

O CASO RAPOSA SERRA DO SOL SOB A PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE RAPOSA SERRA DO SOL CASE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

PAULO VICTOR PINHEIRO ALVES HABIB**
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS, BRASIL

JEANCEZAR DITZZ DE SOUZA RIBEIRO***
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE, BRASIL

Resumo: Este trabalho tem por objeto de análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil no caso da Petição nº 3.388-4 de RR, Raposa Serra do Sol. A criação das condicionantes para a demarcação das terras indígenas pela Corte Constitucional em face da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH na América Latina. Examina-se os dispositivos constitucionais, ambientais e internacionais em torno do direito dos povos indígenas à posse e à propriedade de suas terras, bem como os fundamentos históricos e socioambientais como base fundamental para a demonstração das violações dos direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e de seleção qualitativa de casos das Cortes de Direitos Humanos internacionais, sustenta-se que o marco temporal é uma tese judicial incompatível com o sistema de controle convencional e constitucional das leis no ordenamento jurídico brasileiro e no sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Marco Temporal. Povos Indígenas.

Abstract: This paper aims to analyze the position of the Supreme Federal Court of Brazil in the case of Petition No. 3.388-4 of RR, Raposa Serra do Sol. The creation of conditions for the demarcation of indigenous lands by the Constitutional Court in the face of the Inter-American Convention of Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights - IACHR in Latin America. The constitutional, environmental and international provisions surrounding the right of indigenous peoples to possession and ownership of their lands are examined, as well as the historical and socio-environmental foundations as a fundamental basis for demonstrating violations of the rights of indigenous peoples in the Brazilian legal system. To this end, through bibliographic research and qualitative selection of cases from the international Human Rights Courts, it is argued that the timeframe is a judicial thesis incompatible with the system of conventional and constitutional control of laws in the Brazilian legal system and in the Brazilian system. international human rights protection.

Keywords: International Human Rights Law. Inter-American Court of Human Rights. Temporal Landmark. Indian people.

* Artigo recebido em 25/04/2021 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 10/05/2021.

**Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/8639051133934702> . E-mail: paulovictor.habib@gmail.com.

*** Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/8005429036796861> . E-mail: jeanditzz@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Estima-se que existam mais de 370 milhões de indígenas vivendo em situação de penúria, sofrendo expulsão, roubo de suas terras e grande pobreza pelo mundo (HEINTZE, 2009, p.301), podendo ser considerados vítimas da política colonial. Por esse motivo, a criação do estatuto jurídico dos povos indígenas vem sendo discutidos há 25 anos nas Nações Unidas - Comissão de Direitos Humanos.

No Brasil são considerados “povos e comunidades tradicionais” os povos indígenas, as comunidades remanescentes de quilombos, os pescadores artesanais, os ribeirinhos, os povos ciganos, os povos de terreiros, os pantaneiros (do pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense), os faxinalenses do Paraná e região (que consorciam o plantio da erva-mate com a suinocultura e com o extrativismo do pião a partir do uso comum do território), as comunidades de fundos de pasto da Bahia (que praticam a caprinocultura em territórios de uso comum), os caiçaras (pescadores artesanais marítimos dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo, que consorciam a pesca artesanal e extrativismo em áreas comuns com o cultivo), os geraizeiros (que exercem ocupação tradicional dos gerais ou cerrado), os apanhadores de flores sempre-vivas (que tradicionalmente exerciam o extrativismo em áreas comuns nas campinas, hoje tomadas pela monocultura do eucalipto e pela criação de unidades de conservação de proteção integral), entre outros que, somados, representam parcela significativa da população brasileira e ocupam parte considerável do território nacional.

De acordo com o Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais podem ser definidos como

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (Decreto 6.040, art.3º, § 1º).

Esses povos ocupam ou reivindicam seus territórios tradicionalmente ocupados, embora essa ocupação seja permanente ou temporária. Os membros de um povo ou comunidade tradicional têm modos de ser, fazer e viver distintos dos da sociedade em geral,

tais práticas fazem com que esses grupos se autorreconheçam como portadores de identidades e direitos próprios.

A Carta Magna deu especial atenção à questão indígena nos artigos 231 e 232 que diretamente resguardam os direitos indígenas e no artigo 215, § 1º que protege a cultura dos povos tradicionais, entretanto, a proteção efetiva dessas comunidades não se reflete na prática diária, ocorrendo inúmeras violações dos seus direitos seja por indivíduos de forma comissiva ou pelo próprio Estado através de ações ou omissões.

