

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EMÍLIA DE OLIVEIRA ASSIS

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS INDÍGENAS: uma análise dos casos
Xákmok Kásek vs. Paraguai e Povo Xucuru vs. Brasil

São Luís
2018

MARIA EMÍLIA DE OLIVEIRA ASSIS

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS INDÍGENAS: uma análise dos casos
Xákmok Kásek vs. Paraguai e Povo Xucuru vs. Brasil

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha.

São Luís

2018

Assis, Maria Emília de Oliveira

Regularização fundiária de terras indígenas: uma análise dos casos Xákmok Kásek vs. Paraguai e Povo Xucuru vs. Brasil. / Maria Emília de Oliveira Assis. __ São Luís, 2018.

57f.

Orientador: Profa. Ma. Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha.

Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Direito notarial. 2. Terra indígena. 3. Regularização fundiária.
4. Poder judiciário. I. Título.

CDU 347.961

MARIA EMÍLIA DE OLIVEIRA ASSIS

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS INDÍGENAS: uma análise dos casos
Xákmok Kásek vs. Paraguai e Povo Xucuru vs. Brasil

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: 04/12/2018

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha (Orientadora)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Me. Guilherme Ferreira Cezar
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Esp. Johelson Oliveira Gomes
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Aos meus pais, Ana Lúcia e Eliel,
pelo apoio e confiança.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço imensamente à minha família, por sempre garantir, mesmo em meio às dificuldades, que toda a minha educação seguisse o melhor caminho possível. À minha mãe por ser uma mulher batalhadora, que sempre me motivou e me apoiou em tudo, sempre vigilante e incentivadora dos meus estudos. Ao meu pai, por sempre acreditar no meu melhor, e pela sua garra garantindo que nunca nos faltasse nada. Ao meu irmão, por ser o precursor e incentivador da carreira jurídica na família.

A minha orientadora Josanne Façanha, por ser a inspiração e maior incentivo da minha pesquisa e pela disponibilidade e amabilidade inerentes do seu ser.

Por fim, ao meu namorado, Guilherme Afonso Soares e Silva Machado, companheiro de estrada desde antes do início, assim como durante todo o curso, por me manter no foco e me transmitir calma nos momentos nos quais nada parecia estar no lugar.

“Somos parte da terra e ela é parte de nós.”

Cacique Seattle (1854)

RESUMO

A regularização de terras indígenas sempre foi um tema de grande relevância e envolvimento de notórias polêmicas. O processo regulatório dessa categoria de terras envolve em sua imensa maioria de casos, conflitos entre os povos indígenas ocupantes daquelas terras e terceiros interessados, seja também pela ocupação de boa-fé seja pelo interesse financeiro que essas terras possuem. A questão, não raras vezes, chega às portas do Poder Judiciário, ao qual se atribui a responsabilidade de determinar quem realmente possui o direito real sobre aquelas propriedades. No entanto, quando esses casos atingem a instância máxima do Judiciário, é possível observar que raramente se realiza o diálogo das fontes. O presente trabalho se propõe a analisar se o Poder Judiciário brasileiro se preocupa em realizar não somente o controle de constitucionalidade, mas também o controle de convencionalidade, observando a maneira como julga a Corte Interamericana de Direitos Humanos quando se trata de casos que envolvam terras indígenas. O estudo se justifica pela relevância do tema para esses povos quanto aos direitos humanos firmados pela Convenção Americana, utilizando-se para tanto de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e documental através do método exploratório e dedutivo.

Palavras-chave: Direito Notarial. Regularização fundiária. Terra indígena. Diálogo de fontes.

ABSTRACT

The regularization of indigenous land has always been a subject of great relevance and surrounded by notorious polemics. The regulatory process of this category of land involves, in its immense majority of cases, conflicts between the indigenous peoples occupying those lands and interested third parties, either by the occupation in good faith or by the financial interest that these lands possess. The issue, not rarely, reaches the doors of the Judiciary, to which is assigned the responsibility to determine who actually owns the real right over those properties. However, when these cases reach the maximum instance of the Judiciary, it is possible to observe that rarely does the dialogue between sources takes place. The present paper proposes to analyze if the Brazilian Judiciary is concerned with not only the control of constitutionality, but also the control of convention, observing the way in which it judges the Inter-American Court of Human Rights when dealing with cases that involve indigenous lands. The study is justified by the relevance of the theme for these indigenous peoples in relation to the human rights established by the American Convention, using for this purpose a bibliographic, descriptive and documentary research through the exploratory deductive method.

Key words: Notary law. Land regularization. Indigenous land. Source Dialog.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDRU	Concessão de direitos reais de uso
CEM	Concessão de uso especial para fins de moradia
CF	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNA	Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GT	Grupo de trabalho
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TI's	Terras indígenas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	AS PECULIARIDADES DO DIREITO NOTARIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL	13
3	STF E CIDH: UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS DE CONTROLE	23
3.1	STF e o Controle de constitucionalidade	23
3.2	CIDH e o Controle de convencionalidade.....	27
3.3	Diálogo de fontes e o Marco Temporal de Ocupação de 1988	32
4	CASOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO: PARAGUAI E BRASIL.....	37
4.1	Xákmok Kásek vs. Paraguai	37
4.2	Povo Xucuru vs. Brasil.....	44
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A busca da efetivação dos direitos reais através do Direito Registral é fomentada por intermédio de algumas vertentes. O Direito Registral surge com o fito de regulamentar esses direitos, mais especificamente neste trabalho, no que tange os registros de propriedades imóveis, com vista sempre à segurança jurídica, tanto do proprietário em relação ao seu imóvel quanto da sociedade em geral no que se refere aos imóveis que não atendam aos preceitos da função social.

Um dos problemas mais emblemáticos na seara da regularização fundiária diz respeito às terras da União, em especial àquelas ditas indígenas. Essa regularização observa tanto regras da Lei de Registros Públicos quanto sua legislação específica, preconizada através do Decreto nº 1.775 de 1996 por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Observando que são inúmeros os casos de regularização fundiária de terras indígenas (TI's) que se socorrem do Judiciário, nacional e internacional, com o escopo de dirimir conflitos entre índios e terceiros que possuem títulos de propriedades sobre aquelas terras, é imperioso que se faça uma análise sobre a importância e o papel desses institutos regulamentadores dos direitos reais.

Desse modo indaga-se: quais as principais divergências entre o controle de constitucionalidade realizado pelo STF e o controle de convencionalidade realizado pela CIDH quando do julgamento de casos de regularização fundiária de TI's e quais as consequências da não realização do diálogo de fontes pelo Judiciário nacional em relação à jurisprudência internacional sobre o tema?

Assim, é necessário questionar sobre a eficácia dos meios de regulamentação fundiária indígena, bem como acerca das divergências existentes entre os posicionamentos do STF e da CIDH e, por fim, sobre os casos de regulamentação que chegaram até o Judiciário nacional e internacional. Nesse diapasão, a primeira hipótese pauta-se na ideia de que o Direito Registral possui imensa influência e importância quando do registro da demarcação das TI's.

Quanto às divergências das Cortes, tem-se como hipótese que a interpretação dada pelo STF não está em completa harmonia com o posicionamento adotado pela CIDH e, ainda, que o Estado brasileiro, ao se vincular, voluntariamente à CIDH deve respeito ao entendimento adotado por aquela instituição. Quanto aos casos levados ao Judiciário brasileiro e aos casos levados à CIDH é possível

observar como hipótese que há dissonância entre as decisões em razão da não utilização do diálogo de fontes nacionais e internacionais.

Com esta pesquisa objetiva-se investigar as divergências entre o controle de constitucionalidade do STF e o controle de convencionalidade da CIDH quanto aos casos de regularização fundiária indígena, observando as peculiaridades da Lei de Registros Públicos e da participação da FUNAI nas demarcações das TI's.

Ademais, visa-se indicar o papel do Direito Registral nos processos de regularização fundiária bem como as peculiaridades da Lei de Registros Públicos e da atuação da FUNAI frente à função social do imóvel. Comparando as divergências entre o controle de constitucionalidade exercido pelo STF e o controle de convencionalidade exercido pela CIDH nos casos de regularização fundiária de TI's. Analisando para tanto alguns dos principais casos de regularização fundiária indígena levados à CIDH, tanto tendo o Brasil como réu quanto outros países da América Latina, em especial neste estudo o Paraguai, apontando os diferentes modos de decisão.

O presente trabalho fundamenta-se na importância de ressaltar no mundo acadêmico a essencialidade que o Direito Registral carrega consigo quando dele se extraem normas e princípios que regulamentam direitos reais que precisam ser efetivamente garantidos.

Socialmente este trabalho busca demonstrar como as decisões sobre esses casos são tomadas pelo STF, assim como explanar sobre as demais decisões tomadas pela CIDH, e como as divergências entre estas Cortes podem causar prejuízos às partes envolvidas em função da não observância do diálogo interpretativo de fontes.

A escolha do tema foi motivada pelo profundo interesse e afinidade que a autora possui com a matéria tanto pela parte prática do Direito Registral quanto pelo viés social que o debate agrega, bem como na inquietação de como as decisões dessas Cortes podem afetar diretamente toda uma coletividade, que no caso em tela, atingem uma minoria.

A metodologia utilizada neste trabalho, quanto ao método científico e ao objetivo do estudo, fomenta-se no método dedutivo, exploratório e descritivo, tendo em vista que a análise utilizada neste trabalho busca uma visão que parte do problema geral para os casos particulares, buscando maior familiaridade com a problemática abordada a partir da construção de hipóteses e, ainda, através da

exposição de determinados casos específicos com demonstração de dados (PRODANOV, 2013).

Quanto ao procedimento técnico, a metodologia utilizada pautou-se em uma pesquisa bibliográfica e documental a partir do estudo de fontes legislativas e doutrinárias, bem como análise documental de sentenças de casos e artigos, partindo de uma abordagem qualitativa (PRODANOV, 2013).

Serão utilizados na construção deste trabalho doutrinas nacionais que versam sobre o tema, assim como artigos científicos publicados na área e ainda legislação nacional e internacional, com o fito de obter o máximo de informações possíveis para fundamentar a presente pesquisa.

O primeiro capítulo possui como foco o funcionamento da regularização fundiária de TI's no que diz respeito aos parâmetros estipulados pela Lei de Registros Públicos, pelos princípios do Direito Registral e pela atuação da FUNAI nesse procedimento.

O segundo capítulo busca demonstrar os diferentes tipos de controle, de constitucionalidade e de convencionalidade, exercidos pelo STF e pela CIDH em casos de regularização de TI's, apontando a importância e a necessidade de se realizar o diálogo de fontes entre essas Cortes, ressaltando ainda sobre as consequências da criação da tese do chamado Marco Temporal de Ocupação de 1988 enquanto jurisprudência desfavorável aos povos tradicionais.

Por fim, o terceiro capítulo se propõe a fazer uma análise dos casos de regularização fundiária de TI's que chegaram até a CIDH, seja do Brasil, seja de casos da América Latina, fazendo um recorte de dois casos em específico: Povo Xucuru vs. Brasil e Xákmok Kásek vs. Paraguai.

2 AS PECULIARIDADES DO DIREITO NOTARIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL

A União é detentora de um patrimônio vasto, determinado constitucionalmente e que garante a defesa da soberania do Brasil prevista através da incumbência do Estado quanto à proteção e controle, por exemplo, do meio ambiente e dos recursos naturais, bem como do conceito de propriedade em si.

Antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal, em 1988, a União já era detentora de diversos imóveis, o que fora corroborado pela promulgação da Carta Magna, especificando expressamente esses bens de titularidade da União, em seu artigo 20.

Além de possuir o dever de garantia da preservação do meio ambiente, por exemplo, os bens atribuídos como propriedade da União fazem com que esta exerça o papel de garantidora da supremacia dos interesses coletivos, tanto dos gerais quanto dos interesses das minorias.

