mabo Case and the Native Title Act." *Australian Bureau of Statistics*,

<http://www.abs.gov.au/Ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article21995>

correspondente às ilhas de *Meriam, Torres Strait*.<sup>105</sup> Em 1992, a Suprema Corte da Austrália concluiu que o Povo Meriam possuía a "titulação, oponível a qualquer pessoa, gozando assim da ocupação, uso e desfrute da maior parte das terras das ilhas Murray."<sup>106</sup> Nesta histórica decisão, a alta corte australiana frisou que os povos originais da Austrália buscaram preservar suas tradições, através da ocupação tradicional dos seus territórios, o qual foi impedido devido ao processo de colonização. A decisão levou à promulgação do *Native Land Title Act*, com um novo marco normativo para a definição dos títulos de propriedade dos povos originários e para a proteção dos direitos culturais e territoriais indígenas.<sup>107</sup>

Na Nova Zelândia, a falha do Estado em proteger e garantir os direitos territoriais indígenas pode ser constatada a partir de um estudo de como as comunidades Maori foram economicamente prejudicadas. Para fins de contextualização, ressalta-se que o povo Maori assinou o Tratado de Waitangi em 1840 com a Coroa Britânica, o qual estabeleceu o direito dos britânicos de usar a terra dos Maori land em troca de certos serviços públicos.<sup>108</sup> O tratado foi altamente contestado devido ao descumprimento das obrigações assumidas pela Coroa Britânica e, em 1975, foi emendado visando a criação de uma comissão para ouvir as queixas dos Maori acerca de violações do tratado original.<sup>109</sup>

Em um relatório emitido em 1994 pelo Tribunal de Waitangi, reconhece-se que a perda do território levou ao impedimento de certas oportunidades de desenvolvimento social e econômico para certas comunidades Maori.<sup>110</sup> O povo Ngai Tahu, uma das maiores comunidades de povos Maori, situados em *Southern Island*, constituem um modelo exemplar ao mostrarem como a liberdade de dispor de suas terras levaram a uma situação econômica favorável.<sup>111</sup> A controvérsia suscitada pelos Ngai Tahu em 1998 foi a primeira disputa de território substancial nos termos do Tratado de Waitangi e foi encerrada através de um acordo com o Estado, estimado em aproximadamente 170 milhões de dólares neozelandeses (NZ\$).<sup>112</sup> Esta demanda baseou-se no fato de que a terra era importante em termos culturais e econômicos para o povo Ngai Tahu. O desenvolvimento socioeconômico do povo Ngai Tahu (baseada majoritariamente no comércio de frutos do mar e atividades de turismo) dependiam de seu território. Desde o acordo, a tribo dos Ngai Tahu é a segunda

---

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> *Idem*. Texto original: "entitled against the whole world to possession, occupation, use, and enjoyment of most of the land in the Murray islands".

<sup>107</sup> Year Book Australia 1995. "The Mabo Case and the Native Title Act." *Australian Bureau of Statistics*,

<http://www.abs.gov.au/Ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article21995>

<sup>108</sup> Anderson, Robert B., Barnett, Corinne. "The Indigenous Land Claims in New Zealand and Canada: From Grievance to Enterprise." *The Saskatchewan Institute of Public Policy*, Public Policy Paper 39, January 2006, <http://ourspace.uregina.ca/bitstream/handle/10294/6693/SIPP%20Public%20Policy%20Papers%2039.pdf?sequence=1>

<sup>109</sup> *Idem*.

<sup>110</sup> Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Mission to New Zealand, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 March 2006, para 33.

<sup>111</sup> Anderson, Robert B., Barnett, Corinne. "The Indigenous Land Claims in New Zealand and Canada: From Grievance to Enterprise." *The Saskatchewan Institute of Public Policy*, Public Policy Paper 39, January 2006, <http://ourspace.uregina.ca/bitstream/handle/10294/6693/SIPP%20Public%20Policy%20Papers%2039.pdf?sequence=1>

<sup>112</sup> *Idem*.

maior proprietária de terras de South Island e os lucros são utilizados para o desenvolvimento cultural, social e econômico de seus membros.<sup>113</sup>

A Relatoria Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas tratou especificamente sobre o povo Maori no relatório de país de 2006 e no Addendum de 2011, sobre a situação do povo Maori na Nova Zelândia. O relatório de 2006 ressaltou que alguns povos Maori continuam buscando justa reparação pela perda de suas terras, de propriedade e de oportunidades econômicas e sociais.<sup>114</sup> Mais recentemente, no Addendum, encorajaram a promulgação de nova legislação, demandando que a *Marine and Coastal Area Act* de 2011 deveria seguir os parâmetros internacionais sobre os direitos dos povos indígenas à propriedade sobre seus territórios e recursos naturais.<sup>115</sup>

Como visto anteriormente, o desenvolvimento econômico do povo Maori está atrelado ao acesso e uso de seu território tradicional visando o desenvolvimento de suas próprias indústrias. O caso do povo Ngai Tahu ressalta o fato de que, quando os títulos de terra são finalmente concedidos às comunidades tradicionais, elas podem fazer bom uso dos recursos a fim de auxiliar no desenvolvimento econômico de seus integrantes.