Existe o consenso na comunidade internacional de que a segurança e a assistência aos povos indígenas são essenciais para a sua sobrevivência e para a recuperação de sua dignidade. Contudo, para atingir esse objetivo não é suficiente a proteção geral das minorias, garantida pelo Direito Internacional Público. Os direitos dos povos indígenas ocupam uma posição especial, do ponto de vista técnico do direito, diferentemente dos direitos humanos e da proteção das minorias previstos pelo direito internacional, não podem ser configurados apenas como parte da proteção conferida aos direitos individuais. Na regulamentação sobre os povos indígenas, trata-se da segurança de direitos coletivos, que também podem ser denominados de direitos de grupo.

A codificação dos direitos humanos e o esforço a nível internacional para a normatização dos direitos indígenas a nível global ainda não foi capaz de produzir um documento jurídico que obrigue os Estados a garantir a efetividade dos direitos indígenas, restando a criação de obrigações a critério de cada Estado, seja através de sua Constituição como o Brasil, Colômbia, Bolívia, etc., ou por via legal como os Estados Unidos da América ou através de Convenções Regionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, o problema da preservação dos povos indígenas se transmuta para a esfera da efetivação dos direitos reconhecidos. Neste ponto, cabe analisar se o arcabouço jurídico que resguarda direitos está sendo cumprido e, caso contrário, as causas do seu descumprimento.

Partindo da análise da evolução histórica dos direitos indígenas no Brasil, abordaremos, em seguida, a aplicação da Constituição vigente pelo Supremo Tribunal Federal no caso conhecido como Raposa Serra do Sol e as consequências deste julgado para os povos indígenas.

No último segmento, abordaremos a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte responsável por julgar sua efetivação nos casos

análogos ao caso brasileiro que foram previamente julgados, analisando, ainda, as possíveis consequências para o Brasil em manter a linha de entendimento.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL

A questão da soberania dos povos indígenas da América é questão de discussão desde a colonização do continente americano pelos portugueses e espanhóis. A legitimidade dos títulos concedidos pela Igreja aos reis de Portugal e Espanha sobre o Novo Mundo foi construída com teses como a de Henrique de Susa (cardeal-arcebispo de Ostia, canonista do século XIII e autor da *Summa Aurea*) que sustentava que os povos gentios – povos originários da América – só haviam gozado de soberania até o advento de Cristo, que, tendo vindo ao mundo, havia desde então sido investido de todos os poderes espirituais e temporais. Assim, por delegação de Cristo, tanto o império quanto o sacerdócio cabiam ao papa e os infiéis podiam ser despojados de seus reinos e bens pela autoridade papal.

A conveniência da tese que justificava os títulos distribuídos pelo papa com o tratado de Tordesilhas e outras que se apoiavam nas teses do Ostiense, entretanto, não prevaleceram. No século XVI, firmou-se, ao contrário, tanto em Espanha como em Portugal, a doutrina que negava o poder temporal do papa sobre os infiéis e a jurisdição europeia nas terras recém-descobertas. Essas doutrinas afirmavam a plena soberania original das nações indígenas.

O Frei Francisco de Vitória, jurista a quem Carlos V comumente consultava, foi quem com maior autoridade estabeleceu a soberania original dos povos indígenas na América. Em suas obras “Dos índios recém-descobertos e dos títulos não legítimos, pelos quais os bárbaros do Novo Mundo puderam passar para o poder dos espanhóis” e “Dos índios ou do direito de guerra dos espanhóis contra os bárbaros”, escritas no século XVI, Vitória rebate um a um os argumentos que negavam aos índios domínio e jurisdição original as terras por estes ocupadas.

Na legislação criada por Portugal e imposta ao Brasil colônia, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupavam eram frequentemente reconhecidos, em que pese tal fato não ter impedido os vários estratagemas utilizados para burlar a proteção legal conferida aos índios, muitos dos quais com conivência da Coroa.

A carta régia de setembro de 1611, promulgada por Filipe III, reconhecem o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos:

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma: nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitânicas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer [...].¹

De forma mais explícita dispõe o Alvará de 1º de abril de 1680², que declara que as sesmarias concedidas pela Coroa portuguesa não podiam afetar os direitos originais dos índios sobre suas terras, considerando os indígenas primários e naturais senhores de suas terras, isentando estes de qualquer foro ou tributo sobre elas.

Apesar das forças que tentavam limitar ou extinguir os direitos indígenas sobre as terras, ocorreu a evolução lenta e gradual dos direitos dos indígenas, não sem percalços e retrocessos, até serem alçados a proteção constitucional em 1934, sendo esta a primeira Constituição brasileira a tratar diretamente a questão indígena em seu art. 129 cuja redação era: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”, permanecendo o sentido do texto no art. 154 da Constituição de 1937 e no art. 216 da Constituição de 1946.

Em 1966, o Brasil promulga com o Decreto n.58.824, de 14 de julho de 1966, após aprovação pelo Decreto Legislativo n.20, de 30 de abril de 1965, a Convenção 107 sobre Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho, adotada em Genebra em 26 de junho de 1957, a qual era signatário. O art. 11 da Convenção 107 estipula: “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente”.

