



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA FERREIRA NOBRE

**A TESE DO “MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO” DE
TERRAS INDÍGENAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS**

Salvador
2019

CAMILA FERREIRA NOBRE

**A TESE DO “MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO” DE
TERRAS INDÍGENAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS**

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

Orientador: Prof. Thiago Borges

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA FERREIRA NOBRE

A TESE DO “MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO” DE TERRAS INDÍGENAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

“Taïta Inti Padre Sol Ven ven ven trae tu calor
Estas por el rio, por la tierra y por el mar,
Volando en el viento el poder de Dios esta
Heya heya heya heya Heya heya ho
Sol, luna y estrellas, yo les canto otra vez
Ayahuasca, caapi ¿Pi, pi, pi, guagua? ¿Kuru, pi, kuru, pi?
Como me enseñó yo fue aquí, yo llame
Agradezco siempre que nos abra su poder
Ayahuasca, caapi ¿Pi, pi, pi, guagua? ¿Kuru, pi, kuru, pi?
Pájaro cantó; pájaro voló Lleva su presencia
¿Quién aquí lo mereció?”
Rainer Scheurenbrand

AGRADECIMENTOS

À Mente Cósmica, e a Madre *Ayahuasca* que me reconectou à fonte. Às Fadas, Gnomos, Duendes, todas las *brujas* que me deram sorrisos e magias, *Ossain*, *Oxóssi*, *Oxum* ... *Yemanjá* que *enCanta* com sua melodia.

À minha família terráquea, em especial, minha mãe Luisa e meu pai Osmário, ao meu filho, Pablo Luís, com ele aprendo a arte de amar, perdoar e ter paciência. A todas as amizades nesse Giro Cômico, aos parentes indígenas e aos encantados. Gratidão!!!

Às árvores por sua dança entre equilíbrio, canto e silêncio, às ervas por seus aromas e cura, aos animais sagrados com seus mistérios, especialmente aos pássaros e suas mensagens mágicas do Céu. Um salve à Floresta!

Ao professor e orientador Thiago Borges agradeço por seu comprometimento e dedicação com os Direitos humanos e da Natureza, por ser um incansável defensor da justiça! Suas orientações e sugestões foram essenciais para o desenvolvimento do tema.

Aho MITAKUYE OYASIN

RESUMO

O presente artigo visa abordar alguns dos aspectos acerca da demarcação de terras indígenas no Brasil, em especial, o entendimento e aplicação do denominado “marco temporal” pelos tribunais, como condicionante para determinar a tradicionalidade, ou não, destas terras. Da mesma forma, serão analisados a evolução dos direitos indígenas após a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988. Este estudo se justifica na medida em que se verifica a inefetividade da atuação do Estado brasileiro para alterar a realidade de muitas destas comunidades, assegurando-lhes direitos e garantias fundamentais e coletivos, mesmo diante da existência de um arcabouço jurídico de proteção e promoção dos direitos dos indígenas em âmbito nacional e internacional. Ao contrário, notam-se processos sistemáticos que visam o retrocesso destes direitos. Portanto, este estudo pretende demonstrar que este tipo de fenômeno pode-se apresentar também através de novas interpretações e entendimentos na aplicação do direito, acarretando em decisões judiciais, possivelmente, sem respaldo constitucional e violadoras de direitos humanos. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa documental, bibliográfica, jurisprudencial e análise de sítios eletrônicos de forma qualitativa.

Palavras-chave: Direito Originário; Demarcação de Terras Indígenas; Marco Temporal; Ebulho Renitente; Controle de Convencionalidade; Proibição da Proteção Insuficiente.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-----------|--|
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| AGU | Advocacia-Geral da União |
| art. | artigo |
| CC | Código Civil |
| CF/88 | Constituição Federal da República |
| CIDH | Comissão Interamericana de Direitos Humanos |
| CIMI | Conselho Indigenista Missionário |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CNA | Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CNV | Comissão Nacional da Verdade |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Direitos Humanos |
| DADPI | Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas |
| FPA | Frente Parlamentar da Agropecuária |
| FUNAI | Fundação Nacional do Índio |
| IBGE | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística |
| INCRA | Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária |
| ISA | Instituto Socioambiental |
| MPF | Ministério Público Federal |
| OEA | Organização dos Estados Americanos |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| ONGs | Organizações não Governamentais |
| ONU | Organização das Nações Unidas |

| | |
|------|--|
| PEC | Proposta de Emenda Constitucional |
| PGR | Procuradoria-Geral da República |
| SIDH | Sistema Interamericano de Direitos Humanos |
| SPI | Serviço de Proteção ao Índio |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TI | Terra Indígena |
| TRF | Tribunal Regional Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2. NOTAS ELEMENTARES SOBRE OS DIREITOS INDÍGENAS | 13 |
| 2.1. TRATAMENTO NORMATIVO ATÉ A CF/88 | 14 |
| 2.1.1. O instituto do indigenato | 16 |
| 2.1.2. A noção de território e o reconhecimento da pluriethnicidade | 19 |
| 2.2. O DIREITO À TERRA INDÍGENA | 23 |
| 2.2.1. A demarcação da terra indígena | 24 |
| 2.2.2. Da natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório | 26 |
| 2.3. CRÍTICAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA | 29 |
| 2.3.1. A defesa da propriedade privada e a segurança jurídica: dificuldades práticas | 30 |
| 3. O ORDENAMENTO NACIONAL E AS TERRAS INDÍGENAS | 33 |
| 3.1. O REGIME DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA | 36 |
| 3.1.1. Caso da demarcação da terra Indígena Raposa Serra do Sol | 38 |
| 3.1.2. A criação do marco temporal da ocupação no caso Raposa Serra do Sol | 41 |
| 3.1.3. O renitente esbulho | 45 |
| 4. TERRAS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL | 48 |
| 4.1. NOTAS ELEMENTARES SOBRE O DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA ORDEM INTERNACIONAL | 49 |
| 4.1.1. Fundamento da propriedade coletiva: natureza ancestral e comunal | 51 |
| 4.1.2. O Direito à propriedade coletiva dos Povos Indígenas no | |

| | | |
|-------|---|----|
| | âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos | 52 |
| 5. | A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH) E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): O DIÁLOGO DAS CORTES SOBRE A MATÉRIA INDÍGENA | 57 |
| 5.1 | A (IN)COMPATIBILIDADE DO MARCO TEMPORAL DE 1988 COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS | 60 |
| 5.1.1 | Outros casos paradigmáticos julgados pela Corte IDH referentes ao direito às Terras Indígenas | 63 |
| 6. | DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO POR CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE | 66 |
| 6.1 | O PRINCÍPIO DA MÁXIMA PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE | 67 |
| 6.2 | A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO | 69 |
| 6.2.1 | Controle de Convencionalidade e a Corte Interamericana de Direitos Humanos | 70 |
| 6.2.2 | Proposta Subsidiária: Diálogo efetivo entre as Cortes ou a responsabilização internacional do Estado | 75 |
| 7 | CONCLUSÃO | 77 |
| | REFERÊNCIAS | 80 |

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a identificar as implicações jurídicas para o Estado brasileiro em face ao direito internacional dos direitos humanos, ante o conflito instalado entre a interpretação dada ao direito à terra dos povos indígenas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da criação do critério do “marco temporal da ocupação”, em comparação à interpretação dada ao artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Através do estudo do caso Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RO, 2009) será analisada de que forma consolidou-se o critério do marco temporal da ocupação. Comparativamente, serão destacados os requisitos para identificação do direito à propriedade coletiva pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso Raposa Serra do Sol foi um *leading case* a respeito de demarcação de terras indígenas chegando até a mais alta corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal. A demanda tinha como objeto a impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, que reconheceu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima.

Sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legalidade do processo administrativo da demarcação. Todavia, a decisão estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas”, inovando na ordem jurídica ao criar requisitos para a demarcação da terra no caso concreto da Raposa Serra do Sol.

A questão tem grande importância, pois a tese do marco temporal é identificada como um dos principais obstáculos à concretização do indigenato, ou seja, o direito de posse permanente dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, contrariando dispositivo constitucional.

Desta forma, são analisados os fundamentos adotados pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que justificaram a fixação da tese do marco temporal da ocupação da terra indígena, a partir do caso Raposa Serra do Sol, a fim de verificar

a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, através de controle de convencionalidade.

A pesquisa tem como objetivo verificar se a aplicação desse marco temporal único para a identificação e demarcação de terras indígenas resiste a um teste de aplicação do princípio da variação da máxima da proporcionalidade representada pela proibição da proteção deficiente tendo em vista que são “reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” segundo o *caput* do art. 231 da Constituição Federal.

Através do diálogo da Corte Interamericana e do STF, serão observadas as principais diferenças e/ou semelhanças das referidas Cortes no que se refere à demarcação das terras indígenas, e posteriormente, investigando se a fixação da tese do marco temporal da ocupação, criada a partir do Caso Raposa Serra do Sol, viola o princípio da máxima proporcionalidade, na forma do princípio da proibição de proteção insuficiente.

Primeiramente, busca-se discorrer sobre conceitos introdutórios de terra indígena investigando as diferenças entre posse civil e a posse da terra indígena, o conceito de terras ancestrais e comunais, a tese do marco temporal da ocupação; definir as principais características da tese do marco temporal da ocupação e averiguar a aplicação do instituto do esbulho renitente.

Posteriormente serão abordados a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, a partir do diálogo das Cortes; a jurisprudência internacional e nacional referentes aos direitos às terras indígenas, a partir do estudo de caso; os princípios da máxima proporcionalidade e proibição de proteção insuficiente; bem como a possibilidade de controle de convencionalidade do ato do Estado brasileiro referente à aplicação da tese do marco temporal da ocupação.

Em última análise, verificar-se-á a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Direito Interno, para assim responder se a fixação do marco temporal pelo STF viola o princípio da proibição da proteção insuficiente, e se havendo violação ao referido princípio é possível a responsabilização do estado brasileiro junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, serão apresentadas possíveis soluções para o conflito interpretativo entre os tribunais.

O presente estudo desenvolveu-se através de pesquisas bibliográficas, bem como a partir da análise de conteúdo jurisprudencial, e ainda da legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes à questão sob exame.

2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE OS DIREITOS INDÍGENAS

De acordo com a Constituição Federal da República de 1988, artigo 231, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A partir da leitura deste dispositivo constitucional depreende-se que é de competência da União a demarcação das terras indígenas. O Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73, artigo 17 e seguintes, e o decreto nº 1.775/96, dispõe sobre o reconhecimento das terras indígenas e sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências, devendo ser demarcadas mediante processo estabelecido através de decreto do Poder Executivo.

Conforme a definição da Lei n. 6.001/73, artigo 3º, I, consideram-se índios todos indivíduos de origem e ascendência pré-colombiana que se identificam e são identificados como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais os distinguem da sociedade nacional.

Para André Ramos de Carvalho (2017 p. 781), este conceito é bastante criticado, e nele é possível identificar elementos tanto da autoidentificação, ou autorreconhecimento, quando o indivíduo se identifica como índio, quanto da heteroidentificação ou heterorreconhecimento, quando a comunidade o identifica como tal.

Importa ressaltar a impossibilidade que a identidade seja definida por terceiros, devendo ocorrer pelo próprio grupo, ou através da autodefinição da própria identidade, a possibilidade de classificação de indígenas por um terceiro deve ruir juntamente com o paradigma tutelar e assimilacionista.

2.1 TRATAMENTO NORMATIVO ATÉ A CF/88

O primeiro texto legal que tratou dos direitos dos índios, especialmente, sobre as terras tradicionalmente ocupadas, foi a Carta Régia de 30 de julho de 1611, no período colonial. Em 1680, o Alvará de 1º de abril de 1680 reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o que ficou identificado como indigenato. (SILVA, 2015, p. 4)

Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 4), a Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, em seu art. 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

As Constituições seguintes seguiram esta regra, e a Constituição Federal de 88 além de incorporar estes princípios em seu artigo 231 rompe com o paradigma da assimilação dos índios à comunhão nacional, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como sua reprodução física e cultural de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Conforme exposto, o reconhecimento de direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras remonta ao período colonial, sendo preservado nas legislações que se seguiram nos períodos imperial e republicano. A partir de 1934, esses direitos passaram a ter sede constitucional, o que foi preservado nas constituições seguintes, e potencializado, alcançando seu patamar mais elevado de proteção na Constituição da República de 1988, nos termos dos dispositivos transcritos:

Constituição de 1934 – Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Constituição de 1937 – Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Constituição de 1946 – Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Constituição de 1967 – Art. 4o. Incluem-se entre os bens da União: [...] IV – as terras ocupadas pelos silvícolas; Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Emenda Constitucional no 1/1969 – Art. 4o. Incluem-se entre os bens da União: [...] IV – as terras ocupadas pelos silvícolas; Art. 198. As terras habitadas pelos

silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. §1o. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2o. A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio

No que se refere à natureza dos direitos constitucionais dos índios, José Afonso da Silva (2015, p. 5) explica que os direitos às terras por eles tradicionalmente ocupadas são preexistentes ao reconhecimento constitucional vez que inerentes à sua existência comunitária, assim os considera como direitos naturais pois coexistem com o próprio ser das comunidades indígenas

Posteriormente os demais textos constitucionais fortaleceram essa realidade, resultando na evolução no trato da matéria. Neste sentido cumpre destacar a proibição do retrocesso como um dos princípios basilares dos direitos humanos, que veda a supressão das concretizações alcançadas na proteção de um direito, permitindo apenas adições e melhorias.

A proibição de retrocesso objetiva preservar o bloco normativo, constitucional e infraconstitucional, já consolidado no ordenamento jurídico, assegurando o controle de atos que venham a provocar a restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais. (PEREIRA, 2018, p.82)

Desse modo infere-se que, a partir de 1934, a perda da posse apenas deixa de ser caracterizada como uma área indígena se ela for voluntária, sendo que o esbulho, tratando-se de ato inconstitucional e ilegal não tem respaldo para suprimir um direito, mesmo com o decorrer do tempo. Tal conclusão é reforçada diante do cenário constitucional posterior, consagrando e ampliando a proteção às terras indígenas.

Segundo Deborah Duprat Pereira (2018, p.84) os direitos territoriais indígenas só podem ser negados quando há descontinuidade da posse por opção do próprio grupo.

Nesse sentido o artigo 28.1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas dispõe que os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que

possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

2.1.1 O instituto do indigenato

A conceituação constitucional da posse indígena diverge da posse do direito civil. Na legislação a Constituição Federal de 1988 determina no art. 231, § 2º que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Já a Lei nº 6.001, o Estatuto do Índio dispõe:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível, há que se atentar para os usos, costumes e tradições da comunidade, levando-se consideração as terras por eles ocupadas tradicionalmente. Neste sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

EMENTA: “PROCESSO CIVIL. ARGUIÇÃO DO ‘DECISUM’ REJEITADA. SÃO BENS DA UNIÃO TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADOS PELOS ÍNDIOS. INSTITUTO DO INDIGENATO. DIREITO CONGÊNITO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO CONCEITO DE POSSE CIVIL. (. . .) 3. O fundamento do direito dos silvícolas repousa no indigenato, que não se caracteriza como direito adquirido, mas congênito. (...) 5. Inaplicabilidade, à espécie, do conceito de posse civil. A posse indígena vem definida pelo art. 23 da Lei 6001 de 19.12.73, Estatuto do Índio. (...) 7. Recursos improvidos.” (AC 91.03.15750-4-SP – Rel. Des. Federal Salette Nascimento - Publicação no DJU de 13.12.94, 1ª Seção, pág. 72900).

No mesmo posicionamento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

EMENTA: “CIVIL. AGRÁRIO. POSSE. TERRAS INDÍGENAS. ÍNDIOS PATAXÓS. INDENIZAÇÃO DOS BENS DESTRUÍDOS PELOS ÍNDIOS. 1 - Os índios Pataxós vagueavam pelo sul da Bahia, onde tinha seu habitat, e se fixaram, posteriormente, em área, do atual Município de Pau Brasil, que lhe veio ser reservada, em 1926, pelo Governo daquele Estado-Membro. 2 - Os Pataxós não abandonaram suas terras. Foram, sim, sendo expulsos por fazendeiros, que delas se apossaram, utilizando-se de vários meios, inclusive a violência. A posse dos índios era permanente. A do réu precária, contestada. 3 - Indenização concedida, observando-se, no entanto, o § 2º do

art. 198, da CF/69. (TRF-1ª Reg. - Apelação Cível nº 89.01.01353-3 BA - Rel. Min. Tourinho Neto)

De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p.51), os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Todavia, quando provado que houve expulsão, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer podiam agir judicialmente, pois eram tutelados até a Constituição de 1988; ou, ainda, quando sequer desistiram de tê-la como própria.

José Afonso da Silva (2015, p. 5) identifica que da Constituição se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos originários.

O art. 20, XI, dispõe que essas terras são bens da União tal qual uma espécie de propriedade vinculada garante dos direitos originários dos índios sobre elas. Afirma-se, assim, a consagração de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, da Constituição.

