



O MARCO TEMPORAL E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE TEMPORAL FRAMEWORK AND THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

| | |
|--------------|------------|
| Recebido em: | 23/09/2020 |
| Aprovado em: | 01/02/2022 |

Gilberto Starck¹

Fernanda Frizzo Bragato²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa foi realizada a partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Num primeiro momento, será mostrado como ocorreu a discussão e a fixação da tese do marco temporal no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, será trazida a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente casos em que foram discutidos direitos possessórios indígenas. Por fim, será visto porque a tese criada pelo Supremo é incompatível com o estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Marco temporal; Povos indígenas; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ Especialista em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos e em ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL/RS. Endereço eletrônico: starckadvogado@gmail.com

² Pesquisadora do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível 2); Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Pós-doutora em Direito pelo Birkbeck College of University of London; Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005); Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (Professora permanente desde 2010). Professora Visitante Fulbright na Cardozo Law School. Endereço eletrônico: fbragato@unisinos.br



ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the thesis of the time frame for the demarcation of indigenous lands in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The research was carried out from a bibliographic and jurisprudential review. At first, it will be shown how the discussion and fixation of the thesis of the time frame occurred in the Supreme Federal Court. Then, the case law of the Inter-American Court of Human Rights will be brought up, specifically cases in which indigenous possessory rights were discussed. Finally, it will be seen because the thesis created by the Supreme Court is incompatible with that established by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Time frame; Indian people; Inter-american Court of Human Rights.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os povos indígenas brasileiros sofrem sistemáticas violações de direitos humanos desde o início do processo de colonização pelos países europeus, mesma época em que iniciaram os conflitos territoriais no País (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 690 e ss.). Os índios brasileiros foram expulsos de suas terras, escravizados, usados como soldados na defesa de fronteiras e, hoje, lutam pela sobrevivência, diante de um processo cruel de eliminação física e cultural (CUNHA, 2013, p. 11 e ss.), onde a cessação depende essencialmente da garantia do direito à terra.

Ainda em 1850, a Lei nº 601, chamada “Lei de Terras”, possibilitou que muitos territórios indígenas fossem apropriados indevidamente. O texto legal considerava terras devolutas as que não eram de uso público nacional, provincial ou municipal, que não estavam em domínio particular, concedidas, dadas pelas sesmarias ou outro tipo de concessão do Governo, bem como as não ocupadas em razão de posse legitimadas por lei (BRASIL, LEI Nº 601/1850). A partir de referida legislação, passou-se a se exigir a comprovação da posse via registro, fato que retirou a terra de muitos índios.

No século XX, o Governo brasileiro traçou como meta o povoamento e a criação de infraestrutura para além da região litorânea. Com isso, muitos índios precisaram ser realocados para



se adequarem às exigências do Governo e do mercado (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 109 e ss.). A imposição do modelo de Estado burguês, fundado no domínio territorial e econômico, na ideia de um único povo e de uma única língua, transformou o índio em entrave ao desenvolvimento econômico do País (BRASIL, 2015). O Relatório Figueiredo, no qual investigou-se denúncias dos anos de 1940 a 1967, revelou que durante o período ocorreram diversos crimes, maus-tratos, expulsões e assassinatos contra as comunidades indígenas. Tudo em nome do desenvolvimento nacional (BRASIL, 2015) e de acordo com uma visão eurocêntrica e capitalista de entendimento da sociedade.

A Promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um avanço para a proteção dos direitos dos povos indígenas. No entanto, não foi suficiente para pôr fim ao genocídio indígena em curso desde o início do processo de colonização pelos países europeus. A prova disso aparece no Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil, de autoria do Conselho Indigenista Missionário, onde demonstra-se que milhares de índios são assassinados no País, principalmente em razão da disputa por terra com não índios (LEIVAS, 2018, p. 162). Do mesmo modo, nota-se crescimento no número de índios fora de suas terras, em condições de extrema vulnerabilidade, motivado essencialmente pela demora ou ausência de processos demarcatórios (LIEBGOTT, 2011, p. 281).

Se não bastasse isso, com o fortalecimento da bancada ruralista na Câmara Federal e no Senado Federal, em 2017, foi instalada CPI para investigar a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Basicamente, a Comissão buscava *criminalizar todos aqueles que se manifestam a favor de demarcação e da titulação de terras para indígenas e quilombolas e aqueles favoráveis à reforma agrária* (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2016).

A CPI Nacional do Índio e do Instituto de Colonização e Reforma Agrária apresentou Relatório, posteriormente aprovado, solicitando o indiciamento de 67 pessoas, entre as quais, líderes indígenas, procuradores, indigenistas, antropólogos e servidores da FUNAI. No Documento final apresentado pelo Deputado Nilson Leitão (PSDB-MT), demandou-se a alteração da forma como se dá o trabalho da FUNAI acerca do processo de reconhecimento e demarcação de terras indígenas. Ainda, requereu-se a revisão de processos administrativos e demarcações de terras já findas, além de sugerir que seja



proposto Projeto de Lei com o intuito de regulamentar o art. 231 da Constituição Federal (BRASIL, 2017).