A despeito do instrumento internacional, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 atribui a propriedade das terras indígenas a União (art. 14), outrossim, manteve assegurada

¹ Carta Régia, 10 de setembro de 1611. In: CUNHA, 2018, p. 285.

² “E para que os ditos gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas aldeias: hei por bem que senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia. E o governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se estende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas [...]”. In: CUNHA, 2018, p. 285.

aos povos indígenas a posse permanente das terras que habitavam, reconhecendo o seu direito de usufruto exclusivo aos recursos naturais em seu artigo 186.

Com a Emenda Constitucional de 1969 (art. 198), a propriedade das terras indígenas permaneceu com a União (art. 4º), a quem coube legislar sobre a questão indígena (art. 8º, XVIII, alínea 'o').

Finalmente, a Constituição de 1988 mantém a competência exclusiva da União para legislar sobre questões indígenas (Art. 22, XIV), continua reconhecendo aos indígenas o direito exclusivo a posse das terras que tradicionalmente habitam e demais disposições anteriores sobre suas terras (Art.231, §§1º ao 7º), permanecendo as terras bens da União (Art. 20, XI).

O avanço observado na Constituição de 1988 veio na esteira de um movimento no plano internacional. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho disciplina uma nova relação do Estado nacional com os indígenas, enquanto a Convenção 107 da OIT consignava como propósito fim a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, a presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura como o modelo anterior:

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 e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram [...].

Merecendo, ainda, destaques a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que estatui em seu art. 8.1: “Os povos e indivíduos indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (frequentemente utilizada para garantir os direitos indígenas) e os instrumentos que buscam a preservação do conhecimento tradicional dos indígenas, atuando como proteção de seus costumes, Convenção sobre Diversidade Biológica assinada durante a Conferência das nações Unidas sobre Meio Ambiente e desenvolvimento, sediada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992, promulgada pelo Decreto nº 2.519/1998, Tratado da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação sobre Recursos Genéticos para a Alimentação e Agricultura; Acordo sobre

Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) da OMC e Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos do Pacto Andino.

Todos esses textos normativos, por sua vez, têm a terra como elemento essencial ao exercício dos direitos que passam a ser então reconhecidos aos povos indígenas. A centralidade da terra está exatamente na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários das comunidades.³

Tamanha é a importância da terra para os indígenas, que a Constituição de 1988, de forma inédita, estabeleceu um conceito para “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Segundo o § 1º de seu art. 231, “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Assim, a terra indígena deve contar com todos esses atributos, não sendo apenas um local de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural da comunidade.

Esse conceito de terra indígena sofreu uma grande ampliação considerando os textos constitucionais pretéritos, sendo uma decorrência direta do propósito enunciado na Constituição e em tratados internacionais, de que esses povos, além de terem condições plenas de viver e projetar suas vidas de acordo com suas concepções de mundo, possam também se multiplicar e legar a gerações futuras as condições ora desfrutadas, quebrando-se o paradigma assimilacionista até então vigente no Brasil.

Em que pese os avanços da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal a partir da leitura desta, e durante o julgamento de casos como da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, criou dezenove condicionantes para o reconhecimento do direito dos indígenas a terra, neste trabalho nos deteremos as mais importantes: o “Marco temporal de ocupação”; “Renitente esbulho”; e “Vedação de ampliação de terras indígenas”.

³ Sobre a relação entre terras indígenas e identidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu a seguinte decisão no caso da 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 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 imaterial”.

3. O CASO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Segundo Melo (2018, p.36), desde 1917, com a edição da Lei n. 941, já se manifestava o intento de se conceder, formalmente, as terras ao norte do atual estado de Roraima aos índios que ali habitavam.⁴ Outrossim, a conclusão do processo somente ocorreu em 1993. Em 1995, foram criados, através de plebiscito, os municípios de Uiramutã e Pacaraima dentro das terras indígenas de Raposa Serra do Sol e São Marcos, cujos habitantes eram formados principalmente por migrantes em busca do ouro descoberto na região no século XX.

O conflito jurídico se estendeu até o intento da Ação Popular n. 3388, que se fundava na declaração de nulidade da Portaria n. 534 e do Decreto Presidencial que a homologou e que demarcavam continuamente as terras indígenas de Raposa Serra do Sol, não permitindo a criação de reservas em “ilhas” para acolher a pretensão dos não índios que migraram anteriormente para a região.

