

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VICTOR HUGO STREIT VIEIRA

Decolonialidade e teoria crítica dos direitos humanos: análise da trajetória do Povo Xukuru e dos impactos do caso na Corte IDH



CURITIBA

2022

VICTOR HUGO STREIT VIEIRA

Decolonialidade e teoria crítica dos direitos humanos: análise da trajetória do Povo Xukuru e dos impactos do caso na Corte IDH

TCC apresentado ao curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

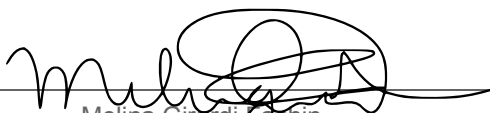
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

Decolonialidade e teoria crítica dos direitos humanos: análise da trajetória do Povo Xukuru e dos impactos do caso na Corte IDH

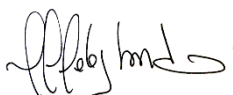
VICTOR HUGO STREIT VIEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Melina Girardi Fachin
Orientador

Coorientador



Luiz Henrique Eloy Amado
1º Membro



Heloísa Fernandes Câmara
2º Membro

Dedico este trabalho a todos, todas e todes que vivem,
existem, resistem e lutam.

AGRADECIMENTOS

Quero aqui registrar meu agradecimento a todos e todas que fizeram possível a minha chegada e trajetória no curso de Direito da UFPR, bem como aqueles e aquelas que fizeram parte dessa trajetória e contribuíram de alguma forma para meu amadurecimento pessoal, acadêmico e profissional.

Primeiramente, a meu pai e minha mãe, que por toda uma vida me deram condições e apoio para seguir absolutamente todos os meus sonhos.

À professora Melina Girardi Fachin, pela empatia, compreensão e, especialmente, pela orientação incrível em diversas iniciações científicas, em todos os trabalhos e competições do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH/UFPR), e agora no TCC. Devo muito de todas as minhas conquistas acadêmicas e profissionais a ela.

Aos colegas do NESIDH/UFPR, pelo companheirismo e por todos os ensinamentos compartilhados.

Às minhas amigas e colegas de turma, Paula Alvarez, Brenda Vidal e Lílian Araújo, por toda a parceria nesses longos cinco anos de curso.

Ao meu chefe e mentor, Luiz Henrique Eloy Amado, e aos meus colegas de trabalho na Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), em especial à minha parceira Nathaly Munarini, pelos aprendizados diários e pela motivação em continuar pesquisando para contribuir com uma luta coletiva.

“[...] a vida é meio ambiente, é social, é saúde, é educação, é direito, é diversidade. A vida é ancestralidade, é cultura, é religiosidade. A vida é povo, é território, são costumes e sendo assim precisam ser respeitados, vividos, intensos e comemorados. A vida é luta, é encantamento, é resistência, é resiliência, é CORAGEM! O Povo Xukuru fortalecido, em defesa da VIDA, renova seu compromisso na construção de uma sociedade justa, fraterna e plural. – Diga ao Povo que Avance! – Avançaremos! Aldeia Pedra D'Água, 19 de maio de 2019.” (19ª Assembleia Xukuru do Ororubá)¹

¹ CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. xxix.

RESUMO

A partir do arcabouço conceitual da decolonialidade e da teoria crítica de direitos humanos proposta por Joaquín Herrera Flores, este artigo objetiva investigar a trajetória do Povo Xukuru de Ororubá e analisar alguns elementos e efeitos decorrentes da condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) em 2018, por violações relacionadas a esse povo, tratando-se da primeira condenação do Estado brasileiro em matéria de direitos indígenas no referido Tribunal. A trajetória histórica dos Xukuru e a paradigmática decisão da CtIDH apresentam um retrato contundente da realidade dos direitos indígenas no Brasil, evidenciando os vários abusos que surgem a partir da demarcação de territórios garantida constitucionalmente, do contexto de morosidade e insegurança jurídica que acompanha tal processo e outros. Por meio de pesquisa de natureza qualitativa, realizada através de revisão bibliográfica, identificou-se que a reivindicação do Povo Xukuru por seus direitos, assim como os resultados desse processo, faz parte de um movimento decolonial e oferece um novo horizonte epistemológico ao pensamento jurídico sobre o conceito de dignidade humana. Neste sentido, dá-se especial relevância à figura do direito de retomada, nascido na aldeia e exercido pela comunidade para se ter acesso aos bens necessários para a vida, num processo de tomada de consciência e de resistência. Observou-se também que a decisão da Corte IDH no caso em questão possui muitas falhas, mas, ao mesmo tempo, gerou diversas contribuições para a consolidação dos direitos indígenas em âmbito nacional e internacional, restando especialmente evidente a importância e a urgência de o Supremo Tribunal Federal realizar um efetivo controle de convencionalidade em relação ao caso.

Palavras-chave: Direitos Indígenas; Povo Xukuru; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Teoria Crítica dos Direitos Humanos; Decolonialidade.

ABSTRACT

Based on the conceptual framework of decoloniality and the critical theory of human rights proposed by Joaquín Herrera Flores, this article aims to investigate the trajectory of the Xukuru People of Ororubá and analyze some elements and effects resulting from the condemnation of the Brazilian State by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in 2018, for violations related to this people, being the first conviction of the Brazilian State in terms of indigenous rights in the aforementioned Court. The historical trajectory of the Xukuru and the paradigmatic decision of the CtIDH present a striking portrait of the reality of indigenous rights in Brazil, highlighting the various abuses that arise from the constitutionally guaranteed demarcation of territories, the context of slowness and legal uncertainty that accompanies this process and others. Through qualitative research, carried out through a bibliographic review, it was identified that the claim of the Xukuru People for their rights, as well as the results of this process, is part of a decolonial movement and offers a new epistemological horizon to legal thinking about the concept of human dignity. In this sense, special relevance is given to the figure of the right of resumption, born in the village and exercised by the community to have access to the goods necessary for life, in a process of gain of awareness and resistance. It was also observed that the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case in question has many flaws, but, at the same time, generated several contributions to the consolidation of indigenous rights at the national and international level, making the importance and urgency of the Federal Supreme Court to carry out an effective control of conventionality in relation to the case.

Keywords: Indigenous Rights; Xukuru people; Inter-American Court of Human Rights; Critical Theory of Human Rights; Decoloniality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A INSUFICIÊNCIA DA CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS INDÍGENAS	11
3. PROPOSTAS DE REFUNDAÇÃO DA JUSTIFICATIVA DOS DIREITOS HUMANOS: TEORIA CRÍTICA DE JOAQUIN HERRERA FLORES E PENSAMENTO DECOLONIAL	13
4. TRAJETÓRIA DO POVO XUKURU: DIREITO DE RETOMADA E PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE	17
5. TRÂMITE DO CASO XUKURU NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DETERMINAÇÕES DA SENTENÇA DA CORTE IDH	21
6. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: INEFICÁCIA DA SENTENÇA PELA FALTA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO INTERNO	24
7. EFEITOS DECORRENTES DA FALTA DE PROTAGONISMO DO POVO XUKURU NO DECORRER DO PROCESSO NA CORTE INTERAMERICANA	31
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
9. REFERÊNCIAS	37

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva investigar a trajetória do Povo Xukuru de Ororubá e analisar alguns elementos e efeitos decorrentes da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), de 2018, que condenou o Brasil por violações de direitos humanos relacionados a esse povo, tratando-se da primeira condenação do Estado brasileiro em matéria de direitos indígenas neste Tribunal.

O histórico dos Xukuru e a paradigmática decisão da CtIDH apresentam um retrato contundente da realidade dos direitos indígenas no Brasil, evidenciando os vários abusos que surgem a partir da demarcação de territórios garantida constitucionalmente, do contexto de morosidade e insegurança jurídica que acompanha tal processo, bem como os desafios de acesso à justiça (nacional e internacionalmente) e de efetivar o cumprimento de sentenças proferidas por tribunais internacionais.²

A presente pesquisa possui natureza qualitativa e foi realizada através de revisão bibliográfica. Na literatura produzida a respeito do caso Xukuru foi possível encontrar críticas em relação a diversos quesitos, a exemplo de a sentença da CtIDH possivelmente representar um retrocesso na jurisprudência e, devido às inúmeras falhas, o caso ser uma oportunidade perdida em termos de litigância estratégica.³ Ainda foram identificadas diversas contribuições da sentença, porém, o objetivo desta pesquisa não é tentar exaurir as críticas e elogios apontados a essa decisão, mas analisar o caso da terra Indígena Xukuru como um todo, e não somente o processo levado ao Sistema Interamericano, a partir da ótica do pensamento decolonial e da teoria crítica dos direitos humanos, conforme proposta por Joaquín Herrera Flores.