A conclusão apresentada no extenso documento menciona que a FUNAI “tornou-se refém e foi transformada em braço operacional de interesses externos e, no plano interno, de um amálgama de interesses privados e objetivos ideológicos nada republicanos, sob olhar omissivo do Estado brasileiro” (BRASIL, 2017). Por esse motivo, a necessidade de investigação por parte do Poder Legislativo.

O Ministério Público Federal emitiu Nota na qual considerou que o documento é inconstitucional e ilegal, diante da tentativa de criminalizar os que atuam na defesa e proteção dos direitos dos povos indígenas (BRASIL, MPF, 2017). A Nota Pública intitulada como “CPI contra a FUNAI, INCRA, índios e sem-terra”, adverte que os Deputados ignoraram a Constituição Federal ao tentar equiparar a luta pela terra com ações de criminosos. Ainda, que o Relatório da CPI ignorou os marcos legais ao tentar subordinar o trabalho da FUNAI ao Ministério da Justiça, tornando todo o processo passível de influência política (BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017). Sobre esse último ponto, com a medida provisória 870/2019 tentou-se novamente retirar a competência da FUNAI e transferi-la para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Felizmente, a medida foi barrada no STF durante o julgamento da ADI nº 6062 (BRASIL, 2020).

Em 2009, durante o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal fixou dezenove condicionantes para demarcação de terras tradicionais indígenas. Ademais, foi estabelecida na fundamentação e na ementa da decisão a tese do marco temporal. Segundo o entendimento proposto, para que seja reconhecida como terra tradicional indígena para posterior de demarcação é preciso provar que na data da Promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, os indígenas ocupavam as terras que desejam demarcar ou o esbulho renitente (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Desde então, mesmo que não haja uma decisão definitiva, a tese do marco temporal vem sendo utilizada pelos Tribunais Regionais e pelo próprio STF com o objetivo de anular demarcações de terras tradicionais já findas ou em andamento. Trata-se de um entendimento jurisprudencial que restringe o acesso das comunidades indígenas às suas terras e coloca em risco a sobrevivência física e cultural desses povos, como será demonstrado ao longo do trabalho.



No presente artigo analisar-se-á a tese do marco temporal à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente com base nos casos Paraguai X Comunidade Indígena Sawhoyamaya, Suriname x Comunidade Indígena Moiwana e Brasil x Comunidade Indígena Xucuru, nos quais é apresentado posicionamento diverso do criado pelo STF.

O presente estudo se justifica na medida em que, de acordo com o Conselho Indigenista Missionário, em 40,86% das terras indígenas do Brasil não há nenhum tipo de providência em relação ao processo demarcatório. Ainda, porque somente 1,23% das terras indígenas foram homologadas (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020). Dessa forma, tem-se um problema grave de desrespeito aos direitos humanos uma vez que a terra é essencial para a sua sobrevivência física e cultural (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006) dos povos indígenas. Para além dos problemas históricos, o marco temporal mostra-se como mais um empecilho ao reconhecimento do direito à terra, ao exigir a comprovação de um marco de ocupação inexistente em nossa Constituição Federal. Além disso, incompatível com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Na primeira parte, será mostrado como ocorreu a fixação da tese do marco temporal, momento em que é dada atenção aos principais trechos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Petição 3.388, a fim de contextualizar o trabalho. Já na segunda parte, será trazido o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos possessórios indígenas, a partir da qual analisa-se a tese do marco temporal constituída pelo STF.

2. A DISCUSSÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tese do marco temporal é um entendimento jurisprudencial apresentado durante o julgamento da Petição 3.388/RO. Na ação, sob Relatoria do Ministro Carlos Ayres de Britto, discutiu-se a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e, além do marco temporal, foram estabelecidas dezenove condicionantes para que seja considerada terra tradicional indígena passível de demarcação.



Resumidamente, a tese do marco temporal considera necessária a comprovação que os indígenas ocupavam as terras que desejam demarcar na data da Promulgação da Constituição Federal de 1988, a saber, em 05 de outubro de 1988 ou, *que se prove que os índios tenham sido impedidos de ocupá-las por “renitente esbulho”, ou seja, porque o grupo foi expulso à força e comprovadamente tentou retornar à área e foi impedido.*” (BRAGATO, 2016, p. 54).

2.1 O Caso Raposa Serra do Sol³

Cabe mencionar que a discussão da demarcação da Terra Raposa Serra do Sol se arrastou por mais de trinta anos. Em 1993, a FUNAI solicitou ao Ministério da Justiça o reconhecimento de uma área equivalente a 1,67 milhões de hectares. Na época, mais de vinte contestações administrativas foram apresentadas, todas negadas pelo Ministro da Justiça Nelson Jobim, ainda no ano de 1996. Em 1998, Renan Calheiros, então Chefe do Ministério da Justiça, assinou portaria declarando a posse permanente e contínua da área aos povos indígenas (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2018).

Em 2002, o Estado de Roraima impetrou mandado de segurança contra referida Portaria. O recurso foi negado e seguiu-se com o andamento do processo demarcatório. Uma série de outros fatos ocorreram até que em 2005, o Ministro Márcio Thomaz Bastou assinou a Portaria 534, firmada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, homologando a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com declaração de posse das terras aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana (MONTEIRO, 2010).