O caso da TI Raposa Serra do Sol foi resolvido pelo STF, por 10 votos contra 1, pelo reconhecimento da demarcação contínua feita pela União e pela retirada imediata dos não índios ocupantes ilegais. Marco Aurélio representou o voto contrário. Junto com a decisão, foi agregado um conjunto de dezenove condicionantes ao exercício dos direitos coletivos dos povos indígenas, em especial o direito a terra,⁵ e as teorias do marco temporal

⁴ Escorço histórico detalhado da ocupação indígena na região se encontra disponível no inteiro teor do voto do Ministro Relator da ADI 1512, Maurício Corrêa, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 7 de novembro de 1996. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/73416/Proc_6CCR_1996_6752.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁵ As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos: 1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação,

e renitente esbulho. Nenhuma das condicionantes e teorias fazia parte de qualquer dos pedidos envolvidos na Ação Popular.

Destacaremos as teorias do marco temporal e do renitente esbulho inseridas no julgamento e que, na prática, são mais duas condicionantes, por entender que são as que mais afetam aos povos indígenas e tradicionais e vão de encontro a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. Marco Temporal

A adoção do marco temporal não foi imposta na forma de condicionante, portanto, inserida geograficamente em outro momento no Acórdão. Trata-se da fixação de um marco temporal ou, nas palavras do Relator Ministro Ayres Britto, de uma fotografia da situação da ocupação das terras no momento da promulgação da Constituição de 1988, excepcionando-se os casos em que a reocupação indígena não tenha ocorrido por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.

O termo marco possui dois sentidos, se utilizados no contexto espacial, marca limites territoriais, em sentido temporal, demarca limites históricos, assim, o documento que deu início e o marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios brasileiros sobre suas terras foi a Carta Régia de 1611 e não a Constituição de 1988, conforme visto na primeira parte deste trabalho e tal documento não significou a criação de direitos, mas

também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade jurídica; 15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 - Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

apenas reconheceram os direitos originários dos indígenas que há muito viviam nas terras invadidas por Portugal.

Nesta linha de pensamento, temos que os direitos indígenas originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, já existiam antes da promulgação da Constituição, não tendo sido fixados ou “conferidos” pela Constituição Cidadã, sendo reconhecido e formalmente estabelecido no Brasil desde o século XVII, sendo, nas palavras de Silva (2016), a Constituição de 1988 o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras, rechaçando a teoria do marco temporal estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal como a data da promulgação da Constituição. José Afonso da Silva (2016) define o marco temporal da seguinte forma:

questionável em primeiro lugar porque fixado pretorianamente de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas

Mesmo que se alegue que o marco temporal deve ser analisado pelo reconhecimento constitucional dos direitos indígenas, temos que, a Constituição de 1934 em seu artigo 129, reconheceu e acolheu os direitos indígenas que, pelo menos no plano jurídico formal era reconhecido desde o Alvará de 1611, com a adoção do seguinte texto normativo: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

As Constituições que surgiram após 1934 deram continuidade a essa consagração formal até à Constituição de 1988, que ainda acrescentou o reconhecimento de outros direitos, conforme se verifica em seu art. 231. Contudo, no que concerne aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de 1988 não trouxe qualquer inovação, o essencial, já constava das Constituições anteriores, desde 1934.

Desta forma, caso o Supremo Tribunal Federal pretendesse definir um marco temporal levando em conta somente o direito constitucionalmente reconhecido, este seria a data de promulgação da Constituição de 1934, qual seja, 16 de julho de 1934, que inaugurou a consagração constitucional desses direitos, conforme Silva (2016).

Ademais, Souza Filho (2018, p.75-100)ressalta ainda que, o vasto território indígena de Raposa Serra do Sol, habitado pelos povos Macuxi, Uapixanas, Ingaricó, Taurepangues

e Patamonas, começou a ser reconhecido no ano de 1917 e foi concluído administrativamente em 2005, já então seguindo os trâmites do Dec. n.1.775 de 8 de janeiro de 1996, afirmando que o processo de demarcação daquelas terras levou 82 anos, comprovando-se o prévio direito e reconhecimento jurídico-formal pelo Estado desde a data de início dos trabalhos, devendo incidir o ordenamento jurídico pretérito que não colide com a Constituição de 1988.

Souza Filho (2018, p. 98) chama a atenção que as condicionantes, em especial sobre a existência do marco temporal para reconhecimento de direitos, levam a concluir que a OIT, a Declaração da ONU e da OEA, sobre os direitos coletivos dos povos, populações, grupos, comunidades ou sociedades indígenas, tradicionais ou tribais são constituídos pela vontade dos Estados Nacionais, nascendo, assim, no momento que o Estado reconhece o direito. Acontece que, os documentos internacionais não deixam dúvidas sobre o direito que os povos têm de existir e continuar existindo, tendo direito ao acesso à terra, independente do reconhecimento do Estado.

3.2. Renitente Esbulho

Além da fixação do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988, a situação dos indígenas se agrava consideravelmente com a criação da condicionante de renitente esbulho dado no acórdão do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, conforme o trecho da ementa estabelecida:

1.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Silva (2016) advoga que a utilização do conceito de esbulho num contexto diferente daquele que era comumente empregado no direito civil em conflitos pela posse gerou uma interpretação desfavorável aos indígenas que se viram esbulhados de suas terras antes da promulgação da Constituição de 1988, pois estes agora teriam o ônus de comprovar a renitência do esbulho desde aquela data.