Ainda atualmente, a propriedade imobiliária, seja ela rural ou urbana, significa poder e *status* para aqueles que a detém, o que gera um abismo de desigualdade social que precisa ser gerenciado e combatido pelo Estado, que deve garantir os direitos fundamentais do ser humano sem ferir outros direitos. Essa é mais uma razão que justifica o fato da União ser proprietária de tantos bens imobiliários, exercendo seu papel de fiscalizadora da vocação de cada imóvel, observando se estas propriedades atendem à sua função social e agindo ativamente quando for possível a identificação de sua ausência (GONÇALVES, 2017).

Observando os mecanismos disponíveis ao Estado para que este possa exercer a proteção da propriedade imobiliária é possível destacar alguns instrumentos marcantes como a desapropriação, a concessão de direito real de uso (CDRU), a autorização de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), a demarcação de terras, dentre outros.

Fazendo um recorte, o instituto da demarcação consiste em um procedimento administrativo no qual se realiza a delimitação de um domínio público ou privado pelo Poder Público, com o fito de identificar seus ocupantes e regulamentar a posse ou propriedade desses imóveis (LOUREIRO, 2017).

Assim como a regularização fundiária formal, a demarcação urbanística possui previsão legal na Lei nº 11.977 de 2009, porém, ao promover um afunilamento do tema, o instituto da demarcação no caso das TI's passa a ter uma previsão específica, dada a complexidade da seara. Como procedimento regulamentado pela Lei nº 1.755 de 1996 e através da Portaria da FUNAI nº 14 de 1996, a demarcação das terras que são tradicionalmente ocupadas por povos indígenas precisa obedecer a determinadas etapas que iniciam na antropologia, mas acabam por desembocar no Direito Registral.

Dentre os bens de propriedade da União determinados pela CF como tais, restam previstas no inciso XI do artigo 20 as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (BRASIL, 1988).

A CF traz expressamente o conceito de terras indígenas através da redação de seu artigo 231, § 1º que determina que “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”, conferindo ainda à União no *caput* do referido artigo o dever constitucional de “demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

Essas terras, apesar de serem de propriedade da União, são demarcadas e registradas pela FUNAI, fundação criada pela Lei nº 5.371 de 1967, com o fito de garantir o chamado indigenato. José Afonso da Silva, em um parecer jurídico sobre o Marco Temporal e Renitente Esbulho (2016), defende que:

Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos originários*. Declara-se, em primeiro lugar, que *essas terras são bens da União* (art. 20, XI) como forma de propriedade vinculada com o fim de garantir os *direitos originários* dos índios sobre elas; assim, consagra uma relação jurídica fundada no *instituto do indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, da Constituição (SILVA, 2016, p. 5).

O Direito Registral atua na garantia dos direitos dos grupos indígenas sobre aquelas propriedades tradicionalmente ocupadas por estes povos, que possuem a ancestralidade como principal vínculo com a terra. Utilizando-se do Decreto nº 1.775 de 1996, que dispõe sobre os procedimentos que regem a demarcação das TI's, a FUNAI é o órgão indigenista brasileiro encarregado de

realizar os estudos necessários à delimitação, demarcação e regularização dessas terras.

O procedimento da demarcação de TI's tem previsão no Decreto nº 1.775 de 1996 assim como na Portaria da FUNAI nº 14 de 1996. Sua realização é de responsabilidade da própria FUNAI e possui uma sucessão de atos específicos e essenciais ao sucesso do procedimento.

Inicialmente, a FUNAI precisa realizar diversos estudos multidisciplinares os quais envolvem aspectos étnicos, históricos, ambientais, cartográficos, fundiários, sociais e econômicos de modo a assegurar aos indígenas seus direitos sobre determinadas terras sem ferir direitos de terceiros possíveis interessados.

Importante ressaltar que, ao grupo indígena envolvido na demarcação em questão será garantido o direito de participar ativamente de todas as etapas do procedimento de demarcação, devendo inclusive ser realizadas entrevistas com o grupo com o fito de dirimir quaisquer questões que possam afetar o processo, de acordo com previsão expressa do Decreto nº 1.775 de 1996, em seu artigo 2º, § 3º.

Desse modo, a primeira etapa a ser realizada no processo de regularização fundiária indígena é a classificação das demandas que se materializam através de reivindicações feitas pelas comunidades indígenas e que são direcionadas à própria FUNAI que, após análise técnica, aprova a abertura do procedimento demarcatório, nomeando um Grupo de Trabalho (GT) que deverá ser formado por profissionais das mais diversas áreas, que podem variar de acordo com a necessidade e as peculiaridades de cada região (BRASIL, 1996).

Assim como a demanda pode chegar até a FUNAI, a própria instituição pode realizar de ofício estudos para identificar as áreas que precisam passar pelo procedimento demarcatório em benefício de determinados povos indígenas que podem, por exemplo, ser caracterizados como povos isolados ou de contato recente.

Seja qual for a via, ambas as formas viabilizam o início do processo demarcatório, que em um segundo momento necessita passar pela etapa de delimitação cartográfica a ser apresentada em formato de proposta, acompanhada pelos relatórios antropológico, cartográfico, fundiário e ambiental, que serão postos ao contraditório público através de publicação no Diário Oficial da União e dos Estados, com abertura de prazo para contestação de terceiros (BRASIL, 1996).

Prontamente ao transcurso deste prazo, caso não haja manifestações contrárias à proposta de demarcação, será emitida uma portaria pelo Ministro da

Justiça que declarará formalmente a posse permanente daquela região delimitada aos índios, com a posterior determinação da limitação física da área através de abertura de picadas, colocação de placas e conversão dos limites naturais digitalmente em cartas topográficas, que juntos comporão o mapa e o memorial descritivo do território (FUNAI; COLOMBO, 2005, p. 6).

Em ato contínuo, deverá haver a homologação da demarcação através de um decreto do Presidente da República. Após a realização de todas as referidas etapas, o procedimento demarcatório acaba por ser finalizado pelo Direito Registral, devendo ser promovido o devido registro da demarcação no cartório imobiliário correspondente à área, bem como na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, assim como determina o artigo 6º da Lei nº 1.775 de 1996:

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo **registro em cartório imobiliário da comarca correspondente** e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda (BRASIL, 1996) (GRIFO NOSSO).

Haverá a necessidade de ser feita ainda a retirada dos não-índios da localidade demarcada, com o pagamento das devidas indenizações aos benfeitores de boa-fé, assim como, nos casos necessários, a realização da interdição de determinadas áreas objetivando a proteção dos grupos indígenas isolados ou de recente contato, impedindo o ingresso de terceiros não-índios nas referidas regiões.

Vale destacar que essas terras demarcadas não passam a ser de propriedade indígena, mantendo-se sob a propriedade da União, essas áreas passam a ter um tipo específico de posse a ser ostentada pelos povos indígenas, de caráter permanente e com usufruto exclusivo, como preconiza o artigo 231, § 2º da CF, resultado do direito originário e do indigenato.

As terras consideradas indígenas passam ainda a desempenhar caráter de indisponibilidade, sendo o direito concedido aos povos que as ocupam, imprescritível, em respeito ao que ordena o artigo 231, § 4º da CF.

A legislação que versa sobre a matéria é vasta, sendo relevante citar o Decreto nº 5.051 de 2004 que ratificou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. A referida norma legislativa trata dos direitos indígenas, dentre eles o direito originário à terra tradicionalmente por eles ocupadas, impondo-se ainda a responsabilidade Estatal de proteção desses povos, tanto negativa, quando da abstenção do Estado a certas

atividades, quanto positiva, quando o obriga a tomar medidas ativas em relação aos direitos desses povos.

A Parte II da Convenção nº 169 trata em seus artigos das medidas que devem ser adotadas pelo Estado na garantia dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, bem como positivam tais direitos. Dentre algumas de suas preconizações é possível citar os artigos 14.1 e 17.3, *in verbis*:

Artigo 14 - 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (...) 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. (...) Artigo 17 – (...) 3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes (BRASIL, 2004).

Além de ser um instrumento de garantia de direitos, a demarcação das TIs também beneficia a coletividade de um modo geral, tendo em vista que, ao garantir os direitos dos povos indígenas sobre suas terras também se garante o direito à sua tradição, cultura e etnia, colaborando diretamente desta forma para a construção e enriquecimento de uma sociedade diversificada, pluriétnica e multicultural.

O benefício gerado com esses processos demarcatórios afeta ainda, positivamente e diretamente o meio ambiente, fazendo com que a União desempenhe simultaneamente outra proteção constitucionalmente prevista, no artigo 225 da CF, qual seja: a proteção e garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

As áreas indígenas demarcadas são consideradas as mais bem conservadas e mais bem protegidas ecologicamente, tendo em vista o modo de vida desses povos e a pouca interferência de não-índios nessas áreas, sendo realizada espontaneamente uma proteção forte da natureza. Dessa maneira, o Programa de Capacitação em Proteção Territorial, de competência da FUNAI, em sua cartilha, define a participação dos índios da seguinte maneira:

Embora as terras indígenas (TIs) não sejam parte do Sistema nacional de Unidades de Conservação (SNUC), elas têm **papel fundamental na conservação da biodiversidade brasileira**, pois correspondem a, aproximadamente, 13% do território nacional, enquanto apenas 8,86% do

território nacional está protegido em unidades de conservação (UCs) federais (Nascimento e Campos, 2011). Além disso, as TIs **cobrem vasta variedade de ecossistemas em todos os biomas, com positivo estado de conservação na maior parte dos casos**. Em áreas mais suscetíveis ao desmatamento, **a demarcação e proteção de terras indígenas pelo governo conseguiu conter o avanço da fronteira desenvolvimentista, tanto pela ação direta das populações indígenas nos conflitos locais, quanto pela proteção garantida pela demarcação** (FUNAI, 2015, p. 91) (GRIFO NOSSO).

O chamado indigenato ou direito originário dos indígenas, também conhecidos como silvícolas, possui previsão legal na Lei nº 6.001 de 1973, que instituiu o Estatuto do Índio e prevê em seu artigo 2º, inciso IX a garantia “aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes” (BRASIL, 1973).

Assim, é perceptível que os direitos dos indígenas, mais especificamente quanto às terras, possuem previsão legal em inúmeros dispositivos legislativos domésticos e também internacionais, não podendo a União fechar os olhos ao seu dever de garantidor dos referidos direitos.

Não obstante o fato de possuir previsão em lei específica, a regularização fundiária indígena depende ainda das diretrizes fixadas pela Lei de Registros Públicos, que prevê os mecanismos a serem utilizados no momento da garantia final do direito real. Apesar de deter rito especial, através da Lei nº 1.755 de 1996, a demarcação de TIs pauta-se no mesmo propósito da Lei de Registros Públicos, que é a conferência formal dos direitos sobre propriedades imóveis.

Além disso, o rito especial da demarcação fundiária indígena precisa observar, dentre outras etapas, o momento do registro formal daquelas terras no cartório de registro de imóveis correspondente, comum ao procedimento ordinário, assim como previsto no artigo 6º do Decreto nº 1.775 de 1996:

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda (BRASIL, 1996).

Deste modo, o Direito Registral está intrinsecamente interligado com qualquer que seja o tipo de consolidação dos direitos reais, mesmo aqueles que seguem rito próprio legislativamente previsto, como no caso de TIs. Respeitando a essência do Direito Registral, um de seus princípios centrais, o da obrigatoriedade do registro ou inscrição, é aplicável a todos, independentemente do processo

utilizado na regularização do título imobiliário. Segundo os ensinamentos de Luiz Guilherme Loureiro (2017):

De acordo com o princípio da “obrigatoriedade” ou do ônus do registro, nos atos entre vivos, a constituição, transferência, modificação ou extinção da propriedade, ou outro direito real relativo à imóvel, apenas se efetivam com o registro do título respectivo. No direito brasileiro, portanto, **o registro do título de aquisição do direito real imobiliário é “obrigatório”**. Não basta a lavratura da escritura de compra e venda de imóvel, por exemplo: **o comprador apenas adquire a propriedade do bem com o registro deste título no Registro de Imóveis competente** (LOUREIRO, 2017, p 538) (GRIFO NOSSO).