Nesta senda, José Afonso da Silva (2017, p. 873) afirma que:

A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 5), os direitos fundamentais dos índios são direitos supraestatais e, conseqüentemente, direitos absolutos, natureza essa que lhes confere a garantia de permanência, pois não é possível ser eliminados. Neste sentido, afirma que estes direitos classificam-se na categoria dos direitos fundamentais de solidariedade, pois têm, concomitantemente, uma dimensão individual e uma dimensão coletiva, vez que se referem tanto à pessoa humana, o índio como tal, bem como a coletividades humanas, as comunidades indígenas.

Cumprido destacar que, em que pese a confirmação do instituto do indigenato consagrando aos indígenas a garantia constitucional do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, grande parte da doutrina vem sinalizando para o cerceamento desse direito, desde quando o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o marco temporal de ocupação para demarcação de suas terras.

No julgamento da Pet no 3.388/RR, em que se decidiu a situação territorial da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o STF além de decidir o caso concreto submetido ao seu exame, agregou ao dispositivo do respectivo acórdão dezenove “salvaguardas institucionais”, referentes a requisitos que deveriam ser observados na demarcação e ocupação de terras indígenas. Ademais, na fundamentação do julgado, desenvolveram-se as chamadas teses do marco temporal e do esbulho renitente, que, em suma, indicam ser necessária, para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas, a demonstração de posse indígena na data de promulgação da Constituição de 1988 ou, inexistente esta, prova de resistência persistente ao esbulho sofrido pela comunidade indígena.

De acordo com parecer da Procuradoria Geral da República (RE 1.017.365/SC, p.21), a partir desse julgamento, houve a propositura de grande número de demandas judiciais com a pretensão de invalidar processos administrativos de demarcação de terras indígenas com base em uma aplicação automática e irrefletida das “condicionantes” fixadas no caso Raposa Serra do Sol, bem como da tese do marco temporal, o que tem gerado grande instabilidade jurídica e social nessa seara. Contudo, a PGR afirma que em que pese a importância desse precedente, não se pode admitir que seu conteúdo seja distorcido e interpretado em descompasso com os outros capítulos da história constitucional brasileira e com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. (RE 1.017.365/SC, Relator Ministro Edson Fachin, parecer da PGR; p.21)

Sobre a pretensa vinculação às condicionantes, a Ministra Rosa Weber, em 11 de março de 2014, no MS no 31.901/DF, decidiu:

As “condicionantes” adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas “condicionantes” do contexto maior em que

formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda.

A Procuradoria Geral da República, em parecer, concluiu que inexistente consolidação jurisprudencial acerca da tese do marco temporal, e que não houve intenção da Corte Suprema de atribuir às condicionantes do caso Raposa Serra do Sol caráter obrigatório e vinculante, razão pela qual é incabível qualquer pretensão de aplicação automática das conclusões firmadas nesse precedente a outros processos demarcatórios de terra indígena, especialmente sem problematizá-las. E por fim reafirmou o entendimento:

Havendo a oportunidade de debruçar-se a Corte uma vez mais sobre a temática, desta feita sob a sistemática da repercussão geral, a Procuradoria-Geral da República reafirma o entendimento que vem defendendo em sucessivas manifestações, desde o julgamento da Pet no 3.388/RR, no sentido de que a aplicação geral e irrestrita da tese do marco temporal não se coaduna com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas no Brasil. (RE 1.017.365/SC, Relator Ministro Edson Fachin, parecer da PGR; p.24)

José Afonso da Silva (2015, p. 5) considera que são ilegítimas as diretrizes condicionantes estabelecidas no julgamento da ação popular, Petição 3.388, sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Com este mesmo entendimento, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p.51) afirma que diante de vastas considerações legais, doutrinárias e jurisprudenciais, resta evidente a ilegalidade das condicionantes impostas.

Diante das considerações acerca da possível mudança paradigmática em relação à criação da tese do marco temporal e do esbulho renitente, criadas a partir do julgamento da Pet no 3.388/RR, percebe-se que há profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a interpretação e aplicação da teoria de indigenato e sua aplicação no caso concreto para garantir o direito às terras indígenas tradicionalmente ocupadas conforme mandamento constitucional em sintonia com o sistema jurídico interamericano de direitos humanos.

2.1.2 A noção de território e o reconhecimento da pluriétnicidade

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconheceu o caráter pluricultural ou multiétnico da população refletindo o surgimento dos fenômenos étnicos, traduzidos

pelos novos movimentos e novas formas de organização dos povos indígenas. O reconhecimento constitucional da pluriétnicidade, rompe com as políticas homogeneizadoras e assimilacionistas.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p.28) explica que a noção de território é uma representação coletiva, transformação do espaço em território é um fenômeno de representação por meio do qual os grupos humanos constroem sua relação com a materialidade, num ponto em que a natureza e a cultura se fundem.

A reprodução social, cultural e econômica dos povos indígenas está estritamente vinculada ao exercício de seu direito à territorialidade, na forma da apropriação simbólica, material e política do território. A autonomia desses povos não subsiste na ausência do território; a legislação de direitos indígenas só tem efetividade quando estes podem ser exercidos em um espaço geográfico.

De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p.31), a demanda territorial é central na reivindicação por autonomia dos povos indígenas, não só pelo controle dos recursos, mas também pela sua dimensão política, a qual, conforme assinala-se é a luta indígena pela autonomia política. Salaria ainda que:

Conceber uma política indigenista a respeito de gestão territorial, deve, em primeiro lugar, levar em consideração os povos indígenas como interlocutores principais - resguardada a sua sociodiversidade, a especificidade de suas formas próprias de representação política e a singularidade de seus movimentos políticos e organizações. Em segundo lugar, significa reconhecer que existem outros saberes, que não se limitam estritamente aos saberes "ocidentais", ou seja, reconhecer o grande acúmulo de experiências inovadoras desenvolvidas fora das fronteiras da administração do Estado, bem como o fato de que a execução da política indigenista não se esgota num único órgão. (MARES, 2008, p.32)

No tocante ao respeito aos direitos indígenas, o Estado coibiu a existência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, sendo que o ordenamento brasileiro desconsiderou qualquer manifestação jurídica das sociedades indígenas, utilizando-se de institutos próprios para eles, designado como direito indigenista.

No Brasil, o reconhecimento formal do direito à organização e à representação própria dos indígenas, expresso na Constituição Federal de 1988, significou um impulso para o processo de livre determinação dos povos indígenas, e multiplicaram-se as entidades indígenas e as articulações em redes de apoio dos povos indígenas, reivindicando, inclusive, o direito de gerir e aplicar seus próprios sistemas jurídicos. (MARES, 2008, p.36)

A desvalorização das estratégias indígenas bem como a desconsideração do diálogo interétnico resulta numa perda para a sociedade, sendo necessário somar esforços para uma melhor compreensão a respeito da temática dos direitos dos povos indígenas, norteando-se pelo direito à livre autodeterminação.

Sobre o fenômeno do reconhecimento da plurinacionalidade e dos povos indígenas nas novas Constituições, da América Latina, Rubén Martínez Dalmau (2013, p.165), adverte que estas novas Constituições latinoamericanas tratam de textos recentes e complexos “*y que intentan ser explicados desde un modelo teórico en vías de construcción*”. O autor explica que este novo constitucionalismo surge na América Latina, “*más concretamente, sudamericano o andino*”, a partir do processo constituinte colombiano de 1991.

Segundo Rubén Martínez Dalmau (2013, p. 167), a natureza emancipatória do poder constituinte surge com toda a sua força nas novas constituições, movendo-se para as necessidades dos povos e o faz desde os fundamentos da aplicação direta do poder constituinte. Faz referência “*a que la realidad plurinacional e indígena ha sido determinante en la construcción de las nuevas Constituciones - especialmente en los casos de Ecuador y, con aun mayor intensidad, Bolivia.*”

Neste sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que o reconhecimento da plurinacionalidade:

Implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica - concebida como el conjunto de los habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos - y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado solo hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión, lo que conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación
(2010, p.81)

O novo constitucionalismo latino-americano estabelece um sistema ontológico de relevância para a interpretação constitucional. São incorporados princípios dos povos indígenas como o *Sumak Kawsay*, ou bem viver, se trata de “*una relación entre formas de vivir de origen sustancial indígena y valores constitucionales que caracterizan la nomenclatura, el entorno medioambiental y las relaciones socioeconómicas de ambas Constituciones.*” (DALMAU, 2013, p. 183)

A Constituição boliviana de 2009, por exemplo, ratifica sua cosmovisão em seu primeiro capítulo, no art. 4º, “*al respeto y garantía de las creencias espirituales, de*

acuerdo con sus cosmovisiones”. E no art. 8º, II, reafirma os valores do Bem Viver, ou *Sumak Kawsay*, dirigido a toda coletividade, estabelecendo que o Estado boliviano se sustenta nos valores de unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para o viver bem.

No que se refere a estas mudanças paradigmáticas na conjuntura latino-americana, Dailor Sartori Jr (2017, p.14) defende que o colonialismo, enquanto momento político, estaria formalmente superado; a colonialidade, enquanto efeito estruturante do primeiro, estaria cada vez mais nítida e atuante.

De acordo com o autor (2017, p.14), tal processo reflete-se na hierarquização racial dos sujeitos, na construção do “outro” como inferior, sobretudo o negro e o indígena, e na produção e validação de conhecimentos eurocêntricos e invalidação dos subalternos, cujos efeitos se destacam inclusive no direito moderno. Como resultado, da narrativa universalizante da modernidade eurocêntrica surgem produtos culturais unificadores, como a nação monocultural, a democracia representativa, o direito estatal e o constitucionalismo liberal, baseado na igualdade formal e distante das especificidades histórico-culturais dos povos originários.

Dailor Sartori Jr (2017, p.14) destaca que considerando a ideia de colonialidade como a face oculta, mas essencial para a constituição da modernidade, e como processo de classificação social e de divisão do trabalho no capitalismo, com origens na conquista da América, pensadoras e pensadores latino-americanos vem desenvolvendo categorias teóricas que criticam a estruturação das sociedades latinas a partir das experiências coloniais. Num sentido oposto da colonialidade, os projetos de descolonialidade do poder, do saber e do ser, através da desobediência epistêmica, do pluralismo jurídico e da interculturalidade, denotam o surgimento do pensamento descolonial enquanto movimento teórico interdisciplinar, mas suficientemente coeso.

Pontua o autor (2017, p.14) para a exigência de novo método que permita identificar os processos históricos que são estruturantes das relações sociais, como o colonialismo, a modernidade, as políticas tutelares e integracionistas dos povos indígenas e os projetos descoloniais do novo constitucionalismo latino-americano.

Além disso, um método que dê protagonismo às subjetividades oprimidas do processo civilizador e possa fundamentar uma compressão diacrônica das lutas históricas dos povos originários por reconhecimento.

Ante o exposto, Dailor Sartori Jr (2017, p.16) defende a importância do estudo da fundamentação e aplicabilidade de uma tese jurídica a uma dada realidade sócio-histórica e normativa marcada pela violência, invisibilidade, tutela, integracionismo e esbulho; em última instância, pela colonialidade. Em virtude desta realidade ser marcada por lutas por reconhecimento, resistência e retomada de territórios, ou seja, pela desobediência epistêmica e pela descolonialidade, o pensamento descolonial constitui o referencial no desafio ao direito a ir além de uma interpretação liberal da Constituição.

Sendo assim, verifica-se a possibilidade de que o giro descolonial e a territorialidade norteiem os direitos indígenas neste novo paradigma anti-hegemônico e anticolonialidade, consoante à perspectiva da transmodernidade, de Enrique Dussel (2007, p. 207), não para negar a modernidade, mas para pensá-la desde a perspectiva do “outro” encoberto; ou seja, o que se rejeita é a atual negação de que existe este lado oculto e as vítimas do colonialismo.

2.2 O DIREITO À TERRA INDÍGENA

A Constituição de 1988 inovou no que concerne aos direitos dos povos indígenas se comparada com os textos constitucionais anteriores. O novo ordenamento realça a autonomia desses povos, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições. Através do reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam consagra o caráter pluralista da sociedade brasileira e rechaça o paradigma assimilacionista antes vigente,

De acordo com Julio José Araujo Junior (2018, p.108), após séculos de opressão colonial, marcados por violências, pela exploração do trabalho forçado e pela negação da identidade, culminando nos efeitos deletérios à sua organização social causados pela concentração fundiária, acreditava-se no desaparecimento dos indígenas por meio da plena integração/assimilação à cultura da sociedade envolvente.

Atualmente, os povos indígenas vêm sofrendo sistematicamente graves ameaças à sua sobrevivência, pois têm sido tratados como principais adversários do projeto desenvolvimentista perseguido pelo país. Na visão do Estado configuram obstáculo às ações de exploração dos recursos hídricos e minerais, e para o agronegócio as terras indígenas (TIs) são encaradas como um entrave para a exploração econômica e para a expansão da fronteira agrícola.

A insatisfação com o tratamento constitucional acerca do dever estatal de demarcar as terras, sem o dever de indenizar os proprietários (à exceção das benfeitorias de boa-fé) tem aglutinado os opositores da causa indígena na conhecida bancada ruralista do Congresso Nacional com a finalidade de frear as conquistas consolidadas na Constituição de 1988.

2.2.1 A demarcação da terra indígena

No que se refere à natureza jurídica do ato demarcatório das terras indígenas é importante enfatizar que o conceito de posse civil não é aplicável aos índios vez que se trata de posse imemorial, fundada numa visão sociológica e antropológica. Assegura-se a posse permanente das terras que ocupam, não havendo possibilidade de perdê-las para terceiros, mesmo que estes estejam de boa-fé. A demarcação não cria o direito e nem retira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas.

Essa concepção fora confirmada textualmente no art. 231 da CF/1988. Os dispositivos constitucionais sobre as relações dos índios com suas terras consolidaram o indigenato, instituto jurídico luso-brasileiro, firmado pelo Alvará de 1680, consagrando o princípio de que nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. (TAVARES, 2011, p.256)

As terras indígenas, portanto, são preexistentes ao próprio Estado brasileiro, cabendo-lhe a declaração da existência, bem como o dever de protegê-las, sendo nulos de pleno direito quaisquer títulos de domínio ou posse que sobre elas incidissem.

Conforme dito, a demarcação das terras de ocupação tradicional indígena consiste em mandamento constitucional, expresso no art. 231, parte final, da Constituição Federal de 1988:

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

O Estatuto do Índio, Lei Federal nº 6.001/73, considerando os direitos originários dos índios às suas terras, estabelece a sua demarcação, nos seguintes termos:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Segundo Flávio Marcondes Soares Rodrigues (2010, p. 1), o processo administrativo de demarcação da terra indígena, pertinente a sua identificação, delimitação, demarcação e homologação, vem a ser:

(a) amparada e determinada pelos arts. 20, inciso XI, e 231 e seu § 1º da Constituição Federal e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (b) estabelecida pelos arts. 17 e 19 da Lei Federal nº 6.001, de 19.12.1973 - Estatuto do Índio; e (c) regulamentada pelos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96.

O início do processo de demarcação é denominado identificação, referente aos estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários, considerando o consenso histórico da ocupação e os usos, costumes e tradições, para definição do território indígena.

De acordo com o art. 25 da Lei nº 6.001/73, o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, deve ser realizado através do processo administrativo de demarcação a fim de demonstrar a ocupação indígena tradicional e os limites da terra indígena, identificando o grupo e suas características culturais.

O processo de demarcação tem como objetivo o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena, com a identificação e a delimitação da terra indígena, atestando os seus limites, para fins de demarcação. (RODRIGUES, 2010, p. 2)

Ante o exposto, tem-se que o processo de demarcação das terras de ocupação tradicional indígena não cria o direito à posse mas apenas delimita a terra indígena, identificando seus limites e contornos, portanto não se trata de ato constitutivo de

posse, mas meramente declaratório, de forma conferir eficácia ao mandamento constitucional.

2.2.2 Da natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório

Desde 1934 a proteção às TIs tem previsão constitucional, o que foi preservado e sucessivamente potencializado nas Constituições posteriores, alcançando seu auge na Constituição da República de 1988.

É possível afirmar que a Constituição de 1934, ao estabelecer no art. 129 que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, é pioneiro no sentido de conferir aos povos indígenas direitos fundamentais.

Deve-se considerar que, desde 1934, ante a ausência de vácuo normativo-constitucional no tratamento da matéria, qualquer título incidente sobre TIs, deve ser declarado nulo de pleno direito (BIGONHA E TORELLY, 2018, p.28).

Conforme previsão constitucional, a identificação da terra indígena está correlacionada à noção de identidade coletiva do grupo, de forma que a tradicionalidade não pode ser anulada na hipótese de particular em algum momento ter se apropriado indevidamente da área.

Sendo a competência da União para a identificação, a delimitação e a demarcação das terras indígenas, tais procedimentos devem ser executados conforme a presença peculiar de cada etnia e em respeito à própria cosmovisão da comunidade. A metodologia utilizada é a antropológica, aliada a estudos de naturezas etno-histórica, sociológica, geográfica, cartográfica e ambiental, entre outras. (BIGONHA E TORELLY, 2018, p.30)

A compreensão da extensão do direito originário às terras reconhecidas como de ocupação tradicional, depende de se levar em consideração as especificidades de cada povo que habita um determinado território.