E, ainda, mesmo que iniciado o conflito possessório em passado remoto, deveria ser contemporâneo a data da promulgação da Constituição, ou seja, os índios deveriam

permanecer em guerra de fato ou judicial, em que pese até a Constituição de 1988 não possuírem legitimação para estarem em juízo e dependerem do famigerado Serviço de Proteção ao Índio e depois a FUNAI para ingressar com uma ação judicial, afinal, eram tutelados nos termos do Código Civil de 1916.

Por sua vez, o conceito de “esbulho” foi retirado de um instituto do direito possessório civil no qual o possuidor é privado da posse pelo esbulhador, as terras indígenas são congenitamente possuídas por aqueles, e sua relação para com elas é de envergadura constitucional, carreada pelo instituto do Indigenato, e não pelo direito civil.

Ressalta-se, ainda, que o conceito de esbulho aplicado pela mais alta corte de justiça do país não abarca o conceito de posse justa do art. 1.200 do Código Civil de 2002, “que não for violenta, clandestina”, sendo favorável ao esbulhador que sempre o faz mediante violência contra os indígenas, adotando somente a parte do conceito civilista que melhor reflete a sua forma de ver os direitos dos índios, limitando-o e inutilizando a plena aplicação do art. 231, §4º da Constituição de 1988, que estatui: “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

A aplicação da teoria do marco temporal e do renitente esbulho adotadas no caso Raposa Serra do Sol as terras indígenas, apesar da afirmação do STF sobre a eficácia não vinculante deste precedente⁶, vem ocorrendo, principalmente na Segunda Turma da Corte Constitucional, julgamentos adotando o posicionamento desfavorável aos indígenas de outras regiões do país. Nos casos da Terra Indígena Limão Verde do povo Terena⁷ e Terra Indígena Guyraroká do povo Guarani Nandeva⁸.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388 / ED RR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. Diário de Justiça Eletrônico. 4 fev. 2014.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462 - MS. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. 12 fev. 2015. No julgamento o colegiado entendeu que renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. 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 (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 - DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. 14 out. 2014. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de medida liminar, interposto por Avelino Antonio Donatti, contra acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Na origem, o writ foi impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria 3.219, de 7/10/2009, na qual foi declarada a posse permanente da terra indígena Guyraroka, situada em área do Estado do Mato Grosso do Sul, à etnia Guarani Kaiowá. A decisão prolatada em favor dos usurpadores é fundada precisamente no conceito de renitente esbulho que entenderam os ministros não ter ocorrido, em que pese reconhecer o “agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não índios na região tem sido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos de barbárie ali havidos”.

4. O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E O MARCO TEMPORAL PARA OCUPAÇÃO INDÍGENA: DESRESPEITO À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

Em 1969, foi assinada em San José (Costa Rica), no âmbito da Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, entrando em vigor no ano de 1978. Este instrumento internacional é o mais relevante documento de proteção dos direitos humanos no continente americano.

Na CADH ficou estabelecido que o controle e supervisão das obrigações ali assumidas pelos Estados nacionais ficariam a cargo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁹, após a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁰, responsável pela admissibilidade dos casos (art. 46); tentativa de solução amistosa (art. 48); e pelo relatório do caso e seu encaminhamento ou não a CIDH (art. 50).

O Brasil assumiu as obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando da sua ratificação no ano de 1992. Destacando que o reconhecimento da jurisdição da CIDH não é automático, cabendo a cada Estado declarar a submissão (art. 62.1). O estado brasileiro somente no ano de 1998 aceitou a supervisão judicial da CIDH, entretanto, só com a edição do Decreto 4.463 de 8 de novembro de 2002 que o Brasil promulgou o reconhecimento da CIDH em território nacional, apesar da irrelevância para o Direito Internacional a existência ou não deste decreto, uma vez que se considera que a obrigação já havia sido assumida desde a declaração de reconhecimento feita em 10 de dezembro de 1998.

⁹ Importante lembrar que dos 35 Estados que conformam a OEA, vinte e dois reconheceram esta competência contenciosa da Corte. Estes Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁰ O Brasil fez a seguinte ressalva sobre a atuação da Comissão no momento da adesão à Convenção: “O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado.”. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

A Corte IDH, através de sua jurisdição, estabeleceu parâmetros interpretativos no que se refere aos direitos indígenas e de povos tradicionais no continente americano, destacando a construção interpretativa sobre o direito à propriedade coletiva, comunal ou ancestral desses povos, principalmente nos casos: Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010); Povo Saramaka vs. Suriname (2007); Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006); Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005); Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005); Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001); Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá (2014); e Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.