Destarte, não desvalorizando a previsão constitucional que garante os direitos de posse dos povos indígenas sobre determinadas propriedades, é necessário em soma que esse direito seja ratificado através do registro público, obrigatório a todo aquele que pretende ver seu direito real garantido de modo que possa opô-lo aos demais.

Outrossim, não é necessário observar apenas o procedimento, mas também, a função social da propriedade. Quando se trata de propriedade imóvel, difícil não suscitar a importância da função social para este tema, função esta que surge com o fito de desconstruir o conceito literal do direito de propriedade, não bastando mais possuir um registro para manter os direitos sobre determinado imóvel.

À primeira vista é importante observar o conceito que a CF intentou atribuir ao princípio da função social da propriedade comparando-a e relacionando-a com a relação de ancestralidade que os índios possuem com as terras que ocupam. Nesse diapasão, observa-se como destoia a função social quando atribuída à propriedade essencialmente privada e quando relacionada com o direito dos indígenas sobre determinadas terras.

Quando se fala em terras públicas de propriedade da União destinadas ao usufruto exclusivo de povos indígenas, não se pode dizer que são passíveis da aplicação seca da função social tal como prevista constitucionalmente, tendo em vista que não se trata de uma propriedade privada com finalidades, por exemplo, essencialmente econômicas. Nestes casos, são pessoas que, em razão da sua ligação íntima com a terra e da sua ancestralidade, precisam que o Estado intervenha de modo a garantir a estes povos o direito de preservar suas tradições e costumes nas terras que entendem como tradicionalmente suas.

Ultrapassando a importância econômica que uma propriedade possa possuir, os povos indígenas buscam através da demarcação de suas terras a garantia da significação de seus valores e tradições a partir dos quais fomentaram suas etnias, devendo a União garantir a proteção antropológica e cultural desses povos, por intermédio dos estudos realizados com o fito de determinar os limites físicos da história de cada povo.

Assim, o Estado possui o dever constitucionalmente imposto a si de promover a destinação e verificar a vocação correta de determinadas terras que, apesar de num primeiro momento pertencerem formalmente à União, necessitam passar pelo processo de transição para que se possa transferir aos povos que tradicionalmente as ocupam, o direito real, conferindo-lhes a segurança jurídica que será oponível aos não-índios que pretenderem fazer uso dessas terras com vistas a outras finalidades.

Nesse liame, apesar de se tratarem de diferentes tipos de função social da propriedade, ambas devem ser respeitadas, e quando se fala em direito real indígena, essa função é observada no momento em que a União cumpre seu papel protecionista e efetiva a concessão das terras a quem realmente detém os direitos sobre elas.

Do mesmo modo, sem generalizar todas as propriedades existentes no Brasil, é importante e indispensável o papel da FUNAI quanto à realização dos estudos pertinentes e prévios ao processo demarcatório, uma vez que nem toda propriedade não ocupada economicamente por alguém é automaticamente pertencente a algum povo indígena.

Historicamente, a propriedade era tida como um direito absoluto e que garantia ao proprietário o direito de decidir como fazer uso daquele imóvel, independentemente de qualquer tipo de restrição, inclusive podendo não utilizá-lo para nenhuma finalidade, caso assim entendesse (GONÇALVES, 2017).

Vista como mercadoria, a propriedade possui diferentes importâncias e valorações para diferentes sujeitos de direito. A um particular, um pedaço de terra pode significar um meio de conseguir renda, seja pela sua utilização econômica seja pela sua alienação. Para um integrante de um povo indígena, a terra possui um significado diferenciado, apresentando a característica de lar, chegando a ser sagrada e parte integrante de sua história e etnia, despindo-se de qualquer caráter econômico. Segundo a FUNAI:

A maior parte das áreas significativas de alto valor natural remanescentes no planeta é habitada por povos indígenas, comprovando a eficácia dos sistemas indígenas de manejo de recursos. Os povos indígenas que vivem nas florestas contribuem fortemente para sua conservação, por meio de seus conhecimentos e usos tradicionais. Seus padrões de ocupação territorial e formas de gestão têm historicamente garantido a permanência de muitas áreas com suas florestas bem preservadas. Os saberes indígenas são o resultado de uma íntima relação entre as sociedades e seus ambientes naturais, o que permitiu a conservação e equilíbrio entre ambos (FUNAI, 2015, p. 91).

Desse modo, é notório que a visão que os índios possuem da terra é completamente diferente de como ela é vista pelos não-índios, sendo, portanto, a demarcação, um instrumento não só de garantia dos direitos desses povos, mas também de garantia da preservação ambiental dessas áreas.

Os poderes atribuídos ao proprietário através do título formal, vem sendo historicamente restringidos em função da evolução da sociedade e do direito que passou a valorizar cada vez mais o aspecto social da propriedade, ultrapassando desta forma o caráter absoluto que este instituto possuía. Carlos Roberto Gonçalves (2017) ensina que:

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi **acentuado o seu caráter social**, contribuindo para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e Quadragésimo Ano, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas. O princípio da função social da propriedade tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por AUGUSTO COMTE e postulado por LÉON DUGUIT, no começo do aludido século. Em virtude da influência que a sua obra exerceu nos autores latinos, DUGUIT é considerado o precursor da **ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir** e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. (GONÇALVES, 2017, p. 258) (GRIFO NOSSO).

Assim, com o registro do imóvel o proprietário tem direito à superfície, ao espaço aéreo e ao subsolo correspondentes àquela propriedade imobiliária, porém, deve observar que propriedade também é fato econômico e a extensão da utilização deve observar limites bem delimitados pela legislação e pela jurisprudência.

A função social possui uma força tanto positiva quanto negativa, impondo tanto a privação de algumas atividades quanto a obrigação de exercer outras. Desse modo, subsistem determinadas condições ao exercício do direito real, sempre observando como e com qual finalidade a propriedade está sendo utilizada (GRAU, 2005).

Para que se exerça plenamente a propriedade sobre um bem imóvel é necessário que se confira uma utilização justa para aquele bem e, ainda, que não se atribua determinadas utilizações a ele, não mais sendo permitido, diferentemente de tempos passados, manter diversas propriedades sem utilização alguma, ou com uma utilização inadequada, somente em razão do título.

Difícil, no cenário atual, separar os conceitos de propriedade e função social. Válido ressaltar que a função social da propriedade não visa ferir direitos, mas sim, assegurar que esses direitos sejam desempenhados em conformidade com a legislação e com a dignidade da pessoa humana, garantindo que o exercício do direito de um não fira o direito de outrem.

A própria Carta Maior, em seu artigo 5º, inciso XXIII, estipula que a propriedade atenderá a sua função social. Convenciona ainda em seu artigo 182, § 2º, que a propriedade deve cumprir a sua função social sob pena de perda do direito real sobre o imóvel através, por exemplo, da desapropriação. Em seu artigo 186, a Constituição especifica ainda determinados requisitos que devem ser cumpridos quanto à função social (BRASIL, 1988).

Ainda no texto da Carta Magna, em seu artigo 170, é possível observar o enaltecimento do respeito à função social, quando esta preconiza que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade” (BRASIL, 1988).

O Código Civil também determina em seu texto a compulsão da função social, prevendo ainda formas de perda do direito real sobre a propriedade, caso não sejam observados os seus parâmetros sociais. Em seu artigo 1.228, § 1º, o Código Civil proclama que a função social é observada quando se tem respeito também às “finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 2002).

Assim, a função social não se restringe à adequação do uso da propriedade a uma finalidade específica, é também o respeito à sociedade como um todo, transcendendo ao conceito estritamente privado, englobando os demais

aspectos sociais e as consequências que a propriedade de um pode ter sobre os demais.

3 STF E CIDH: UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS DE CONTROLE

3.1 STF e o Controle de constitucionalidade

Com o nascimento da CF de 1988, surgiram, concomitantemente, relevantes alterações e mecanismos inovadores no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Dividida entre controle difuso e controle concentrado, a constitucionalidade das normas passou a possuir duas vias de alcance à análise pela Corte suprema brasileira, o STF e pelo Poder Judiciário de forma geral.

O chamado controle difuso consiste na possibilidade de os magistrados, individualmente ou em órgãos colegiados, analisarem e julgarem a constitucionalidade de normas jurídicas diante de casos concretos, sendo-lhes permitido realizar de pronto a compatibilização da norma ora analisada com a letra da CF.

Também conhecida como indireta, incidental ou por via de exceção, essa modalidade de controle surgiu com o emblemático caso “Madison vs Marbury”, em 1803, na Corte Suprema dos Estados Unidos. O caso se consolidou quando William Marbury recebeu indicação para ocupar o cargo de juiz de paz no último dia de mandato do então presidente, porém, apesar de receber aprovação do Senado, o documento comprobatório de sua posse não pôde ser entregue a tempo da nomeação do novo presidente, que entendeu que a indicação de Marbury ao cargo era nula em função de ter transcorrido o prazo de posse. Irresignado, Marbury impetrou mandado de segurança para fazer com que a Suprema Corte norte-americana garantisse sua indicação e sua posse ao cargo (MENDES, 2012).

Apesar de haver na legislação Norte-americana a previsão de possibilidade de impetração de mandados de segurança diretamente à Corte daquela nação, existia simultaneamente a limitação constitucional de sua competência originária, fazendo surgir o conflito entre norma infraconstitucional e a própria Constituição, levando a Suprema Corte Norte-americana a alegar que não poderia alargar esta competência baseando-se apenas em diploma

infraconstitucional, nesse momento “desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la” (MENDES, 2012, p. 75).

Nesse contexto, Gilmar Mendes (2012) ensina que:

Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar essa última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição (MENDES, 2012, p. 76).

Desse modo, instituiu-se a possibilidade de qualquer magistrado ou colegiado se posicionar quando deparados com uma incompatibilidade constitucional, declarando de pronto a inconstitucionalidade de determinada norma, porém, fazendo-o sempre de maneira incidental, vez que a inconstitucionalidade não constitui o objeto principal da ação em questão.

Desse modo “o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional” (MENDES, 2012, p. 1.428).

No entanto, é válido ressaltar que as decisões que definem a inconstitucionalidade de determinadas normas de maneira incidental podem ter sua discussão prolongada, sendo levadas desde aos órgãos colegiados superiores aos que prolataram a decisão até a última instância do Poder Judiciário, podendo a referida decisão ser mantida ou desfeita, a depender da ponderação do referido órgão colegiado máximo. Assim determina o Código de Processo Civil em seu artigo 948, *in verbis*:

Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo (BRASIL, 2015).

Ainda no contexto do controle difuso de constitucionalidade, importante explanar acerca da “Cláusula de Reserva de Plenário”, também conhecida como cláusula “*full bench*”, prevista constitucionalmente no artigo 97 e que consiste na necessidade de votação em maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, no âmbito dos tribunais.

Essa cláusula foi criada com o fito de garantir a segurança jurídica e se justifica ainda pela necessidade de evitar decisões conflitantes no âmbito do mesmo órgão judicial. Ressalvando ainda que em razão do Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis, esta exigência só é feita para declaração de inconstitucionalidade, nunca para a de constitucionalidade, por obviedade (DIMOULIS, 2016, p. 277).

Por outro lado, tem-se ainda o controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como controle abstrato ou por via de ação. Este surge mais recentemente, em 1920, regulamentado pela constituição Austríaca. Neste tipo de controle, a compatibilização constitucional é realizada exclusivamente por um órgão específico, nomeado expressamente pela própria Carta Maior. No cenário brasileiro, compete ao STF essa responsabilidade.

A competência e responsabilidade de análise originária da constitucionalidade das normas foram conferidas ao STF pela Carta Maior em seu artigo 102, o qual preconiza que:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...) (BRASIL, 1988).