Os laudos antropológicos são realizados por meio de trabalho especializado com a finalidade de demonstrar estas especificidades. Delimitam, por exemplo os lugares de caça e pesca que podem ser elementos indispensáveis para sua reprodução cultural. Se o povo depende de uma paragem sagrada, um acidente

geográfico venerado ou se o seu cemitério se encontra nos limites da área reivindicada, naturalmente aquela área pertence ao território indígena, independentemente da posse. (CUPSINSK, LIEBGOTT; p.7)

A demarcação das terras indígenas é definida pelo Decreto 1.775/96, que regulamenta a Lei 6.001/73, sendo expressa em seu artigo 2º a necessidade de elaboração de estudo técnico-antropológico e de levantamento da área demarcada:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

A pesquisa antropológica, portanto, é fundamental para confirmar o atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é tradicionalmente ocupada, ou não. Tal fato ficou evidente no voto condutor do caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388), do ministro Carlos Ayres Britto:

O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo.. Afinal, é mesmo ao profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. (STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 19-7-2010, trecho do voto do Min. Ayres Britto).

Em relação à natureza jurídica da demarcação, o artigo 231 da CF/1988 estabelece que é ato de mero reconhecimento, ou seja, declaratório dos direitos originários dos índios sobre suas terras, portanto sem natureza constitutiva.

Conforme dispõe o artigo 20, XI, c/c o 231, § 6º, da CF/88, as terras indígenas são bens públicos da União, sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais terras. Assim, o reconhecimento das terras indígenas implica regime jurídico próprio, enquanto bens da União, especialmente as características da inalienabilidade, bem como, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

Na visão de Julio José Araujo Junior (2018, p.122), tais direitos são originários porque foram reconhecidos, sendo preexistentes a qualquer escritura, não cabendo indenização sobre esses títulos. A originalidade se alinha ao caráter declaratório desse direito, ou seja, o reconhecimento de uma TI não depende de qualquer ato instaurador de processo administrativo de demarcação. O reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam decorre de comando constitucional que garante, de imediato, a sua proteção.

Sendo assim, os indígenas têm direito à sua terra independentemente da demarcação. O ato de demarcação, precedido de um procedimento administrativo ou não, é ato de reconhecimento tão somente.

A burocratização do processo demarcatório é prejudicial aos indígenas e contribui com a morosidade nas demarcações pela União que, há mais de quinze anos, as deveria ter concluído, conforme o prazo estabelecido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição. (MARÉS, 2008, p.15)

Ao que se refere ao direito dos índios às suas terras de ocupação tradicional independentemente de demarcação a Lei n.º 6.001/73, o Estatuto do Índio estabelece que:

Art. 25 - O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

E a jurisprudência, nesse sentido:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO: ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que “a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira”. (...) (AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT – Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJU de 19.04.2004, pág. 58).

Deve-se ter em vista a importância da demarcação para a efetivação desse direito, vez que delimita as fronteiras de proteção e garante segurança jurídica às

comunidades e a terceiros, proporcionando a atuação dos órgãos de defesa indígena. Contudo, cumpre destacar que a demarcação não se constitui um requisito essencial para a observância dos direitos indígenas sobre suas terras, ainda mais em face das dificuldades inerentes ao processo demarcatório.

2.3 CRÍTICAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA

No que tange a necessidade de a Constituição prever a proteção das terras indígenas, Salvador Pompeu de Barros Filho (2011, p. 667) demonstra uma preocupação sobre a possibilidade de distorções das interpretações, afirmando a necessidade do legislador constitucional definir de forma clara o que deve ser considerado terra indígena e, conseqüentemente, insuscetível do apossamento ou da titulação de domínio dos não índios.

O autor destaca que há equívocos quanto à interpretação da Funai do texto legal de modo a considerar que indígenas seriam todas as terras nas quais, em perambulação, ou por outra forma, tenham estado em algum tempo, ou estejam presentemente, em poder de algum grupo indígena. Neste sentido afirma que ao reconhecer que todo o território nacional em algum tempo esteve na posse do índio, tal interpretação levaria sem limite no tempo, à devolução de todo o território as nações indígenas. (BARROS, 2011, p. 667)

Em referência ao art. 198, §2º, da Carta de 1969, acrescenta que a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) passou a confiscar terras particulares produtivas, sem cabimento ao direito de recorrer ao Poder Judiciário violando as regras constitucionais ao direito de propriedade e ao devido processo legal (CF de 1969, art. 153, §4º e §22).

De acordo com Salvador Pompeu Barros Filho (2011, p.669), tal entendimento contrariou textos constitucionais anteriores, na vigência dos quais, o particular adquiriu o domínio e posse dos imóveis rurais, vez que com o advento da Constituição de 1981 (art. 64) as terras públicas foram transferidas aos Estados. Estas terras devolutas passaram ao acervo dos Estados-membros, sendo que o legislador constitucional não fez ressalvas quanto às terras indígenas, transferindo-se a propriedade aos Estados, e posteriormente aos particulares.

Antes da vigência do art.198 e seus parágrafos da Emenda Constitucional 1/69, a proteção dada à posse das terras habitadas pelos silvícolas passou a ser norma constante e reiterada, a partir da Constituição de 1934 (art. 129); 1937 (art.154) e a de 1946 (art. 216), consignavam como pressuposto fundamental a proteção possessória das terras dos índios, a sua localização permanente. (BARROS; 2011, p. 670)

Segundo o autor, a modificação introduzida pela EC 1/69, gerou o problema ao atribuir poderes à FUNAI para confiscar terras particulares, sem respeito ao direito adquirido, ao direito de propriedade e mesmo o direito do cidadão levar ao Judiciário a pretensão de reparo à lesão de seu direito. (BARROS; 2011, p.671)

No mesmo sentido, Newton Tavares Jr. (2011, p. 274) aponta para urgência em reconhecer que a demarcação de terras indígenas não se assenta sobre requisitos objetivos, facilmente verificáveis, caracterizada pela isenção.

Referente ao processo administrativo de demarcação das terras indígenas, as maiores críticas têm sido no sentido de afirmar que se trata de um processo complexo fundado em pressupostos genéricos, com alto grau de indeterminação, sujeito a injunções ideológicas, que concede à Administração Pública uma enorme parcela de discricionariedade.

2.3.1 A defesa da propriedade privada e a segurança jurídica: dificuldades práticas

O tema da demarcação de terras indígenas levantou diversas críticas sobre a defesa da propriedade e a segurança jurídica vez que a matéria envolve grande complexidade fática e normativa, bem como diversas controvérsias e dificuldades interpretativas.

Conforme Gilmar Mendes (2015, p.359) é essencial à garantia da propriedade haver adequada definição de institutos jurídicos e respeito à segurança jurídica, ao se discutirem questões como: conceituação de terras indígenas, o respeito a um devido processo legal administrativo de demarcação, a adoção de critérios objetivos e subjetivos bem definidos e regulamentados para o reconhecimento de área indígena.

Explica que para o fortalecimento da segurança jurídica e da propriedade, deve prevalecer na averiguação da posse indígena a teoria do fato indígena, o que significa dizer que as indagações acerca da imemorialidade da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional (MENDES; 2015, p. 362)

Segundo Newton Tavares Jr (2011, p.258), uma das críticas ao processo demarcatório é a possibilidade de se manipularem requisitos constitucionais, ampliando artificialmente a presença indígena de modo a abranger territórios desejados ou desejáveis, “a ampliação se mostraria possível ante a elasticidade e a indeterminação dos critérios constitucionais e legais para caracterização da ocupação indígena em um dado território”. (TAVARES; 2011, p. 258)

Sobre a necessidade de parâmetros sólidos para conciliar o direito dos indígenas à terra a outros constitucionalmente protegidos, notadamente o da propriedade privada, aduz que requisitos constitucionais ligados à época e duração da presença indígena, à preservação dos recursos ambientais necessários aos bem-estar e à reprodução física e cultural dos silvícolas podem ser livremente determinados pelo administrador. (TAVARES; 2011, p.258)

A maior parte das críticas tem sido sobre a segurança jurídica e a estabilidade dos direitos adquiridos na CF/88 com status de direito fundamental ante a omissão da legislação e a nulidade cominada aos títulos de domínio, e a atuação da FUNAI e seus trabalhos antropológicos, de natureza discricionária, presente alto grau de indeterminação.

A situação do cidadão que, fundado em título lícito e regular, ocupa por gerações terras posteriormente declaradas como indígenas, não pode ser simplesmente desconsiderada, desconsiderando-se todo o sistema de registros públicos, com presunção de veracidade, e do direito de propriedade. A proteção constitucional outorgada às comunidades indígenas não pode conduzir a um revisionismo histórico promovido pelo órgão indigenista que, fundado em critérios fluidos discricionários, vê no cidadão-proprietário o vilão do processo de ocupação do território nacional em séculos passados, em prejuízo da boa-fé dos administrados e da proteção dada à estabilidade dos atos jurídicos por diversas Constituições brasileiras. A justiça histórica promovida com fundamento na Carta de 1988 não pode ser confundida, afinal, com vingança histórica. (TAVARES, 2011, p.262)

O art. 231 da CF/1988 e sua aplicação prática deve ter em vista a harmonização de direitos em colisão considerando a proteção à propriedade e à segurança jurídica dos cidadãos não índios, garantida com estatura de direitos fundamentais, cláusula pétrea, na vigente Constituição. Desta forma, diante do conflito entre a proteção ao

índio e à propriedade utiliza-se da ponderação de princípios e normas cumprindo o dever de proteção aos indígenas, sem desamparar outros interesses protegidos pela Constituição Federal. (TAVARES, 2011, p.262)

Na prática o que ocorre ainda nos dias atuais são os grupos pressionados a desocupar seus territórios. Há invasões de não indígenas devidamente amparadas por registros locais, expulsão dos índios de seus territórios e desintegração do grupo, atingindo a noção de território como espaço de pertencimento e reduzindo-os a espaços de moradia em condições de vulnerabilidade.

Neste sentido Julio José Araujo Junior afirma:

A perspectiva da propriedade privada é transportada para o caso, valorizando-se o registro em detrimento de uma abordagem que respeite a diretriz constitucional na matéria, baseada nos usos, costumes e tradições. Trata-se de flagrante hierarquização de modos de vida, típicos da colonialidade do poder em que a sociedade brasileira está inserida, que coloca os povos tradicionais como representantes do atrasado e pré-moderno que atravanca o progresso e a modernidade. A desestruturação da vida comunitária provocada pela ocupação do território acaba sendo vista como fator legitimador de uma falsa constatação de que já não subsiste a presença indígena. Desconsideram-se o esbulho possessório e as diversas estratégias de sobrevivência desses grupos, de permanência junto ao seu território, como forma de manutenção de vínculos e de sua identidade. (2018, p.124)

Os dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil (sistematizado anualmente pelo Conselho Indigenista Missionário - Cimi) referente ao ano 2018, evidenciam que os povos indígenas do Brasil enfrentam um substancial aumento da grilagem, do roubo de madeira, do garimpo, das invasões e até mesmo da implantação de loteamentos em seus territórios tradicionais, explicitando que a disputa crescente por estas áreas atinge um nível preocupante, já que coloca em risco a própria sobrevivência de diversas comunidades indígenas no Brasil. (CIMI, set.2019)

No que concerne às áreas de conflitos indígenas verifica-se a existência de tensões entre culturas; havendo colisão entre aquelas que não são integradas ao padrão cultural dominante da chamada identidade nacional, e de outro os que assim se identificam a partir dos projetos de modernização econômica e perpetuação do poder territorializado localmente. (FERRAZ e NUNES, 2012, p. 2)

É pertinente, então, a observação de que tal matéria deve estar ausente uma visão hegemônica, considerando-se a importância de várias áreas do conhecimento, principalmente da antropologia, a fim observar a organização do povo que requer o reconhecimento, a sua história e suas dificuldades.

Os estudos antropológicos fornecerão subsídios para compreender a relação do grupo com aquelas terras e o que é essencial para a sua sobrevivência física e cultural, considerando o histórico de pressões sobre suas terras e os esbulhos que eventualmente tenham ocorrido ao longo de seu desenvolvimento.

3. ORDENAMENTO NACIONAL E AS TERRAS INDÍGENAS

Da Constituição Federal de 1988 se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos originários. O art. 20, XI, CF/88 dispõe que essas terras são bens da União tal qual uma espécie de propriedade vinculada garante dos direitos originários dos índios sobre elas.

No que tange à organização do Estado e a determinação de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, Paulo Thadeu Gomes da Silva critica essa opção, por deferir a titularidade das terras aos grupos indígenas, o que estaria a reforçar uma colonialidade interna. (2015, p. 213)

Consoante ao art. 231, § 2º, da CF/88, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Consagra-se uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial. (SILVA, 2015, p. 5)

A Constituição Federal de 1988 também manteve a competência da União, fixada desde a CF/34, para privativamente legislar sobre as populações indígenas, expresso no art. 22, XIV.

Na organização dos Poderes, compete exclusivamente ao Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI). No Título VII (“Da ordem econômica e financeira”), o art. 176 dispõe que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica pertencem à União e a lei deve estabelecer as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em terras indígenas.

Na esfera do Poder Judiciário, cabe aos juízes federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI) e no Ministério Público, cabe ao

Ministério Público Federal, como função institucional, defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. Consoante ao art. 232, os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

No Capítulo VIII, a CF/88 tratou especificamente da matéria indígena, determinando, no art. 231, que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens

Conforme explanado, a natureza dos direitos constitucionais às terras ocupadas tradicionalmente pelos indígenas são preexistentes ao reconhecimento constitucional e inerentes à sua existência comunitária, assim são considerados direitos naturais pois coexistem com o próprio ser das comunidades indígenas.

Para os indígenas a terra tem importância nuclear, dependendo dela para sua sobrevivência física e cultural. Nas palavras de André Ramos de Carvalho (2017, p. 787), a disputa pelas terras indígenas e suas riquezas representa o cerne dos conflitos entre indígenas e não indígenas no Brasil.

No que se refere à cosmovisão indígena em relação ao modelo de desenvolvimento, Lara Bonin (2015, p. 1) explica que para os povos indígenas, a terra não se restringe a um mero recurso, a ser explorado em todo o seu potencial. O elemento constitutivo das distintas lógicas indígenas é a estreita relação estabelecida entre os processos e os meios de produção – por isso, a terra é de posse coletiva e não individual; a terra não é vista como propriedade privada e sim como espaço de relações sociais lançadas sobre esta base territorial.

A natureza é percebida como provedora, mas cada ser precisa aprender a respeitar os demais, para não destruir o tecido denso e delicado dessa relação entre as pessoas, os seres e também as coisas que, na cultura ocidental, são vistas como inanimadas. Portanto, o valor simbólico da terra, para os povos indígenas, difere do valor que ela tem numa sociedade capitalista. (BONIN; 2015, p.1)

Inobstante, o reconhecimento pelo colonizador português dos direitos territoriais indígenas, a prática foi marcada pela expulsão dos índios de suas terras e

por atos de violência contra as comunidades indígenas que não se submetiam. (RAMOS, 2017, p. 783)

Neste contexto, foi editada a Lei n. 6001, denominada “Estatuto do Índio”, em 1973, que apesar de aparentemente visar à preservação da cultura indígena, de fato o objetivo era a integração dos índios à comunhão nacional, art. 1º.

De acordo com André Ramos de Carvalho (2017, p. 783), o que se definia como integração harmoniosa dos índios, converteu-se em um verdadeiro processo de assimilação, pelo qual a condição do índio era considerada como transitória, devendo ser substituída pela condição de índio plenamente integrado.

Neste sentido, a Lei n. 6001 classifica os índios em isolados, ou seja, sem contato com a sociedade não índia, em vias de integração, aqueles com contatos intermitentes com a sociedade não índia, e em integrados, de acordo com o Estatuto dos Índios, os “incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

Segundo Júlio Araújo (2018, p.111), não é tolerável hierarquizar os povos indígenas em integrados ou não integrados, garantindo-lhes o direito de viverem a prática de seus costumes, sem subtrair-lhes a possibilidade de buscar outros modos de vida e sem implicar na perda de sua condição. Todavia, não se permite a imposição de um modo de vida a esses grupos, em desrespeito às suas práticas tradicionais. Não é possível que a identidade seja definida por terceiros, mas sim pelo próprio grupo, autodefinição da própria identidade, “num contexto em que as ideias de autenticidade ou de classificação de indígenas por um terceiro devem ruir juntamente com o regime tutelar”.

A Constituição Federal de 1988 ao adotar a teoria do indigenato confirma o reconhecimento primário e congênito do índio à terra tradicionalmente ocupada, vez que seus naturais senhores.

André Ramos de Carvalho (2017, p. 783) preleciona que esse direito originário é distinto e independente dos direitos de propriedade e posse do Direito Civil. Havendo, portanto, diferença entre o direito dos índios às terras por eles ocupadas, cujo título é adquirido congenitamente, pela própria existência, do direito da ocupação não índia, que está restrita a ser reconhecida por meio de títulos adquiridos.