Em 2005, os Senadores Augusto Affonso Botelho Neto (na época filiado ao PDT) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB) ingressaram com Ação Popular contra a União requerendo, liminarmente, a suspensão e, definitivamente, a anulação da Portaria 534/2005. Na petição os requerentes alegaram (BRASIL, 2009):

³Citações e trechos deste tópicos realizados a partir do documento disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4**. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 21 set. 2020.



- vício no processo administrativo que homologou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol uma vez que não foram ouvidas todas as partes envolvidas no processo;
- que o laudo antropológico apresentado no processo foi assinado por uma única pessoa;
- que a demarcação afetou os interesses econômicos, comerciais e sociais das demais pessoas, não índios, que habitam a localidade;
- que os índios da região em sua maioria estavam totalmente integrados à sociedade;
- que a Portaria 534/2005 afrontou os princípios constitucionais da razoabilidade, da segurança jurídica, da legalidade e do devido princípio legal;
- ofensa ao princípio federativo porque que se tratava de uma extensa área pertencente ao Estado de Roraima e colocaria em risco a segurança nacional pelo fato de a reserva indígena fazer parte de área de fronteira entre o Brasil, Venezuela e Guiana.

Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União argumentou que a Portaria respeitou o princípio da legalidade e o procedimento constante no Decreto 1775/96. Para a AGU, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não lesou patrimônio público, nem mesmo houve constatação de inconstitucionalidade no processo. Entre os argumentos utilizados, afirmou-se: que a ocupação da área pelos povos indígenas restou comprovada pelo laudo historiográfico apresentado; que o instituto do Indigenato se refere aos tempos do Brasil Colônia, uma vez que desde a Constituição Federal de 1934 as terras ocupadas pelos índios são protegidas para fins de reconhecimento como terras tradicionalmente ocupadas; que não há o que se falar em lesão a terceiro haja vista que qualquer título é juridicamente nulo em relação ao direito que os povos indígenas possuem sobre as terras. Nesse sentido, foi desfeito o argumento trazido pelos autores de que havia prejuízo à comunidade. Para tanto, a AGU sustentou, com base em dados do IBGE que, ao contrário, os povos indígenas colaboram para o crescimento da economia local. Por fim, esclareceu que não havia conflito na região que colocasse em risco a segurança nacional, conforme alegado pelos Requerentes (AMORIM, 2014, p. 351 e ss.).



Entretanto, algumas das alegações dos Requerentes foram levadas em conta no voto do Ministro Relator. Ayres Britto considerou o caso complicado diante da extensão da área de terras, com importância para a economia do Estado de Roraima. Ainda, em razão da constatação que, se um lado havia a presença de fazendeiros ocupando a terra, também, existiam cerca de 20 mil índios vivendo na região. Para o Ministro-Relator, a política indigenista brasileira sempre foi voltada à integração, motivo pelo qual é inapropriada a tentativa de se isolar uma comunidade inteira de índios considerados integrados à sociedade (BRASIL, 2009).

Ayres considerou a necessidade de oitiva do Conselho Nacional de Defesa pois parte da Terra Indígena Raposa Serra do Sol faz divisa com a Venezuela, sem que fossem citados o Estado de Roraima e os Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia, fato que impõe o regresso do processo ao estágio inicial. Entendeu que o marco temporal para a verificação da ocupação das terras indígenas é a data da promulgação da Constituição, devendo-se observar a tradicionalidade, entendida como sendo a perdurabilidade, relacionada ao aspecto anímico e psíquico de continuidade etnográfica.

As terras destinam-se à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. As terras ocupadas por não índios não possuem respaldo constitucional ou legal, sendo assim título juridicamente nulo. O Ministro Ayres Britto ponderou que não houve nenhum vício e considerou constitucional a demarcação. Para o Ministro Joaquim Barbosa todos os requisitos constitucionais para fins de reconhecimento e demarcação de terra indígena propostos no art. 231 da Constituição Federal foram seguidos. Assegurou que não há lesão ao patrimônio público e o fato de ser faixa de fronteira não impede a demarcação na forma apresentada. Não vislumbrou lesão à atividade econômica, nem risco ao equilíbrio federativo na medida em que a área demarcada corresponde a cerca de 7% do território do Estado de Roraima e grande parte da população vive na região metropolitana. Por fim, julgou totalmente improcedentes os pedidos formulados pelos Requerentes.

O Ministro Gilmar Mendes proclamou que se trata de uma discussão com vistas ao futuro. Afirmou que, em se constatando vício grave, pode o processo administrativo ser revisto, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Todavia, não há qualquer impedimento de demarcação de terra indígena em área de fronteira. No processo, Mendes explica que é preciso distinguir a posse contida no Código Civil e a posse indígena na medida em 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). Diante disso, julgou parcialmente procedente o pedido, concordando com a obrigatoriedade das condições expostas pelo Ministro Menezes, a seguir mencionadas.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito foi quem apresentou as dezenove condicionantes no julgado. Menezes iniciou seu voto dizendo que não há índio sem terra e destacou a essencialidade da terra para a garantia de direitos desses povos (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009). Ainda, referiu que *de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.* Seguiu fazendo uma análise da Teoria do Fato Indígena, a qual entendeu, deve ser condicionada ao interesse público. Explicou que os interesses contrários às demarcações precisam ser ouvidos e a definição da terra a ser demarcada não pode ser um poder absoluto dos índio, pois, o interesse público está no mesmo patamar que o direito dos povos indígenas. Por isso, é imprescindível definir prerrogativas e restrições para que seja definido o que é terra indígena. A partir desse momento do Voto começa a construção da defesa de necessidade de fixação de condicionantes.