Nesse modelo a análise é feita no plano hipotético e abstrato, através de ações específicas levadas ao STF por determinados sujeitos legitimados legalmente, onde a discussão principal é a constitucionalidade ou não da norma debatida. Assim, o constituinte brasileiro adotou o posicionamento de que a decisão tomada nestas circunstâncias possui eficácia *erga omnes* e vinculante, obrigando toda a coletividade, bem como todo o Poder Judiciário (MENDES, 2014, p. 472).

Apesar de haver previsão legal para ambos os modelos de controle, a CF passou a enfatizar com mais veemência o modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante processo de controle abstrato de normas, por meio de ações específicas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, explicam a razão de tal tendência (MENDES, 2012, p. 1.517).

Quando se fala da possibilidade de desempenho simultâneo de ambas as modalidades de controle de constitucionalidade, deparamo-nos com o sistema ao qual se dá o nome de híbrido ou misto. O modelo norte-americano é declaradamente difuso, enquanto o europeu pauta-se no modelo concentrado, já no Brasil é possível fazer uso das duas modalidades, tornando-o adepto a um sistema que engloba as duas possibilidades (DIMOULIS, 2016).

Geralmente, o modelo de controle de constitucionalidade determinado para o ordenamento jurídico é somente um, porém, assim como no Brasil, havendo a possibilidade de discussão de constitucionalidade de leis tanto nos casos concretos de maneira incidental quanto através de ações próprias de maneira específica, tem-se um sistema que adota ambos os perfis, possibilitando uma compatibilização das normas legais de maneira mais ampla. Neste cenário, Dimitri Dimoulis (2016) ensina que:

A distinção entre controle difuso e concentrado encontra-se descrita na obra de Carl Schmitt que, nos anos 1930, estudou a diferença entre o controle judicial estadunidense e o austríaco. Afirma-se que em nossos dias surgiu um terceiro modelo, que pode ser denominado híbrido ou misto, porque combina elementos dos anteriores. Teríamos tal sistema quando o Tribunal Supremo decide de forma concentrada sobre a constitucionalidade de leis, mas isso não impede que qualquer juiz possa realizar o controle de maneira difusa (DIMOULIS, 2016, p. 90).

No modelo misto ou híbrido concede-se ao Judiciário a prerrogativa de determinar a inaplicabilidade de leis nos processos judiciais em geral, porém, também permite o reconhecimento de um órgão superior ao qual é conferida a competência específica para proferir decisões de adequação constitucional em ações de perfil concentrado, previamente instituídas com este fito próprio (MENDES, 2012, p. 1.429).

Na realização do controle de constitucionalidade é necessária a observância do chamado “bloco de constitucionalidade”, que nada mais é do que o parâmetro de controle utilizado na adequação constitucional do ordenamento jurídico.

Em tese, o parâmetro de controle seria apenas a CF, pura e simples, porém, essa interpretação foi modificada e precisou se adequar ao contexto em que o controle de constitucionalidade é exercido. Assim, o bloco de constitucionalidade não se limita ao direito constitucional positivado, englobando também os princípios expressos e também os implícitos na Carta Magna.

Indo adiante, essa ideia abrange todos os princípios constantes no texto constitucional e ainda todos os outros dela derivados, pois tratam-se de princípios “imanescentes do direito constitucional escrito” (MENDES, 2014, p. 155).

Além de todos os parâmetros de caráter formalmente constitucional, incluem-se também no bloco toda a legislação infraconstitucional que verse sobre matéria constitucional. Assim ocorre com os tratados internacionais de direitos humanos, por exemplo, que possuem uma relevância que os situam acima da legislação ordinária, por possuírem *status* equiparado ao de norma constitucional, caso sejam aprovados no ordenamento jurídico com observância ao procedimento previsto pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que adicionou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

No procedimento comum, a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento pátrio confere a estes instrumentos força legislativa ordinária, passando a ter a mesma força e aplicabilidade da legislação comum. Quando o procedimento de incorporação envolver tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a supracitada Emenda adicionou ao texto da Constituição procedimento especializado, dividindo-o em duas hipóteses de votação.

O artigo 47 da CF prevê a modalidade de maioria simples nas deliberações legislativas, conferindo, nesta hipótese, o *status* supralegal a estes tratados. No entanto, o artigo 5º, § 3º da Carta Magna preconiza que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 188).

Nessa hipótese de deliberação, a incorporação destes tratados ao ordenamento jurídico confere-lhes *status* de norma constitucional, equiparando-se, portanto, ao próprio texto da Constituição.

A compatibilização das normas domésticas com a CF através do dito controle de constitucionalidade não exclui a necessidade de se observar também o disposto nos tratados internacionais aos quais o país voluntariamente é vinculado. Nesse diapasão que se institui aquilo que se chama de controle de convencionalidade, que será abordado adiante.

3.2 CIDH e o Controle de convencionalidade

Para além do controle de constitucionalidade tradicional das normas domésticas, surge em paralelo outro tipo de controle ao qual se deve igual observância. O controle de convencionalidade das normas foi ineditamente estudado por Valerio de Oliveira Mazzuoli em 2009, poucos anos após a instituição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Antes de Mazzuoli, poucos foram aqueles que haviam utilizado o termo “controle de convencionalidade”, porém, todos que o fizeram, atribuíram significação diversa da adotada pelo referido jurista, sempre atribuindo às entidades internacionais o exercício deste tipo de controle. Assim explica Mazzuoli (2011):

Em outras palavras, a doutrina que se acaba de citar chama prioritariamente de “controle de convencionalidade” o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos, não o comparando (como estamos a fazer neste estudo) com o “controle de constitucionalidade” existente no plano do nosso direito interno. Assim, a utilização da expressão em comento, na doutrina citada, nada tem que ver com o problema que ora nos ocupa, que é o estudo do controle jurisdicional da convencionalidade das leis (MAZZUOLI, 2011, p. 79).

O dito controle de convencionalidade consiste na possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das normas domésticas não só tendo como parâmetro de controle a CF, mas também todos os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

Segundo Mazzuoli (2009), é necessário que haja aquilo que ele chama de dupla compatibilidade vertical material, levando em consideração, para além do texto constitucional, os tratados internacionais assinados, ressalta-se voluntariamente, pelo Estado brasileiro, sendo vedada a produção normativa doméstica de se incompatibilizar expressamente ou simplesmente ignorar o texto internacional ao qual o Estado é vinculado.

No entanto, essa compatibilização normativa em relação aos tratados internacionais possui determinadas diferenças, como já explanado anteriormente. Existe a possibilidade de incorporação de tratados que versam sobre direitos humanos de modo que passem a ter *status* de norma constitucional (artigo 5º, § 2º da CF/1988), existe a possibilidade de passarem a ter *status* de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º da CF/1988) e há ainda a possibilidade de incorporação de tratados que versem acerca de matéria alheia aos direitos humanos

que não possuirão *status* constitucional, mas ainda sim estarão dispostos acima da legislação ordinária, gozando de *status* supralegal.

Dá-se maior atenção neste estudo aos tratados internacionais que dizem respeito à matéria de direitos humanos, sejam eles absorvidos pela legislação pátria com forma constitucional simples ou com força de emenda constitucional.

Diferentemente do entendimento do judiciário e do legislativo brasileiro, Valerio de Oliveira Mazzuoli entende que ambas as modalidades de tratados internacionais, se ratificados pelo Brasil e versarem sobre o tema direitos humanos, devem, ambos, servir de parâmetro de controle de convencionalidade, sejam eles material ou formalmente constitucionais. Seguindo o mesmo pensamento, essa tese é defendida também por Ingo Wolfgang Sarlet (2015):

De acordo com a atual orientação do STF, há que distinguir entre os tratados aprovados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, CF, dotados de valor jurídico equivalente ao das emendas constitucionais, dos demais tratados, aprovados pelo Congresso Nacional por maioria simples e antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45 de 2004. **Todavia, a despeito das diferenças entre as duas espécies de tratados, o elo comum entre os mesmos é o de que, o simples fato de prevalecerem, por força da sua superior hierarquia e do caminho trilhado pelo próprio STF, sobre a normativa legal interna, lhes garante a condição de parâmetro do controle de convencionalidade.** (...) Da mesma forma não parece correto, salvo melhor juízo, distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, que, em virtude de determinadas peculiaridades, deveriam então ser incorporados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam então ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (SARLET, 2015) (GRIFO NOSSO).

O ponto que difere em essência a incorporação desses dois tipos de tratados internacionais é o fato de um passar a integrar o bloco de constitucionalidade e outro não, quando em verdade, ambos tratam da mesma temática: direitos humanos.

Segundo o entendimento de Mazzuoli, e este também é o adotado pelo presente estudo, a cláusula aberta do artigo 5º, § 2º da CF, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, inexistindo, portanto, diferenciação entre ambas, o que as incluiria em pé de igualdade ao bloco de parâmetro de controle (MAZZUOLI, 2012, p. 839).

Ocorre que esse fenômeno, além de não ser adotado pelo STF, foi aplicado ao Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional que versa sobre

os direitos humanos e que fora incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do rito do artigo 5º, § 2º da CF, não passando a possuir, portanto, força de emenda constitucional.

Houve uma tentativa doutrinária de sustentação de que os direitos humanos previstos em tratados internacionais configurariam não apenas normas de valor constitucional, como também cláusulas pétreas, porém, essa tese não obteve a adesão do STF, que, antes do advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, diversas vezes recusou *status* constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José da Costa Rica (MENDES, 2012, p. 193).

O Pacto de San José da Costa Rica, doravante Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), foi assinado em 1969 e entrou em vigor em 1978, após a obtenção do mínimo de 11 ratificações pelos países membros. Já o Brasil somente ratificou a convenção no ano de 1992. O Pacto é composto por 82 artigos e possui sua base fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscando garantir ao ser humano todos os âmbitos possíveis de direitos.

A CADH consagra regionalmente a preocupação dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) com o respeito aos direitos fundamentais do ser humano, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade pessoal, à liberdade de expressão dentre tantos outros, firmando um sistema regional de proteção e defesa desses direitos, com atuação principal da Comissão e da Corte (MENEZES, 2013, p. 189).

Os Estados, dotados de sua soberania, não são obrigados a assinar tratados internacionais, ocorre que, ao fazê-lo, colocam em prática essa soberania e vinculam-se, voluntariamente, ao disposto nesses tratados. Ao ratificar o Pacto de San José da Costa Rica através do Decreto Legislativo nº 89, o Brasil concordou expressamente em respeitar seus artigos internamente. O artigo 1º do Pacto determina expressamente que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (CADH, 1969) (GRIFO NOSSO).

Já no artigo 2º da Convenção, estabeleceu-se a obrigação do Estado-membro em adotar as medidas necessárias para tornar eficaz todos

os direitos mencionados no artigo anterior (CIDH, 1969). O instrumento de ratificação do Pacto também prevê expressamente em seu artigo 1º a obrigatoriedade da competência da CIDH nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção (BRASIL, 1998).

Portanto, a adequação da legislação doméstica deve observância ao bloco de constitucionalidade, parâmetro de controle, e nesse bloco devem ser incluídos os tratados internacionais, em especial os que tratem da matéria direitos humanos.

Quando da inobservância pelo Estado-membro dos direitos fundamentais previstos no Pacto, os afetados por essa desobediência podem recorrer internamente e internacionalmente. Criada com o fito de preservar os direitos humanos, a CIDH, é órgão autônomo do Sistema Regional Interamericano e possui a competência contenciosa e consultiva para dirimir conflitos levados até si e que decorrem de violação aos direitos descritos no Pacto (IX UNISIM-RN, 2015). Além da Corte, existe ainda a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsável também pela proteção dos direitos fundamentais preconizados pelo Pacto. Ambos os órgãos foram criados a partir de comando normativo da própria Convenção em seu artigo 33.