Explica ainda que, “além de *jus possessionis*, o direito de posse, ou seja, o poder sobre a coisa, o indígena tem também o *jus possidendi*, direito à posse, decorrente do seu direito originário à terra. ” (RAMOS; 2017, p. 783)

Apesar de já ter se orientado em sentido diverso, o STF atualmente reconhece que o conceito de posse indígena não coincide com o de posse do Direito Civil não havendo que se falar aqui em equiparação ou equivalência. (MENDES; 2015. p. 362)

O reconhecimento do direito às terras indígenas, costumes e modos de vida pela Constituição os protege das tentativas de anulação e aculturação das diferentes formas de viver a vida, sob a argumentação de uma suposta unidade nacional.

A única tutela a ser admitida será aquela revestida de direito público (ANJOS FILHO; 2011, p. 914), que tenha por objetivo garantir a proteção dos povos indígenas, como minorias étnicas, sem perspectiva integracionista.

A autonomia e o reconhecimento do multiculturalismo constituem o vértice central do novo regime constitucional, contrariamente à perspectiva assimilacionista anterior.

3.1 O REGIME DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA

É incontroverso o fato de que a Constituição de 1988 constituiu um avanço no trato da questão indígena à vista dos ordenamentos constitucionais anteriores ao romper com o paradigma da assimilação, reforçando o direito dos povos indígenas de se considerarem diferentes, respeitando-os como tais e valorizando suas instituições, culturas e tradições

A proteção jurídica conferida aos índios pela Constituição (arts. 231 e 232) também teve forte repercussão no direito de propriedade pública ou privada, pois reconhece a eles direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (MENDES; 2015, p.359)

A centralidade da terra está imbricada na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários do grupo. Essa circunstância foi ressaltada no julgamento do

caso Raposa Serra do Sol, em vários votos. Por exemplo, aquele proferido pelo Ministro Menezes Direito:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição. É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão ideia de algo gerado e formado em determinado locus. O índio é, assim, um ser de sua terra. (STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 19-7-2010, trecho do voto do Min. Ayres Britto).

A posse da terra indígena é condição essencial à sobrevivência dos índios de nada adiantando o reconhecimento de direitos sem as medidas necessárias que lhes assegure as terras, identificando-as e demarcando-as.

A relevância desse elemento é tanta que a Constituição de 1988, ineditamente, estabeleceu um conceito para “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Dispõe o § 1º do artigo 231, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições

Primeiramente, aos índios é conferida a posse permanente das terras indígenas e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, constituindo uma afetação pública específica. O art. 231, §4º, do texto constitucional determina que as terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis.

Gilmar Mendes (2015, p. 361) afirma que a expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação segundo os “usos, costumes e tradições” indígenas, e inexistiria dúvida de que o marco temporal para averiguação desse modo de ocupação é a data de promulgação da Constituição de 1988.

Em referência ao julgamento da Pet 3.388, explica que o STF estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas, que se tratam de orientações não apenas direcionadas a esse caso

específico, mas a todos os processos sobre o mesmo tema. Definindo-se que o referencial insubstituível para reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam é a data da promulgação da CF, 05 de outubro de 1988. (MENDES; 2015, p. 361)

Isto posto, nos termos do art. 231, §1º, da CF/88, os demais fatores devem ser verificados na definição de uma área como terra indígena, o fator temporal “habitadas em caráter permanente”; o fator econômico “utilizadas para as suas atividades produtivas”; o fator ecológico “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar”; e o fator cultural ou demográfico “necessárias a sua reprodução física e cultural”.

Na hipótese da existência de necessidade de terras para albergar populações indígenas sem que estejam presentes os requisitos da posse indígena, deverá a União valer-se do instituto da desapropriação, com o pagamento de justa e prévia indenização a seu proprietário. (MENDES; 2015, p. 361)

Por fim, uma vez comprovada a presença dos índios em determinada área, e a ocupação tradicional da terra, preenchidos os requisitos constitucionais, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios, pouco importando a situação fática anterior (posses, ocupações, etc).

3.1.1 O caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, teve sua demarcação homologada em 15 de abril de 2005, por decreto assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pela Portaria nº 534, do Ministério da Justiça. A área com 1.747.464 hectares abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 26 mil índios dos povos Wapichana, Patamona, Makuxi, Taurepang e Ingarikó (CIMI, 10.2019)

A União, por intermédio da Funai, iniciou em 1992 o relatório de identificação da terra para fins de demarcação. Entretanto, a presença dos produtores de arroz vindos do sul do País, impediu a conclusão da reserva, ao alegarem possuir títulos que lhes garantiam a posse das terras. Após a homologação, começaram a tramitar diversas ações na Justiça, contestando a demarcação. Somente no Supremo Tribunal Federal tramitaram mais de 30 ações relacionadas a Raposa Serra do Sol. (STF, 2008)

Em 19 de março de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) encerrou o julgamento da Petição 3388 que questionava, em ação popular ajuizada pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A ação pedia a declaração de nulidade da Portaria nº 534 do Ministério da Justiça. (CIMI, 10.2019)

Paulo Machado Guimarães, assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), atuou na defesa dos povos indígenas de Raposa no julgamento da Petição 3388 afirma que no âmbito das discussões envolvendo o processo havia a defesa de uma demarcação picotada, não contínua; áreas urbanas e de fronteiras, além de regiões do território com interesse mineral ficariam de fora. “As demarcações das terras indígenas não podem ser feitas de forma a restringir a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, nos rios e nos lagos. A concepção de demarcação em ilhas é inconstitucional”. (CIMI, 10.2019)

A partir do voto de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, o STF decidiu pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação. Entendeu o relator por não haver violação à soberania nacional ou segurança territorial. Garantiu a contiguidade na demarcação refutando a demarcação da terra ao método de ilhas. Também, rechaçou qualquer violação ao princípio federativo e ao desenvolvimento nacional, em sentido contrário aos argumentos empregados pelo governo do estado de Roraima e os supostos proprietários particulares que desenvolviam atividades agrícolas na região. (PEGORARI; 2018, p. 247)

Sobre a interpretação do que vem a ser terra tradicionalmente ocupada, previsto na Constituição, explica o advogado e presidente da Comissão Especial de Defesa dos Direitos dos Povos Indígenas da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que representou o esforço, decorrente da disputa política sobre o caso, envolvendo a superação do instituto do indigenato, pelo “fato indígena”, na elaboração do ministro Menezes Direito, ou “marco temporal”, formulado pelo ministro Carlos Ayres Britto. (CIMI, 10.2019)

No julgamento da Petição 3.388, ao confirmar a demarcação de uma grande área e afastar argumentos contrários, o STF reconheceu a pluriétnica e a superação das políticas integracionistas que marcaram o indigenismo recente. Entretanto, sem participação com a sociedade, em especial os povos indígenas, e com as partes do processo, os Ministros criaram 19 condicionantes, também chamadas de

“salvaguardas institucionais”, para serem observadas nas futuras demarcações, mesmo que, por conta da natureza jurídica da ação proposta, a decisão não possuísse efeitos para além do caso concreto. (SARTORI; 2017, p.11)

Nas palavras de Dailor Sartori Jr (2017, p.12):

Paralelamente às condicionantes, foi estabelecido o “marco temporal da ocupação” e o chamado “renitente esbulho”. A tese do marco temporal afirma que o direito a uma terra indígena só deve ser reconhecido nos casos em que a área se encontrava tradicionalmente ocupada na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, a menos que se comprove que os índios tenham sido impedidos de ocupá-la por renitente esbulho, ou seja, porque tenham sido expulsos à força e em 5 de outubro de 1988 estivessem reivindicando de maneira enfática o seu retorno, preferencialmente por via judicial.

O marco temporal tem sido aplicado pelo Judiciário em outras ações promovidas por proprietários de terras que questionam processos de demarcação, e vem causando a anulação de atos administrativos que instituem as terras indígenas. O primeiro caso é o da Terra Indígena Guyraroká, no Município de Caarapó, Mato Grosso do Sul, território e 11 mil hectares declarado em 2009 para posse de 525 Guaranis Kaiowá, cuja anulação ocorreu em 2014. Após, em 2015, veio a anulação da Terra Indígena Limão Verde, de 1.335 índios Terena, localizada no Município de Aquidauana, também no Mato Grosso do Sul. (SARTORI; 2017, p.11)

Em relação ao desenvolvimento do processo de demarcação Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Newton Tavares Jr (2011, p.256) afirma que inobstante a incontrastabilidade da decisão do STF, no sentido da licitude da demarcação em causa, no que tange à idoneidade dos documentos é importante que haja uma crítica ao procedimento demarcatório, tanto no plano normativo quanto no prático.

Newton Tavares Jr (2011, p.256) explica que a concepção do indigenato, aplicada pelo STF no julgamento em questão, adotou a ideia de que a terra indígena é um fato objetivamente determinado, de modo que o reconhecimento caberia facilmente ao Estado realizar, de forma objetiva e isenta.

Entretanto, o autor defende que o caso Raposa-Serra do Sol revelou que a demarcação se trata em verdade de um constructo, ato discricionário da Administração Pública com toda a carga de ideologia que a causa comporta, sujeito inclusive à agenda partidária do Governo e das agências governamentais num dado momento histórico. (TAVARES, 2011, p. 256)

Em sentido contrário, Julio José Araujo Junior (2018 p.123) observa que os povos indígenas foram e são vítimas de um processo avassalador de contato e de desestruturação em virtude da falta de demarcação, com a ocupação de suas terras por grandes fazendeiros, pela atuação de empreendimentos e por medidas que os deixam confinados em espaços de onde sequer podem retirar o sustento.

Desta forma, constata que:

Os adversários das demarcações se utilizam das consequências destas ilegalidades – desestruturação étnica (perda da identidade, mestiçagem), não ocupação de um território, grilagem de terras – para afastar o direito ao seu território num processo demarcatório. O marco temporal, por exemplo, é uma cria desse processo de dupla penalização dos povos indígenas, no qual a invisibilidade provocada pelo regime precedente da tutela é utilizada como mais um fundamento em desfavor do reconhecimento do território. (ARAÚJO, 2018 p.123)

Diante de um cenário marcado pelo aumento da violência contra os povos indígenas, tendo o número de mortes por assassinato saltado de 97, em 2013, para 138, em 2014 (CIMI; 2015, p. 77) convém que a relação de direitos prevista na Constituição de 1988 seja compreendida e aplicada à luz da superação do regime da tutela e da concretização de uma prática descolonizadora.

3.1.2 A criação do marco temporal da ocupação no caso Raposa Serra do Sol

Emblemático fora o entendimento fixado pelo STF a partir da análise da constitucionalidade e legalidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 25-9-2009)

Em março de 2009, o STF pôs fim à disputa judicial referente à demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, em Roraima. O acórdão dispõe sobre diversos aspectos da lide, afirmando, a regularidade do processo demarcatório e a constitucionalidade da demarcação contínua, e não em ilhas, de modo a englobar todas as variadas etnias indígenas presentes na área.

Seu conteúdo, conforme o relator, Min. Carlos Ayres Britto, traduziria um capítulo avançado de um novo “constitucionalismo fraternal”, abraçado pela Carta Política de 1988. (TAVARES, 2011, p.254)

Cumprido destacar que, em que pese a CF/88 tenha adotado a teoria do indigenato, o posicionamento do Ministro Menezes Direito (STF) no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.338), a favor da tese do fato indígena, pela qual as

terras indígenas são aquelas que, na data da promulgação da CF/88, eram ocupadas pelos indígenas.

O Min. Menezes Direito resume seu entendimento:

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5-10-1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações etc). O fato indígena a suplantar, como decidido pelo constituinte dos oitenta. (Pet .3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-32009, Plenário, DJE de 1º - 7 - 2010).

De acordo com André de Carvalho Ramos, o principal critério para a definição do fato indígena foi chamado “marco temporal”, definido como “chapa radiográfica” pelo Min. Relator Ayres Brito, ao passo que o Min. Lewandowski designou por “fotografia do momento”. (RAMOS; 2017, p. 788)

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal vem adotando a tese do marco temporal estabelecida em decisão plenária no julgamento da Petição nº. 3388, que trata da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Nessa decisão, definiu-se a data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, como marco insubstituível para a constatação dos direitos originários dos povos indígenas às suas terras tradicionais.

Desde o Caso Raposa Serra do Sol, o STF tem adotado a tese do renitente esbulho em sentido estrito, mantendo a titularidade dos não índios, como no Caso da Terra Guyrároka, da comunidade indígena Guarani-Kaiowá e no Caso da Terra indígena Limão Verde, da comunidade indígena Terena. (RAMOS; 2017, p. 883)

André de Carvalho Ramos (2017, p.883) explica que no caso da Terra indígena Limão Verde, o Min. Relator Teori Zavascki condicionou a existência do esbulho ao critério do marco temporal, afirmando que, há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Em parecer sobre a criação do marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios, o jurista José Afonso da Silva (2015, p. 7) defende que é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet.

3.388 sobre as Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, pois, segundo ele, fixado de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da CF de 05 de outubro de 1988, e também por ter dado ao conceito valor normativo com observância geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas.

Dispõe a ementa do acórdão:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine: ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam. (Pet. 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-32009, Plenário, DJE de 1º - 7 - 2010).

José Afonso da Silva (2015, p. 8) argumenta que se a Constituição Federal tivesse estabelecido essa data, trataria da mesma explícita ou implicitamente, o que em sua opinião não ocorre vez que nenhuma cláusula do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Para ele o sentido que se extrai do caput deste artigo é diverso.

Positiva o art. 231, da CF de 88 que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os bens.

Ao analisar semanticamente os termos empregados pela Carta Magna, José Afonso da Silva (2015, p. 8) observa que ao utilizar o termo “reconhecidos...os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é porque são preexistentes à promulgação da Constituição. Se a Constituição afirmasse: “são conferidos, etc.”, então, nesta hipótese, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos.

Contrariamente ao entendimento estabelecido no acórdão da Pet. 3.388, José Afonso da Silva (2015, p. 9) declara “que a Constituição de 1988 consiste no último elo do reconhecimento jurídico-constitucional da continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, por fim, não seria o marco temporal desses direitos”.

Neste sentido defende que, o documento que inequivocamente criou um marco temporal e o reconhecimento jurídico formal dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Carta Régia de 30 de julho 1611, promulgada por Felipe III. (SILVA; 2015, p. 9).

José Afonso da Silva (2015, p. 10) pontua que as demais Constituições perpetuaram essa consagração formal até a Constituição de 1988 que adicionou a confirmação de outros direitos. Não havendo inovação da Constituição de 1988 no que se refere aos direitos originários sobre as terras indígenas, pois basicamente constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934. Considerando que esta, foi a primeira a dar consagração constitucional a esses direitos e garantia de sua proteção efetiva, a data de sua promulgação, 16 de julho é que dever-se-ia considerar o marco temporal.

Em que pese a importância da Constituição de 1988 na continuidade desse reconhecimento constitucional, para José Afonso da Silva (2015, p. 10) este não constitui o marco, e o deslocamento desse marco interrompe a perenidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, desrespeitando às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção a estes direitos.

O rompimento dessa continuidade usurpa os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades. (SILVA; 2015, p. 10)

Diante de tais considerações, então, é possível identificar que a partir do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Min. Carlos Britto definiu alguns critérios para o reconhecimento de determinada terra como terra indígena, dentre eles o marco da tradicionalidade da ocupação e o marco temporal da ocupação.

Bruno Pegorari (2017, p.248) explica que, de acordo com o primeiro, a consideração da terra indígena como tradicional depende da comprovação do caráter de perdurabilidade das comunidades indígenas com relação a terra, em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência.

O critério do marco tradicional da ocupação estabelece que os indígenas devem preencher, basicamente dois elementos: um imaterial (espiritual, ancestral, psicológico) e outro material (da relação direta com a terra, e.g. pesca, caça, etc.), consoante ao artigo 231, §1º da Constituição da República. O segundo critério cria o marco temporal da ocupação que estabelece que as terras indígenas serão aquelas nas quais houve efetiva ocupação, pelas populações indígenas, na data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988. (PEGORARI; 2017, p.248)

Destaca o autor que este parâmetro chama a atenção por restringir o direito à terra para quem do trazido no próprio texto constitucional. A Constituição diz que são

terras indígenas aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, mas não exige que eles a estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da Constituição, justamente pelos critérios trazidos pelo marco da tradicionalidade. (PEGORARI; 2017, p. 249)

Conforme Bruno Pegorari (2017, p. 249), a decisão apresenta um problema grave. Seu erro central foi restringir deliberadamente o direito originário à terra por meio de um marco temporal irrefletido que não guarda qualquer vínculo racional com a situação jurídica analisada. O estabelecimento arbitrário da referida data estaria, assim, maculado pelo vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos, assim como o histórico compartilhado das graves violações dos direitos humanos desses povos por parte de particulares e do próprio Estado.