A justificativa pela escolha de tal aporte teórico se dá devido aos elementos comuns às duas referidas correntes teóricas. De acordo com Agnoletto *et al.*,⁴ pode

² CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. iv.

³ NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. **Revista de Direito Internacional**, v. 16, n. 2, 2019, p. 220-221.

⁴ AGNOLETTI, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. **Revista Húmus**, São Luís, vol. 9, num. 26, 2019, p. 215.

se identificar dois elementos principais da relação entre a teoria crítica de Herrera Flores e a decolonialidade: primeiro, ambas adotam uma perspectiva crítica às teorias eurocêntricas e hegemônicas; segundo, as duas visam a construção de saberes que empoderem e resgatem os conhecimentos de povos, grupos e comunidades que possuam diferentes noções e concepções de saberes e de dignidade.

A partir dessas bases, no primeiro tópico deste ensaio se apresentará um panorama geral da consolidação dos direitos indígenas a nível nacional e internacional, tratando da insuficiência dessa transição que, apesar de paradigmática, nem sempre se reverte na garantia de direitos na prática. Em seguida, questiona-se o falho discurso clássico de fundamentação dos direitos humanos, propondo-se novos caminhos que tornem possível efetivá-los e tendo por base o pensamento decolonial e a teoria crítica de direitos humanos proposta por Herrera Flores.

Na terceira sessão, são abordados a trajetória histórica do povo Xukuru e seu processo de lutas e retomadas das terras expropriadas, este último sendo identificado como um concreto despertar do povo em questão para os seus direitos. Já na seguinte, trata-se do processo levado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tomando como foco as principais determinações da sentença da CtIDH.

Adiante, são realizadas reflexões acerca da ineficácia da sentença do caso Xukuru devido à falta de uniformização de jurisprudência no âmbito interno. Para tanto, são abordadas as teorias do controle de convencionalidade, bloco de constitucionalidade e *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), bem como são analisados aspectos do direito à propriedade coletiva.

No último tópico discorre-se sobre os efeitos decorrentes da falta de protagonismo do povo Xukuru no decorrer do processo na Corte Interamericana e, por fim, apresentam-se considerações finais.

2. A INSUFICIÊNCIA DA CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Os direitos de povos indígenas e tradicionais passaram por uma grande reconfiguração em âmbito internacional no último século. Um dos avanços mais significativos foi a revogação da Convenção nº 107 da Organização Internacional do

Trabalho (OIT). Apesar de seu pioneirismo na matéria, este tratado de 1957 versava sobre a “proteção e integração das populações indígenas”. Para substituí-lo, foi aprovada em 1989 a Convenção nº 169 da OIT, internalizada pelo Brasil em 2004, representando um decisivo passo decisivo na consolidação do regime internacional contemporâneo sobre os povos indígenas e abrindo caminho para a formalização de outros importantes instrumentos normativos, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotadas respectivamente em 2007 e 2016.

Tais instrumentos, aliados ao aparato institucional que surge para garantir o seu cumprimento, demonstram a passagem inicial de uma perspectiva negacionista a outra assimilacionista e, posteriormente, a uma atitude de solidariedade. São transformações que impulsionaram os povos indígenas a assumirem, progressivamente, o papel central de protagonistas que lhes deve ser garantido na consolidação formal de seus direitos.⁵

No âmbito interno, temos a Constituição Federal de 1988 (CF/88) como marco divisor de águas na história do indigenismo brasileiro. Conhecida como Constituição Cidadã, a Carta Magna inovou o Direito brasileiro ao prever um capítulo específico dedicado aos povos indígenas, impondo o dever de respeito às organizações sociais, às línguas, aos costumes, às crenças e às tradições destes povos. De acordo com Deborah Duprat, a “Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação”.⁶ Antes, a atuação estatal era movida pela orientação de “integrar” os povos indígenas à chamada “comunhão nacional”, considerando essas sociedades como sinônimos de atraso social e cultural. Já a CF/88 rompe com tal visão e determina o respeito e a manutenção da diversidade cultural étnica.⁷

⁵ CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. iv.

⁶ DUPRAT, Deborah. O Estado pluriétnico. In: Antonio Carlos de Souza Lima; Maria Barroso-Hoffmann, (orgs.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista, III. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2002, p. 41.

⁷ ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy. **VUKÁPANAVO - O despertar do povo Terena para os seus direitos**: movimento indígena e confronto político. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2019, p. 228.

Ocorre que, apesar dessa transição paradigmática nos âmbitos interno e externo, resta evidente que apenas a positivação dos direitos indígenas não tem sido suficiente para que eles sejam observados na prática pelo Estado. Ainda hoje a existência da temática indígena dentro do ordenamento jurídico brasileiro se apresenta como um desafio para o Direito, o qual nasce de um Estado monista, colonialista, ocidental, único reprodutor de juridicidade⁸ e cuja legislação, doutrina, jurisprudência e prática da administração pública continuam sendo norteadas por princípios etnocêntricos, autoritários e de cunho evolucionista.

No que tange à política de regularização dos territórios indígenas, mesmo que a Constituição tenha outorgado uma nova forma de reconhecimento, inovando com a categoria “terra tradicionalmente ocupada” em seu art. 231, e estabelecido, no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), um prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas no país, ainda permanecem diversos empecilhos de ordem jurídica, econômica e política à conclusão da demarcação dessas terras, conforme se verá adiante.

Diante disso, torna-se indispensável questionar o falho discurso hegemônico de fundamentação dos direitos humanos e propor novos caminhos que possibilitem efetivá-los. Para tanto, a seguir será exposta a problemática inerente à teoria clássica dos direitos humanos e, em seguida, alguns conceitos chave do pensamento decolonial e da teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores.

3. PROPOSTAS DE REFUNDAÇÃO DA JUSTIFICATIVA DOS DIREITOS HUMANOS: TEORIA CRÍTICA DE JOAQUIN HERRERA FLORES E PENSAMENTO DECOLONIAL

A respeito da construção histórico-jurídica daquilo que se convencionou denominar tradicionalmente de direitos humanos, tem-se que estes foram inventados no ocidente, a partir de uma visão burguesa e racionalista baseada no jusnaturalismo moderno, posteriormente positivada e internacionalizada através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, visando impedir a irrupção de novos conflitos mundiais e garantir a igualdade, a liberdade e a fraternidade entre todos os seres humanos do globo. Nesse processo, alçou-se a

⁸ MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 627.

norma jurídica à posição central do sistema internacional e dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e, a partir de então, necessitou-se que suas disposições universais fossem plenamente implementadas.⁹

No entanto uma das mais graves falhas da teoria clássica dos direitos humanos é a afirmação de que os indivíduos possuem direitos naturais, inerentes à existência humana, quando, na verdade, a maior parte da população mundial não possui as condições materiais (meios e capacidades necessárias) para exercê-los ou exigí-los, acabando desencantada com esse discurso. Ao apresentar um rol de direitos supostamente inerentes e naturais à condição humana, excluem-se seus elementos fundamentais, ao passo em que são ignorados as lutas e os movimentos necessários para seu reconhecimento, bem como são invisibilizados todos aqueles que continuam lutando por sua efetividade e garantia.¹⁰ A positivação dos direitos indígenas em âmbito doméstico e internacional, aliada à sua falta de efetivação prática, é claro exemplo disso e faz parte dos objetivos desta pesquisa dar visibilidade a essas lutas e movimentos através do exemplo do caso Xukuru.

Vivemos um paradoxo dos direitos humanos no século XXI. Ainda que se perceba um aumento da discussão internacional sobre sua consolidação, como se vê especificamente no caso dos direitos indígenas, aumentam-se as desigualdades e injustiças sociais enfrentadas por países ainda em desenvolvimento. Mesmo passadas mais de sete décadas de amadurecimento desde a assinatura da DUDH, “os direitos permanecem convivendo com um sistema econômico que agrava desigualdades sociais, econômicas e culturais, usufruindo de uma teoria tradicional e ultrapassada para justificar sua hegemonia”¹¹.

Diante dessas contradições da teoria clássica, Joaquín Herrera Flores (2009) erigiu sua teoria crítica dos direitos humanos. Trata-se de uma abordagem que trata “os direitos humanos como processos institucionais e sociais que possibilitam a

⁹ MATTOS, Fernando da Silva. **A proteção dos direitos indígenas pelo Ministério Público: uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos**. 2016. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), p. 249.

¹⁰ AGNOLETTO, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. **Revista Húmus**, São Luís, vol. 9, num. 26, 2019, p. 206.