Procedimentalmente, antes de o caso de violação de direitos fundamentais ser levado ao julgamento da Corte, é necessário, preliminarmente, que este se submeta à Comissão, que irá analisar a existência ou não de violação aos direitos fundamentais.

A Comissão estuda e prevê medidas necessárias nessas nações; solicita pareceres acerca de medidas tomadas pelos governos desses países a título de conhecimento da aplicação da Convenção; examina as denúncias enviadas a ela que contenham indícios de violação de direitos, e emite um relatório anual à OEA. Assim, tal órgão concilia, assessora, crítica, legítima, promove e protege a aplicação desses direitos em tais nações, amparada pela Convenção Americana (IX UNISIM-RN, 2015).

Desse modo é importante frisar que os Estados que ratificaram este tratado internacional, em especial o Brasil, objeto deste estudo, não podem violar os direitos nele determinados, porém, são impedidos também de ignorar o seu texto e, principalmente, as decisões tomadas pela CIDH.

Então, ao legislar ou ao julgar as causas em âmbito doméstico, o Brasil deve respeito tanto ao texto da Convenção quanto às decisões proferidas pela CIDH, podendo inclusive ser responsabilizado, como já ocorreu com o Brasil e será

demonstrado adiante, em âmbito internacional e condenado pela CIDH quando há violação pelo Judiciário brasileiro aos direitos convencionados e, frisa-se novamente, ratificados voluntariamente por este Estado soberano.

Nas primeiras situações de suscitação do conflito entre normas alienígenas, no caso em específico o Pacto de San José da Costa Rica e normas domésticas, ao levar o caso para apreciação da CIDH, utilizaram-se os argumentos de que o Brasil, no livre e pleno exercício da sua soberania, voluntariamente, ratificou a CADH, doravante Pacto de San José, sem a formulação de qualquer reserva sobre a matéria. Argumentou-se ainda que em razão do princípio da boa-fé, deve o Estado signatário observar o que o tratado prevê e, ainda que em respeito ao princípio da prevalência de norma mais benéfica, em caso de conflito entre a norma alienígena e norma doméstica, deve prevalecer sempre a norma mais favorável, respeitando o disposto no artigo 29 do Pacto (MAZZUOLI, 2011, p. 80).

Portanto, quando o Judiciário deparar-se com um conflito entre normas nacionais e as normas preconizadas em tratados internacionais, sugere-se que se realize um diálogo de fontes, sem que se ofenda a soberania nacional no que diz respeito à fixação de entendimentos e criação de leis, mas que também não se ignore e muito menos viole o texto acordado nos tratados.

3.3 Diálogo de fontes e o Marco Temporal de Ocupação de 1988

Não são raros os casos em que o Poder Judiciário brasileiro toma decisões contrárias à determinados pressupostos de alguns tratados internacionais, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, mais especificamente no âmbito da regularização fundiária indígena.

Das possibilidades que podem ser adotadas para solucionar esta problemática vislumbradas por este estudo, destaca-se aqui a que se mostra mais correta e eficaz, e que gera menos prejuízos tanto para o Estado quanto para os detentores desses direitos, que é o diálogo entre as fontes nacionais e internacionais sobre o tema.

O diálogo dessas fontes pode ser materializado através da adoção do controle de convencionalidade como proposto por Valerio Mazzuoli, tendo em vista a voluntariedade do Estado ao se vincular a determinados tratados internacionais. O controle de convencionalidade, em regra realizado pelos tribunais internacionais,

deve também ser adotado pelos tribunais domésticos, observando durante seus julgamentos as jurisprudências dos tribunais alienígenas aos quais devem obediência sobre a matéria em discussão.

Ao estreitar o debate para o tema da regularização fundiária indígena é impossível não fazer menção ao posicionamento adotado pelo STF em sede de jurisprudência que acabará por direcionar os demais julgados sobre a matéria daquele momento em diante, quanto ao chamado Marco Temporal de Ocupação de 1988, adotado no caso Raposa Serra do Sol, que foi o primeiro caso de demarcação de TI's levados ao julgamento do STF com tamanha relevância e proporção.

O caso Raposa Serra do Sol iniciou-se administrativamente alcançando o Judiciário e caminhando por todas as instâncias até chegar à Corte Máxima Brasileira para julgamento e tratava da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima a qual engloba os povos Makuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona.

O conflito sobre as terras que levou o caso ao Poder Judiciário teve início no século passado com a declaração de posse permanentemente indígena dessa área pelo Ministério da Justiça, em 1988, e com o início da demarcação dessas terras pela FUNAI e pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

No ano seguinte, em 1999, possibilitou-se a contestação das demarcações dessas terras, o que abriu precedente para inúmeras impugnações, tanto pelo Governo do estado de Roraima quanto por terceiros interessados, fazendeiros locais proprietários de imóveis localizados na área.

Após algumas divergências judiciais sobre o reconhecimento desse território, houve, em 2005, a homologação de um decreto presidencial que determinou como indígena a área da Raposa Serra do Sol, bem como a extinção pelo STF de todas as ações que questionassem a demarcação desta área, o que deu origem a um conflito ainda mais hostil entre os indígenas e os arroteiros que possuíam propriedades dentro das terras demarcadas, principalmente com a determinação, em 2007, da desocupação da área por qualquer um que não fosse indígena das etnias Makuxi, Wapixana Ingarikó, Taurepang e Patamona.

Ocorre que, alguns anos se passaram com a desocupação sendo adiada e resistida até que, após julgamento pelo STF que manteve a continuidade das TI's, os arroteiros foram compelidos a deixar a área, com a determinação de regras e

condicionantes para futuras demarcações de TI's, oportunidade onde o STF alicerçou o que ficou conhecido como Marco Temporal de Ocupação de 1988, que consiste na necessidade de o povo indígena comprovar que a ocupação da terra em litígio iniciou-se, no mínimo, ao tempo da promulgação da CF no ano de 1988.

A tese do Marco Temporal de Ocupação sob diversos parâmetros colide com o Pacto de San José da Costa Rica. Caso o STF adotasse à risca os parâmetros fixados pela jurisprudência da CIDH, as decisões tomadas pela Corte Máxima Brasileira mudariam substancialmente.

A CIDH desenvolve em sua jurisprudência sobre a regularização fundiária indígena o conceito de propriedade comunal com respeito à tradição coletivista e visão dos povos tradicionais sobre o relacionamento com a terra. A CIDH delimita com mais cautela os critérios da relação dos povos indígenas com a terra, como os aspectos cultural, espiritual e de relação intertemporal entre as gerações ancestrais e as futuras (PEGORARI, 2017, p. 258).

De maior relevância e em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. Nesses casos, a comunidade terá o direito a recuperar suas terras, ou – se impossível sua recuperação – de obter terras iguais em extensão e qualidade (...) a Corte sugere um método destoante do marco temporal para a definição do limite temporal ao direito de recuperação da terra. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar se as bases espirituais e materiais se mantêm em relação à terra. Para aferir isto, basta analisar a relação de cada povo com a terra, observando se a tradição é respeitada no estabelecimento do vínculo. Se, por qualquer motivo, o povo estiver impedido de relacionar-se com a terra, (...) o direito de recuperação persiste mesmo com o impedimento. É dizer: exclui-se a ideia de marco temporal, mantendo-se somente o critério da tradicionalidade da ocupação (PEGORARI, 2017, p. 259).

Outro parâmetro interpretativo realizado pela CIDH e inobservado pelo STF reside na compreensão por parte da Corte de que a perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas (PEGORARI, 2017, p. 259). Assim, a adequação das fontes através de seu diálogo, acarretaria consequentemente em uma melhor análise dos casos concretos com maiores benefícios às partes envolvidas.

Outra problemática que surge concomitantemente à esta tese diz respeito ao fato de que o parecer emitido pela Advocacia Geral da União (AGU), que embasou a decisão que criou a tese do Marco Temporal de Ocupação, deixa a desejar quanto à profundidade e clareza quanto ao “direito indigenista e aos seus

reflexos práticos no tratamento do regime jurídico das TIs, do direito de consulta livre, prévia e informada, de eventuais impactos na autodeterminação de cada grupo étnico, do respeito ao pluralismo e à diversidade cultural” (ANPR, 2018, p. 17). Segundo o MPF (2018) em cartilha de organização interna, a criação do Marco Temporal:

(...) certamente ocasionará o caos administrativo, sobretudo na condução do processo administrativo de demarcação de TIs no âmbito da Fundação Nacional do Índio (Funai), além de prejudicar a atuação da própria AGU nos processos judiciais em que houver questionamento da validade do procedimento demarcatório (ANPR, 2018, p. 17).

Dessa forma, o já conturbado procedimento de demarcação de terras indígenas, passa a ser revestido de insegurança jurídica, visto que, apesar de o STF ter expressado posicionamento de que a teoria do Marco Temporal de Ocupação não gozaria de efeito vinculante e deveria ser interpretado exclusivamente no caso Raposa Serra do Sol, não se deve ignorar a relevância da referida decisão no ordenamento jurídico e o peso que esta jurisprudência terá em julgamentos futuros, o que irá, de certo, tornar ainda mais tumultuados os procedimentos demarcatórios que por ventura forem levados ao Judiciário.

A tese do Marco Temporal acaba por se tornar a principal barreira ao indigenato, tendo em vista a impossibilidade que determinados povos possuem de provar sua presença nas terras em litígio ao tempo da promulgação da Carta Magna vez que foram, em muitos casos, expulsos desses territórios.

Cristalino é o cenário de insegurança jurídica dos indígenas quanto aos seus direitos pleiteados administrativa ou judicialmente ora demonstrado. Além da possibilidade quase que certa de utilização deste precedente em outros casos futuros, houve ainda uma proposta de transformar o referido entendimento em Súmula Vinculante.

A proposta de Súmula Vinculante de nº 49 foi apresentada pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) e pretendia reafirmar o texto do Enunciado 650 da Súmula da Jurisprudência do STF, que é justamente a tese do Marco Temporal de Ocupação. Esta proposta se pautava no argumento da existência de controvérsias quanto ao texto do referido enunciado, vez que outros casos teriam encontrado resistência do Judiciário.

Felizmente, o pedido fora rejeitado e a proposta foi arquivada observando a inexistência de jurisprudências suficientes do STF sobre o tema, e, segundo a

Relatora Ellen Gracie, a transformação daquele entendimento que fora adotado em caso extremamente específico “implicaria fixação de entendimento vinculante a delicada matéria constitucional ainda em processo de definição” (STF, 2012).

Até o momento, atribuição vinculante a este entendimento vem sendo denegada, porém, vislumbra-se a possibilidade de, no futuro, este cenário se modificar frente aos possíveis novos precedentes que possam vir a surgir e que sirvam de estrutura suficientemente sólida para justificar a transformação do juízo de valor utilizado no caso concreto em específico em entendimento de aplicação obrigatória, prejudicando consideravelmente o já maculado direito indígena.

Ocorre que, apesar da resistência em sumular este entendimento, a tese do Marco Temporal tem sido por diversas ocasiões utilizada no Judiciário com o objetivo de conturbar diversos procedimentos demarcatórios, em especial na região do Mato Grosso do Sul, que é o segundo maior Estado do Brasil em termos de ocupação indígena. Nas palavras de Rodrigo Clemente de Brito Pereira, em coletânea organizada e publicada pelo MPF (2018):

A decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante, mas, nos dizeres do próprio tribunal, ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões. Por isso, tem servido como paradigma para outras decisões de casos em que se debate a demarcação de Tis (...) (PEREIRA, 2018, p. 268).

A instituição e utilização desta tese põe em cheque tanto o texto constitucional, que não faz qualquer menção da qual se possa inferir essa limitação temporal (SILVA, 2015), quanto os tratados internacionais, os quais também em nada pretendem em suas jurisprudências e legislações, tolher os direitos que os indígenas possuem às suas terras tradicionais. Segundo Bruno da Silva Antunes de Cerqueira, na mesma coletânea do MPF (2018):

(...) a constitucionalização do indigenato (...) e sua elevação a um espaço simbolicamente quase “sagrado”, de um capítulo inteiro da Constituição de 1988 reservado aos “Índios”, parece ter sido desprezada por uma parte da jurisprudência da Corte Constitucional, quando decidiu criar um “marco temporal” para a aferição da presença e da ocupação das comunidades indígenas nas suas terras ancestrais (...) (CERQUEIRA, 2018, p. 170-171).