## VI.2 Canadá: povos indígenas, títulos sobre a terra e a importância das políticas de reconciliação

No Canadá, a relação entre Estado e povos indígenas (denominados como Nações Originárias ou Aborígenes no referido país) que ocuparam o território antes da colonização europeia, foi caracterizada por desafios que, frequentemente, foram enfrentados em detrimento dos referidos povos. Desde os primeiros momentos da colonização, a relação entre colonos e os povos indígenas foi conflitiva. A identidade cultural das comunidades originárias esteve caracterizada pela relação intrínseca com o território, do qual derivam valores espirituais e morais para a coletividade.<sup>116</sup> Em contraste, os colonos importaram o conceito de propriedade e posse privadas. Ante a incapacidade de conciliar ambas abordagens, a coroa justificou o despejo dos povos originários de seus territórios, deslegitimando sua cosmovisão.<sup>117</sup>

Atualmente, os direitos dos povos aborígenes se encontram consagrados na Seção 35 do Ato Constitucional (*Constitutional Act*) de 1982.<sup>118</sup> Entretanto, persistem uma série de limitações e vazios legais com relação à aplicação das normas constitucionais que protegem os direitos territoriais indígenas.

---

<sup>113</sup> *Idem*.

<sup>114</sup> Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Mission to New Zealand, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 March 2006, par. 24.

<sup>115</sup> *Idem*, par. 56.

<sup>116</sup> CANADA. Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, vol 2 (Ottawa: Canada Communication Group, 1996) par. 423.

<sup>117</sup> *Ibid*, par. 417.

<sup>118</sup> CANADA. *Constitution Act, 1982*, s 35, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

No que tange ao desenvolvimento jurisprudencial, a Suprema Corte do Canadá manteve uma posição bastante polêmica no caso *Delgamuukw vs. British Columbia* em 1997. Nesta sentença, a Suprema Corte definiu os títulos de propriedade dos povos originários como um fardo para os títulos da Coroa.<sup>119</sup> Por um lado, indicou que os povos originários possuem o ônus de provar o vínculo histórico com o território definido no título de propriedade. Por outro, considerou a soberania da Coroa sobre o território como um argumento passível de presunção. A posição da Suprema Corte modificou em 2014, ao decidir o caso *Tsilhqot'in Nation vs. British Columbia*.<sup>120</sup> Em sentença inédita, adotada após 25 anos de litígio judicial, a mais alta corte do Canadá reconheceu o título de propriedade de aproximadamente 1900 km<sup>2</sup> à nação Tsilhqot'in, na província de British Columbia.<sup>121</sup>

Recentemente, o governo canadense buscou implementar uma política indigenista cujo pilar principal é a reconciliação com os povos originários e a restauração de uma relação de nação a nação.<sup>122</sup> Atualmente, o governo se encontra revisando o *Comprehensive Land Claims Policy*, o qual estabelece um marco para as negociações sobre reivindicações territoriais entre o Estado e as comunidades originárias. Em 2015, um representante ministerial sobre essa matéria (*Ministerial Special Representative on Renewing the Comprehensive Land Claims Policy*) publicou um relatório com a finalidade de orientar os esforços governamentais<sup>123</sup>, recomendando entre outras medidas, uma abordagem alternativa às negociações, fundada no reconhecimento dos títulos de propriedade e direitos territoriais dos povos originários. Outrossim, recomendou a adoção de um marco de reconciliação baseado na diversidade histórica e cultural dos povos originários.<sup>124</sup>

As iniciativas de reconciliação do atual governo transcendem a discussão sobre direitos territoriais. Abrangem, ademais, o apoio aos trabalhos da Comissão da Verdade e Reconciliação, particularmente às investigações sobre abusos sistemáticos nos colégios internatos (*residing schools*) e impactos remanescentes em mulheres e jovens indígenas assassinadas ou desaparecidas. Mais recentemente, o governo se comprometeu a uma revisão integral das leis federais e políticas estatais com impactos nos direitos dos povos indígenas, o que significa um importante passo rumo à descolonização das práticas estatais.<sup>125</sup> Tal como afirmado pela Comissão da Verdade e Reconciliação do Canadá:

---

<sup>119</sup> *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010 at para 145 [*Delgamuukw*].