Na sequência de seu Voto, propôs como critério constitucional a adoção da teoria do fato indígena dado que “a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.” Mencionou ainda, que “o procedimento de regularização da terra indígena é um procedimento destinado à apuração do fato indígena, isto é a presença indígena em 5/10/1988.” Então, levando em conta os interesses privados, econômicos e os relativos à faixa de fronteira, julgou parcialmente procedente e fixou condições ao usufruto das terras indígenas.

O marco temporal surge no seguinte trecho da discussão:

(...) as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da



ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

De acordo com o Ministro Menezes, o marco temporal “prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena”. No mesmo sentido, o Ministro Eros Grau, entendeu que a Terra Raposa Serra do Sol deveria ser reconhecida como terra tradicional indígena justamente porque os índios as ocupavam na data da promulgação de nossa Carta Magna. Ponderou no sentido da necessidade de abandono teoria do indigenato, justamente porque a Constituição reconheceu os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas quando da sua promulgação em 05.10.1988.

O Ministro Celso de Mello asseverou que a proteção constitucional se aplica às terras indígenas ocupadas há algum tempo *desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou o eminente Relator, ao fazer referência, em seu douto voto, ao “marco temporal da ocupação.”* Pontuou que é imperativo demonstrar a conjugação com o caráter econômico, cultural e antropológico. Contudo, não foram apresentados motivos para invalidação da demarcação já realizada (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação, considerando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Na decisão foram fixados dezenove parâmetros ou condições para que seja considerada terra indígena tradicional, além da tese do marco temporal, conforme abaixo:

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 tradicionalmente ocupam. 11.2. 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 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Em 2012, julgando embargos de declaração de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, manteve a demarcação contínua da Terra indígena Raposa Serra do Sol, bem como as condições para o reconhecimento e demarcação de terras indígenas proferidas no julgamento de 2009. Porém, considerou a decisão sem efeitos vinculantes em casos similares futuros. O acórdão proferido *tem a força intelectual e persuasiva [...], mas não é vinculante, em sentido técnico, para juízes e tribunais, quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas* (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012). Desde então, abriu-se um extenso debate sobre a aplicação das condicionantes propostas no Caso Raposa Serra do Sol e da tese do marco temporal.

Em 2017, a Advocacia-Geral da União aprovou o parecer GMF – 05, no Processo nº 00400.002203/2016-01, referindo que toda a Administração Pública Federal deve respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol, especificamente os pontos relacionados à proteção dos direitos dos povos indígenas (BRASIL, ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2017).

Assim, a tese do marco temporal constitui um entendimento jurisprudencial criado durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol que, desde então, vem gerando discussão quanto a sua constitucionalidade, principalmente porque a Constituição Federal de 1988 não exige a comprovação de um marco de ocupação para fins de demarcação de terra indígena. O Supremo Tribunal Federal instituiu um marco temporal inexistente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, restringindo o



direito dos povos indígenas às suas terras tradicionais. Com base no julgado, processos demarcatórios findos podem ser anulados sob a alegação de que os povos indígenas não estavam na posse das terras que reivindicam em 05 de outubro de 1988.

Apesar de em 2012, o Supremo Tribunal Federal ter mencionado que, diante das particularidades dos processos que discutem o reconhecimento e a demarcação de terras indígenas, as condicionantes propostas no Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não são obrigatórias em julgamentos semelhantes, o Judiciário, em diferentes instâncias, vem se utilizando de referida tese para anular, suspender ou colocar sob suspeição a demarcação de terras indígenas. Trata-se de conduta que ameaça direitos constitucionais, constantes em documentos regionais e internacionais de direitos humanos (ALFINITO; AMADO, 2018, p. 231) e, como a seguir será visto a seguir, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em questão de direitos possessórios indígenas.

3. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DIREITOS POSSESSÓRIOS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL

Neste tópico serão trazidos alguns pontos específicos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à exigência de prova da posse e do lapso temporal, os quais servirão para análise da tese do marco temporal adotada pelo Supremo no Caso Raposa Serra do Sol.

No julgamento do Caso Paraguai x Comunidade Indígena Sawhoyamaxa (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006), apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 15.05.2001, por meio de denúncia realizada pela TierraViva, alegou-se violação aos artigos 21, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992). O caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 03.02.2005. Entendeu-se, levando-se em consideração a Convenção 169 da OIT, art. 29, que há uma relação diversa dos povos indígenas com as suas terras e, diante disso, é preciso salvaguardar a posse e a propriedade coletiva para além do conceito clássico de propriedade.