Dessa maneira a inexistência do diálogo de fontes sugerido demonstra a incompatibilidade da referida decisão tomada pelo STF com os preceitos do Pacto, bem como das jurisprudências da CIDH, que deveriam ter sido observados pelo Judiciário nacional.

Assim, a observância do posicionamento internacional ajudaria significativamente na composição das decisões judiciais brasileiras em casos que envolvem o tema da demarcação de TI's.

4 CASOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO: PARAGUAI E BRASIL

4.1 Xákmok Kásek vs. Paraguai

A região do Chaco Paraguai, situada entre os rios Pilcomayo e Paraguai, abrigava os povos indígenas locais antes mesmo de sua colonização. Estes viviam da caça, pesca, plantio e coleta, além de percorrer por toda a extensão de terras dessa região de acordo com as estações, passando assim a ocupar vasta área deste território.

No final do século XIX, após a “privatização” de diversas dessas áreas e com a chegada de empresários e pecuaristas no local e com o assentamento das mais variadas missões religiosas, os povos indígenas que ali habitavam passaram a perder espaço e liberdade. A ocupação por não-indígenas começou a aumentar exponencialmente ocorrendo a total desconsideração dos povos indígenas que já ocupavam o espaço anteriormente, ignorando seu direito de propriedade e ocupação (CIDH, 2010, p. 15).

Essa ocupação desordenada acabou por ocasionar uma perda de autonomia dos povos indígenas, pois, apesar de ainda ocuparem parte da região, as atividades que foram inseridas pelos não-indígenas restringiram a mobilidade desses povos, deixando as atividades de subsistência desenvolvidas por eles condicionadas à permissão dos novos proprietários das terras, que passaram a utilizar a mão de obra indígena como uma alternativa barata para os seus empreendimentos, contribuindo, desta forma, para sedentarização e perda da autonomia e hierarquia dos referidos povos (CIDH, 2010, p. 18).

Em relação específica à comunidade Xákmok Kásek, esta também fora afetada diretamente pelo processo de colonização do Chaco Paraguai. Esse povo em específico firmou assentamento em uma região onde posteriormente fora fundada a chamada “Fazenda Salazar”, e surgiu da união de diversas aldeias nesta mesma localização. Em 1990, os líderes da comunidade deram início a um procedimento administrativo, compatível com a legislação interna, com o fito de recuperar essas referidas terras tradicionalmente ocupadas por eles, reclamando uma área de 10.700 hectares situada dentro da referida fazenda (CIDH, 2010, p. 10).

Frustrado o procedimento administrativo, em 1999 a comunidade indígena buscou soluções perante a própria República do Paraguai, na intenção de conseguir a expropriação das terras que reivindicavam (CIDH, 2010, p. 18).

O modelo de vida levado pelos indígenas no interior da “Fazenda Salazar” era baseado em diversas restrições pelos proprietários em relação à exploração da área para desenvolvimento das atividades características das tribos. Atividades como a caça, a pesca, a criação de animais e o cultivo de plantas foram restringidas até a sua proibição, reduzindo a vida dos indígenas ao trabalho fornecido aos donos das terras frente à monitoração rígida por eles desempenhada.

Diante da situação crítica da comunidade Xákmok Kásek na área que ocupavam, ou seja, a “Fazenda Salazar”, líderes de outras comunidades indígenas cederam parte de seu território em seu favor, que passaram a ser ocupados pela referida comunidade indígena nos anos seguintes. Esta região, que era consideravelmente menor que a “Fazenda Salazar”, passou a ser denominada de “25 de *Febrero*” e encontrava-se fora do perímetro reclamado pela comunidade (CIDH, 2010, p. 20).

Com o deslocamento de suas terras tradicionais para as terras cedidas, vários membros da comunidade Xákmok Kásek acabaram por separar-se de sua tribo, passando a viver em outras comunidades.

A comunidade indígena Xákmok Kásek teve seu caso levado à Comissão em 2001, a qual apresentou a demanda contra a República do Paraguai para julgamento pela CIDH em 2009, cuja sentença de mérito fora prolatada em 24 de agosto do ano de 2010. Antes da submissão à CIDH, respeitando os procedimentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão analisou o caso e submeteu ao Paraguai diversas recomendações, as quais não foram cumpridas em sua totalidade, razão pela qual a Comissão submeteu a demanda ao julgamento da Corte (CIDH, 2010, p. 1).

O caso submetido à CIDH destaca violações feitas pelo Paraguai de diversos direitos contidos na CADH, tais como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo. 3º), o direito à vida (artigo 4º), o direito à integridade pessoal (artigo 5º), garantias judiciais (artigo 8.1), direitos da criança (artigo 19), o direito à propriedade privada (artigo 21), todos da Convenção.

A demanda está relacionada com a alegada responsabilidade internacional do Estado pela suposta **falta de garantia do direito de propriedade**

ancestral da Comunidade Indígena Xákmok Kásek (...) e seus membros (...), já que desde 1990 encontrar-se-ia tramitando a solicitação de reivindicação territorial da Comunidade, “sem que até agora houvesse sido resolvida satisfatoriamente”. Segundo a Comissão “o anterior tem significado não somente a impossibilidade de a Comunidade ter acesso à propriedade e à posse de seu território, mas, pelas próprias características da mesma, tem implicado mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, que ameaçam de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma” (CIDH, 2010, p. 2) (GRIFO NOSSO).

Foram apresentadas pelas partes as devidas petições, contestação e provas em 2009, e em 2010 realizou-se a primeira audiência pública do caso, oportunidade onde foram recebidas as declarações feitas tanto pela Comissão quanto pela comunidade e ainda pelo Paraguai, foram ouvidas as testemunhas e peritos indicados pelas partes e, por fim, foram recebidas as alegações finais de mérito orais e, posteriormente, por escrito. Após a análise de todo arcabouço probatório, dentre eles o estudo antropológico feito na comunidade indígena, a CIDH deliberou e sentenciou o caso (CIDH, 2010, p. 2).

Válido aqui ressaltar a competência da CIDH para julgamento do caso ora analisado em razão do reconhecimento da referida competência contenciosa pela República do Paraguai quando do ingresso deste Estado como membro da Convenção Americana em 24 de agosto de 1989 e pela sua posterior ratificação em 11 de março de 1993, submetendo-se assim voluntariamente às suas disposições.

O Paraguai, ao contestar a ação, propôs à comunidade indígena a chamada “solução amistosa”, o que não fora aceito em razão do justo receio dos indígenas do provável não cumprimento do combinado pelo Estado. Este tipo de solução só pode ocorrer caso haja concordância de todas as partes, em não ocorrendo, a demanda segue em análise pela Corte (CIDH, 2010, p. 7-8).

Além da “solução amistosa”, o Estado do Paraguai pugnou ainda pela suspensão do processo tendo em vista uma suposta contradição em relação às denominações da comunidade, o que “impediriam a titulação de terras em seu favor e não se adequaria ‘aos requisitos do Estatuto Indígena e à normativa internacional’” (CIDH, 2010, p. 9).

A partir das inúmeras suscitações já elencadas feitas pelo Estado, depreende-se que este tentou de todas as formas possíveis evitar o julgamento do caso pela CIDH tentando ainda evitar uma condenação, relutando em admitir reais falhas na garantia dos direitos indígenas às suas terras tradicionais.

Em relação ao pedido de suspensão do processo, o Estado alegou haverem diversos documentos de diferentes origens os quais traziam variadas nomenclaturas relativas à comunidade indígena. Alegou ainda que este seria um fator impeditivo de garantia dos direitos desses povos tendo em vista que a nomenclatura ou o pertencimento étnico seriam “elementos essenciais para uma transferência de propriedade” (CIDH, 2010, p. 9).

As dificuldades apresentadas pelo Estado foram rebatidas pela comunidade que declarou o caráter multiétnico de seu povo, o que não poderia constituir um obstáculo para a formalização e garantia dos direitos de propriedade da comunidade indígena.

A CIDH entendeu que não cabe nem a ela e nem ao Estado a determinação da caracterização e pertencimento étnico de cada povo indígena, o que inclui a sua denominação, ressaltando que a comunidade Xákmok Kásek é composta por diversos grupos indígenas que com o passar do tempo foram se assentando na região da “Fazenda Salazar”, misturando-se. Por esta razão, entendeu a Corte pela improcedência do pedido de suspensão do processo formulado pela República do Paraguai, nos seguintes termos:

A identificação da Comunidade, desde seu nome até sua composição, é um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia. Este tem sido o critério do Tribunal em situações similares, portanto, a Corte e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações que a Comunidade apresente neste sentido, ou seja, a forma como esta se auto identifique (CIDH, 2010, p. 9).

Ademais, a Comissão destacou ainda que, apesar da conformidade da legislação Paraguaia sobre os procedimentos de regularização fundiária de TI's, até o momento da propositura e análise do caso concreto não haviam sido obtidos resultados eficazes sobre os procedimentos iniciados pela comunidade no ano de 1990.

Em sua defesa, o Paraguai alegou que “não pôde ser satisfeito plenamente até agora devido a situações de fato que não puderam ser resolvidas na esfera interna”, destacando que a legislação interna protege, além dos direitos dos povos indígenas, também os direitos dos proprietários das terras, os quais possuem justos títulos de propriedade, estando o Estado então “entre dois direitos humanos tutelados” (CIDH, 2010, p. 13).

Em suas jurisprudências o Tribunal considerou que o vínculo existente entre os povos indígenas e a terra é um direito que merece tutela frente ao artigo 21

da CADH, destacando que os conceitos de propriedade nos âmbitos privado e indígena são completamente diferentes entre si, possuindo significação diversa um do outro.

“(…) a Corte indicou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta ‘não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade’” (CIDH, 2010, p. 22).

“a visão mercantilista do valor das terras, que é entendida unicamente como meio de produção para gerar ‘riquezas’, é inadmissível e inaplicável quando se aborda a questão indígena, pois pressupõe uma visão limitada da realidade, ao não contemplar a possibilidade de uma concepção distinta à nossa maneira ‘ocidental’ de ver as coisas do direito indígena; sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens significaria fazer ilusória a definição de que o Paraguai é um Estado pluricultural e multiétnico, jogando por terra os direitos de milhares de pessoas que habitam o Paraguai e o enriquecem com sua diversidade” (CIDH, 2010, p. 36).

Em relação ao território reivindicado, o Estado alegou que a área ocupada pelos indígenas ultrapassa o pleiteado na ação, questionando a ancestralidade que o povo teria com a região em razão do caráter disperso que recaia sobre aquele povo, devendo a área da “Fazenda Salazar” ser excluída da reivindicação.

Ocorre que a Corte reconheceu o caráter nômade dessas tribos e as atividades por eles desenvolvidas, os quais foram restringidos pelos não-indígenas que passaram a habitar o local, limitando a ocupação dos povos em especial à área pleiteada e, posteriormente, devido a maiores restrições impostas, às demais áreas cedidas por outras comunidades.

Segundo os relatórios que compunham o processo, a área reivindicada possui estreito vínculo com os povos reclamantes em razão de o referido território abranger cemitérios com seus ancestrais e, ainda, por serem as mais aptas ao estilo de vida das tribos em razão da enorme variedade biológica (CIDH, 2010, p. 26).

A Corte, portanto, entendeu no sentido das perícias, nos termos de que aquelas terras que ali figuravam como objeto da ação seriam as mais adequadas para a comunidade, determinando que o Estado as devolvesse com o devido reconhecimento, independentemente de não haver plena posse destas pelos povos indígenas.