¹¹ *Ibidem*, p. 212.

abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana”,¹² considerando-os como um resultado sempre provisório dos embates que os seres humanos realizam para ter acesso aos bens necessários para a vida.

Nessa perspectiva, não se deve reduzir os direitos humanos às normas, confundindo-os com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional. Os direitos humanos são o objeto que as normas de “direitos humanos” pretendem regular.¹³ A existência de normas não representa o real acesso aos bens, mesmo nos países desenvolvidos econômica e juridicamente, uma vez que as normas podem não ser aplicadas por falta de meios econômicos, de vontade política, ou ainda devido ao fato de que “uma pessoa ou grupo partam de coordenadas culturais e sociais que impeçam sua colocação em prática”.¹⁴ Admitir que uma constituição ou um tratado internacional cria direitos é cair na falácia de um positivismo retrógrado. A questão, portanto, é tratar sobre como é possível transformar um direito humano em direito, obtendo a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade.

Os direitos humanos ainda são apresentados historicamente como um resultado das lutas, revoluções e reivindicações europeias e norte-americanas, sustentando-se na visão eurocêntrica do mundo. Por isso, é necessário adotar uma forma decolonial de construir saberes para que se possa adotar uma nova perspectiva de reflexão acerca desses direitos, gerando uma nova cultura que desloque seu foco para as populações, comunidades, sociedades, grupos e indivíduos não encaixados nos moldes culturais hegemônicos.¹⁵

Neste sentido, em sede de dissertação e com a finalidade de encontrar elementos epistemológicos e metodológicos para a fundamentação dos direitos humanos a partir de uma lógica não imperialista e das especificidades da realidade latino-americana, Natalia Martinuzzi Castilho buscou traçar os limites e possibilidades da aproximação entre a teoria crítica dos direitos humanos e o

¹² FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵ AGNOLETTO, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. O pensamento decolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. **Revista Húmus**, São Luís, vol. 9, num. 26, 2019, p. 198.

pensamento decolonial. A autora verificou que a obra de Herrera Flores consiste em uma das principais pontes de conexão entre as referidas correntes.¹⁶

Ademais, ainda que não se apresente enquanto uma teoria decolonial dos direitos humanos, segundo Castilho, a leitura crítica de Herrera Flores pode ser identificada como uma proposição anti-colonial.¹⁷ Nas palavras da autora:

“A teoria crítica e a proposta de reinvenção de direitos humanos de Herrera Flores conectam elementos que puderam ser encontrados tanto na perspectiva descolonial quanto no pensamento crítico dos direitos humanos. Pode-se afirmar que Herrera Flores realiza uma interação dialética com o pensamento crítico, pois parte de seus pressupostos para pensar e propor um aporte inovador não somente de fundamentação, mas de análise teórica e metodológica dos direitos humanos que consiga dialogar com os processos de luta pela dignidade humana, especialmente aqueles de caráter anti-capitalistas e anti-imperialistas.”¹⁸

Conforme se verá adiante, é nesse contexto de lutas pela dignidade humana, aduzido pela teoria crítica dos direitos humanos, que se insere o caso do povo Xukuru, sujeito coletivo que foi oprimido ao longo do tempo, mas que resistiu e reivindicou direitos por meio de um processo de lutas contra as pretensões de assimilação, dominação e exclusão, enraizados pela cultura ocidental.¹⁹

Além disso, será demonstrado como o caso Xucuru abre espaço para uma crítica decolonial a uma concepção universalista no campo do Direito e na efetivação dos direitos humanos.²⁰ Também pode se considerar que o processo e o resultado da luta desse povo fazem parte de um movimento decolonial, composto por diversas

¹⁶ CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América latina**: um diálogo a partir da obra de Joaquín Herrera Flores. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo (RS), 2013, p. 180.

¹⁷ *Ibidem*, p. 183.

¹⁸ *Ibidem*, p. 181.

¹⁹ MAZZUCCO, Maicon. **A luta do povo indígena Xukuru no Sistema Interamericano de direitos humanos**: uma contribuição sociológica à perspectiva crítica e pluralista dos direitos humanos na América Latina. 2019. 118f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas (RS), 2019, p. 110.

²⁰ MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 608.

vertentes teóricas e práticas de luta, as quais visam promover vozes silenciadas durante séculos de expansão colonial violenta e genocida.²¹

4. TRAJETÓRIA DO POVO XUKURU: DIREITO DE RETOMADA E PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE

O povo indígena Xukuru²² do Ororubá é composto por cerca de oito mil membros que ocupam, por direito, mais de 27 mil hectares de terra do município de Pesqueira, no estado de Pernambuco. A população se distribui em 24 comunidades espalhadas dentro do território, somando-se a outros quatro mil que residem fora do perímetro de Pesqueira.²³ Os Xukuru possuem organização política própria, composta por uma liderança e pela participação de seus membros por meio de assembleia.²⁴

A história desse povo é marcada por mobilizações pela afirmação, conquista e garantias de direitos em diferentes cenários sociopolíticos, nos quais assumem o protagonismo enquanto um povo indígena no Agreste/Semiárido pernambucano.²⁵ No entanto, mesmo resistindo e enfrentando de inúmeras formas o processo longo e contínuo de expropriação de suas terras, que vai do século XVI ao século XX, é somente na década de 80, com a possibilidade da promulgação da CF/88, que encontram a esperança de terem de volta seu território.²⁶

Ainda assim, apesar de o Brasil ser signatário da Convenção Nº 169 da OIT e de a CF/88 apresentar um regime jurídico de acordo com as orientações

²¹ Ibidem, p. 630.

²² A respeito da grafia do nome do povo, Calábria e Nóbrega explicam que, “apesar de a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos usar a grafia Xucuru, ela deveria ser escrita com ‘K’ e não ‘C’. A referência adequada é ‘XUKURU DO ORORUBÁ’, que é como o próprio povo indígena se autodenomina. Percebeu-se que nas petições enviadas pelos advogados dos peticionários para o Sistema Interamericano e Direitos Humanos existiu esse erro na grafia, que foi repetido no julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e é replicado em citações de Cortes brasileiras e documentos jurídicos” (CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. xiii).

²³ CTIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana**. 2018, p. 2.

²⁴ MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 619.

²⁵ PAES DE BARROS, Isabela; SILVA, Edson. Povo Indígena Xukuru do Ororubá: uma história de mobilizações por afirmação de direitos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 420.

²⁶ FIALHO, Vânia; NEVES, Rita; OLIVEIRA, Kelly. Conflitos, Violências e o Caso Xukuru na CIDH. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 428.

internacionais, observa-se no caso Xukuru um total descompasso entre a lei e as ações práticas efetivas, devido à morosidade no processo demarcatório, à criminalização de lideranças através de instituições estatais que a rigor deveriam ser neutras (mas que se mostraram parciais e desfavoráveis aos indígenas), a assassinatos e ameaças movidos pela disputa do território e à não resolução a contento de muitos desses crimes, o que gerou um clima de insegurança e medo durante o longo processo desde a delimitação até a desintrusão do território.²⁷

O processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação das terras e territórios ancestrais dos Xukuru demorou mais de 16 anos, entre 1989 e 2005. Identificou-se, durante todo o período, uma estrutura de violência institucionalizada contra esse povo, exercida pelos proprietários das grandes propriedades rurais e reforçada pelos órgãos de controle do Estado.²⁸

O ápice da tensão na região se deu em 20 de maio de 1998, com o assassinato de Xicão Xukuru, um dos principais líderes indígenas do Nordeste, eleito cacique desde 1988.²⁹ No período inicial da mobilização Xukuru, Xicão impulsionou seu povo, realizando caminhadas entre as aldeias, falando de direitos étnicos em um momento histórico de efervescência de direitos sociais, com o processo da Constituinte, no qual os Xukuru estavam presentes e ativos em Brasília, e com a chegada de novos aliados, como ONGs e organizações civis de apoio à questão indígena.³⁰

A mobilização dos Xukuru tem como base a filosofia do “bem viver”, projeto ético e moral compartilhado na atualidade por povos originários do mundo inteiro, objetivando um mundo melhor e sedimentado na descentralização dos mercados, na desconstrução das estruturas do racismo indígena e do etnocentrismo, bem como

²⁷ Ibidem, p. 446.

²⁸ Como exemplos, temos a “a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Ministério Público Federal, a Polícia Federal, o Poder Judiciário e o Registro de Imóveis, os quais geraram obstáculos legais à proteção dos direitos originários do povo em questão. Houve passividade da FUNAI durante o início do processo demarcatório, bem como a criminalização dos Xukuru pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, além da negação da existência dos referidos indígenas pelo Poder Judiciário local em ações propostas por arrendatários, o que conjuntamente ocasionou um crescente avanço dos ocupantes não indígenas neste território ancestral, agravando os conflitos já existentes” (LIMA, Camilla Montanha de; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 1, 2021, p. 359).