Acerca da controvérsia referente ao lapso temporal e de que a Comunidade Sawhoyamaya não seria parte da Comunidade originária que vivia sob as terras, a Corte considerou que mesmo que os povos indígenas tenham saído de suas terras em razão da violência sofrida ou de forma voluntária, os índios têm o direito de regressar às suas terras porque o direito à terra não exige a posse, ou seja, o direito permanece mesmo com a saída temporária. Nessa seara, qualquer indígena ou comunidade possui o direito a solicitar as terras que estão em domínio privado (art. 24 e ss. da Lei 904/81). A respeito da limitação temporal entendeu não haver prazo firmado para a recuperação, diante da relação especial que os índios possuem com a terra, de caça e pesca, conforme demonstrado quando os membros relataram as dificuldades enfrentadas nas beiras de estradas, a falta de alimentos, de chás, folhas medicinais e perda de componentes culturais como a língua.

Em outro Caso, Suriname x Comunidade Indígena Moiwana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006), apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1997 pela Organização de Direitos Humanos Moiwana'86, e na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 20.12.2002, apontou-se violação aos artigos 25 (proteção judicial); 8 (garantias judiciais) e 1.1 (respeitar direitos humanos). Foi relatado que 1986 membros das Forças Armadas atacaram a Comunidade Moiwana e mataram cerca de 40 pessoas, os que conseguiram fugir passaram a viver nas imediações, sem suas terras, contudo, impedidos de viver de acordo com o seu modo de vida tradicional.

Na decisão do caso, a Corte ponderou que os índios deslocados têm o direito de circular e de regressar às suas terras, direito esse que o Estado precisa proteger e efetivar. Assim, os povos indígenas podem regressar às suas terras a fim de cessar com a doença e reencontrar a paz com os espíritos. O mesmo deve ocorrer em relação aos índios refugiados. O fato de os indígenas não estarem ocupando as terras não lhes retira o direito assegurado.

Nota-se, que é uma situação semelhante ao que ocorre no Brasil, nos casos onde os índios não possuem segurança para o usufruto, ocasionada pela falta de demarcação, demora no processo ou surgimento de um novo entrave, exemplo da tese do marco temporal e da PEC 215, responsáveis pelo agravamento do estado de insegurança pois acirraram os conflitos entre índios e não índios.



A fundamentação apresentada para decisão do processo baseou-se no Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi *versus* Nicarágua. Assim, a Corte reconheceu que quando não há título, a posse, centrada na Comunidade como um todo e não no indivíduo, basta para o reconhecimento oficial da propriedade. Por fim, o Caso Brasil x Comunidade Indígena Xucuru (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018), apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 16 de outubro de 2002, pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e Conselho Indigenista – CIMI. O Caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 16 de março de 2016, diante da necessidade de reparação dos direitos humanos contidos no Informe 11/15, diante de fatos ocorridos a partir do ano de 1998, momento em que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para a Corte IDH, os índios têm o direito sobre seus territórios. O Estado ou terceiros não podem exercer atos que impeçam o usufruto de referido direito, sendo imperativo garantir que os indígenas possam controlar efetivamente seus territórios sem interferências. Por isso mesmo, estabeleceu, com vistas a assegurar a garantia jurídica, a essencialidade de adoção de medidas administrativas e legislativas para o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas por parte do Estado Brasileiro. Dessa forma, compreendeu que não basta o reconhecimento e a demarcação se os índios não podem usufruir com segurança as terras que lhes pertencem por direito.

Acerca do dever de se garantir a propriedade coletiva e da segurança jurídica, a Corte IDH reafirmou o direito de os povos indígenas usufruírem com estabilidade de suas terras devendo, para tanto, prevalecer o direito dos povos indígenas sobre qualquer outro, terceiro ou o próprio Estado. Sobre esse ponto, o marco normativo brasileiro está de acordo com o que afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que segundo nossa Constituição, qualquer título é juridicamente nulo se tratar de terras indígenas.

A Corte ressaltou que no Brasil a titulação de um território indígena tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, trata-se de um ato de proteção e não de criação do direito de propriedade coletiva. A respeito do dever de adotar medidas internas adequadas, a Corte reconheceu que a legislação brasileira está em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O problema, como notado, encontra-se na aplicabilidade.



Alguns pontos merecem destaque no que tange à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos possessórios indígenas, conforme a seguir. Pela interpretação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito à terra é um direito humano que vai além do direito privado, se estende à propriedade coletiva, com vistas à garantia da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas.

No caso Brasil *VS* Comunidade Xucuru, a Corte reconheceu que o Brasil possui bases normativas adequadas aos padrões dos documentos do sistema interamericano de direitos humanos. Justamente em razão disso, há tentativas de alteração como a tese do marco temporal, a PEC 215 e a proposta de reforma do Estatuto do Índio. Não houve condenação ao Brasil nesse ponto. Porém, a decisão mencionou uma série de atrasos, falta de demarcação coletiva, morosidade, conflitos armados, insegurança jurídica, que impedem que os índios controlem efetivamente as terras que lhes pertencem.