3.1.3 O renitente esbulho

Definido o marco de 5 de outubro de 1988 como data na qual deveria ser analisada a situação fática da existência da presença indígena e de sua ocupação tradicional, cumpre destacar que o STF reconheceu a exceção do chamado “renitente esbulho”, pela qual as terras seriam ainda indígenas mesmo ausente a ocupação no dia 5 de outubro de 1988, na hipótese de ficar provado que a ausência de ocupação houvesse se dado por “efeito de renitente esbulho por parte de não índios” (STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, *DJE* de 19-7-2010, trecho do voto do Min. Ayres Britto).

De acordo com José Afonso da Silva (2015, p. 11), criaram-se dois conceitos prejudiciais aos direitos fundamentais dos índios, o marco temporal em 05 de outubro de 1988, e não da data da promulgação da Constituição de 1934, como uma interpretação coerente e sistemática recomendaria, e o conceito de esbulho renitente.

Neste sentido, afirma a contrariedade à proteção constitucional aos direitos indígenas a aplicação do instituto do renitente esbulho aos conflitos que envolvem suas terras vez que não são de conflitos tipicamente possessórios do direito civil, pois não se trata de uma disputa individual em que um possuidor subtrai a posse do outro. Os direitos originários dos índios sobre a terra pertencem às comunidades indígenas.

Assim, esta ocupação fundamenta-se no indigenato, em virtude do reconhecimento dos direitos originários sobre ela. (SILVA; 2015, p. 11)

Finalmente, no que concerne à tese do renitente esbulho em sentido estrito, e à violação dos direitos dos povos indígenas, José Afonso da Silva (2015, p. 11) explica que os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não gozavam de legitimidade processual, em face do regime tutelar, aduz que:

Exigir deles o cumprimento de ônus, qual seja a defesa das terras que ocupam, que são de propriedade da União, e que, pela sua situação de tutelado, não podem cumprir, é desconhecer que o direito se interpreta em relação ao contexto em que incide, sem levar em conta que a Constituição lhes garante também sua organização social, costumes e tradições. (SILVA, 2015, p. 11)

Raquel Osowski (2017, p. 322) observa que, inobstante seja possível verificar um rompimento com o paradigma constitucional assimilacionista na CF de 88, com a garantia ao direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, bem como o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, a conjuntura evidencia que o Estado Brasileiro não obteve êxito em criar uma nova relação com esses povos originários.

Neste sentido, Leila Bijos e Cristina de Melo (2016, p. 24) ponderam que “os povos indígenas foram invisibilizados por um grande período tendo suprimido um dos seus direitos mais basilares e referenciais da sua própria identidade o direito à terra”.

Entretanto, identificam que se consolidou uma maior proteção a tal direito, na ordem interna e ordem internacional, de forma que a multiculturalidade na atualidade destaca-se como premissa na formulação e aplicação das leis, sendo estas norteadas pelos vetores axiológicos: a dignidade da pessoa humana e o direito ao reconhecimento. (BIJOS E MELO; 2016, p. 24)

José Afonso da Silva (2017, p. 870), destaca que a CF de 88 avança na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios, nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, autorização congressional para mineração em terras indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições, entretanto, o nível do alcance de proteção continue insatisfatório.

O novo texto constitucional consagrou o espírito pluralista, libertário e democrático, ao reconhecer aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, adotando um maior relativismo cultural, porém apesar dos avanços, ainda existem muitos obstáculos para a efetivação dos direitos indígenas que para serem superados dependem da “conscientização social quanto à importância da solidariedade, da fraternidade, e do direito à diferença. ” (ANJOS FILHO; 2009, p.293)

A Relatora especial das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, em visita ao Brasil, em comunicado final, apontou para a gravidade dos desafios enfrentados por povos indígenas, dentre eles dá destaque à interpretação equivocada dos artigos 231 e 232 da Constituição, na decisão judicial sobre o caso Raposa Serra do Sol, bem como a criação da tese do marco temporal. (ONU, 2016)

Diante das graves ameaças à sustentabilidade dos povos indígenas em virtude do comprometimento e degradação das terras e águas, resultantes do desmatamento, destruição de rios e empobrecimento dos solos oriundos da prática intensiva de monoculturas e atividades de mineração, identificou-se urgência na demarcação desses territórios. (ONU, 2016)

Em que pese a inexistência de natureza obrigatória, a decisão judicial do Supremo Tribunal sobre o caso de Raposa Serra do Sol vem impedindo a demarcação de terras. Considerando que o agravamento das dificuldades que os povos indígenas vêm enfrentando, desde a promulgação da Constituição de 1988, as recomendações gerais, da Relatora especial das Nações Unidas (ONU, 2016), foram no sentido de redobrar “os esforços para superar o impasse atual relativo à demarcação de terras.

Dailor Sartori Jr. (2017, p.134) afirma que os elementos da fundamentação do marco temporal e do renitente esbulho manifestam a colonialidade do saber, ao promover hierarquias entre as formas de compreensão do território e a formação de sociabilidades. A consequência para o direito é a interpretação dos direitos territoriais indígenas ainda de forma marcadamente civilista e hegemônica, ignorando que o paradigma pluriétnico da Constituição de 1988 inclui a consideração de outras cosmologias e territorialidades

4. TERRAS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL

A Constituição brasileira de 1988 inova ao romper com o paradigma assimilacionista dos povos indígenas, reforçando a importância de respeitar as suas instituições, valorizando suas culturas e tradições. Esse mesmo movimento é observado no plano internacional e os aspectos dessa mudança de paradigma serão abordados a seguir.

Sobre a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, Débora Duprat Pereira (2018, p.86) observa a ruptura com o modelo anterior, a partir da Convenção n. 169, que já em seu preâmbulo subscreve: Considerando que a evolução do Direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.

4.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE O DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NA ORDEM INTERNACIONAL

O ponto de partida da proteção internacional aos direitos dos povos indígenas foi a Convenção n. 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, que revelava um enfoque integracionista, cuja preocupação central era a integração as populações indígenas. O caráter assimilacionista violava explicitamente o direito à diversidade cultural dos povos indígenas. (PIOVESAN; 2017, p. 316)

Diante das críticas a Convenção n. 107 foi revisada, culminando na Convenção n.169, de 07 de junho de 1989, sobre Povos Indígenas e Tribais, que refletia um novo paradigma marcado pelo direito à diversidade, pelo reconhecimento da identidade própria dos povos indígenas, pelo seu direito à participação, pelo direito à terra, bem como pelos princípios de etnodesenvolvimento e de autodeterminação. O Estado Brasileiro ratificou esta Convenção em 25 de julho de 2002. (PIOVESAN; 2017, p. 317)

A consulta e participação dos povos indígenas são preceitos fundamentais da Convenção n. 169, vejamos a disposição de seu artigo 2º: “os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”

Sobre a inexistência de um tratado específico, de efeito jurídico vinculante, para a proteção dos direitos dos povos indígenas, Flávia Piovesan (2017, p. 316) pontua que decorre das dificuldades em se obter consenso entre Estados, referente à dimensão dos direitos dos povos indígenas, especificamente, em relação ao direito à terra e ao princípio da autodeterminação.

Conforme Flávia Piovesan (2017, p. 317), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo efeito jurídico é recomendatório (*soft law*), confirma a proteção do direito às terras que ocupam. Assim, faz menção à importância do fortalecimento da cosmovisão indígena fundamentada em suas relações espirituais e materiais com a Terra, águas, plantas, animais.

A Convenção n. 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.051/2004, tem natureza de ato normativo supralegal, por ser tratado internacional de direitos humanos.

Conforme os artigos do referido tratado:

Artigo 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (Convenção n. 169, OIT; 1989)

Sendo assim, medidas legislativas ou administrativas que possam vir afetar diretamente os povos indígenas depende de consulta livre, prévia e informada, de modo que eventual descumprimento das suas determinações pode gerar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ratificou a incorporação da Convenção n. 169 da OIT ao Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, nos precedentes *Pueblo Samaramaka vs. Suriname* (2007) e *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012). (BIGONHA E TORELLY; 2018, p.69)

Há exigência expressa de que a consulta seja de forma livre, prévia e informada. Para ser informada, o objeto consultado deve ser perfeitamente identificado. Destaque-se que no caso Raposa Serra do Sol não houve clareza quanto à possibilidade de estabelecimento de condicionantes, e tampouco os índios interessados não foram consultados sobre cada uma delas e nem mesmo sobre a tese do marco temporal.

É imperioso destacar que descumprido o direito de consulta enquanto pressuposto de validade de qualquer ato que impacte diretamente os direitos dos índios, é de reconhecer afronta ao texto da Convenção n. 169 da OIT e também da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, também estatui em seu artigo 8.1: “Os povos e indivíduos indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”.

Sobre a relação entre terras indígenas e identidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2014, p.75) proferiu decisões paradigmáticas. Por exemplo, no caso Comunidade Indígena *Yakye vs. Paraguai*, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que:

A garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial. (CIDH; 20147, p.75)

Todos esses textos normativos internacionais, bem como a jurisprudência, ressaltam a terra como elemento essencial ao exercício dos direitos que passam a ser então reconhecidos aos povos indígenas.

Vislumbra-se que a mudança paradigmática em relação aos direitos indígenas vai ao encontro da valorização dos diversos saberes e cosmovisões. Conforme pontua Lara Bonin (2015, p.1), as experiências e os saberes indígenas consideram o universo

em sua totalidade e inserem o ser humano em uma complexa rede de relações que envolvem os seres, naturais e sobrenaturais, integrando a vida como um todo. Essas cosmologias, portanto, não se confundem e nem podem ser contidas dentro da lógica materialista e mercadológica consagradas.

4.1.1 Fundamento da propriedade coletiva: natureza ancestral e comunal

Os direitos dos povos indígenas estão consagrados em diversos instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção n. 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tais diplomas asseguram expressamente os direitos dos índios sobre suas terras, de forma que eventual restrição desses direitos pelo Estado Brasileiro significaria afronta ao direito internacional dos direitos humanos havendo grandes riscos de responsabilização na esfera internacional.

Neste sentido dispõe a Convenção n. 169 da OIT:

Artigo 13 – “1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo ‘terras’ nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14 – 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 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.” (Convenção n. 169, OIT; 1989)

Consoante os referidos diplomas internacionais, é dever do Estado garantir os direitos dos índios sobre suas terras, além de proteger essas áreas de qualquer tentativa de esbulho de terceiros, punindo, independentemente do tempo, a intrusão de terceiros em terras indígenas. (BIGONHA E TORELLY; 2018, p.69)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já se manifestou nesse sentido, declarando que o direito dos índios à reivindicação de seus territórios deve ser garantido e respeitado, pois baseado no vínculo cultural existente, que persiste mesmo diante da existência de títulos privados de terceiros.

4.1.2 O Direito à propriedade coletiva dos Povos Indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Em 1969, foi assinada em *San José* (Costa Rica), na Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Conhecida como Pacto de *San José da Costa Rica*, a Convenção entrou em vigor no ano de 1978. Constitui o principal documento e o mais efetivo instrumento internacional de proteção aos direitos humanos no continente americano.

A CADH criou um sistema de controle e supervisão das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-parte mediante um verdadeiro Processo Internacional dos Direitos Humanos que funciona segundo um mecanismo bifásico. Após apreciação pela Comissão Interamericana, na fase de admissibilidade (art. 46, CADH); pela tentativa de solução amistosa (art. 48, CADH); e pelo “primeiro informe” (art. 50, CADH), sem que haja a resolução o caso é encaminhado ao órgão jurisdicional competente para interpretação da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil ratificou no ano de 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vinculando-se às obrigações previstas.

Em 1998 o Brasil reconheceu a competência contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção, comprometendo-se internacionalmente a cumprir as decisões da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dispõe o art. 62, da CADH que:

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.
(...)

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou

reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (CADH, 1969)

As consequências principais do reconhecimento desta jurisdição contenciosa obrigatória são que suas decisões serão aptas a vincular e responsabilizar o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos Humanos prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva.

Conforme os artigos 67 e 68.1 “a sentença da Corte é definitiva e inapelável” e os Estados-partes “comprometem-se a cumprir suas decisões em todo caso em que forem partes”; bem como o Brasil deverá observar e respeitar os direitos humanos no âmbito interno previstos na CADH conforme interpretados pela Corte Interamericana, sob pena de responsabilização internacional.

O direito à propriedade coletiva não está exposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, contudo a jurisprudência da Corte ao tratar do direito à propriedade privada, no art. 21, trata robustamente do tema.

Segundo André Ramos de Carvalho (2017, p.888), a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui importante jurisprudência referente aos direitos indígenas, utilizando em alguns casos a Convenção n. 169 da OIT para especificar, a favor das comunidades indígenas, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Frise-se que a sentença da Corte não pode ser resolutiva quanto à aplicação da Convenção n. 169 da OIT, em virtude de descumprimento desta. Contudo a Corte poderá condenar o Estado parte por descumprir o pacto, interpretados os seus conceitos à luz da Convenção n. 169 da OIT, pois a Corte não tem competência para verificar cumprimento desta, mas sim do Pacto de San José da Costa Rica.

Sobre a interpretação da CIDH em relação ao direito de propriedade (art.21), em 2006, no caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (CIDH, 2014), a Corte decidiu pela violação do direito à propriedade coletiva em face da inefetividade do processo de solicitação do território, que gerou resultado insatisfatório. A impossibilidade deste povo de acessar seu território coletivo resultou em um estado de alta vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária pondo em risco a vida e integridade da comunidade.

O Tribunal analisou se a posse por parte dos indígenas era um requisito para o reconhecimento oficial da propriedade, e no caso de não ser um requisito, se o direito

à devolução tem um limite temporal. Por fim, a Corte sugeriu medidas que deveriam ser adotadas para efetivação o direito de propriedade indígena (CIDH, §126).

A Corte confirmou que a posse produz efeitos similares ao título de propriedade, sendo exigíveis perante o Estado. Nas hipóteses em que a posse foi perdida por motivos alheios à vontade dos índios (o “renitente esbulho em sentido amplo) estes continuam os proprietários de suas terras, salvo se as tenham vendido a terceiros de boa-fé. Uma outra situação se daria nos casos em que os membros tenham perdido a posse involuntariamente e estas tenham sido vendidas a terceiros inocentes. Neste caso os indígenas teriam o direito de recuperá-las ou de obter terras de igual extensão e qualidade. Neste sentido, a posse não foi considerada pré-requisito que condiciona a existência do direito à recuperação das terras (CIDH, §128).

Sobre a questão temporal, a Corte defrontou-se com a questão sobre se o direito de recuperação das terras tradicionais permanece indefinido no tempo ou existiria um limite. A Corte entendeu que enquanto perdurarem a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas em relação às suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente, caso contrário se extinguirá. Sobre como definir esta relação entre os povos e suas terras, a Corte Interamericana, definiu que dependerá do povo indígena envolvido em cada caso concreto e podendo se analisar o seu uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais, assentamentos ou cultivos esporádicos, caça, pesca ou coleta permanente ou nômade, uso dos recursos naturais ligados a seus costumes ou qualquer outro elemento característico de sua cultura (CIDH, §131).

Finalmente, a Corte estabeleceu que deve ser considerado se a relação com a terra é faticamente possível, visto que os índios podem encontrar óbices para retomada do território por causas alheias à sua vontade sendo um verdadeiro um obstáculo efetivar a relação. Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos, violência ou ameaça desapareçam (CIDH, §132). Neste sentido, a Corte decidiu que o direito da Comunidade Sawhoyamaya de recuperar suas terras não caducou no caso concreto.

Sobre a importância da proteção do direito à vida, a abarcar a própria identidade cultural, pelo Direito Internacional, Antônio Cançado Trindade (2013, p.96), juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que o deslocamento forçado interno

de comunidades indígenas de suas terras ancestrais, com a consequente marginalização e exclusão, se mostra como um grave problema de direitos humanos.

Em seu *Voto Razonado* no caso da Comunidade Indígena *Sawhoyamaxa* ponderou que:

“No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, - así como caso de la Comunidad Yakye Axa, - y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. La tríada formada por la victización, el sufrimiento humano y la rehabilitación de las víctimas, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.” (2013, p.96)

No mesmo *Voto Razonado* no caso dos “*Niños de la Calle*” advertiu:

“Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social. El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás.

Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, ecoado en el plano internacional. El presente caso de la Comunidad Sawhoyamaxa demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Ésto es particularmente significativo por las circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena.” (2013, p.97)

Segundo André de Carvalho Ramos (2017, p. 885), a jurisprudência da Corte IDH sobre o direito dos indígenas à propriedade coletiva da terra assemelha-se ao conteúdo da teoria do indigenato, pela qual o vínculo material e espiritual dos índios em relação à terra são suficientes para declarar a existência do direito a ela, dispensando-se o critério do marco temporal (no caso do Brasil, a edição da CF/88).