²⁹ FIALHO, Vânia; NEVES, Rita; OLIVEIRA, Kelly. Conflitos, Violências e o Caso Xukuru na CIDH. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 1, 2022, p. 439.

³⁰ Ibidem, p. 430.

na articulação entre os direitos à terra, à água, à dignidade, à vida e à natureza em harmonia com as culturas locais.³¹

Neste sentido, é possível encaixar essa trajetória dos Xukuru em um contexto no qual o pesquisador e advogado indígena Luiz Henrique Eloy Amado³² entende que a constante busca pelo bem viver colocou o direito no centro do discurso de vários povos indígenas, os quais reivindicam o direito de viver e continuar existindo de acordo com seus modos de vida, tendo como base física e espiritual seus territórios tradicionais. Segundo o autor, o direito ganhou um papel de destaque entre os indígenas em tempos de transformações sociais, nos quais “uma pequena classe social dominante usufrui da máxima proteção jurídica e de outro lado uma maioria dominada sofre com as negativas de direitos e a destruição da natureza”.³³

No caso Xukuru, a excessiva demora no processo de demarcação de suas terras ensejou a retomada forçada pelos indígenas, rompendo as cercas das fazendas, sob a liderança do Cacique Xicão, o grande iniciador do processo de retomada das terras que estavam sob o controle de posseiros e fazendeiros.³⁴ Ainda de acordo com Eloy Amado, “as retomadas constituem-se em formas próprias e legítimas articuladas pelos caciques e lideranças indígenas que elegem tais ações como projetos institucionais próprios”.³⁵

Na esteira do pensamento do referido autor, é possível considerar as retomadas promovidas pelos Xukuru como a atitude concreta de despertar deste povo para os seus direitos, uma vez que retomar não se aplica somente à terra, mas a várias outras situações políticas que circundam as comunidades indígenas, como a saúde indígena, a educação, o sistema de representação política, entre outros, sendo ainda possível observar, após as retomadas, um conjunto de formas estatais e não estatais que se articulam em torno dessa atitude política, seja de forma

³¹ MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 607-635.

³² ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy. **VUKÁPANAVO - O despertar do povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político**. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2019, p. 230.

³³ *Ibidem*.

³⁴ CUNHA, Luis Emmanuel Barbosa da; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. O Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 458.

³⁵ ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy. **VUKÁPANAVO - O despertar do povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político**. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2019, p 34.

favorável ou não à reivindicação indígena.³⁶ Para Eloy Amado, o direito de retomada é:

“Um direito que não está positivado na lei elaborada pelos não indígenas, mas sim um direito que nasce na aldeia, que irradia do processo de mobilização política e da tomada de decisões dos caciques e lideranças indígenas. Um direito legítimo criado e elaborado por meio de decisões próprias da comunidade indígena e viabilizado por meio de um processo que questiona o próprio direito estatal.”³⁷

Posteriormente, houve reconhecimento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos de que as retomadas foram um passo significativo para efetivamente estabelecer o direito de propriedade do povo Xukuru, o que vinha sendo postergado há anos pela atuação dos órgãos estatais.³⁸ Diante disso, é seguro afirmar que o direito de retomada, nascido na aldeia e exercido pela comunidade para se ter acesso aos bens necessários para a vida, confirma o pensamento de Herrera Flores, o qual, reforça-se, enxerga os direitos humanos “como processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana”.³⁹

Um dos principais elementos da teoria crítica de Herrera Flores é a “disposição”, que diz respeito ao conjunto de atitudes sociais, individuais ou coletivas, sob o qual há uma tomada de consciência da posição que se ocupa nos processos materiais nos quais estamos inseridos.⁴⁰ Essa disposição representa o processo de tomada de consciência que permitirá uma postura emancipadora perante o mundo, sendo preciso estar consciente da realidade para que haja possibilidade de se analisar os problemas de desigualdade e exclusão social ou construir movimentos e lutas sociais. Assim, uma vez que indivíduos, grupos e populações se tornam conscientes de sua exploração ou exclusão, abrem-se dois caminhos: aceitar passivamente suas condições de existência ou resistir e se

³⁶ Ibidem, p. 59.

³⁷ Ibidem, p. 231.

³⁸ LIMA, Camilla Montanha de; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 1, 2021, p. 360.

³⁹ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 13.

⁴⁰ Ibidem, p. 125.

impor.⁴¹ No caso dos Xukuru, é evidente que a tomada de consciência proporcionou uma atitude de resistência e revolta que lhes permitiu “assumir o testemunho da história”.⁴²

Neste sentido, conforme enuncia Mazzucco,⁴³ a trajetória do povo Xukuru gera uma imensa contribuição sociológica à teoria crítica dos direitos humanos, corroborando com o pensamento de Flores, na medida em que oferece um novo horizonte epistemológico ao pensamento jurídico sobre o conceito de dignidade humana e mantém uma racionalidade de resistência, em um contínuo processo de lutas históricas, como forma de obtenção dos bens necessários à sobrevivência.

5. TRÂMITE DO CASO XUKURU NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DETERMINAÇÕES DA SENTENÇA DA CORTE IDH

Diante da imensa demora no processo de demarcação e de desintrusão do território Povo Indígena Xukuru Xukuru, o caso foi levado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em outubro de 2002, seus representantes legais apresentaram denúncia contra o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na qual o processo tramitou até 2016. Em julho de 2015 a CIDH emitiu um Relatório de Mérito condenando o Estado brasileiro por diversas violações, recomendando medidas de reparação e concedendo um prazo de dois meses para que o Estado informasse sobre o seu cumprimento.⁴⁴ Terminado o prazo e após a concessão de uma prorrogação, foi constatado que o Estado não havia avançado em termos substanciais no cumprimento das recomendações, o que

⁴¹ AGNOLETTO, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. **Revista Húmus**, São Luís, vol. 9, num. 26, 2019, p. 214.

⁴² FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 54.

⁴³ MAZZUCCO, Maicon. **A luta do povo indígena Xukuru no Sistema Interamericano de direitos humanos**: uma contribuição sociológica à perspectiva crítica e pluralista dos direitos humanos na América Latina. 2019. 118f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas (RS), 2019, p. 107-108.

⁴⁴ CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Relatório de Mérito da Comissão Interamericana. 2015.

levou a CIDH, em março de 2016, a submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual emitiu a sentença do caso em fevereiro de 2018.⁴⁵

O tribunal internacional considerou o Estado brasileiro como internacionalmente responsável por violar o direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), bem como pela violação dos direitos de proteção judicial e à propriedade coletiva, consagrados respectivamente nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana, em detrimento do Povo Indígena Xucuru e seus membros.⁴⁶ Esta foi a primeira vez que o Brasil foi condenado pela violação de direitos territoriais indígenas, ou seja, pela violação do artigo 21 da CADH, em relação a esses povos.

Quanto ao prazo razoável do processo, a Corte concluiu que a demora do processo administrativo foi excessiva, em especial a homologação e a titulação do território Xucuru, assim como considerou como injustificável o tempo transcorrido para que o Estado realizasse a desintração do território titulado, o que ensejou em violação do artigo 8.1 em relação com o artigo 1.1⁴⁷ da CADH.⁴⁸

Por sua vez, no que se refere ao processo administrativo de titulação, demarcação e desintração, este foi considerado parcialmente ineficaz. Ao tratar da falta de cumprimento das obrigações positivas estatais para garantir o direito à propriedade, além da falta de segurança jurídica sobre o uso e gozo pacífico dos territórios tradicionais Xucuru, derivadas da falta de sua desintração, o Tribunal reconheceu que houve reconhecimento formal da propriedade coletiva desde novembro de 2005, mas considerou que até hoje não há segurança jurídica sobre os direitos dos Xucuru à totalidade do território. Além disso, a Corte se posicionou a respeito de ações interpostas por terceiros não indígenas, reconhecendo que o Estado não tem responsabilidade direta por elas, mas que a excessiva demora no processamento e resolução dessas ações causou um impacto adicional sobre a frágil segurança jurídica do povo Xucuru em relação à propriedade de seu território

⁴⁵ CTIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. **Sentença de 05 de Fevereiro de 2018.**

⁴⁶ CTIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana.** 2018, p. 1.

⁴⁷ O artigo 1.1 da CADH trata da obrigação estatal de respeitar os direitos.