<sup>120</sup> 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 257 [*Tsilhqot'in*].

<sup>121</sup> *Tsilhqot'in Nation v BC: Summary of Panel Discussions on the Supreme Court of Canada Decision* (October 2014), online: POLIS Water Sustainability Project [http://poliswaterproject.org/sites/default/files/Tsilhqot%27inPanelBrief\\_FINAL.pdf](http://poliswaterproject.org/sites/default/files/Tsilhqot%27inPanelBrief_FINAL.pdf).

<sup>122</sup> CANADA, Office of the Prime Minister, *Minister of Indigenous and Northern Affairs Mandate Letter*, Rt Hon Justin Trudeau, Prime Minister of Canada. 6 November 2015 (Ottawa: Office of the Prime Minister).

<sup>123</sup> EYFORD, Douglas R. Indigenous and Northern Affairs Canada, report of the Ministerial Special Representative on Renewal of the Comprehensive Land Claims Policy, *A New Direction: Advancing Aboriginal and Treaty Rights*, 2015. par. 4.

<sup>124</sup> *Idem*, par. 86.

<sup>125</sup> Office of the Prime Minister of Canada, *Prime Minister announces Working Group of Ministers on the Review of Laws and Policies Related to Indigenous Peoples* (News) (Ottawa: Office of the Prime Minister of Canada, 2017). Disponível em: <http://pm.gc.ca/eng/news/2017/02/22/prime-minister-announces-working-group-ministers-review-laws-and-policies-related>



**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

Reconciliação requerer uma ação construtiva para abordar o legado do colonialismo, que tem tido impactos destrutivos para a educação, cultura, linguagem, saúde, bem-estar infantil, administração da justiça, oportunidades econômicas e prosperidade dos povos originários... A reconciliação deve criar uma sociedade mais equitativa e inclusiva, preenchendo o vazio das consequências sociais, econômicas e em matéria de saúde que existem entre cidadãos oriundos de povos originários e os demais cidadãos canadenses.<sup>126</sup>

Em relação à situação do Povo Xucuru, uma abordagem orientada na reconciliação e superação dos modelos estatais integracionistas e excludentes dos direitos indígenas, próprios dos períodos autocráticos, encontra respaldo em pronunciamentos de entidades vinculadas ao próprio Estado brasileiro. A título de exemplo, em 10 de dezembro de 2014, o governo brasileiro publicou o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), cujo Volume II dedica um capítulo às “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”.

Segundo dados da CNV, entre 1946 e 1988, 8.350 indígenas foram mortos “em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão”. Destaque-se que o “número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada [pela CNV] e há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas”.<sup>127</sup>

Ainda de acordo com dados do Relatório da CNV, os povos indígenas foram o setor da população brasileira que amargou o maior número de mortes durante a ditadura militar (1964-1985). A agonia desses povos esteve diretamente vinculada às políticas estatais integracionistas, que promovem a colonização de territórios indígenas. Tais políticas encontraram resguardo político e ideológico em expressões como interesse nacional, progresso e desenvolvimento da nação, entre outros que nunca foram proscritos do discurso político e mediático no país. De fato, tal como explicado na seção de contexto *supra*, sobram elementos para concluir que a política indigenista vigente encarna precisamente o jargão integracionista que considera os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como um óbice ao “desenvolvimento” do país.

No âmbito jurídico-formal, a Constituição de 1988 buscou substituir o paradigma integracionista por outro fundado em uma relação mais simétrica entre povos indígenas e Estado, em que a preservação dos “modos de ser” dos diferentes povos e comunidades seria o norte da política indigenista no país. Tal processo seguirá inconcluso enquanto os territórios de tais povos permanecerem esbulhados por particulares ou pelo próprio Estado e, o que é ainda mais grave, destruído por grandes empreendimentos que condenam a milhares de indígenas a perderem seu “modo de ser”. Nas palavras da CNV:

---

<sup>126</sup> TRC Final Report – Guiding Principles for Reconciliation, p 16. Texto original: *Reconciliation requires constructive action on addressing the ongoing legacies of colonialism that have had destructive impacts on Aboriginal peoples’ education, cultures and languages, health, child welfare, administration of justice, and economic opportunities and prosperity... Reconciliation must create a more equitable and inclusive society by closing the gaps in social, health, and economic outcomes that exist between Aboriginal and non-Aboriginal Canadians.*

<sup>127</sup> Comissão Nacional da Verdade, Brasil, Volume II, Texto Temático 5. Violações de direitos humanos dos povos indígenas, p. 205. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>