Nesta oportunidade, fez menção à diversas jurisprudências da Corte sobre TI's que foram retiradas da posse das tribos, destacando ainda que o vínculo existente entre os povos e a terra seria o requisito de sua reivindicação, “razão pela

qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente” (CIDH, 2010, p. 28):

O Tribunal lembra sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, segundo a qual: 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio concedida pelo Estado; 2) a posse tradicional concede aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 4) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias à sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre as mesmas, ainda na falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa-fé, e 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade (CIDH, 2010, p. 27).

O Estado buscou ainda alegar que o direito dos indígenas poderia ser plenamente satisfeito com a concessão de terras alternativas, no entanto, como contido no relatório pericial “não basta que existam outras propriedades disponíveis (...) para a concessão de terras alternativas às reclamadas, estas devem ao menos ter certas ‘aptidões agroecológicas’ e serem submetidas a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da Comunidade” (CIDH, 2010, p. 29), levando-se em consideração, portanto, a ancestralidade e a íntima relação dos indígenas com terras específicas.

Além de todo o alegado, observou-se ainda que os mecanismos internos de regulamentação das TI’s, apesar de devidamente previstos e iniciados pelos pleiteantes, duravam, até aquele momento, mais de 17 anos, sem resolução eficaz e definitiva pelo Estado.

A razoável duração do processo, também previsto na CADH como um direito fundamental, foi claramente violada pelo Estado, que não realizou as diligências necessárias à resolução do conflito.

A Corte destacou a “atuação deficiente e demorada” e a “passividade, inatividade, pouca diligência e falta de resposta das autoridades estatais”, ressaltando ainda as jurisprudências daquele tribunal que consideraram que “prazos de mais de 11 anos e 13 anos, respectivamente, de duração dos procedimentos de reivindicação de terras não eram compatíveis com o princípio do prazo razoável”, e que por dedução lógica o prazo de mais de 17 anos do caso em questão não poderia concluir análise diferente (CIDH, 2010, p. 33).

Quanto à violação ao direito à vida atribuída à República do Paraguai, a Corte entendeu que este direito humano fundamental é pré-requisito para o desempenho dos demais direitos, sendo imposto aos Estados-membros tanto uma obrigação negativa de proteção à vida quanto positiva.

No que tange à condenação contida na sentença, a CIDH destaca que “toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente” (CIDH, 2010, p. 65), determinando, dentre outras imposições ao Paraguai, em especial que este proceda com a delimitação, demarcação e ritualização das terras pleiteadas, observando o direito consuetudinário e o modo de vida da comunidade, devendo o Estado adotar toda e qualquer medida necessária à sua realização.

4.2 Povo Xucuru vs. Brasil

A Serra do Ororubá, sita no estado do Pernambuco, foi o local inicial de ocupação do Povo Xucuru, datando do século XVI, de acordo com documentos históricos que contam como ocorreu essa ocupação, marcada por inúmeros conflitos entre o referido povo indígena e os portugueses colonizadores.

Os conflitos entre o Povo Xucuru e não-índios, sejam estes portugueses, fazendeiros ou qualquer terceiro interessado, iniciaram no século XVI, porém, perduram até os dias atuais, sempre em razão das terras por eles ocupadas, alvo de expropriação histórica. O processo de demarcação das terras pelo Povo Xucuru teve início em 1989, e logo em seguida os ataques a este povo se intensificaram, resultando no assassinato de alguns de seus líderes com o objetivo de frear o processo regulatório.

O Povo Xucuru de Ororubá é constituído atualmente por mais de 2 mil famílias que juntas ocupam a Serra do Ororubá e o município de Pesqueira no estado do Pernambuco e arredores. Esse povo indígena possui organização própria com estruturas políticas e hierárquicas (CIDH, 2018, p. 16).

O processo de demarcação das terras pleiteadas pelo Povo Xucuru passou por diversos empecilhos e barreiras, a iniciar pela inexistência à época do Decreto nº 1.775 de 1996 que regulamenta as demarcações de TI's. Com início oficial em 1989 o processo de regulamentação dessas terras teve como legislação vigente o Decreto nº 94.945 de 1987. Em 06 de setembro de 1989 o GT designado

para esse processo de demarcação emitiu relatório que demonstrava qual a área cabível aos indígenas. Em 1992 o Ministro da Justiça concedeu a posse permanente da área ao Povo Xucuru, realizando-se em seguida a demarcação física da área (CIDH, 2018, p. 19).

Ocorre que, com a promulgação do Decreto nº 1.775 de 1996, legitimou-se a possibilidade de impugnação do processo de demarcação do território por terceiros que possuíssem interesse na área. Com essa abertura legislativa, sobre o processo em questão foram opostas cerca de 270 objeções e, após vários procedimentos judiciais, todas foram tidas como improcedentes pelo Ministro da Justiça (CIDH, 2018, p. 20).

Ato contínuo, em março de 1992 deu-se início a uma ação de reintegração de posse em desfavor do Povo Xucuru quanto à chamada “Fazenda Caípe”, ocupada na época pelos indígenas. Após um moroso caminho processual revestido de recursos, embargos e agravos, a ação teve sentença favorável aos não-índios em 2011, adquirindo força de coisa julgada em 2014. Ocorre que em 2016 a FUNAI interpôs ação rescisória sob a argumentação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A decisão sobre este conflito continua pendente de solução (CIDH, 2018, p. 22).

Em abril de 2011 houve a promulgação de decreto presidencial homologando a demarcação do território pleiteado e, após solicitação da FUNAI em 2002 para o registro do território no cartório de registro de imóveis correspondente, foi apresentada contra o procedimento ação de suscitação de dúvida pelo oficial do cartório, a qual somente teve conclusão favorável ao registro em 2005 (CIDH, 2018, p. 21).

Observa-se o grande lapso temporal do processo de demarcação do território indígena que, após finalmente ter sido declarada a posse exclusiva do Povo Xucuru, ainda teve de passar pelos procedimentos de regularização das terras, de indenização e retirada dos não-índios, os quais foram marcados por alto nível de insegurança e de ataques aos indígenas, resultando em diversas mortes.

Não obstante o enorme tempo decorrido desde o início do procedimento demarcatório de 1989, ao tempo da apreciação do caso pela CIDH:

(...) 45 ex-ocupantes não indígenas não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estão em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos por benfeitorias de boa-fé. Além disso,

seis ocupantes não indígenas permanecem dentro do território indígena Xucuru (CIDH, 2018, p. 21).

Em 2002 a Comissão recebeu a denúncia realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), apresentando em 2016 à CIDH o caso do Povo Xucuru com o fito de condenar o Estado brasileiro à violação aos direitos à propriedade coletiva, à integridade pessoal e às garantias processuais tendo como argumento a morosidade excessiva de todos os procedimentos envolvidos no processo demarcatório das TI's do Povo Xucuru, o qual perdurou de 1989 até 2005.

Anteriormente à submissão do caso à CIDH, a Comissão fez uma série de recomendações ao Brasil, no entanto, a Comissão entendeu que o Estado não havia cumprido satisfatoriamente tais recomendações, ensejando, portanto, na submissão do caso ao julgamento da Corte (CIDH, 2018, p. 5).

A competência da CIDH para o julgamento do caso teve aceitação pelo Brasil no ano de 1998, após a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica e integração deste ao ordenamento jurídico interno em 1992. Motivo pelo qual foram submetidos a julgamento somente os fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998.

Em sede de defesa, o Brasil alegou a existência de algumas preliminares, dentre elas a inadmissibilidade da demanda em razão de a Comissão ter mantido publicado em seu *site* o Relatório Preliminar de Mérito antes da submissão à Corte. Alegou ainda incompetências temporais e materiais, além do não esgotamento dos recursos internamente previstos na legislação brasileira para dirimir o conflito em questão.

Quanto à primeira preliminar, a Comissão argumentou que a referida publicação do relatório anteriormente à submissão à Corte não se caracterizava como requisito de admissibilidade do caso. A CIDH, decidiu, portanto, pela improcedência da preliminar. Quanto às preliminares temporais, a Comissão reforçou que somente submeteu a julgamento questões posteriores à competência contenciosa da CIDH, o que fora ratificado pela própria Corte.

Quanto à incompetência material, o Brasil alegou que a Corte não era competente para julgar violações à Convenção nº 169 da OIT. A Comissão alegou que utilizou os parâmetros da OIT para evidenciar a proteção aos direitos violados

sob a perspectiva da Convenção Americana, sem referenciar violações diretas à OIT. Consequentemente, a Corte entendeu na mesma direção, declarando improcedente a preliminar. Quanto à última preliminar, “o Estado destacou que as supostas vítimas ou seus representantes não podem buscar diretamente a tutela jurisdicional internacional sem antes promover os recursos internos”, porém, a CIDH entendeu pela improcedência da preliminar tendo em vista que o Brasil não especificou quais seriam os recursos que deveriam ter sido esgotados antes da submissão internacional do caso (CIDH, 2018, p. 12 e 14).

Em relação à alegação de violação a direitos, estes foram separados em violação ao direito de propriedade, às garantias judiciais e proteção judicial e ainda direito à integridade pessoal.

No que diz respeito à violação ao direito de propriedade dos indígenas, a Comissão destacou a peculiaridade com a qual se reveste a relação dos povos indígenas com as terras tradicionais pleiteadas, que “não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas no tradicional uso e posse das terras e recursos” (CIDH, 2018, p. 26).

Ressaltou ainda que o dever atribuído ao Estado de reconhecer essas terras como indígenas é responsável por garantir segurança jurídica a estes povos, prevenindo, por consequência, possíveis conflitos entre estes e outros interessados. Outro fator que também feriu o direito à propriedade foi a demora na resolução do conflito e no processo de retirada dos não-índios da área, prejudicando o exercício do direito da posse à terra dos indígenas, não sendo possível justificar essa morosidade de mais de 16 anos por uma possível “complexidade” da questão. Alegou ainda que o Povo Xucuru até hoje, 27 anos após o início do procedimento demarcatório, ainda não pôde gozar plenamente do seu direito à terra (CIDH, 2018, p. 26).

O Estado brasileiro alegou não haverem maiores prejuízos aos indígenas em razão da suposta “coexistência pacífica entre as tribos e os ocupantes não-índios, o que foi rebatido de pronto pela Comissão que argumentou a incoerência dessa afirmação tendo em vista:

(...) o histórico de assassinatos e ameaças contra o povo indígena levado a cabo pelos ocupantes não indígenas que ali permaneciam; e, em segundo lugar, porque a estrutura normativa do processo de demarcação contempla a obrigação de desintrusão do território, sem que se deva examinar se há consentimento do povo indígena (CIDH, 2018, p. 27).

Alegou ainda não ter havido violação à garantia de acesso à justiça vez que o procedimento demarcatório é realizado de ofício pelo Estado em razão de ordenamento da própria CF. Arguiu a insignificância na parcela de ocupantes não-indígenas na região e no baixo percentual de indenização ainda pendentes de pagamento aos benfeitores de boa-fé.

A CIDH entendeu que o reconhecimento abstrato da posse indígena sem a efetiva desintrusão das terras não é o suficiente para garantia plena do direito à propriedade:

(...) para garantir o uso e o gozo do direito da propriedade coletiva, os Estados devem assegurar que não exista interferência externa sobre os territórios tradicionais, ou seja, devem eliminar qualquer tipo de interferência sobre o território em questão por meio da desintrusão, com o objetivo de que o exercício do direito à propriedade tenha um conteúdo tangível e real (CIDH, 2018, p. 32).

Destacou que, ao falhar diante da ineficácia dos procedimentos internos responsáveis pela efetivação dos direitos do Povo Xucuru, o Estado brasileiro incorreu em violação ao direito de propriedade pertencentes aos indígenas, bem como frente à morosidade de atrapalho dos procedimentos internos de demarcação das terras. A Corte determinou ainda ser irrazoável o prazo decorrido desde o início do procedimento administrativo de demarcação da área, não havendo ainda razões suficientemente complexas que justificassem o tempo transcorrido.