Em que pese a Convenção Americana de Direitos Humanos não dispor, textualmente, de um direito à propriedade coletiva, esse direito foi decorrência da interpretação do direito à propriedade privada, previsto no artigo 21 da Convenção.¹¹ Assim, analisar a jurisprudência da Corte é fundamental para entender o caminho histórico-interpretativo. O primeiro caso trazido à sua jurisdição sobre a temática foi o caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001) no qual a Nicarágua foi condenada pela não demarcação das terras comunais pertencentes à Comunidade Awas Tingni. A partir desse julgado, a Corte entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, também, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal (§ 148). A Corte buscou destacar a tradição existente entre os povos indígenas no que toca a forma comunitária da propriedade coletiva, no sentido de que esta não pertence a um indivíduo exclusivamente, mas a toda a comunidade. A estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida. Assim, a relação com a terra para os povos indígenas, no olhar da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (§149). A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (§151).

¹¹ Artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

No caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (2006), a violação do direito à propriedade coletiva se deu pela inefetividade do processo de solicitação do território, que não gerou resultado satisfatório. Além da impossibilidade deste povo de acessar seu território coletivo, a situação ocasionou um estado de alta vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária que colocaram em risco sua vida e integridade.

Em que pese a similitude com o caso *Yayke Axa* – no qual o Paraguai foi condenado por prática ilícita semelhante – neste caso a Corte procedeu com uma análise diferente. O Tribunal buscou identificar se a posse por parte dos indígenas era um requisito para o reconhecimento oficial da propriedade. No caso de não ser um requisito, a Corte buscou analisar se o direito à devolução tem um limite temporal. Por fim, a Corte buscou sugerir as medidas que o Estado deveria adotar para efetivar o direito de propriedade indígena (§126).

A Corte entendeu que (i) a posse produz efeitos equivalentes ao título de propriedade outorgado pelo Estado e (ii) dá o direito de exigí-los perante o Estado, como no caso *Maygna* (*Sumo*). Em terceiro lugar, (iii) nos casos em que a posse foi perdida por motivos alheios à vontade dos índios estes continuam os proprietários de suas terras, salvo se as tenham vendido a terceiros de boa-fé (*Comunidade Moiwana*). Uma outra situação se daria nos casos em que (iv) 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 (*Yakye Axa*). O presente caso, entendeu a Corte, se enquadrava no último modelo. Consequentemente, a posse não é pré-requisito que condiciona a existência do direito à recuperação das terras (§128).

A entendimento adotado pela Corte IDH no caso é diametralmente oposto as teorias do Marco Temporal e Renitente Esbulho criadas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e utilizadas em outros casos, conforme visto.

No que toca a questão temporal a Corte enfrentou o questionamento se o direito a recuperação das tradicionais permanece indefinido no tempo ou encontra nele um limite para seu exercício. A Corte definiu que enquanto a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se mantiver em relação às suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente, caso contrário se extinguirá, dependendo da análise de cada caso concreto para determinar o uso ou presença tradicional, seja através de laços religiosos,

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 (§131), decidindo a Corte que, tendo em vista que os índios encontravam-se impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade, representando um obstáculo real para manter a dita relação. Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos (violência, ameaça, etc.) desapareçam (§132). Neste sentido, a Corte decidiu que o direito da Comunidade Sawhoyamaxa de recuperar suas terras não caducou no caso concreto. Salienta-se que posição semelhante foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Mandado de Segurança n. 21.575-5, contra ato do Presidente da República consubstanciado no Decreto Homologatório de 21 de maio de 1992 que procedeu a demarcação administrativa da área indígena denominada “Guasuti”, julgado em 03/02/1994, no qual os impetrantes alegaram que a aquisição do lote rural denominado Santa Rita, contendo 7.584 hectares, ocorreu na década de 1920, por meio de requerimento postulado junto ao Governo do Estado de Mato Grosso, mas com base no laudo antropológico que evidenciou a imemorialidade da área homologada como um espaço próprio do grupo kayowá e que os indígenas expulsos de suas terras conservaram a sua unidade política e social de forma definida e autônoma, a Corte denegou a ordem.

No caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano vs. Panamá, os povos indígenas foram removidos de suas terras ancestrais em virtude da construção de uma usina hidrelétrica e apesar de acordos com medidas compensatórias terem sido assinados entre o Estado e os povos, estes não foram integralmente cumpridos, principalmente no que se referia a demarcação de novas terras.