O problema do Brasil não são os marcos normativos. A legislação brasileira é adequada e alinhada ao conteúdo dos documentos regionais e internacionais de direitos humanos. Diante da existência de um marco protetivo forte aos direitos dos povos indígenas surgem reiteradas tentativas de relativização, buscando cumprir com interesses dos que não estão preocupados com a garantia dos direitos dos povos indígenas. O marco temporal, a PEC 215 e a alteração do Estatuto do Índio dificultam mais que o acesso à terra. De modo que os indígenas estão fadados ao desaparecimento, considerando a essencialidade dos territórios para a sobrevivência física e cultural das comunidades. Por fim, o Estado brasileiro foi responsabilizado porque há em andamento inúmeras ações semelhantes ao Caso Xucuru.

A Constituição brasileira é compatível com o que estabelece a Corte Interamericana ao reconhecer a ocupação tradicional, a presença, a posse, a relação diferencial do índio com a terra e não meramente a ideia de produção. Desde a Constituição de 1934, os povos indígenas têm tutelado o direito à demarcação de suas terras, o qual está diretamente relacionado com a sobrevivência desses grupos (SARTORI JÚNIOR, 2017). Apesar disso, ao longo dos anos manteve-se uma cultura assimilacionista de que o índio precisa estar em processo de evolução e integração. Esse antigo entendimento está contido no Estatuto do Índio, justamente por esse motivo foram criadas as aldeias



e os loteamentos, sem levar em conta a relação espiritual e cultural dos índios com a terra (AMADO, 2013, p. 65).

Do mesmo modo que ocorreu com o Paraguai e o Suriname, o Brasil, passou por um processo de colonização e ditadura militar que praticamente fizeram as comunidades indígenas existentes desaparecer, tanto no aspecto físico como cultural. As poucas comunidades indígenas que restaram lutam pelo direito de ver preservado seu modo de vida. Para que isso seja possível, todavia, a terra é essencial na medida em que, apesar de o processo de colonização tradicional ter findando, ainda há predominância de um modo de pensar branco, capitalista e europeu, que não se importa com outras formas de organização da vida.

Outro aspecto que aproxima o Brasil em relação aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos é a luta dos povos indígenas contra a expansão desenfreada do agronegócio e a preocupação com a proteção do meio ambiente (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016). Os conflitos territoriais em função dessa prática são causas constantes para conflitos armados entre índio e não índios no País. Os Casos apresentados revelam o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em razão de o Brasil ter aceitado a jurisdição depois da ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, servem para se analisar o marco temporal instituído pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol. Para a Corte IDH, os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos possuem o dever de adotar medidas positivas internas para assegurar o direito à terra aos povos indígenas. Sendo assim, não devem criar barreiras que dificultem que referido direito seja concretizado. No julgamento do Caso Yakye vs. Paraguai, a Corte determinou que a demora na adoção de medidas internas que visam o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas leva à violação ao direito à vida. Longe de seus territórios as Comunidades indígenas estão privadas do acesso a recursos mínimos para sobreviver, como o alimento, e expostas à pobreza e à doença (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014). Logo, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito de continuar índio depende das ações do Estado.

No julgamento do caso Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001), a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que quando as comunidades indígenas estão longe



das terras, as suas vidas estão em risco. Quando são afastados de seus territórios, os índios não podem desenvolver suas práticas para o tratamento das doenças, conseqüentemente, a saúde do povo está em risco (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014). A sentença foi um marco no reconhecimento da comunidade comunal dos povos indígenas ao fixar novos elementos para a interpretação dos direitos territoriais indígenas.

Para além de ações estatais e governamentais que visem o lucro, deve-se “reconhecer e validar juridicamente outras formas de organização política e social que não aquelas impostas pelo direito moderno e pelo Estado eurocêntrico, como a tutela, a integração e a igualdade formal” (LEIVAS; SARTORI JÚNIOR, 2018, p.156). Na decisão do Caso Povo Saramaka Vs. Suriname, foi reafirmada a necessidade dos Estados respeitarem a *relação especial* dos povos indígenas com a terra a fim de *assegurar a sobrevivência econômica, social e cultural, pois ambos são inseparáveis* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005). Ademais, reconheceu-se os povos indígenas como sujeito de direitos e obrigações, cabendo ao Estado do Suriname adotar meios administrativos, legislativos e judiciais *necessários para o reconhecimento da personalidade jurídica do povo Saramaka*, individual e coletivamente (COSTA OLIVEIRA, 2012).

No Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa x Paraguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que, mesmo que os povos indígenas tenham saído de suas terras e regressado em um momento posterior, o direito sobre as suas terras tradicionais permanece. Dessa maneira, o direito de retorno independe de prova do renitente esbulho, conforme preceitua o STF desde 2009. No mesmo sentido, no julgamento do caso Comunidade Moiwana x Suriname, a Corte determinou que o direito das comunidades indígenas sobre suas terras surge com o nascimento, sendo um direito coletivo, perpétuo e inalienável. Em havendo disputa, deve ser resolvida dentro da própria aldeia, conforme organização própria (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005), ou seja, com observância do direito à autodeterminação. Aqui, novamente, entendeu-se que, em se reconhecendo como terra indígena, deve o Estado declará-la como tal e qualquer título existente reivindicando a posse da terra é juridicamente nulo. O que no caso brasileiro se alinha ao que diz o artigo art. 231, § 6º, da Constituição Federal.