Apesar de reconhecer que o procedimento de retirada e indenização de todos os ocupantes de boa-fé da área detenha relevante complexidade, a CIDH entendeu ainda que ainda sim não é capaz de justificar o decurso de mais de 28 anos para a sua finalização, violando dessa maneira a garantia judicial à uma razoável duração do processo.

No tocante à violação do direito à integridade pessoal, a Comissão alegou que o Brasil, frente todas as falhas cometidas no duradouro processo de demarcação de terras, acabou por causar aos indígenas insegurança e tensão com os não-índios, ocasionando assim, “danos à saúde e à integridade pessoal dos membros do povo Xucuru e ao povo Xucuru como um todo” (CIDH, 2018, p. 43).

Em observância do Relatório apresentado pela Comissão, embora se admita o quadro de tensão existente entre o Povo Xucuru e os ocupantes da área, a CIDH entendeu que o referido relatório não trouxe dados e argumentação suficientes

sobre as supostas vítimas, não ensejando, portanto, responsabilização do Brasil quanto à violação à integridade pessoal.

Jurisprudência já pacificada da CIDH, inclusive utilizada na decisão anteriormente analisada, a Corte destacou que “toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo adequadamente” (CIDH, 2018, 46-47). Ressaltou ainda que o dever positivo do Estado brasileiro em garantir a efetivação dos direitos dos indígenas, quando da sua abstenção ou ineficiência em garanti-lo, é possível inferir que este Estado falhou com suas obrigações, inclusive constitucionalmente impostas, sendo necessário desse modo, a responsabilização, neste caso internacional, para reparação dos danos causados.

Quanto à ação de reintegração de posse ainda pendente de resolução pelo Judiciário brasileiro, a Corte condenou o determinou que:

Com respeito à sentença de reintegração de posse favorável a Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Barros Didier, caso a negociação em curso informada pelo Estado, para que recebam uma indenização por benfeitorias de boa-fé não prospere, conforme a jurisprudência da Corte, o Estado deverá avaliar a possibilidade de sua compra ou a expropriação dessas terras, por razões de utilidade pública ou interesse social. Caso, por motivos objetivos e fundamentados, não seja, definitivamente, material e legalmente possível a reintegração total ou parcial desse território específico, o Estado deverá, de maneira excepcional, oferecer ao Povo Indígena Xucuru terras alternativas, da mesma qualidade física ou melhor, as quais deverão ser contíguas a seu território titulado, livres de qualquer vício material ou formal e devidamente tituladas em seu favor (CIDH, 2018, p. 49).

Relativamente aos termos finais da condenação, a sentença ora analisada concluiu pelo dever de o Estado brasileiro de indenizar o Povo Xucuru pelos danos causados pela demora excessiva nos procedimentos de demarcação de suas terras, condenando-o ainda pela violação direta ao “direito à garantia judicial de prazo razoável”, “violação do direito à proteção judicial”, bem como do “direito à propriedade coletiva” (CIDH, 2018, p. 53-54).

Frente as análises feitas das sentenças, é possível perceber que os Estados soberanos, apesar de possuírem legislação interna específica para a garantia dos direitos indígenas, ainda precisam ser levados até o julgamento internacional da Corte para que se possa garantir que esses direitos tenham eficácia concreta, vez que não basta que se preveja legislativamente esses direitos, mas

também é necessário que se implementem as ações e os procedimentos para que os sujeitos de direito possam gozar dessas garantias sem maiores embaraços.

Para isso, uma das soluções existentes consiste na observância das jurisprudências internacionais, em especial da CIDH, ao qual seus Estados-membros são obrigatoriamente vinculados, observando a voluntariedade no processo de ratificação das convenções internacionais no seu ordenamento jurídico interno.

Com o conhecimento, observância e respeito às interpretações internacionais atribuídas aos casos concretos é possível se alcançar o panorama mais favorável à garantia dos direitos humanos. Com a jurisprudência clara e reiterada da CIDH sobre demandas que envolvem os direitos humanos, essas interpretações devem servir, de maneira cogente, como fundo de consideração por seus países-membros.

Dessa maneira, através do diálogo de fontes entre o direito nacional e o internacional garante-se tanto o respeito aos indicadores mínimos de direitos humanos quanto é garantia ainda de evitar possíveis responsabilizações internacionais dos Estados face a violação destes direitos que, não teriam sido desrespeitados caso fosse feita a comunicação das fontes interpretativas do direito no âmbito internacional.

5 CONCLUSÃO

Com o dever constitucional de defender a soberania estatal, a União, como detentora de inúmeras propriedades, deve garantir proteção aos diversos direitos, dentre eles coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os pertencentes aos indígenas.

A propriedade tem um histórico de significação de poder e status. Além deste significado, que é majoritário no que tange as propriedades privadas, há também a significação atribuída à terra, que envolve o vínculo que determinado sujeito possui com determinada localização, o que ultrapassa o valor de um título proprietário com objetivos meramente econômicos.

A ligação existente entre os indígenas e as terras que ocupam vai muito além da titularização da propriedade, englobando aspectos como a tradicionalidade, a ancestralidade e o respeito aos recursos naturais.

Por maior que seja a diferença entre a propriedade privada e as terras indígenas, é necessário em ambas as possibilidades, se observar se estas propriedades estão respeitando sua função social, sendo utilizadas de maneira que se dê à propriedade uma razão de ser.

Quanto à questão indígena destaca-se que estes povos possuem direitos constitucionalmente garantidos pela CF e que devem ser efetivados através do próprio Estado, observando procedimentos específicos. Apesar de deter uma legislação determinada, ambos os tipos de propriedade aqui citados possuem uma determinação em comum que é o seu registro oficial em cartório. Ninguém é proprietário sem que se possua o título que o confira esse direito, não sendo diferente com os povos indígenas que, apesar de obterem com o processo demarcatório a posse permanente de suas terras, precisam necessariamente passar pela fase de registro.

Através da FUNAI, o Estado deve implementar e fazer garantir a regularização das terras indígenas, o que faz por intermédios dos procedimentos neste trabalho especificados, culminando finalmente em seu registro final, no entanto, nem sempre esses procedimentos obedecem a princípios processuais fundamentais, em destaque o razoável tempo de duração dos procedimentos, administrativos ou judiciais.

Não raras vezes, os procedimentos demarcatórios que se iniciam pela via administrativa acabam por desembocar no Judiciário por inúmeras razões e, quando isso ocorre, necessário que se observe não somente a legislação pátria, como também as normas internacionais ao qual o país vinculou-se voluntariamente.

Dentre os vários exemplos de casos de regularização fundiária de terras indígenas que atingiram o Judiciário, destacou-se nesse trabalho o Marco Temporal de Ocupação, criado e adotado pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, o qual consiste no condicionamento da demarcação de terras indígenas à comprovação por estes povos de que a ocupação destas áreas teve seu início, minimamente, ao tempo da promulgação da Carta Maior, no ano de 1988.

Ocorre que esta tese, que acaba por servir como jurisprudência a ser aplicada em casos futuros, colide diretamente com normas estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil escolheu vincular-se espontaneamente, ratificando-o e incorporando-o à legislação pátria, devendo, portanto, observância.

O Pacto de San José da Costa Rica prevê de maneira mais criteriosa as garantias e direitos do ser humano, em específico dos povos indígenas. Assim, a tese do Marco Temporal confronta os parâmetros fixados pelo pacto, relativizando de tal forma os direitos dos indígenas, que acabam por contrariar seu texto.

Outrossim, os conceitos de ancestralidade e da ligação existente entre os povos indígenas e as terras tradicionalmente por eles ocupadas, acabam tendo significações divergentes, pela CIDH e pelo STF, o que pode afetar diretamente os direitos indígenas, razão pela qual se entende neste trabalho a necessidade de adequação dos julgamentos internos com os externos.

Explanou-se ainda sobre os casos levados ao julgamento pela CIDH, em destaque os casos *Xákmok Kásek vs. Paraguai* e *Povo Xucuru vs. Brasil*. Nestes dois casos foi possível analisar que foram levados a tal instância em razão da violação de direitos indígenas no que diz respeito aos procedimentos de demarcação e regulamentação de suas terras, os quais, pelos motivos neste trabalho elencados, foram prejudiciais àqueles povos, ensejando a necessidade de análise pela Corte e de possível responsabilização dos Estados.

Observa-se que estes casos somente chegaram até à CIDH em razão de falhas cometidas pelos Estados e na ineficiência por eles demonstrada, seja no

desempenho dos procedimentos internos, seja em razão da não observância às jurisprudências internacionais sobre o tema que vinculam estes países.

Desse modo, fica clara a necessidade de se realizar o diálogo entre as fontes, não sendo necessária a desconsideração da legislação pátria para tanto, mas sim, através da observância dos parâmetros contidos nos instrumentos internacionais aos quais se vinculam, realizando desta forma, uma comunicação e adoção das regras que melhor beneficiem os sujeitos de direito envolvidos nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. In: Vade Mecum Rideel: Vade Mecum Compacto de Direito da Editora Rideel. 27ª edição. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. **Código de Processo Civil (2015)**. In: Vade Mecum Rideel: Vade Mecum Compacto de Direito da Editora Rideel. 27ª edição. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. **Constituição Federal (1988)**. In: Vade Mecum Rideel: Vade Mecum Compacto de Direito da Editora Rideel. 27ª edição. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. **Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: setembro de 2018.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: setembro de 2018.

_____. **Decreto nº 1.775, de 08 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>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996.** Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em: agosto de 2018.

CERQUEIRA, B. S. A. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”. In: ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade.** 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018. Cap. 06. p. 170-226. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.

CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai.** Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.** Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2018. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. **IX UiSim-RN: Simulação Inter Mundi – Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 2015. Disponível em: <https://eventos.unirn.edu.br/sisuni/anexosEventos/guia_da_corte.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional:** controle de constitucionalidade e remédios constitucionais/ Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

FUNAI (Fundação Nacional do Índio); COLOMBO, Manoel Francisco. **Demarcação de Terras Indígenas.** Diretoria de Assuntos Fundiários. 2005. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/confest_e_confefe/pesquisa_trabalhos/CD/palestras/534-4.pdf>. Acesso em: agosto de 2018.

_____; Diretoria de Proteção Territorial; Coordenação Geral de Monitoramento Territorial; GIZ (Orgs.). **Serviços ambientais: o papel das terras indígenas: Programa de Capacitação em Proteção Territorial.** – Brasília: FUNAI/GIZ, 2015. Disponível em:

<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Servicos_Ambientais_o_papel_das_TIs.pdf>. Acesso em: agosto de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. – 12^a. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. – 8^a. ed. rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspuvim, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público** / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis** / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa – a. 46, n. 181. Brasília. 2009. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/doctrina04.pdf>>. Acesso em: setembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha** / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência** / Wagner Menezes. – São Paulo: Saraiva, 2013.

OEA (Organização dos Estados Americanos). **Pacto de san José de costa rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: setembro de 2018.

PEGORARI, Bruno. **A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. ARACÊ – Direitos Humanos em Revista. Ano 4 - Número 5. 2017. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/144-265-1-sm.pdf>>. Acesso em: setembro de 2018.

PEREIRA, R. C. B. Análise constitucional e convencional do marco temporal de demarcação de terras indígenas no Brasil. In: ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. 6^a Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018. Cap. 06. p. 170-226. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao>>

tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: setembro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre marco temporal e renitente esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: agosto de 2018.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Petição 3.388**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. DJe-071. JusBrasil - 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3817597/peticao-pet-3388>>. Acesso em: novembro de 2018.

_____. **Proposta de Súmula Vinculante nº 49 - DF**. Relator: Min. Ellen Gracie DJe-042 - 2012. JusBrasil - 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21256264/proposta-de-sumula-vincular...psv-49-df-stf>>. Acesso em: novembro de 2018.