A Corte por unanimidade decidiu que: i) o Estado nacional violou o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, combinado com o 1.1 da mesma Convenção, em detrimento das Comunidades Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e de seus membros, pela falta de delimitação, demarcação e titulação de seus territórios; ii) o Panamá violou o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão aos artigos 21, 8 e 25 do mesmo instrumento, em detrimento das Comunidades Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e de seus membros, pela ausência de legislação interna antes de 2008 a respeito da delimitação, demarcação e titulação de territórios indígenas; iii) violou também os artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

combinado com o 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das Comunidades Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e de seus membros, pelo não cumprimento do princípio do prazo razoável a respeito de certos processos internos.

Outro caso emblemático decidido pela Corte IDH é o do povo Saramaka que vive no norte do rio Suriname, no país de mesmo nome, que faz parte da Pan-amazônia. Não se trata especificamente de um povo indígena, segundo o direito brasileiro eles seriam considerados povo tradicional nos moldes do Decreto nº 6.040/2007, que se aplica também ao povo tribal, na nomenclatura da Convenção 169/OIT, podendo, desta forma, ser o precedente aplicado aos povos indígenas.

Na década de 1960, parte do território Saramaka foi inundado para a construção da Usina Hidrelétrica Afobaka, causando sua remoção forçada. Outra parte do território foi concedida pelo Governo à exploração de madeira. Os impactos socioambientais foram a redução dos recursos de subsistência e destruição de lugares sagrados. A Corte ao analisar o caso destacou que a cultura do povo Saramaka era muito parecida com a dos povos tribais, já que os integrantes desse povo mantêm uma forte relação espiritual com o território ancestral que tradicionalmente usaram e ocuparam. A terra significa mais do que meramente uma fonte de subsistência para eles, também é uma fonte necessária para a continuidade da vida e da identidade cultural dos membros do povo Saramaka. As terras e os recursos do povo Saramaka formam parte de sua essência social, ancestral e espiritual. No seu território, o povo Saramaka caça, pesca e colhe, e coleta água, plantas para fins medicinais, óleos, minerais e madeira. Os sítios sagrados estão distribuídos em todo o território, toda vez que o território em si tem um valor sagrado para eles. Em especial, a identidade dos integrantes do povo com a terra está intrinsecamente relacionada à luta histórica pela liberdade contra a escravidão. Assim, decidiu a Corte que o Estado violou o artigo 21 da Convenção que protege o direito a propriedade, inclusive sobre os recursos naturais presentes no território e que estavam sendo utilizados por terceiros sem qualquer contrapartida compensatória.

5. A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO

Ao analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podemos verificar que a mesma vem destoando da Corte IDH sobre a dimensão, limites e parâmetros para definir e aplicar o direito à propriedade comunal ou, no caso Brasileiro, direito de posse e usufruto exclusivo da terra tradicional. Apesar de o Estado brasileiro ter se submetido, voluntariamente, as Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o STF não menciona em momento algum à extensa jurisprudência da CIDH no caso Raposa Serra do Sol ou outros que se referem a direitos dos povos indígenas e tradicionais.

Nesse sentido, se verdadeiramente tivesse o STF se submetido aos parâmetros interpretativos da Corte IDH, os acórdãos brasileiros deveriam se reconfigurar em absoluto. O Supremo por sua vez até reconhece o conceito de propriedade comunal e a singular cosmovisão indígena sobre a terra¹², mas sua jurisprudência evoluiu no sentido de reviver antigos preconceitos ao criar um marco temporal de ocupação sob o receio do que já foi chamado de “Síndrome de Copacabana”¹³, ou seja, de retornarem aos indígenas todas as terras por eles ocupadas no passado.

Em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. Nesses casos, a comunidade terá o direito a recuperar suas terras, ou – se impossível sua recuperação – de obter terras iguais em extensão e qualidade. Ainda, se desejarem, pode a comunidade obter, alternativamente, a indenização proporcional em dinheiro. Essa hipótese se aplica perfeitamente ao caso concreto dos Guarani-Kaiowá de Guyraroká. Estes foram expulsos de suas terras que foram ocupadas por fazendeiros. Ainda que, possivelmente, de boa-fé, conforme demonstrou o laudo da Funai, os índios sofreram coerção e violência, e foram, ao final, afastados da terra

¹² Como bem exemplifica o voto do Ministro Relator Celso de Mello no RE 183.188, publicado no Diário da Justiça em 14 fev. 1997: “Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda e da sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.”

¹³ Expressão oriunda do voto do ministro do STF Cordeiro Guerra no julgamento do MS n.20.234/MT, julg. 04/06/1980, p.123, que denota a preocupação com o reconhecimento de terras aos indígenas: “nós poderíamos confiscar as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios”.

contrariamente à sua vontade. Logo, segundo os critérios da Corte Interamericana o direito à terra permanece.

Ainda, conforme exposto, a Corte sugere um método destoante do marco temporal para a definição do limite temporal ao direito de recuperação da terra. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar se as bases espirituais e materiais se mantêm em relação à terra e deve ser aferido a cada caso concreto e não com a criação de um precedente que vem servindo de fórmula pré-definida para outros casos.