É notório ainda, e reconhecido no texto constitucional atual, que o “modo de ser” de cada povo indígena depende da garantia de suas terras, de forma a promover as condições para a proteção e o desenvolvimento de seus “usos, costumes e tradições”. Desse modo, enquanto não houver a reparação por todas as terras indígenas esbulhadas durante o período de estudo da CNV, não se pode considerar que se tenha completado a transição de um regime integracionista e persecutório para com os povos originários desta nação, para um regime plenamente democrático e pluriétnico.<sup>128</sup>

Nesse diapasão, seria pertinente que a egrégia Corte Interamericana examine as violações a direitos humanos alegadas pelos representantes do Povo Xucuru, a partir do contexto histórico de esbulho institucional que vigorou formalmente até o dia 5 de outubro de 1988 e que continua vigente, *de facto*, em inumeráveis políticas públicas e decisões estatais, hodiernamente. Ante tal realidade, é imperioso que as recomendações contidas no Volume II, Texto Temático 5 da CNV sirva como base para as medidas reparatorias de satisfação e compensação em benefício do Povo Xucuru, e de não-repetição, em benefício dos povos indígenas do Brasil e, em geral, da vigência de um Estado Democrático de Direito no país.

## **VII. Conclusão e Petitório à Corte Interamericana**

As organizações que assinam a presente peça de amicus curiae consideram que a egrégia Corte Interamericana deve declarar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo atraso injustificado na demarcação do território indígena Xucuru, e pelo incumprimento dos deveres de prevenção e garantia, no que se refere à invasão de suas terras por terceiros e a falta de regularização das mesmas. Ante o exposto, consideramos oportuno que, ao estabelecer medidas de reparação, a honorável Corte Interamericana ordene ao Estado Brasileiro:

(i) realizar um reconhecimento público de responsabilidade internacional pelas violações sofridas pelo Povo Indígena Xucuru, no que se refere à propriedade coletiva sobre o seu território;

(ii) abster-se de tomar medidas legislativas que retrocedam com os direitos já alcançados e, nesse sentido, retirar projetos de leis flagrantemente contrários às suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, tais como a PEC 215, em trâmite no Congresso Nacional;

(iii) derrogar as medidas administrativas que buscam retardar, burocratizar e reverter decisões sobre a demarcação e titulação de territórios indígenas, quilombolas e de comunidades tradicionais, tais como a Portaria 80/2017, publicada em janeiro do presente ano pelo Ministério da Justiça;

---

<sup>128</sup> *Idem*, p. 252.

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - "Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas"**

(iv) compatibilizar as decisões administrativas, legislativas e judiciais internas com os parâmetros internacionais sobre os direitos territoriais dos povos indígenas;

(v) realizar o devido controle de convencionalidade dos atos administrativos e legislativos no que toca à demarcação das terras indígenas, em especial para a regularização e desintrusão das terras indígenas, requeridas pela Constituição de 1988 e pela normativa internacional aplicável;

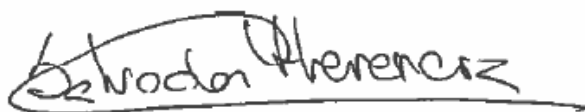
(vi) adotar as medidas administrativas e legislativas necessárias para implementar as recomendações contidas no Volume II, Texto 5 ("Violações de direitos humanos dos povos indígenas") do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, no que tange à adoção de uma política pública de reconhecimento, demarcação e titulação de territórios indígenas no Brasil;

(vii) tomar iniciativas, com base em padrões internacionais e na jurisprudência constitucional comparada, com o fito de fomentar uma abordagem culturalmente apropriada em favor das vítimas no presente caso e, em geral, como uma pauta de política pública que busque reverter a exclusão histórica que os povos indígenas têm afrontado no Brasil.

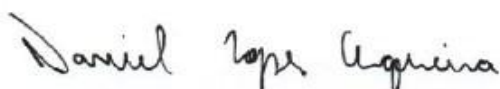
\*\*\*\*\*

As organizações abaixo assinadas agradecem a consideração do presente amicus curiae para o caso do Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, seguindo o estabelecido no artigo 44 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Atenciosamente,



Salvador Herencia Carrasco  
Clínica de Direitos Humanos  
Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa

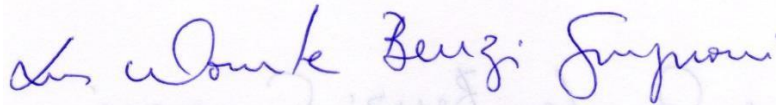


Daniel Lopes Cerqueira  
Oficial de Programa Sênior  
Due Process of Law Foundation

**Amicus Curiae Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil - “Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**



Melina Girardi Fachin  
Professora Adjunta e Coordenadora do NESIDH  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná



Luís Donisete Benzi Grupioni  
Secretário-Executivo  
Rede de Cooperação Amazônica