⁴⁸ CTIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana.** 2018, p. 4.

ancestral. Diante disso é que foram considerados violados pelo Estado o direito à proteção judicial e o direito à propriedade coletiva, respectivamente reconhecidos nos artigos 25 e 21 da CADH, em relação ao seu artigo 1.1.⁴⁹

No que tange às medidas de reparação, foi ordenado ao Estado: garantir a proteção do território Xukuru contra invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado; concluir com extrema diligência o processo de desintrusão do território, realizando todos os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes, removendo qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão e garantindo o domínio pleno e efetivo do povo Xukuru sobre suas terras; e o pagamento de custas e indenizações.⁵⁰

A forma como se deu o pagamento da indenização ao povo Xukuru constitui uma inovação jurídica na experiência brasileira. Em decorrência de acordo aprovado pelo governo brasileiro e pelo povo Xukuru perante a Corte Interamericana, o depósito foi feito de forma direta na conta da Associação Xukuru, com o intuito de constituir um Fundo de Desenvolvimento Comunitário. Essa conquista representa uma medida de respeito à autonomia e autodeterminação do povo indígena⁵¹ e demonstra seu protagonismo na busca de caminhos para implementação das decisões da Corte.⁵²

Passados alguns anos da emissão da sentença, os representantes das vítimas ainda estão envolvidos no seu processo de implementação. Apesar de o pagamento da indenização de um milhão de dólares ter sido concluído em fevereiro de 2020, a comunidade ainda espera a conclusão do processo de desintrusão do seu território.⁵³

⁴⁹ Ibidem, p. 4-5.

⁵⁰ Ibidem, p. 5.

⁵¹ LOPES, Raphaela de Araújo Lima; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil: Uma trajetória processual perante a Corte Interamericana de Direitos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 493.

⁵² NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 627.

⁵³ LOPES, Raphaela de Araújo Lima; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil: Uma trajetória processual perante a Corte Interamericana de Direitos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 492.

6. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: INEFICÁCIA DA SENTENÇA PELA FALTA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO INTERNO

Uma das principais contribuições que pode propiciar uma sentença como a do caso Xukuru na CtIDH é o início de uma nova linhagem de decisões que garantam direitos e a não-repetição de novas violações no futuro.⁵⁴

Neste sentido, Nascimento, Nóbrega e Paffer⁵⁵ realizaram pesquisa documental de atos judiciais e petições que utilizaram como precedente a sentença do caso Xukuru na CtIDH, tendo em vista a expectativa de que este impactasse as decisões dos tribunais locais, como fonte doutrinária e jurisprudencial na questão territorial indígena. No mapeamento realizado até maio de 2021, foram encontrados nove documentos jurídicos, o que permitiu concluir que a decisão é subaproveitada pelo judiciário. Porém um aspecto positivo identificado foi a capacidade deste precedente de atuar nas mais variadas áreas do direito indígena, fato que o carrega de grande potencial emancipador.⁵⁶

Diante disso e do fato de que se trata da primeira decisão da Corte IDH em matéria indígena contra o Brasil, as autoras afirmam que o caso pode auxiliar na construção de uma cultura de direitos humanos no país, uma vez que a utilização desse precedente, por parte dos atores institucionais e pela comunidade jurídica, pode representar a abertura da jurisprudência nacional para a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) no tema.⁵⁷

O ICCAL é uma linha de pesquisa fomentada por Armin von Bogdandy e Mariela Morales, pesquisadores do Instituto Max Planck de Direito Internacional e Direito Público Comparado de Heidelberg. Também já é adotado no Brasil por

⁵⁴ CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. iv.

⁵⁵ NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. *Ius Constitutionale Commune* e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 644.

⁵⁶ De acordo com as autoras, foram encontrados "casos em que o uso do precedente internacional garantiu recursos para a FUNAI, sacramentou o conceito de propriedade coletiva, ratificou a importância do processo demarcatório dos territórios originários e, ainda, serviu como barreira aos retrocessos perpetrados pelo governo federal" (Ibidem, p. 644).

⁵⁷ Ibidem, p. 624.

referências na área dos direitos humanos, como Flávia Piovesan.⁵⁸ Trata-se de um enfoque regional sobre o constitucionalismo transformador, que visa superar problemas comuns aos países latino-americanos, como a exclusão de amplos setores da sociedade e a débil normatividade do Direito, transformando a realidade política e social regional por meio do fortalecimento conjunto da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. Não configura uma aposta na integração funcional da região, mas em um constitucionalismo regional dos direitos com garantias supranacionais, reconhecendo-se a estreita relação existente entre o direito constitucional, o direito internacional e o direito comparado.

O núcleo normativo do ICCAL é constituído pela abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais de vários países latino-americanos desde o direito internacional, particularmente desde o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.⁵⁹ Isso se dá em virtude da especialidade desse sistema, bem como de seu potencial transformador e da força vinculante de todos os seus julgados para os países que estão sob a sua jurisdição.

Em relação ao caso Xukuru, a Corte Constitucional Colombiana foi a primeira Corte Constitucional da América Latina a efetivamente citá-lo expressamente como precedente,⁶⁰ antes mesmo da brasileira, o que confirma a tradição constitucional colombiana de abertura aos precedentes interamericanos e evidencia a tímida mobilização do sistema de justiça brasileiro para incorporar a decisão da CtIDH no tema, “sendo um retrato no tempo importante para se perceber os desafios de se pensar em um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.⁶¹

A doutrina do ICCAL visa a realização das promessas centrais das constituições estatais,⁶² nas quais também estão inseridos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção Americana, englobados em

⁵⁸ Conferir: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (Coord). *Ius Constitutionale Commune na América Latina - Volume III - Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016, v. 3.

⁵⁹ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 6, n. 14, p. 244.

⁶⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153/19**. Luis Hernando Tandioy Chasoy contra la Agencia Nacional de Tierras (ANT). Bogotá, 3 abr. 2019.

⁶¹ NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. *Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 624.

⁶² VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 6, n. 14, p. 255.

seus “blocos de constitucionalidade”, que podem ser compreendidos como os conjuntos de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num determinado ordenamento ainda que não figurem no documento constitucional, podendo ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.⁶³ Verifica-se, assim, que o ICCAL aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina, com o objetivo de criar as condições sociais e políticas necessárias para a efetiva concretização da Democracia, do Estado de Direito e dos Direitos Humanos.⁶⁴

No entanto, longe de já estar efetivamente colaborando para tal transformação, graças à omissão da Suprema Corte brasileira, o precedente internacional do caso Xukuru sequer atingiu um de seus principais propósitos no âmbito interno, qual seja, a uniformização de jurisprudência.⁶⁵ Neste sentido, cabe mencionar que, ainda que o STF já tenha utilizado como reforço argumentativo a condenação do Brasil pela Corte IDH no caso Xukuru, fazendo a ela breve referência,⁶⁶ o tribunal permanece sem realizar um efetivo controle de convencionalidade no que tange a essa sentença.

Enquanto o controle de constitucionalidade analisa a compatibilidade de uma lei ou ato normativo primário com o texto constitucional, o controle de convencionalidade se refere a um “processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado”.⁶⁷ Ambos os controles possuem extrema importância para a materialização do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, uma vez que detém o poder de alinhar a região sob os mesmos ideais. Percebe-se, portanto, que as teorias do controle de convencionalidade, do bloco de constitucionalidade e do ICCAL são imprescindíveis,

⁶³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

⁶⁴ NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. *Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 643.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 642

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADI nº 6062. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 10 ago. 2019.

⁶⁷ MAZZUOLI, V. O. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 268.

no que tange ao progresso do desenvolvimento social no continente, para a evolução do constitucionalismo latino-americano.⁶⁸

A expectativa em relação a um efetivo controle de convencionalidade brasileiro, no que tange ao caso Xukuru, é de que ele venha a ocorrer no caso Xokleng (Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/Santa Catarina), que teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2019.⁶⁹ Um dos motivos pelos quais esse julgamento é bastante aguardado é a possibilidade de afastamento da tese do marco temporal, uma das maiores ameaças da atualidade contra os povos indígenas. Surgida no julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF, no qual a Corte estabeleceu uma série de condicionantes ao reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, trata-se de uma tese jurídica que restringe o direito desses povos à sua terra tradicional, na medida em que vincula esse direito à presença física das comunidades na terra na data da promulgação da Constituição Federal, ou seja, os povos originários apenas teriam direito às terras que ocupavam no dia 5 de outubro de 1988 e a única possibilidade de afastamento dessa condicionante seria a hipótese de “renitente esbulho”, isso é, que a reocupação indígena não tenha ocorrido por efeito de ato de usurpação contínuo de posse por parte de não índio (ELOY AMADO; VIEIRA, 2018, p. 3).⁷⁰

A expectativa acima referida advém do fato de que a almejada segurança jurídica das terras indígenas no Brasil pode ser promovida pela comunicação “entre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito dos povos indígenas e tradicionais à propriedade coletiva, com base no art. 21 da CADH, e os entendimentos na jurisprudência brasileira”.⁷¹ Neste sentido, em sua sentença no caso Xukuru, a CtIDH, reiterando seu posicionamento em outros casos relacionados a comunidades indígenas, estabeleceu que a ausência de posse

⁶⁸ NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. *Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 643.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 21 fev. 2019.