Assim, conclui-se que, as teorias do marco temporal de ocupação e do renitente esbulho estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal estão em desacordo com a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos dada pela Corte Interamericana. Diante disso, só caberá ao Brasil ser responsabilizado internacionalmente por meio de uma sentença internacional da Corte IDH.¹⁴ Desta feita, temos que os direitos humanos passam por um duplo crivo e gozam de uma dupla garantia: em primeiro lugar o controle de constitucionalidade pelo STF, em segundo, o controle de convencionalidade pela Corte IDH. Caso o primeiro falhe, como observamos no caso concreto, haverá ainda um segundo controle. Vale reiterar o ainda não mencionado art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que afirma que o Brasil pugnará pela criação de um Corte Internacional de Direitos Humanos, logo, infere-se, pugnará também por acatar a sua interpretação destes direitos.

No caso dos povos indígenas e tradicionais afetados pelas decisões do STF¹⁵, subsiste a possibilidade do controle de convencionalidade a ser feito pela Corte Interamericana, o que dê certo resultará na condenação do Estado brasileiro pelo estabelecimento das teorias do marco temporal e renitente esbulho de caráter restritivo aos direitos dos povos indígenas a suas terras.

¹⁴ CARVALHO RAMOS, André. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850. Ver também: CARVALHO RAMOS, André. Processo Internacional dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2013. pp. 393-396.

¹⁵ A previsão do marco temporal, acabou gerando alguns efeitos bastante prejudiciais sobre os direitos dos povos indígenas aos seus territórios, tendo sido proferidas diversas decisões pela 2ª turma do STF, anulando os procedimentos demarcatórios das terras indígenas Limão Verde, do povo Terena (Mato Grosso do Sul - MS); Terra indígena Guyraroka, do povo Guarani Kaiowa (MS); e Terra indígena Porquinhos, do povo Canela Apanyekra (Maranhão - MA).

6. CONCLUSÃO

A dicotomia entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a da Corte Interamericana são evidentes no que toca a compreensão do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas, ainda mais quando reforçadas pela criação de teorias e critérios restritivos sobre esse direito, impedindo, na prática, a sua plena efetivação.

Ao limitar esses direitos e criar critérios que se afastam da própria Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro segue por caminho tortuoso e que levará a entrar em embate com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em relação ao povo Guarani Kaiowá o Supremo Tribunal Federal terá a chance de rediscutir sua decisão e rever o precedente sobre o marco temporal.¹⁶

Os povos originários constituem um dos grupos sociais mais frágeis e vulneráveis em nosso continente. É um grupo sub-representado politicamente¹⁷ e seus direitos, em que pese estabelecidos constitucionalmente, são de baixíssima efetividade, especialmente quando a mais alta das instituições brasileiras se põe a falhar no exercício de sua função contra majoritária de proteção às populações em situação de vulnerabilidade. Daí a importância de um órgão jurisdicional internacional poder exercer um controle judicial verdadeiramente contra majoritário, ou seja, de forma a poder efetivamente agir na falha do Estado quando seus próprios órgãos falharem na proteção dos direitos fundamentais.

¹⁶ O Supremo Tribunal Federal admitiu em 07/04/2021, por 11 votos a zero, o recurso do povo Guarani Kaiowá, que busca reverter a anulação da demarcação da Terra Indígena (TI) Guyraroka, no Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/por-unanimidade-stf-acolhe-recurso-do-povo-guarani-kaiowa-e-abre-caminho-para-reverter-precedente-sobre-o-marco-temporal>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁷ Em toda a história do Brasil os indígenas somente se viram representados no congresso nacional em duas oportunidades. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546065-primeira-deputada-indigena-eleita-tem-como-prioridade-a-defesa-da-inclusao-e-da-sustentabilidade/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388 / ED RR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. 4 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462 - MS. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. 12 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 - DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. 14 out. 2014.

CARVALHO RAMOS, André. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, p. 805-850, 2009.

CASTRO, Edna Maria Ramos de (org.). **Territórios em transformação na Amazônia: saberes, rupturas e resistências**. Belém: NAEA, 2017. E-book. Disponível em: <http://livroaberto.ufpa.br/jspui/handle/prefix/584>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HEINTZE, Hans-Joachim. Os direitos humanos como matéria do Direito Internacional Público. In: **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União.

MELO, Cristina. **Terras indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo: 2015. Disponível em: [https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal .pdf](https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal.pdf). Acesso em: 28 out. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Marco Temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, p.75-100, 2018.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidade
Rua Benjamin Constant, 213 - Centro - Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



HABIB, Paulo Victor Pinheiro Alves; RIBEIRO, Jean Ditz de Souza. O CASO RAPOSA SERRA DO SOL SOB A PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Lex Humana*, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2021. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2074>