O autor reafirma a necessidade de efetivo diálogo entre as cortes (Corte Interamericana e STF), caso contrário, pode levar ao controle de convencionalidade de matriz internacional a ser realizado pela Corte IDH, impondo ao Brasil deveres de reparação pela violação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (RAMOS; 2017, p.885)

Portanto, no que se refere ao sistema interamericano de direitos humanos e a tese do marco temporal, verifica-se que no caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, a Corte Interamericana decidiu no sentido de que a relação de identidade existente entre os índios e as suas terras garante o direito de recuperação dos seus territórios, independentemente de prazo, enquanto perdurarem os laços espirituais e culturais, contrapondo-se frontalmente à tese de um marco temporal, conforme adotado pela Corte do STF.

Adotando-se o entendimento já consolidado pela CIDH como paradigma considera-se a medida mais justa e adequada que o Estado Brasileiro busque garantir a proteção dos territórios indígenas, inclusive mediante retorno para aqueles que tenham sido objeto de esbulhos pelo próprio Estado ou por particulares.

Neste sentido, a Relatora Especial das Nações Unidas para povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, em missão ao país, rechaçou expressamente a possibilidade de estabelecer condições restritivas aos índios para o usufruto de seus territórios, especialmente um suposto marco temporal.

A Relatora Especial da ONU, Victoria Tauli-Corpuz, manifestou preocupação com a situação dos povos indígenas no Brasil e lamentou o que chamou de “ausência de progresso” depois de oito anos da última visita ao país de um relator das Nações Unidas para o tema. Segundo o relatório de 2016, enviado pelo então Secretário-Geral da ONU, Ban-Ki-moon, à Assembleia Geral, o Brasil não deve subestimar os riscos de “efeitos etnocidas” que o cenário atual representa para os povos indígenas.

Em março [de 2016], a relatora já havia divulgado comunicado final sobre a visita, no qual apontou retrocessos na proteção dos direitos dos povos indígenas, “uma tendência que continuará a se agravar caso o país não tome medidas imediatas como proteger a segurança de líderes indígenas, concluir investigações sobre assassinatos e redobrar os esforços para superar o impasse relativo a demarcações de terras”.

Ela ainda criticou a interrupção dos processos de demarcação, incluindo 20 terras indígenas pendentes de homologação pela Presidência da República; a incapacidade de proteger as terras indígenas contra atividades ilegais; os despejos em curso; os efeitos negativos dos megaprojetos em territórios indígenas ou perto deles; e a violência, assassinatos, ameaças e intimidações contra os povos indígenas perpetuados pela impunidade. (ONU, 2016)

Mais recentemente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) fez uma visita ao Brasil, que ocorreu de 5 a 12 novembro de 2018, em função de convite formulado pelo Estado brasileiro. O objetivo da verificação *in*

loco foi o de observar a situação dos direitos humanos no país. (ONU, 2018)

Quanto ao precedente firmado na Pet no 3.388/RR, o documento da Comissão IDH trouxe os seguintes apontamentos:

Além disso, no âmbito do Judiciário, a tese marco temporal foi aplicada em várias decisões judiciais tomadas pelos tribunais regionais federais com vistas à anulação da demarcação de terras. Em Mato Grosso do Sul, a Comissão visitou a terra indígena Guyaroká, durante a qual foi informada de que o STF havia aplicado a tese do marco temporal voltado para anular processos demarcatórios já realizados através do relatório de identificação e delimitação publicado em 25 de novembro de 2004. Após 14 anos, a comunidade ainda permanece fora da maior parte do seu território: dos 11.401 hectares identificados, os indígenas ocupam menos de 5%. A CIDH foi informada de que, como consequência da aplicação do marco temporal, a comunidade corre o risco iminente de ser despejada, mesmo desta pequena parte de suas terras. Por sua vez, a aplicação desta tese ignoraria os muitos contextos de despejos forçados e deslocamento interno que impediram os índios para a posse real de grande parte de sua terra em 1988. A Comissão considera que a tese prazo é contrária às regras e normas de direitos humanos internacionais e interamericanas, particularmente à Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, uma vez que esta tese procura condicionar temporalmente a garantia aos direitos territoriais dos povos indígenas, a vez que tal fato deve ser dado pela existência *per se* de esses povos. (ONU; p.13, 2018)

O panorama internacional impõe ao Estado Brasileiro o dever de demarcar, respeitar e proteger as terras indígenas, vedando-se atos em prejuízo dos direitos e interesses dos índios. No que tange às normas do direito internacional dos direitos humanos demonstra-se a necessidade de adequação da jurisprudência, no que se refere à demarcação das terras indígenas, sob pena de persistir situação de inconveniência que expõe o Brasil a riscos de responsabilização internacional.

5. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH) E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): O DIÁLOGO DAS CORTES SOBRE A MATÉRIA INDÍGENA

O direito à propriedade e à posse de terras previstos no art. 14 da Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais figuram como categoria de direitos especiais.

No âmbito global, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos indígenas afirma no art. 26:

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.

2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram. (DADPI; 2008)

Em que pese a natureza de *soft law*, portanto, não vinculante ou obrigatório, a Declaração reflete o desenvolvimento das normas internacionais sobre a questão do direito à demarcação das terras indígenas, e a implicação dos Estados no que se refere à adoção das diretrizes e princípios consolidados.

Alexandre Gonçalves LIPPEL (2014, p. 56) afirma que:

Por seu conteúdo, a Declaração estabelece um novo patamar internacional no tocante aos direitos dos povos indígenas. Constitui um ponto de chegada, pois consolida e sintetiza os avanços realizados no direito internacional dos direitos dos povos indígenas, aprofundando e ampliando direitos que estão na Convenção nº 169 da OIT, e incorpora demandas indígenas. Mas é também um ponto de partida, pois sua efetividade depende do comprometimento dos estados do sistema das Nações Unidas. (2014, p. 56)

No sistema Interamericano de Direitos humanos, a proteção aos direitos territoriais indígenas resulta da interpretação evolutiva do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San José da Costa Rica*), que trata do direito à propriedade privada. Integram o sistema Interamericano de monitoramento dos direitos dos povos indígenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Relatoria Especial sobre Direitos Indígenas, criada em 1990.

A Comissão, por vezes, tem levado casos à Corte Interamericana, quando o Estado descumpra recomendações da Comissão e onde haja reconhecimento da jurisdição da Corte. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de deter função consultiva, figura como órgão de jurisdição internacional, o que lhe outorga competência para analisar possíveis violações, por ato ou omissão dos Estados-partes das disposições instituídas na Convenção Americana de Direitos Humanos e em outros tratados que possam ser objeto de cognição deste mesmo órgão. (BIJOS E MELO; 2016, p.28)

Conforme dispõe o art. 62.3, a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial. (CADH; 1969)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante as regras de interpretação não restritivas do art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), abarcou dimensões como a propriedade coletiva, a territorialidade, a ancestralidade e a sacralidade, fundamentais para a compreensão da cosmovisão do índio com a terra, sobrepondo-se, inclusive, ao modelo civilista.

Art. 29 Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (CADH, 1969)

Consoante essas diretrizes, a Corte Interamericana, no julgamento do caso *Awás Tinguí vs. Nicarágua*, afirmou que é dever do Estado delimitar, demarcar e titular o território das comunidades indígenas, além de se abster de realizar atos que impeçam o uso e gozo dos bens localizados nessas áreas enquanto a delimitação não ocorrer:

Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futura. (Corte IDH; 2014)

A integração entre a Convenção nº 169 da OIT e o Pacto de *San José da Costa Rica* proporcionou um verdadeiro sistema de proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas na Corte Interamericana orientado pelo princípio *dubio pro homine*, que impõe a aplicação da norma ou interpretação mais favorável quando se tratar de reconhecer direitos protegidos. De modo que, em casos de inevitável choque de direitos duplamente assegurados na CADH, como ocorreu no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte considerou útil e apropriado utilizar disposições da Convenção nº 169 da OIT, levando em consideração a aplicação da norma mais ampla e clara sobre o tema. (BIJOS E MELO, 2016, p.29)

Conforme explica Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 105), a multiplicação de comandos internacionais de proteção dos direitos humanos e a

complementariedade existente entre eles resultou em uma maior chance de efetividade da proteção dos direitos reivindicados vez que devem predominar interesses comuns superiores, considerações de ordem pública e a noção de garantia coletiva dos direitos protegidos.

Andre de Carvalho Ramos (2011, p. 521) explica que um diálogo com a legislação nacional deve ser estabelecido com a finalidade de encontrar a justaposição mais adequada possível visando a efetividade dos direitos humanos protegidos, sob pena de se adstringir a uma interpretação dos tratados nacionalmente, “sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam”.

No que se refere ao plano interno, a aplicação pelo Poder Judiciário local das normas internacionais voltadas à proteção da pessoa humana deve se nortear pelas mesmas diretrizes integradoras dos comandos internacionais com objetivo de efetivação dos direitos humanos protegidos.

5.1 A (IN) COMPATIBILIDADE DO MARCO TEMPORAL DE 1988 COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No julgamento da Pet nº 3.388/RR (Caso Raposa Serra do Sol), o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a tese do marco temporal de ocupação indígena na data da promulgação da Constituição de 1988, definindo como limite à fixação de uma ocupação tradicional a avaliação da efetiva ocupação da terra reivindicada, pelos indígenas, no momento da promulgação da Constituição de 1988, sendo que a comprovação do renitente esbulho constituiria a única exceção para o não atendimento desse requisito.

Cumprir destacar que apesar da ausência de efeitos vinculantes, a decisão proferida ostenta força persuasiva da mais alta corte do país, como ponderou o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento dos embargos de declaração opostos, o marco temporal fora aplicado outros casos, tanto no Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a decisão não tenha efeitos vinculantes, ou seja, não obrigue juízes e tribunais a aplicar o mesmo entendimento a outros processos relativos a TIs, a tese do marco temporal de ocupação passou a orientar a hermenêutica do artigo

231 da Constituição Federal e constitui precedente judicial apto a influenciar decisões em todas as instâncias do Poder Judiciário. Os resultados têm sido a anulação de processos de demarcação, aumento dos conflitos no campo, insegurança jurídica e incertezas sobre os direitos territoriais indígenas. (CIMI, jun.2019)

A exemplo, tem-se o julgamento da Ação Rescisória (AR) 2686, pela Segunda Turma do STF, por meio da qual o povo Guarani Kaiowá busca reverter a decisão que anulou a demarcação da TI *Guyraroka*. Além do marco temporal e da falta de participação dos indígenas no processo, outros pontos graves são questionados na decisão.

De acordo com a CIMI, decisão que anulou a demarcação da Terra Indígena (TI) *Guyraroka* foi permeada por uma série de violações à Constituição Federal e a tratados internacionais. Entre elas, destaca-se o fato de que os Guarani *Kaiowá* não foram ouvidos em nenhuma etapa do processo.

“Como podem dizer que o *Guyraroka* não existe sem nem nos ouvirem?”, questiona a *Guarani Kaiowá* Erileide Domingues, do *tekoha Guyraroka*. “Não ouviram a liderança, nem o *nhanderu* [rezador], nem sequer mesmo a juventude. Então, pedimos que os ministros ouçam a gente, que ouçam a voz da comunidade *Guyraroka*”. (CIMI; jun.2019)

A falta de participação dos indígenas no processo é um dos principais pontos questionados na Ação Rescisória. Os *Guarani Kaiowá* não só não foram intimados no processo, como tiveram, duas vezes, sua admissão negada com base no “regime tutelar do índio”, evocado pelo relator Gilmar Mendes. Em manifestação no processo, a PGR afirma que é correta a alegação de nulidade do julgado porque, apesar da decisão ter atingido a comunidade do *Guyraroka* direta e concretamente, os indígenas não foram ouvidos. (CIMI; jun.2019)

Conforme afirma a assessoria jurídica da CIMI (jun.2019), que acompanha o caso da comunidade *Guarani Kaiowá*, as violações são diversas e muito graves constituindo um processo de grande importância no STF, vez que o primeiro em que a tese do marco temporal foi aplicada. Após este caso, ocorreram os processos de Limão Verde e Porquinhos, referentes às demarcações dos povos *Terena* e *Kanela-Apanjekra* que também foram anuladas pela Segunda Turma em 2014.

Em 2017, o caso *Guyraroka* também foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em 2019, Erileide Domingues também

denunciou a situação de seu povo na Organização das Nações Unidas (ONU). (CIMI; jun. 2019)

Diante do exposto, cumpre destacar que a interpretação do marco temporal pelo STF, que apesar da não obrigatoriedade vem sendo aplicado a diversos processos, não está expressa no texto constitucional, seja no art. 231, 232 ou outro, não havendo previsão da necessidade de ocupação tradicional no momento exato da promulgação da Constituição de 1988.

Leila Bijos e Cristina de Melo (2016, p.32) afirmam que a Constituição não exige a imemorialidade da ocupação, nem a ocupação no momento da promulgação da Constituição, referindo-se unicamente à “terras que tradicionalmente ocupem”. Nesse sentido a tradicionalidade deverá ser demonstrada seguindo-se os indicativos da própria Constituição (§ 1º do art. 231), tecnicamente demonstrados pelo laudo antropológico, prova pericial, nos termos do Código de Processo Civil.

Em vista da ordem jurídica plural, o sistema interno de proteção dos direitos fundamentais deve dialogar com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, de modo que o pluralismo jurídico orienta a uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais (WOLKMER, 2001, p. 183).

A Convenção nº 169 da OIT impõe o dever do Estado de “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” (art. 14.2). Fixando assim o direito dos povos indígenas à posse ou propriedade das terras que tradicionalmente ocupam.

Contudo, a leitura do termo “propriedade”, no artigo 14.1 deve ser feita em conjunto com o artigo 34, que aduz ao princípio da flexibilidade na aplicação da Convenção, “levando-se em conta as condições peculiares de cada país”, em adequação ao ordenamento brasileiro que dispõe no artigo 20, inciso XI da Constituição Federal brasileira, as terras indígenas são bens da União. Portanto, as comunidades indígenas brasileiras possuem direito à posse, mas não à propriedade das terras que ocupem não havendo divergência da Convenção nº 169 da OIT, em face do princípio da flexibilidade.

Entretanto, no que se refere à imposição aos povos indígenas a obrigação de ocupação tradicional no momento da promulgação da Constituição de 1988 para reconhecimento do direito à posse das terras que ocupam, Leila Bijos e Cristina de Melo (2016, p.33) entendem que não há respaldo na Constituição, inexistindo tal requisito, bem como nas normas de proteção dos direitos humanos internacionais, especialmente o Pacto de San José e a Convenção nº 169.

Em face da formação de um bloco de constitucionalidade formado pela Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos, não se justifica a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal do referido marco temporal vez que tanto a norma interna quanto a internacional são mais protetivas do que a interpretação dada pela corte brasileira, que mitiga a amplitude dos direitos territoriais indígenas, impondo a todo Poder Judiciário nacional uma diretriz que vulnera o próprio direito fundamental protegido. (BIJOS E MELO; 2016, p.33)

Daniel Sarmento (2013, p.14) afirma que ao interpretar a Constituição, o STF deve considerar este compromisso internacional de respeito do direito humano à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, de forma a melhor proteger e promover tal direito no âmbito interno. Não fazê-lo, poderá expor o país à responsabilização no plano internacional, em virtude da violação de direitos humanos. O autor, considera, ainda, que a melhor interpretação da Constituição é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea, de modo a protegê-lo mais robustamente diante das maiorias legislativas.

Ante o exposto, verifica-se, a partir da jurisprudência da Corte IDH, no que se refere aos direitos às terras indígenas, que a responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos decorrente de ato judicial surge não apenas em face da decisão tardia ou inexistente, mas também quando a decisão viola o arcabouço de direitos humanos.

5.1.1. Outros casos paradigmáticos julgados pela Corte IDH referentes ao direito às Terras Indígenas

O caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* foi submetido pela Comissão Interamericana à Corte, em vista da violação pelo Estado da Nicarágua dos direitos à propriedade privada (art. 21, CADH) e à proteção judicial (art.25, CADH),

diante da não demarcação de terras de comunidades indígenas, em confronto ao direito da comunidade *Awás Tingni* às suas terras ancestrais, assim como à disposição dos recursos naturais.

A Corte condenou o Estado da Nicarágua pela violação aos direitos alegados, determinando que se adotasse medidas cabíveis para a delimitação, demarcação e titulação das terras correspondentes aos membros da comunidade *Awás Tingni*.

Reconheceu a Corte, por meio de uma interpretação evolutiva, os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico a sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. A Corte entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade, incluindo-se os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal.

Destacou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual, devendo ser preservado seu legado cultural para transmissão às gerações futuras. Acrescentou que, entre os indígenas, existe uma relação comunitária em face da propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua pertença não está centrada no indivíduo, mas na comunidade. (Corte IDH; 2014, p. 59)

A Corte ainda estabeleceu que o direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado especialmente em consideração em relação à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida, a posse da terra bastando para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra obtenham o reconhecimento oficial desta propriedade e o consequente registro. (Corte IDH; 2014, p.59)

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek vs Paraguai*, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (art. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral, afetando seu direito à identidade cultural. Na sentença fundamentou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, em virtude do significado

coletivo da terra, vez que a relação de pertencimento não se centra no indivíduo, mas no grupo e comunidade.