⁷⁰ ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy; VIEIRA, Ana Carolina Alfinito. A aplicação do marco temporal pelo poder judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. **Revista da OAB/RJ**, v. 01, 2018, p. 3.

⁷¹ PRADO JUNIOR, Manoel Batista do; SCOTTI, Guilherme. Normas cosmopolitas e efetivação dos direitos humanos: uma análise do caso do Povo Xukuru vs. Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 575.

decorrente de saída involuntária não pode ser considerada como um obstáculo ao reconhecimento do direito de propriedade coletiva.⁷²

Já em outros casos, a Corte concluiu que o direito de recuperação de terras indígenas permanece indefinidamente no tempo, não sendo possível eventual limitação temporal, tendo em vista que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente por sua relação única com suas terras tradicionais, e que, enquanto tal relação durar, o direito à reivindicação do território permanece vigente.⁷³ Diante do exposto, resta evidente a inconveniência de eventual adoção da tese do marco temporal pelo STF, devido à inexistência de perda de vínculo indissolúvel nos casos de esbulho sofrido por essas comunidades, a qualquer tempo, conforme a interpretação dada pela CtIDH ao art. 21 da CADH.

Em diversas decisões proferidas ao longo do processo dos Xokleng, o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de realizar esse controle de convencionalidade ao não citar o caso Xukuru. Ainda há esperanças de que isso se dê com o término do julgamento de mérito, que se encontra novamente suspenso após diversas interrupções.⁷⁴ No entanto, ainda não houve menções nos dois votos já proferidos. Até agora votaram somente o relator do processo, o Ministro Edson Fachin, que se posicionou a favor dos direitos constitucionais indígenas e contra a tese do marco temporal,⁷⁵ e o ministro Nunes Marques (indicado pelo atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, e alinhado à sua política completamente anti-indígena), que votou a favor do marco temporal, repetindo argumentos dos setores mais retrógrados do agronegócio.⁷⁶

⁷² CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Xucuru e seus miembros vs. Brasil. **Sentença de 05 de Fevereiro de 2018**, p. 30, par. 117.

⁷³ CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006, p. 72-73, par. 131-132.

⁷⁴ A respeito da retomada do julgamento: “O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, pautou o julgamento da tese do marco temporal, Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, para o dia 23 de junho de 2022, penúltima semana antes do recesso de julho, trazendo apreensão sobre a possibilidade de um novo adiamento do caso, tendo em vista que, até outubro, outras questões de cunho eleitoral possam surgir no tribunal, jogando a causa indígena para o fim da fila”. ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO CIMI. Em carta, indígenas pedem aos ministros do STF que deem celeridade ao julgamento do marco temporal. Conselho Indigenista Missionário, 2022.

⁷⁵ Para acesso ao voto do Min. Fachin, ver: FACHIN vota contra tese do marco temporal; STF retoma julgamento na próxima 4ª-feira. Consultor Jurídico, 2021.

⁷⁶ Para conferir os argumentos do voto do Min. Nunes Marques, ver: ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA MNI. Julgamento no STF suspenso: Nunes Marques vota por anistiar invasões de terras indígenas antes de 1988, Moraes pede vista. Conselho Indigenista Missionário, 2021.

Apesar de a expectativa em torno do caso ser a de que os outros Ministros devem acompanhar o voto do relator, é preciso apontar que a ausência do importante precedente do Caso Xukuru nessa decisão reflete uma latente falta de técnica sobre como adotar esse instrumento de direito internacional dos direitos humanos por parte da comunidade jurídica, vez que os operadores do Direito, de maneira geral, não conjugam o direito constitucional interno com o direito internacional, e, ao o fazerem, “utilizam os precedentes internacionais apenas para fins argumentativos, e não petitórios. Em outras palavras, em nenhum dos atos processuais explanados, pede-se ou defere-se algo tendo como base expressa a decisão da Corte IDH”.⁷⁷

Diante disso, verifica-se que o potencial inovador das decisões judiciais deve ser acompanhado por políticas internas adequadas, como programas de reforma na formação dos profissionais em direito, assim como pela existência de uma academia crítica, mas, ao mesmo tempo, construtiva e alinhada com o ICCAL.⁷⁸

Ainda sobre o direito à propriedade coletiva, não é objetivo deste trabalho discorrer sobre as minúcias do ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos direitos dos povos indígenas sobre seus territórios, no entanto, cabe mencionar que Lima e Nóbrega, ao realizarem uma análise comparativa decolonial acerca do conceito do direito de propriedade, identificaram que o caso Xukuru evidencia os diversos problemas e conflitos que derivam do uso do conceito desse direito baseado em uma forte tradição eurocêntrica.⁷⁹ No Brasil, há um modelo colonial disfuncional de direito privado que dificulta o exercício da propriedade coletiva, gerando desafios para o registro de terras indígenas. Deste modo, as autoras sustentam que, no caso Xukuru, a Corte IDH, ao compreender o direito de propriedade também em uma dimensão coletiva que abarca a relação dos povos indígenas com o território que ocupam, incorporou uma perspectiva decolonial a respeito de tal direito, ainda que não tenha apontado isso de forma expressa.⁸⁰

⁷⁷ NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. *Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 642.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 643.

⁷⁹ LIMA, Camilla Montanha de; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 1, 2021, p. 353-373.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 365.

Outra peculiaridade importante de ser destacada é que, no Brasil, a propriedade da terra indígena pertence à União Federal, enquanto os indígenas têm a posse permanente de seu território ancestral e o direito ao uso exclusivo dos recursos da superfície.⁸¹ Tal fato revela o caráter da tutela colonial do Governo Federal em relação aos indígenas.⁸²

Ademais, para além dos avanços necessários em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Código Civil brasileiro de 2002, que não avançou no sentido de incorporar o direito de propriedade coletiva e permaneceu restrito no sentido liberal e eurocêntrico de propriedade privada, ainda há um descompasso entre a legislação infraconstitucional brasileira e as práticas dos órgãos da administração pública, que demonstram um claro colonialismo.⁸³ No que tange aos problemas na área notarial, por exemplo, o caso Xukuru traz uma perfeita ilustração: após o Presidente da República expedir, em 2001, o Decreto Presidencial que homologou a demarcação do território, a FUNAI, órgão responsável pela demarcação de terras indígenas, solicitou o registro do território junto ao Registro de Imóveis do município de Pesqueira em maio do mesmo ano. No entanto, o Oficial do Registro interpôs uma ação de suscitação de dúvida, arguindo aspectos formais da solicitação de registro, o que veio a obter uma decisão final confirmando a legalidade do registro de imóveis e permitindo a titulação do território Xucuru somente em 2005.⁸⁴

Um último aspecto interessante da sentença da Corte nestes quesitos é que, no caso dos Xukuru, havia um conflito entre o direito individual de propriedade dos não-indígenas que possuíam terras no interior da terra indígena e o direito coletivo do referido povo. Ambos os direitos são igualmente resguardados pela Convenção Americana na perspectiva da CtIDH, para a qual, em caso de conflito entre os dois direitos, caberia exclusivamente ao Estado realizar uma ponderação entre os dois

⁸¹ A título de comparação, o arcabouço constitucional dos direitos de propriedade em relação aos povos quilombolas possui tratamento diferente, uma vez que a Carta Magna, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Nº 68, prevê a essas comunidades o título coletivo de propriedade.

⁸² LIMA, Camilla Montanha de; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 1, 2021, p. 354.

⁸³ *Ibidem*, p. 366-369.