Além disso, é reconhecido que os povos indígenas têm o direito de se organizar de modo próprio, levando-se em conta formas próprias de ver e viver no mundo. Aliás, direito este que o Brasil tem a obrigação de levar em conta, haja vista a ratificação da Convenção 169 da OIT, a qual garante aos povos indígenas o direito de viver de acordo com as suas práticas culturais (ALVES, 2014, p. 725). A tese do marco temporal exige a comprovação de um marco de ocupação ou prova do esbulho renitente interpretado de acordo com modelo branco e eurocêntrico, sem levar em consideração as formas próprias de organização dos índios. Ademais, é exigida prova do ajuizamento de uma ação judicial sabendo que isso não faz parte da cultura indígena. O índio, principalmente antes à 1988, não ingressaria, ele próprio, com uma ação judicial reivindicando a posse da terra perdida (VILLARES, 2013). Nem mesmo nos tempos atuais há como se exigir tal ação, até mesmo porque como dito, esses povos possuem formas próprias de organização que o Estado precisa proteger e levar em conta no momento de decidir sobre esses conflitos.

Além do mais, a tese não respeita o entendimento trazido pela Carta Magna de que o processo de demarcação de terra indígena exige somente o reconhecimento de fato, ou seja, em se provando a situação de fato deve ao Estado demarcar a terra. Cabe lembrar que este ponto foi mencionado pelo Ministro Levandowski durante o julgamento do caso Raposa Serra do Sol. A Constituição Federal de 1988 ressignificou a noção de indivíduo ao estabelecer a indispensabilidade dos territórios na manutenção da identidade. Por esse motivo, deve-se trabalhar com um olhar diferenciado. A terra deixou de ser considerada mera individualidade e propriedade privada e passou a refletir o acolhimento entre os indivíduos que compõem o território (DUPRAT, 2017).

Entende José Afonso da Silva que o direito dos indígenas à terra é imemorial, fundada no fato de terem sido eles os primeiros donos, a Constituição de 1988 é o *último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre as suas terras e assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão na Pet. 3.388* (SILVA, 2016). Segundo Lemos, a Constituição de 1988 inaugura uma nova ideia no ordenamento jurídico brasileiro e a Convenção 169 da OIT estabelece a obrigação do Estado de respeitar e efetivar os direitos dos povos indígenas, cabendo ao Judiciário desfazer-se da visão integracionista e efetivar direitos (SANTOS FILHO, 2007).



Para Tércio Sampaio, a Constituição Federal de 1988, através do seu artigo 231, reconhece direitos originários dos índios às suas terras tradicionais. Nesse sentido, transformou em direito subjetivo, o qual não é diferente dos demais direitos fundamentais, já que com dignidade equiparada. Em sendo direitos originários, não são direitos adquiridos. Sendo assim, não cabe discussão sobre direitos adquiridos em relação aos originários, conforme exceção criada pelo próprio texto constitucional, que considera nulos os atos que por ventura virem a discutir a ocupação, a posse ou o domínio das terras indígenas (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 689).

O entendimento apresentado pelo STF demonstra que, mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha reconhecido o direito à diferença, segue-se com uma política de atuação integracionista em relação aos índios brasileiros (ARBOS, 2013, p. 200). Insiste-se em não reconhecer a relação diferenciada do ponto de vista da ocupação e da resistência do indígena após terem sido expulsos de suas terras, na forma do que diz o art. 231 da Constituição Federal (CUPSINSKI; GUEDES; LIEBGOTT; PEREIRA; SANTOS, 2016). Ao interpretar a exigência do esbulho renitente, o Supremo confundiu *ocupação tradicional, baseada na territorialidade indígena e reconhecida como direito originário pela Constituição, e a posse do direito civil, questão de fato recuperada por controvérsia possessória judicializada* (LEIVAS; SARTORI JÚNIOR, 2018, p.162 e ss.). Ademais, apresentou uma interpretação restritiva do esbulho renitente, considerando a necessidade de prova judicializada de luta pela posse da terra (PEREIRA, 2018, p. 275).

Aqui, novamente o Caso Saramaka X Suriname serve para a reflexão uma vez que nesse julgamento ocorreu a negação dos direitos coletivos essenciais para a identificação da Comunidade. O Estado do Suriname continuou com suas práticas coloniais negacionista diante do entendimento que o Povo Saramaka seria opositor ao modelo econômico, capitalista e jurídico presente. Da mesma forma que ocorreu com os Casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, esse discurso precisou ser desfeito, a partir do depoimento de membros da Comunidade e de testemunhas, contemplando outro significado ao julgamento (COSTA OLIVEIRA, 2012, p. 26).