Ademais, o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção do art. 21 da Convenção. Ponderou pelo dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna. (Corte IDH; 2014, p.375)

O caso Comunidade indígena *Yakye Axa vs. Paraguai* também fora apresentado à Corte pela Comissão Interamericana, sob alegação de violação, pelo Estado do Paraguai, dos direitos à vida (art. 4º, CADH); garantias judiciais (art. 8º, CADH); à propriedade privada (art. 21, CADH); e à proteção judicial (art. 25, CADH). A afronta ao direito à propriedade ancestral, decorrente de seus antepassados, e comunitária da terra estaria ameaçando a sobrevivência e dignidade em virtude das vulnerabilidades alimentícias, médicas, sanitárias da da comunidade e de seus membros. (Corte IDH, 2014, p.75)

A decisão condenou o Estado do Paraguai, com base na violação aos direitos à vida, à propriedade, a garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecendo que fossem demarcadas as terras indígenas e providos os serviços básicos necessários à sobrevivência da comunidade *Yakye Axa*.

Ao delinear os contornos do direito à identidade cultural, afirmou a Corte IDH (2014, p.133) sobre o significado especial da propriedade coletiva das terras ancestrais para os povos indígenas, inclusive para preservar sua identidade cultural transmitindo-a para as gerações futuras, “em consideração a situação de especial vulnerabilidade à que foram levados, afetando sua forma de vida diferente (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que compreende a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva, à luz do corpus juris internacional existente sobre a proteção especial que requerem os membros das comunidades indígenas”. Acrescentou que “a cultura dos membros da comunidade indígena corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, construída a partir de sua relação com as suas terras tradicionais”. Destacou que a terra, para estes povos, não é apenas um meio de subsistência, mas um elemento integrante de sua cosmovisão, de sua religiosidade

e de sua identidade cultural. Pois a terra estaria estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, costumes e línguas, artes e rituais, bem como com a sua relação com a natureza, arte culinária, direito consuetudinário. Consoante sua relação com a natureza, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração para geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros da comunidade indígena.

6 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO POR CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é o mecanismo para análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais. André de Carvalho (2015, p. 321) afirma que o controle de convencionalidade de matriz internacional é atribuído a órgãos internacionais. Assim, o controle de convencionalidade internacional é exercido pelos tribunais internacionais de direitos humanos, Corte Europeia, Interamericana e Africana, os comitês onusianos, entre outros.

O parâmetro de confronto no controle de convencionalidade internacional é a norma internacional, geralmente um tratado, sendo que ordenamento nacional lhe deve obediência. No que concerne aos debates sobre direitos humanos, cabe à Corte Interamericana de Direitos humanos o controle de convencionalidade. Esta prerrogativa “decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.” (RAMOS; 2015, p. 323)

A respeito da interação entre o Direito internacional e o Direito interno, Cançado Trindade (1997, p. 558) ensina que, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Assim, a interação do Direito Internacional e do Direito interno repercute “no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. ”

André Ramos de Carvalho (2015, p. 324) coaduna com este entendimento ao defender que os controles nacionais e o controle de convencionalidade internacional devem interagir para permitir o diálogo e cruzamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

6.1 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

À luz do arcabouço principiológico sobre direitos humanos, que norteia o ordenamento jurídico internacional, cumpre destacar que “o princípio da proporcionalidade possui uma dimensão positiva que consiste na proibição da proteção insuficiente (ou deficiente) a um determinado direito, assim o Estado no campo dos direitos humanos não pode se omitir ou agir de modo insuficiente.” (RAMOS, 2015, p.125)

Resultado da dimensão objetiva dos direitos humanos, a proibição da proteção insuficiente deriva do reconhecimento dos deveres de proteção, identificando-se assim a função dúplice do princípio proporcionalidade, conforme André de Carvalho Ramos (2015, p.125) “serve para que se analise eventual restrição em demasia, mas também para que se analise se houve proteção deficiente dos direitos”.

O STF, ao julgar a Petição 3388/09, caso Raposa Serra do Sol, na condicionante de n. 11, determinou que a Constituição de 1988 era o referencial insubstituível para o dado da ocupação de um espaço geográfico por determinada etnia e que a tradicionalidade desta mesma ocupação não se perderia onde, ao tempo da promulgação do mesmo texto constitucional, a reocupação não tivesse ocorrido apenas por força de renitente esbulho por parte de não-índios. (Embargo de declaração, Pet 3.388, Roraima; p.8)

Paulo Thadeu Gomes da Silva (2016, p.2) defende que essa tese não revela a interpretação mais adequada à proteção dos direitos fundamentais indígenas por violar a variação da máxima da proporcionalidade representada pela proibição da proteção deficiente. Destaca que a indicação da data da promulgação da Constituição de 88 como uma espécie de termo *ad quem* para a configuração da posse indígena não está escrita, nem implícita, nem explicitamente, em nenhum dispositivo constitucional.

Com relação à comprovação do renitente esbulho, tal como exigida nos julgados antecitados, além de significar uma discutível transferência da observação do intérprete do âmbito do direito constitucional ao direito privado, de vez que demanda, segundo a interpretação ora analisada, a instauração de um conflito fundiário – e aqui pouco importa se se trata de indigenato ou de fato indígena –, quer dizer também que a qualificadora renitente parece valer mais que o próprio esbulho – pois se trata de renitente esbulho e não do seu contrário –, o que foi argutamente observado por José Afonso da Silva em seu parecer supracitado, como que a exigir dos índios que comprovem a

situação de renitência do esbulho até a data de promulgação da Constituição de 88. (GOMES; 2016, p. 2)

A interpretação nesse sentido constituiria, assim, em um erro epistemológico vez que em nenhum dispositivo a Constituição preceitua que ela mesma seja adotada como marco caracterizador da posse indígena nem tampouco faz exigência da comprovação de renitente esbulho.

Os direitos indígenas são considerados fundamentais pois são marcados pelos traços da universalidade, da preferencialidade, da moralidade, da fundamentalidade e da abstração. Paulo Thadeu Gomes da Silva (2016, p.3) explica que a fundamentalidade de um direito se manifesta quando o interesse, uma vez não satisfeito ou violado, pode causar grave sofrimento ou a morte ou tocar o núcleo da autonomia, que é a liberdade.

A não-satisfação ou violação do direito indígena ao seu território resultam em consequências que podem gerar grave sofrimento ou morte seja porque deles decorrem um real afronta à sua condição de permanência, seja porque deles decorrem uma interdição a sua reprodução física e cultural. Tratando-se de direito fundamental, o direito indígena ao seu território, como dispõe o artigo 231, da Constituição Federal, deve ser alvo da aplicação da máxima da proporcionalidade e, da proibição de proteção deficiente, como variação da máxima da proporcionalidade, definido como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais. (GOMES; 2016, p.3)

Geralmente a proibição da proteção deficiente é verificada na ação ou omissão legislativa, mas não judicial, na visão de Paulo Thadeu Gomes da Silva (2016, p.3) mesmo uma decisão judicial, ainda que emitida pelo STF, poderá ser objeto da interdição. Sobre a possibilidade de que decisão judicial possa ser objeto da incidência da proibição da proteção deficiente, defende que o controle respectivo, se for o caso, pode ser detonado via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Diante desse panorama, Paulo Thadeu Gomes da Silva (2016, p.4) afirma que as decisões proferidas pela 2ª Turma do STF, que determinam a Constituição de 88 como marco temporal à caracterização da posse indígena, são violadoras da máxima da proporcionalidade em sua variação da proibição da proteção deficiente, pois violam o direito fundamental indígena ao seu território, seja porque não está positivado,

expressamente, em qualquer dispositivo constitucional o tal marco, seja porque trivializa uma discussão a respeito de um direito fundamental ao cingi-la ao direito privado.

Por fim, cumpre destacar que a tradicionalidade não se confunde com antiguidade, em verdade de trata da maneira pela qual aquele que detém a posse se relaciona com a terra, o que, para os índios, constitui-se em habitat sem o qual não é possível a sobrevivência.

6.2 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Diante das considerações apresentadas acerca da interpretação consolidada da CIDH sobre o direito à terra indígena e a e a criação pelo STF do marco temporal para demarcação da terra indígena analisa-se a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro perante a CIDH.

Neste contexto, cumpre destacar que o Poder Judiciário não é independente do Estado e pode, mediante uma sentença que seja incompatível com uma regra de Direito Internacional comprometer a responsabilidade internacional do Estado. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos é perfeitamente possível responsabilizar um Estado-parte em razão de ato atentatório aos direitos humanos decorrente de ato judicial. (BIJOS E MELO; 2016, p.35)

De acordo com Leila Bijos e Cristina de Melo (2016,p.36), é factível a possibilidade da responsabilização do Estado brasileiro por ato do poder Judiciário que deprecie o acesso dos povos indígenas ao direito às terras que ocupam, em razão da imposição de requisito não expresso tanto na Convenção n. 169 da OIT, na própria Constituição Federal de 1988 ou na Convenção Americana de Direitos Humanos, qual seja, a ocupação dessas terras no momento da promulgação da Constituição, definido como Marco temporal.

Ademais, conforme entendimento jurisprudencial da Corte IDH, qualquer ato ou omissão do Estado, independentes dos poderes, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou da hierarquia do agente do Estado, ao violar um tratado de direitos humanos, resulta na responsabilidade internacional do Estado Parte em questão.

6.2.1 Controle de Convencionalidade e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 149) afirma que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA que tenham ratificado a Convenção Americana. Tratando-se de um tribunal supranacional interamericano, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos desde que estes tenham aceitado a competência litigiosa do tribunal (art. 62 da CADH).

Quando a Corte declara a ocorrência de violação de direitos humanos resguardado pela Convenção, exige a imediata reparação do dano e impõe, se for o caso, o pagamento de justa indenização à parte lesada. Nos termos do art. 68, §§ 1.º e 2.º, da Convenção, os Estados-membros comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (MAZZUOLI; 2017, p.152)

Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 253), a Constituição brasileira de 1988 acolhe os tratados de direitos humanos com índole e nível de normas constitucionais, independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada. Esse nível constitucional dos tratados de direitos humanos se infere *a contrário* do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, que “inclui” (no bloco de constitucionalidade) os direitos previstos nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte. No entanto, se aprovados por maioria qualificada, tais tratados passarão a ter (depois de ratificados e em vigor no país) equivalência de emendas constitucionais, tal como estabelece o art. 5º, § 3.º, da Constituição, acrescentado pela EC 45/2004.

Dessa inovação advinda da EC 45 veio à tona um novo tipo de controle das normas Direito interno: o controle de convencionalidade das leis, ou seja, o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. (MAZZUOLI; 2017, p.254)

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que o clássico “controle de convencionalidade” deve agora dividir

espaço com esse novo tipo de controle da produção e aplicação da normatividade interna. (MAZZUOLI; 2017, p.254)

Em suma, deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país. (MAZZUOLI; 2017, p.254)

Frise-se que as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou tenha realizado de maneira insuficiente; este controle levado a efeito pelos tribunais internacionais é apenas complementar ao controle primário exercido no plano interno. (MAZZUOLI; 2017, p. 255)

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 258) destaca que:

Todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana assim é equivocado dizer que apenas a Convenção Americana é paradigma do controle de convencionalidade das normas domésticas; reforça-se este entendimento o art. 64, § 1º, da Convenção Americana, segundo o qual os Estados-membros da OEA “poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos...” Os direitos previstos em todos esses instrumentos, assim, formam aquilo que se pode chamar “bloco de convencionalidade”, ou seja, à semelhança do conhecido “bloco de constitucionalidade”, formam um corpo *juris* de direitos humanos de observância obrigatória aos Estados-parte. (MAZZUOLI; 2017, p.258)

Foi no caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México* (sentença 26 novembro de 2010), que a Corte Interamericana afirmou em definitivo a sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. Dos parágrafos 225 a 233 da sentença, a Corte reafirmou sua jurisprudência consolidada sobre o tema, citando decisões de várias Cortes Supremas de países latino-americanos que atribuem obrigatoriedade interna às interpretações que tem feito a Corte IDH dos dispositivos da Convenção Americana. A partir desse julgamento, passou então a ser dever do Poder Judiciário dos Estados controlar a convencionalidade das normas de Direito interno, sendo certo que a negativa em assim proceder acarreta a responsabilidade internacional do Estado (MAZZUOLI; 2017, p. 259)

Valerio de Oliveira Mazzuoli explica que (2017, p. 260) no caso *Gelman Vs. Uruguai* (24 de fevereiro de 2011), a Corte ampliou o entendimento sobre a obrigação

de controlar a convencionalidade das normas internas a outros órgãos do Estado, que não somente os juízes. Nos dizeres da Corte:

Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a eles submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todo os níveis tem a obrigação de exercer *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção. (Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguai*, sentença de 24 de fevereiro de 2011, §193)

Ao que se refere a mecânica desse controle Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 261) explica que, diante da exigência da Corte Interamericana em que os juízes e tribunais locais controlem a convencionalidade das leis deve-se compreender como se realiza tal controle perante o Direito brasileiro, distinguindo-se as modalidades concentrada e o controle difuso.

O autor observa (2017, p. 268) que no Direito brasileiro atual todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que o Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas internas.

De acordo com Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 268), os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além do controle difuso), cabendo uma ADIn no STF a fim de validar norma infraconstitucional incompatível com eles.

Já os tratados de direitos humanos que têm somente *status* de norma constitucional (não sendo equivalentes às emendas constitucionais, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, §3º) são paradigma somente do controle difuso de convencionalidade, podendo qualquer juiz ou tribunal neles se fundamentar para declarar inválida uma lei que os afronte. (MAZZUOLI; 2017, p. 268)

André Carvalho de Ramos (2015, p.248) defende que a redação originária da Constituição de 1988 adotou o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (art.5º, §2º), todavia esta posição seja minoritária. Desta forma, o Estado brasileiro estaria inserido num contexto do bloco de constitucionalidade restrito, englobando

apenas os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, §3º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004:

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.

Segundo André Carvalho de Ramos (2015, p.249), a posição majoritária do STF tem sido no sentido de levar em consideração os tratados internacionais com força constitucional, inclusive, e apreciar as causas envolvendo seus dispositivos de acordo com a interpretação dada pelos órgãos internacionais.

Cumprе ressaltar que, desvincular o texto do tratado da interpretação pelos órgãos internacionais incorre no risco da adoção de interpretação discrepante resultando na violação de direitos protegidos pelo sistema de Direito internacional.

O controle de convencionalidade internacional é atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados em confronto com seus compromissos internacionais a fim de evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo fiscais e fiscalizados. Consiste no fruto da ação do intérprete, os órgãos internacionais, diferentemente, no controle de convencionalidade de matriz nacional é na verdade um controle de nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados. A Corte de San José, então faz o controle de convencionalidade autêntico, que pode coincidir ou não com a posição nacional. (RAMOS; 2015, p.250)

André de Carvalho Ramos (2015, p.252) defende que os controles nacionais e o controle de convencionalidade internacional devem interagir para permitir o diálogo e a fertilização cruzada entre o Direito interno e o Direito internacional, em especial quanto às interpretações fornecidas pelos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu.

O esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional no Brasil tem sido considerado inadequado carecendo de seriedade no trato do tema. Para adequada interpretação internacionalista dos direitos no Brasil, é insuficiente aderir formalmente, aos direitos previstos no Direito Internacional, registrar seu estatuto normativo de cunho constitucional e usar, no limite, fórmulas de primazia da norma mais favorável. Segundo leciona André de Carvalho Ramos (2015, p.261), o diálogo e a fertilização

cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais é necessário para o avanço na aceitação da interpretação desses direitos pelo Direito Internacional.

Somente é possível assegurar a universalidade dos direitos humanos prometida no momento da ratificação dos tratados pelos Estados, através da interpretação internacionalista, contudo são raros os casos nos quais o STF se abre para o diálogo com a interpretação dos Tribunais Internacionais de direitos humanos, em especial, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (RAMOS; 2015, p.262)

André de Carvalho Ramos (2015, p. 266) observa que são escassas as decisões do STF que fundamentam a interpretação dos direitos humanos conforme decisões e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que “a menção aos precedentes desses órgãos internacionais de direitos humanos na jurisprudência do STF é mais um passo a ser dado na valorização do Direito internacional dos Direitos humanos perante nossa Suprema Corte.”

A postura do STF deve ser coerente com os compromissos internacionais assumidos de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos, evitando-se a ambiguidade de ratificar os tratados, porém não se empenhar para cumprir os comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais.

O diálogo das cortes então se faz necessário, vez que tanto o STF quanto a Corte IDH tem a mesma função de garantir o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. O engajamento do Brasil com o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ocorrer não apenas formalmente, mas principalmente sua aplicação prática, sob pena de incorrer na responsabilização internacional do Brasil por violação dos direitos humanos.

Mantendo-se o panorama atual caracterizado pela ausência de diálogo, a internacionalização dos direitos humanos no Brasil ficará na prática restrita aos textos dos tratados sendo que a interpretação permanece sendo nacional.