⁸⁴ CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana**. 2018, p. 2.

direitos no caso concreto. Ocorre que o Tribunal afirmou que, no caso brasileiro, tal sopesamento já foi realizado pela Constituição da República e por sua interpretação feita pelo STF, as quais fazem prevalecer o direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, na medida em que se estabelecer a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território.⁸⁵

7. EFEITOS DECORRENTES DA FALTA DE PROTAGONISMO DO POVO XUKURU NO DECORRER DO PROCESSO NA CORTE INTERAMERICANA

Um grave problema do caso Xukuru se refere a questões meramente procedimentais afetas à sua tramitação na CtIDH. Apesar de os representantes do povo indígena terem informado, na fase inicial do procedimento na Corte, que a organização Justiça Global atuaria como copeticionária do Caso, não foi apresentado o Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas (ESAP), fato que traz enormes prejuízos à participação das vítimas, de forma autônoma, durante todo o processo. Ocorre que tais aspectos formais poderiam ter sido facilmente corrigidos para suprir a hipossuficiência das vítimas, fosse através da realização de intimação pessoal das vítimas, e não somente de seus representantes previamente credenciados, ou através da designação de defensor público interamericano.⁸⁶

Desta maneira, o procedimento foi conduzido na Corte considerando exclusivamente os argumentos e as recomendações produzidos pela Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito. Apenas na audiência pública, e no momento de apresentação de alegações finais, o povo Xukuru pôde trazer à Corte os argumentos e provas relacionados à necessidade de adequação da legislação brasileira aos dizeres da CADH, especificamente quanto ao direito de propriedade assegurado aos povos indígenas e, ainda, às violações da integridade física e psíquica dos Xukuru, no que tange ao assassinato do Cacique Xicão e às tentativas de assassinato do Cacique Marquinhos, filho e substituto de Xicão. No entanto, o

⁸⁵ CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana**. 2018, p. 4.

⁸⁶ DANTAS, Dandara Viégas; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Autodeterminação ou Tutela? Uma análise do Caso Xukuru. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 534.

Tribunal considerou tais argumentações como extemporâneas e, portanto, inválidas.⁸⁷

De acordo com Dantas, Loureiro e Silva,⁸⁸ a Corte comprometeu o direito à autodeterminação do Povo Xukuru, portanto, ao se limitar a dar continuidade ao feito sem garantir sua participação direta, na medida em que deixou de lhes garantir a autonomia e o autogoverno das questões relacionadas ao seu diferenciado modo de viver. Diante disso, as autoras também consideraram que o povo Xukuru acabou sendo meramente tutelado pela Comissão IDH.

Assim, a não apresentação de ESAP, aliada à falta de atuação proativa da Corte Interamericana, que deveria ser fincada na busca da verdade real a partir da realização de diligências efetivas, não só tornou menos protagonista a participação autônoma das vítimas, como também resultou no não enfrentamento de diversas violações da CADH,⁸⁹ levando a Corte a considerar o Estado como não responsável pela violação do dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2º da CADH, nem pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da mesma.

Em relação ao artigo 2º, exemplo pujante de violação diz respeito à insuficiência da normativa brasileira que regulamenta o processo de desintrusão das terras indígenas. No Brasil, a normativa que regulamenta a desintrusão de terceiros dessas terras, prevendo o pagamento de indenização pelas benfeitorias, é a Instrução Normativa da FUNAI n.º 02/2012, a qual é amplamente omissa quanto a prazos para o cumprimento das etapas da desintrusão, arrastando esta por anos a fio.⁹⁰

Quanto ao artigo 5.1, foi alegado que a falta de proteção do território gerou uma situação contínua de insegurança e violência no território, o que violou a integridade moral e física dos membros da comunidade e, portanto, o referido artigo da CADH. Apesar de várias decisões anteriores da Corte enfatizarem que o sofrimento emocional causado por condições terríveis gera responsabilidade do Estado, e ainda que o Tribunal tenha reconhecido, no caso Xukuru, que os representantes das vítimas apresentaram elementos específicos acerca da violência

⁸⁷ Ibidem, p. 535.

⁸⁸ Ibidem, p. 534-535.

⁸⁹ Ibidem, p. 547.

⁹⁰ Ibidem, p. 541.

experienciada pela comunidade, listando fatos relacionados a ameaças, assassinatos e criminalização de lideranças, tais argumentos também não foram acolhidos devido à extemporaneidade.⁹¹

Tamanha falha no caso Xukuru evidencia que é preciso, conforme preconizam Dantas, Loureiro e Silva,⁹² aprimorar os procedimentos dos casos contenciosos do Sistema Interamericano, para garantir que haja o protagonismo indígena e um diálogo intercultural efetivo na tramitação dos casos relacionados a esses povos na Corte, o que não se verificou no caso em questão, devido a aspectos meramente procedimentais que poderiam ser facilmente corrigidos.

Do contrário, não é possível concretizar o ideal decolonial de se estabelecer uma alternativa crítica e intercultural de Direitos Humanos, a qual promova vozes silenciadas como as populações tradicionais, tidas como subalternas, inferiores e incivilizadas pela lógica da colonialidade. Urge, portanto, que os direitos humanos, assim como as instituições que os promovem, como a CtIDH, “estejam comprometidos com a práxis histórica local: numa escuta constante, atenta e ativa das demandas dos povos tradicionais e originários em prol de uma contextualização emancipadora”.⁹³

Neste sentido, e resgatando as reflexões prévias acerca do *Ius Constitutionale Commune*, cabe apontar que, se um dos objetivos do ICCAL é alinhar a região latino-americana sob os mesmos ideais, e se as decisões da Corte IDH são um instrumento para tanto, a referida falha procedimental no caso Xukuru, ao não garantir a participação direta deste povo, tornando-o menos protagonista no processo de reivindicação de seus direitos, gera o risco de a Corte se enredar novamente na lógica da pretensão clássica de universalidade, a qual justifica os direitos humanos pela premissa de que os indivíduos têm todos os direitos

⁹¹ A respeito da violação do art. 5.1 da CADH, Gabriela Navarro apresenta algumas alternativas que poderiam atenuar o ônus da prova e incrementar a proteção indígena, como, por exemplo: “É fundamental ter em mente que a violação do artigo 5.1 está diretamente relacionada à violação do artigo 21, pois a falta de entrega final da propriedade gera conflitos e violências que colocam em risco a vida das lideranças indígenas. Portanto, a Corte poderia ter usado uma interpretação sistemática, ampliando a obrigação do Estado sob o artigo 21 à proteção dos líderes indígenas” [tradução livre] (NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. **Revista de Direito Internacional**, v. 16, n. 2, 2019, p. 213-215).

⁹² DANTAS, Dandara Viégas; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Autodeterminação ou Tutela? Uma análise do Caso Xukuru. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 525-551.

⁹³ MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 630.

reconhecidos nos textos internacionais por simplesmente haverem nascido, o que apresentaria os direitos como um fato que já existe, dado de uma vez por todas.⁹⁴

Em sua teoria crítica, Herrera Flores repudia esse universalismo abstrato, baseado no mínimo ético como um ponto de partida. Em sentido contrário, o autor celebra um universalismo de chegada, de confluência, resultado de processos conflituosos, de confronto e de diálogo, ou seja, um “universalismo pluralista e não etnocêntrico, de contrastes, de mesclas, de entrecruzamentos”.⁹⁵ O autor defende que a universalidade dos direitos só pode ser definida através do fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de se elaborar um marco de ação que permita a todos gerarem “as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida”.⁹⁶

Portanto, para que se possa falar num alinhamento regional de ideais, torna-se indispensável a participação plena e autônoma dos povos indígenas, através de um efetivo diálogo intercultural em processos que os afetem. A esse respeito e em diálogo com a teoria de Herrera Flores, Fernando da Silva Mattos propõe que as instituições, ao buscarem conferir concretude às ideias críticas sobre os direitos humanos, podem justamente valer-se do diálogo intercultural como alternativa, especialmente para defender grupos historicamente esquecidos e marginalizados pela sociedade pretensamente hegemônica, como os povos indígenas.⁹⁷

A proposta de Mattos é a utilização do diálogo intercultural como instrumento de atuação que “afasta as instituições de visões, racionalidades e práticas universalistas, abstratas, desconectadas das circunstâncias reais vivenciadas pelas pessoas, sobretudo das mais vulneráveis”,⁹⁸ por meio da “ruptura com a adoção de procedimentos e entendimentos homogeneizantes, pretensamente hegemônicos e descontextualizados, que não se harmonizam com a realidade”.⁹⁹ Somente assim é

⁹⁴ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 37.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁷ MATTOS, Fernando da Silva. **A proteção dos direitos indígenas pelo Ministério Público: uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos**. 2016. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), p. 91.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 27.

possível concretizar a reivindicação pela interculturalidade, a qual, segundo Herrera Flores, diz respeito não somente ao reconhecimento do outro, mas também à transferência de poder e ao empoderamento dos excluídos dos processos de construção de hegemonia, através de mediações políticas, jurídicas e institucionais.¹⁰⁰

O projeto da interculturalidade, enquanto uma ferramenta de ação deliberada, contínua e insurgente, ainda caminha junto ao projeto da decolonialidade, o qual não prosperará sem a articulação de seres, saberes e modos de vida em um projeto múltiplo e multiplicador, sustentando a possibilidade de convivência numa nova ordem de complementaridade das parcialidades sociais.¹⁰¹

Tendo isso em vista, ainda que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos concretize um diálogo intercultural de inúmeras maneiras, reforça-se a necessidade de aprimoramento dos procedimentos dos casos contenciosos, para que não haja mais prejuízos como os causados ao povo Xukuru, devido à sua participação limitada no processo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das discussões propostas, identificou-se inicialmente que a reconfiguração recente em relação aos direitos indígenas, nos âmbitos interno e externo, não tem sido suficiente para que eles sejam observados na prática pelo Estado brasileiro, o que tornou indispensável questionar o falho discurso clássico e hegemônico de fundamentação dos direitos humanos e propor novos caminhos que tornem possível efetivá-los.

As bases encontradas para tanto foram a decolonialidade e a teoria crítica dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores. Sob essas óticas, foi identificado que a trajetória do Povo Xukuru na busca pela reivindicação de seus direitos, assim como os resultados desse processo, faz parte de um movimento decolonial e oferece um novo horizonte epistemológico ao pensamento jurídico sobre o conceito

¹⁰⁰ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 164.

¹⁰¹ WALSH, Catherine. Interculturalidad y (de)colonialidad: Perspectivas críticas y políticas. **Visão Global**, Joaçaba, v. 15, n. 1-2, jan./dez. 2012, p. 63.

de dignidade humana, especialmente no que tange à figura do direito de retomada, nascido na aldeia e exercido pela comunidade para se ter acesso aos bens necessários para a vida, num processo de tomada de consciência e de resistência.

Foi verificado também que a decisão da Corte IDH no caso em questão possui muitas falhas, mas, ao mesmo tempo, gerou diversas contribuições para a consolidação dos direitos indígenas em âmbito nacional e internacional, como a incorporação de uma perspectiva decolonial, ainda que não expressamente nestes termos, a respeito do direito de propriedade, por compreendê-lo também em uma dimensão coletiva que abarca a relação dos povos indígenas com o território que ocupam. Além disso, tal precedente possui capacidade de atuar nas mais variadas áreas do direito indígena, o que o carrega de grande potencial emancipador. Observou-se, ainda, a necessidade de aprimoramento dos procedimentos dos casos contenciosos do Sistema Interamericano, para garantir que haja o protagonismo indígena e um diálogo intercultural efetivo na tramitação dos casos relacionados a esses povos na Corte.

Também restou evidente a importância e a urgência de o STF realizar um efetivo controle de convencionalidade em relação ao Caso Xukuru, tendo em vista as grandes ameaças jurídicas sofridas pelos povos indígenas brasileiros que poderiam ser combatidas desta maneira, a exemplo da tese do marco temporal, em especial no contexto atual de intenso ataque aos povos indígenas advindos do próprio Estado brasileiro. Desta maneira, a utilização desse precedente pode auxiliar na construção de uma cultura de direitos humanos no país, representando a abertura da jurisprudência nacional para a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) no tema.

Por fim, cabe reforçar o quanto a história do povo Xukuru demonstra uma capacidade qualificada de resistência na mobilização pela garantia de direitos. Trata-se não de uma resistência apenas defensiva, mas, como caracteriza Eloy Amado,¹⁰² qualificada por um protagonismo que se apropriou e ressignificou elementos antes estranhos à cultura indígena, e que nos dias atuais são acionados pelas lideranças em suas reivindicações.

¹⁰² ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy. VUKÁPANA VO - **O despertar do povo Terena para os seus direitos:** movimento indígena e confronto político. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2019, p. 220.

9. REFERÊNCIAS

AGNOLETTO, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. Revista Húmus, São Luís, vol. 9, num. 26, 2019.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (Coord). Ius Constitutionale Commune na América Latina - Volume III - Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, v. 3.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO CIMI. Em carta, indígenas pedem aos ministros do STF que deem celeridade ao julgamento do marco temporal. Conselho Indigenista Missionário, 2022. Disponível em: <https://cimi.org.br/2022/04/em-carta-indigenas-pedem-aos-ministros-do-stf-que-deem-celeridade-ao-julgamento-do-marco-temporal/>. Acesso: 23 abr. 2022.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA MNI. Julgamento no STF suspenso: Nunes Marques vota por anistiar invasões de terras indígenas antes de 1988, Moraes pede vista. Conselho Indigenista Missionário, 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/09/julgamento-stf-suspenso-nunes-marques-anistia-invasoes-terras-indigenas-moraes-vista/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADI nº 6062. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 10 ago. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718127&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 21 fev. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339909193&ext=.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

CALÁBRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Apresentação - Dossiê "Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil". Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 01, 2022, p. i-xxxv. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65135>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América latina: um diálogo a partir da obra de Joaquín Herrera Flores. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo (RS), 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3003>>. Acesso em: 09 set. 2021.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Relatório de Mérito da Comissão Interamericana. 2015. Disponível em:

<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-153/19. Luis Hernando Tandioy Chasoy contra la Agencia Nacional de Tierras (ANT). Bogotá, 3 abr. 2019. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-153-19.htm#_ft-ref127. Acesso em: 23 abr. 2022.

CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 05 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso: 23 abr. 2022.

CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_por.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

CTIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em> 23 abr. 2022

CUNHA, Luis Emmanuel Barbosa da; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. O Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, 2022, p. 452-476. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65126>. Acesso em: 13 abr. 2022.

DANTAS, Dandara Viégas; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Autodeterminação ou Tutela? Uma análise do Caso Xukuru. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, 2022, p. 525-551. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65130>. Acesso em: 14 abr. 2022

DUPRAT, Deborah. O Estado pluriétnico. In: Antonio Carlos de Souza Lima; Maria Barroso-Hoffmann, (orgs.). Além da tutela: bases para uma nova política indigenista, III. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2002, p. 41-47.

ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy. VUKÁPANA VO - O despertar do povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2019. Disponível em: <<http://apib.info/files/2019/09/Tese-Doutorado-Eloy-Terena.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

ELOY AMADO, Luiz Henrique Eloy; VIEIRA, Ana Carolina Alfinito. A aplicação do marco temporal pelo poder judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. Revista da OAB/RJ, v. 01, 2018, p. 02-32. Disponível em:

<https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-2-A-Aplica%C3%A7%C3%A3o-do-Marco-Temporal-pelo-Poder-Judiciario-e-seus-Impactos-sobre-os-Direitos-Teritoriais-do-Povo-Terena.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

FACHIN vota contra tese do marco temporal; STF retoma julgamento na próxima 4ª-feira. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/fachin-vota-tese-marco-temporal>. Acesso: 23 abr. 2022.

FIALHO, Vânia; NEVES, Rita; OLIVEIRA, Kelly. Conflitos, Violências e o Caso Xukuru na CIDH. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, 2022, p. 424-451. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65124>. Acesso em: 11 abr. 2022.

FLORES, Joaquín Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LIMA, Camilla Montanha de; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights. Revista de Direito Internacional, v. 18, n. 1, 2021, p. 353-373. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/dma.v41i0.46017>. Acesso em: 17 abr. 2022.

LOPES, Raphaela de Araújo Lima; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil: Uma trajetória processual perante a Corte Interamericana de Direitos. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, 2022, p. 477-496. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65128>. Acesso em: 14 abr. 2022.

MAGALHÃES, Tiago Queiroz de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. Caso Xukuru e o Bem Viver do povo Fulni-ô (PE). Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, 2022, p. 607-635. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65133>. Acesso em: 16 abr. 2022.

MATTOS, Fernando da Silva. A proteção dos direitos indígenas pelo Ministério Público: uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos. 2016. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC). Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/168196>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MAZZUCCO, Maicon. A luta do povo indígena Xukuru no Sistema Interamericano de direitos humanos: uma contribuição sociológica à perspectiva crítica e pluralista dos direitos humanos na América Latina. 2019. 118f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas (RS), 2019.

MAZZUOLI, V. O. Curso de direitos humanos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de. Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, 2021, p. 622-646. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7843>. Acesso em: 10 abr. 2022.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, 2019, p. 203-223. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5958>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

PAES DE BARROS, Isabela; SILVA, Edson. Povo Indígena Xukuru do Ororubá: uma história de mobilizações por afirmação de direitos. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 1, 2022, p. 395-423. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65122>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PRADO JUNIOR, Manoel Batista do; SCOTTI, Guilherme. Normas cosmopolitas e efetivação dos direitos humanos: uma análise do caso do Povo Xukuru vs. Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 1, 2022, p. 552-579. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65131>. Acesso em: 14 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, p. 244-291, 2019.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y (de)colonialidad: Perspectivas críticas y políticas. *Visão Global*, Joaçaba, v. 15, n. 1-2, jan./dez. 2012.