Conforme afirma André de Carvalho Ramos (2015, p.268), o caminho nacionalista nega a universalidade dos direitos humanos e transforma os tratados e a Declaração Universal de Direitos Humanos em peças de retórica, pois permite que cada país intérprete segundo sua ótica os direitos universais, gerando riscos de abuso e relativismo puro e simples.

De acordo com Antonio Augusto Cançado Trindade (2002,p.1109), importa não perder de vista, que o ideal da *civitas maxima gentium* deve prevalecer para que nenhum Estado esteja acima do Direito Internacional, cujas normas têm como finalidade o bem-comum dos seres humanos, não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.

6.2.2 Proposta Subsidiária: Diálogo efetivo entre as Cortes ou a responsabilização internacional do Estado

Como se pode verificar, as Cortes apresentam visões bastante antagônicas sobre a dimensão, limites e parâmetros a respeito dos critérios para definição e aplicação do direito à propriedade comunal ou, no caso brasileiro, direito de posse e usufruto exclusivo da terra tradicional.

Sugere-se um diálogo interjurisdicional efetivo entre Cortes na perspectiva de solucionar o conflito existente entre as interpretações. Este diálogo deve ser efetivado, no âmbito interno, a partir do Supremo Tribunal Federal, vez que subsiste uma obrigação internacional dos Estados em respeito ao Direito Internacional.

Nesse sentido, Bruno Pegorari (2017, p.258) afirma que se adotados os parâmetros interpretativos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os acórdãos brasileiros deveriam ser reconfigurados em absoluto. A Corte IDH interpreta com profundidade o conceito de propriedade comunal, respeitando a tradição coletivista da singular cosmovisão indígena em lidar com a terra.

A Corte também delimita com mais cautela os elementos ou critérios materiais e imateriais da relação com a terra, tais quais o cultural, espiritual, de sobrevivência, integridade e de relação intertemporal entre passado (gerações ancestrais) e futuro (gerações futuras). De maior relevância e em claro confronto com a tese do marco temporal. (PEGORARI; 2017, p.258)

O julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol chama a atenção para a necessidade de pensar a discussão dentro de um marco de pluriculturalidade e pluriethnicidade, conforme vem acontecendo em vários países latino-americanos. Conforme MARES (2008, p.55):

Demonstra-se a necessidade de trabalhar a diversidade, considerando que a(s) cultura(s) como teia de significados que enlaça(m) os seres humanos em sua trama e os distinguem a partir do conjunto de comportamentos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam as diversas sociedades, o que abrange os modos de vida; as maneiras de viver e conviver; os sistemas políticos, jurídicos, religiosos, econômicos e sociais; as tradições; os valores; e as crenças. Conjunto que, eleito socialmente, é caminho constitutivo de identidades diferenciadas que se apresentam de forma sui generis e que devem ser respeitadas como vias legítimas de estar no mundo, equivalentes a quaisquer outras formas de viver, desvincilhando-se do elogio puramente estético da “diversidade cultural” e das bondades éticas do multiculturalismo – entendido como simples folclorização de singularidades devidamente caricaturizadas.

Dailor Sartori Jr (2017, p. 11) identifica que, além da inconstitucionalidade e anticonvencionalidade, o marco temporal expressa a colonialidade do ser, do saber e do poder, por conta de sua anti-historicidade e desconsideração da situação de violência e tutela do passado, da imposição de formas civilistas e eurocêntricas de relação com o território e com o Estado e da legitimação do contexto político de disparidade de poder em que tais conflitos são instaurados. Como caminhos apontados para alguma articulação, o autor afirma que:

É possível se pensar na fundamentação do já consolidado constitucionalismo pluriétnico do Brasil a partir das ideias da descolonialidade. Isto pressupõe disputar constantemente os sentidos das normas constitucionais, como é feito em relação à tese do marco temporal. Para a maior garantia, proteção e promoção de direitos territoriais, tal tarefa se mostra eficaz, pois pressupõe mais articulações do que rupturas: articulação entre direito e antropologia, direito civil e constitucional, direito interno e observação dos tratados internacionais, dentre outras. Alguns elementos desta tarefa já existem: como exemplo, as normas internacionais destacadas como fontes importantes já se encontram internalizadas no direito brasileiro, pois o país ratificou a Convenção no 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas de 2007, e em breve a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da OEA. A aplicação mais eficaz destas normas pressupõe uma outra interpretação dos parágrafos do art. 5º da Constituição, em relação ao status normativo que os tratados de direitos humanos assumem, o que já é feito pela doutrina, mas sem adesão majoritária no STF. Já as sentenças da Corte IDH carecem de regramentos internos mais específicos para o seu cumprimento, mas o fato é que o Brasil aceitou a jurisdição do órgão contencioso interamericano. (SARTORI; 2017, p. 144)

Portanto, entende-se que, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que não reconheceu vigência a Tratados e Convenções Internacionais no âmbito interno do país, o caso da Raposa Serra do Sol é possível que seja acionada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para julgamento da decisão que negou aplicação do entendimento consolidado, por esta Corte, referente ao direito de propriedade coletiva da terra indígena, e das ressalvas que norteou o julgamento, impondo restrições aos direitos indígenas já assegurados.

Antes o exposto, apresenta-se como proposta ao deslinde da questão o diálogo efetivo entre as Cortes; ou, subsidiariamente, a responsabilização internacional do Estado brasileiro ante suas obrigações internacionais, pois, quando ocorre a efetiva aplicação do diálogo entre as Cortes, o conflito se esgota, sendo, portanto, o mais adequado e preferencial.

7 CONCLUSÃO

Adotando-se os diversos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigmas referentes ao direito às terras indígenas, evidenciou-se que o STF ao decidir sobre o caso Raposa Serra do Sol violou o princípio da proporcionalidade, na variação da proibição da proteção insuficiente, em conflito com os parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte Interamericana, na interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme apontado por Bruno Pegorari (2017, p.260), a jurisdição internacional não permite que se limite o direito originário à terra tradicionalmente ocupada por um marco temporal que não guarda qualquer vínculo racional com a ideia de tradicionalidade.

Em que pese previsão constitucional do direito às terras indígenas, os povos originários constituem o grupo social mais vulnerável visto que sub-representados politicamente, sendo ínfima a efetividade de seus direitos, especialmente quando a mais alta Corte brasileira falha no exercício de sua função de proteger os interesses das populações em situação de vulnerabilidade.

Sobre a importância dos princípios internacionais de direitos humanos, cumpre destacar o entendimento de Fábio Konder Comparatto (2000, p.1), “a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

É fundamental que um órgão jurisdicional internacional exerça um controle judicial contra majoritário, de maneira a poder agir com efetividade para a correção do Estado quando seus próprios órgãos equivocam-se na proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, a partir da análise acerca da necessidade do efetivo diálogo entre as cortes, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo Tribunal Federal, firmou-se entendimento pela possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do controle de convencionalidade de matriz internacional.

Considera-se que a criação do marco temporal de ocupação das terras indígenas e do esbulho renitente, no julgamento da Pet.3.388, o caso Raposa Serra do Sol, constitui ofensa ao princípio da proibição da proteção insuficiente, ao violar o direito ancestral às terras indígenas, contrariamente à Convenção Americana de Direitos Humanos, e à interpretação sistemática do direito à propriedade coletiva, do art. 21, em sintonia com demais comandos internacionais de direitos humanos, conforme seu intérprete legítimo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Defende-se que em vez de estabelecer a limitação temporal de direitos fundamentais para a resolução de conflitos fundiários históricos, propõe-se a territorialidade e a aplicação dos comandos normativos internacionais como elementos de concretização dos direitos territoriais indígenas que melhor interagem com a descolonização do poder.

A tese do marco temporal da ocupação deve ser desconsiderada como um caminho a ser seguido pelo STF e pelo Estado brasileiro em relação aos direitos territoriais indígenas, vez que subsistem respostas mais adequadas aos conflitos territoriais dos povos indígenas do que o cerceamento de direitos fundamentais por conta de interpretações jurisprudenciais condicionadas pela colonialidade, a exemplo do marco temporal e o renitente esbulho.

Conforme bem apontado por Dailor Sartori Jr (2017, p.146), o eurocentrismo presente no constitucionalismo bloqueia a emancipação real dos sujeitos coloniais e dos povos indígenas, sendo necessário projetos mais radicais de refundação do Estado e do direito, em vias de um Estado plurinacional e de pluralismo jurídico, a partir da desobediência epistêmica visando à interculturalidade, tais projetos devem ser construídos desde *abajo*, considerando a multiplicidade de visões de mundo, de formas de organização sociopolítica e de pluralidade jurídica.

Por fim, acredita-se que o caminho a ser seguido deve se orientar pela ruptura com a ordem estabelecida que nega e oculta a subjetividade do “outro”.

Apesar de que o Brasil ainda esteja longe de promover o real protagonismo dos povos indígenas na busca por seus próprios meios de organização sociopolítica, controle de territórios e regulação da vida, inclusive no aspecto jurídico, acredita-se no exemplo do constitucionalismo emancipador da Bolívia e do Equador como um norte, baseado em uma visão cosmológica das normas relativas à participação popular direta e aos novos sujeitos de direitos, o princípio do *Sumak Kawsay*, ou de bem-viver, como orientação para um novo modelo de desenvolvimento, anticapitalista e anti-hegemônico, refletindo inclusive em normas constitucionais específicas, como por exemplo, o reconhecimento da *Pachamama* como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Breve balanço das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988.** In: DANTAS, Miguel Calmon et al. (Orgs.). Desafios do constitucionalismo brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2009, (p. 243 - 296).

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. O marco temporal e uma prática constitucional assimilacionista. **Índios, Direitos Originários e Territorialidade.** Associação Nacional dos Procuradores da República. 6a Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018, (p. 106- 142).

BARROS FILHO, Salvador Pompeu de. Terras indígenas. **Direito ambiental: conservação e degradação do meio ambiental.** – SP: Editora Revista dos Tribunais, v.2, 2011, (p. 667-676).

BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Maurício. **O marco temporal e a reinvenção das formas de violação dos direitos indígenas. 2017.** Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/O_marco_temporal_e_a_reinven%C3%A7%C3%A3o_o_das_formas_de_viola%C3%A7%C3%A3o_dos_direitos_ind%C3%ADgenas
Acesso em: 22 set 2019

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; TORELLY, Eliana Peres De Carvalho. Terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Índios, Direitos Originários e Territorialidade.** Associação Nacional dos Procuradores da República. 6a Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018, (p. 14 - 75).

BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento De. **Demarcação de terras indígenas e sistema interamericano de direitos humanos: a responsabilidade do estado por ato judicial, 2016.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Marcotemporaleresponsabilidadeinternacional.pdf .
Acesso em: 15 mar 2019.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado. 7 de fevereiro de 2009.** Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>. Acesso em 27 set 2019.

BONIM, Iara. **Cosmovisão Indígena e modelo de desenvolvimento.** Encarte Pedagógico V – Jornal Porantim | Junho/Julho 2015. Disponível em: <https://cimi.org.br/cosmovisao-indigena-e-modelo-de-desenvolvimento/>

Acesso em: 10 out 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm
Acesso em: 10 set 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm
Acesso em: 18 out de 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1946.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.
Acesso em: 18 out de 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.
Acesso em: 18 out de 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.
Acesso em: 18 out de 2019

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 18 out de 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
Acesso em 10 de março de 2019

_____. **Lei 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Estatuto do Índio. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm . Acesso em: 10 de mar 2019

_____. **Petição n. 3.388/RR**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 1º jul. 2010. Disponível em
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423> .
Acesso em: 20 mar 2019

_____. **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC. Parecer da Procuradoria Geral da República**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 12 de setembro de 2019
Disponível em:
https://doc-14-0s-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/b982fspdd9lr2ffg03rroe5mq0usojobb/jas4ksh4q52qb4v997dcqi4p85c5l6id/1572461025000/drive/15275511344092895738/ACFrOgBPpMNVnVn8aALXVQy3wyyxVqzCcB33_mYCYN-Z1txJQDYVRIYkkwG7H4TPq6hhJHEzNnZHCRZJfSOxPIhyR8DLAQ0CSHwlaw6a7eoOHC5nNO_CkyiYEQzWBsp5GH_OQ8SrtaRsp996504gl?print=true&nonce=2egs8tvik99ko&user=15275511344092895738&hash=jahrnel0hcn29ppur17nmsa4ej4nlqd Acesso em: 28 out 2019

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos** (Volume I). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. RJ: Renovar, 2002

_____. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 3.ed. Belo Horizontes: Del Rey, 2013

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
Acesso em: 20 março de 2019

_____. **CIDH conclui visita ao Brasil.** 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp> Acesso em: 12 set 2019

_____. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf> Acesso em: 15 out 2019

CIMI, COMISSÃO INDIGENISTA MISSIONÁRIA . **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil - dados de 2014.** Disponível em: https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2014-Cimi.pdf Acesso em: 20 mar 2019

_____. **STF julgará recurso que busca reverter anulação da Terra Indígena Guyraroka.** Publicação em junho de 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/06/stf-julgara-recurso-anulacao-terra-indigena-guyraroka/> Acesso em: 15 out 2019

_____. **Raposa Serra do Sol como está a terra indígena após uma década da histórica decisão do STF.** Publicação em outubro de 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/10/raposa-serra-do-sol-como-esta-a-terra-indigena-apos-uma-decada-da-historica-decisao-do-stf/> Acesso em: 26 out 2019

_____. **A maior violência contra os povos indígenas é a destruição de seus territórios, aponta relatório do Cimi.** Publicação em setembro de 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/09/a-maior-violencia-contra-os-povos-indigenas-e-a-apropriacao-e-destruicao-de-seus-territorios-aponta-relatorio-do-cimi/> Acesso em : 15 out 2019

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** SP: Saraiva, 2000

CUPSINSK, Adelar; LIEGBOTT, Roberto Antonio.. **Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal.** Disponível em: <http://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf> Acesso em: 20 out 2019

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade/Dailor Sartori Júnior.2017.**

DALMAU, Rubén Martinez. **Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones Latinoamericanas.** Direito à diferença: Aspectos de proteção específicas às minorias e aos grupos vulneráveis, vol.2,/Liliana Lyra Jubilut, Alexandre Gustavo Melo Franco, José Luiz Quadros (coords.). - São Paulo: Saraiva ,2013.

DUSSEL, Enrique. **Materiales para una política de la liberación.** Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2007.

FERRAZ, Cláudio Benito O.; NUNES, Flaviana Gasparotti. **Identidade nacional e/ou territorial: conflito entre indígenas e fazendeiros no centro-oeste brasileiro,**

2012. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/08-C-Oliveira.pdf> . Acesso em: 05 mar 2019.

GOMES, Paulo Thadeu da Silva. **Os direitos dos índios**. Fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas. São Paulo: Ed. Café com Lei, 2015.

_____. **Constituição Federal de 88 não é o marco temporal caracterizador da posse indígena**. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-de-88-nao-e-o-marco-temporal-caracterizador-da-posse-indigena-12062016 Acesso em: 20 set 2019

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília : Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

JUSBRASIL, STF. **Raposa Serra do Sol: entenda o caso**. 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100628/raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso> Acesso em: 20 out 2019

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O conceito de terras indígenas na Constituição Federal de 1988**: Crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol. Curitiba: Editora CRV, 2014.

MARES, Carlos Frederico de Souza Filho. **Seleção de projetos Estatuto dos Povos Indígenas**. Projeto pensando o Direito. – Convocação nº 002/2008

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Constitucional** . – 10. ed. rev. e atual. – SP: Saraiva, 2015.

OIT, Organização Internacional Do Trabalho. **Convenção n. 107, de 1957**. Convenção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm . Acesso em: 16 abril 2019.

_____. **Convenção n. 169, de 1989**. Convenção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 16 abril 2019.

ONU, Organização das Nações Unidas. Notícias. **Relatora especial da ONU sobre povos indígenas divulga comunicado final após visita ao Brasil**, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/> Acesso em: 10 de março de 2019.

_____. **Relatora da ONU manifesta preocupação com situação de povos indígenas no Brasil**, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-manifesta-preocupacao-com-situacao-de-povos-indigenas-no-brasil/amp/>

Acesso em: 10 de março de 2019.

_____. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil**. 2018 Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>
Acesso em: 21 de out de 2019.

OSOWSKI, Raquel. **O Marco Temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento**, 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32261> Acesso em: 22 mar 2019.

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 | Fevereiro 2017

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat De Britto. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988. Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6a Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018, (p. 76 - 105).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2017- 17^o edição

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, - 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, **Curso de Direitos Humanos**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. **Da demarcação de terra indígena. Natureza declaratória do ato administrativo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2433, 28 fev. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14426>. Acesso em: 23 out. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Nota técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/23-a-pec-215-00-e-as-clausulaspetreas/daniel-sarmento-a-pec-215-00-e-as-clausulas-petreas.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2019

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 40 ° ed. SP - Malheiros, 2017

_____. **Parecer técnico**, 2015. 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: 21 mar 2019

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Refundación del Estado en América Latina - Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - Programa Democracia e Transformación Global, 2010.

TAVARES, Newton Jr. Ainda a raposa - serra do sol. **Grupos vulneráveis**. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.4

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: **Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.