O direito à terra não pode seguir somente o padrão predominante sem que outras formas de organização sociais e culturais, constitucionalmente protegidas, imperativas na hora de se analisar um processo judicial sejam utilizadas. Se os povos indígenas têm o direito de viver de acordo com sua



cultura e seus modos de organização política e social, o Estado precisa levar isso em conta no momento de decidir sobre as vidas dessas pessoas (SBAEDELOTTO; WOLFART, 2008). É preciso deixar de lado a concepção que só uma forma de ser e estar no mundo merece ser protegida e considerada superior às demais. O que se percebe nos processos em que se discute a demarcação de terras indígenas com base no marco temporal é, novamente, a imposição de uma forma de pensar e agir de setores organizados em direção a outro lado considerado mais frágil. Essa fragilidade existe justamente porque o processo ocorre de forma injusta mesmo, privilegiando somente um lado.

Apesar da conquista do direito de organização, os povos indígenas continuam sofrendo ataques em função do poder do mercado, do agronegócio e dos grandes latifundiários do País. Mesmo com o reconhecimento constitucional do direito à terra, os últimos anos provam que pouco se fugiu da relação hierárquica e assimilacionista (OSOWSKI, 2017, p. 320). A Constituição e os documentos internacionais e regionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil consagram a autonomia, porém, permanece a imposição da tutela e da definição do que se é, por um terceiro, constituindo em uma forma autoritária e negadora do direito à construção da própria identidade (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 115 e ss.).

A terra é essencial ao índio e ao Estado cabe adotar medidas que garantam esse direito. Para além da previsão constitucional, o Brasil se comprometeu com tratados e convenções de direitos humanos que também obrigam o respeito a inúmeros direitos desses povos. Em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde então, precisa respeitar as leis e cumprir as decisões por estas instituídas (CARDOSO, 2013). A partir do aceite voluntário da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões emitidas pelo Estado brasileiro podem vinculá-lo e gerar responsabilização em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, deve observar e cumprir internamente os direitos humanos previstos em referido documento, com risco de ser responsabilizado internacionalmente (RAMOS, 2005).

Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos não tratar especificamente do direito à propriedade coletiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento *Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS. Nicarágua* e na sequência no julgamento *Comunidade Sawhoyamaxa VS. Paraguai*, reconheceu que houve violação do direito à propriedade coletiva pela inefetividade do Estado. A Corte



entendeu que não há um limite temporal estabelecido para que os índios recuperem as terras que por algum motivo lhes foram retiradas. Nesse aspecto, protege a relação espiritual e material diferenciada dessas Comunidades com a terra e de que não se trata de uma mera relação de posse, visto pelo modelo eurocêntrico e capitalista dominante. Por isso mesmo, não considera a posse como requisito para o reconhecimento ou recuperação das terras tradicionais indígenas (PEGORARI, 2017, p. 242).

Em vista da análise dos Casos trazidos, a tese do marco temporal contraria a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual não fixa limite temporal para o reconhecimento do direito originário que os índios possuem em relação às terras tradicionais (BIJOS; MELO, 2016, p. 23). Cerqueira explica que desde a Constituição Federal de 1831 até a de 1988, os direitos dos índios brasileiros passaram por inúmeras legislações, sem que fossem pelo menos ouvidos. Menciona ainda que a tese do marco temporal é uma invenção tortuosa do Ministro Menezes Direito no Caso Raposa Serra do Sol que nega a teoria do indigenato, se o Supremo Tribunal Federal tinha a pretensão de fixar um marco temporal deveria ter escolhido a data de 16 de julho de 1934, momento em que a teoria do indigenato foi constitucionalizada (2018, p. 170 e ss.).

Pereira afirma que a tese do marco temporal tornou-se um empecilho à efetivação dos direitos dos povos indígenas ao ignorar as violações de direitos sofridas pelos índios, as quais lhes impedem a autonomia (PEREIRA, 2018, p. 268). A Constituição Federal de 1988 reconhece que os índios possuem o direito originário sobre as terras que ocupam. É direito originário porque é anterior à formação do Estado, sendo que os atos de reconhecimento servem somente para que terceiros tomem ciência de referido direito. A ocupação e a forma tradicional mencionadas pelo art. 231 da Constituição Federal não podem deixar de acolher os casos em que há empecilho para tanto, como os casos de conflitos judiciais que se arrastam ou mesmo as expulsões das terras tradicionais por não índios (BERGOLD, 2013, p. 21). Essa definição deve ser entendida como *direito de organização social própria, ao direito de se constituírem como sociedades tradicionais autônomas, que não é outra coisa senão o velho indigenato juridicamente muito mais bem composto* (SILVA; SOUZA FILHO, 2018, p. 304).

A Constituição Federal de 1988 deve, portanto, centrar-se na proteção dos direitos dos povos indígenas à terra. A Corte Interamericana, ao analisar o Caso da Comunidade Xucuru x Brasil, mencionou que o direito à terra é um direito declaratório e não constitutivo. Por isso, o Estado não



necessita criar um direito, somente proteger o que já existe (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Marés ensina que a Constituição Federal de 1988 rompeu com a ideia de assimilacionismo e da necessidade de integração para constituir uma nova relação entre o Estado e os povos indígenas (BERGOLD, 2013, p. 15). A Carta não traz a necessidade de comprovação da ocupação tradicional quando da sua Promulgação para fins de reconhecimento e demarcação de terra indígena. Apenas, refere o direito dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e isso deve ser comprovado seguindo-se o próprio procedimento estabelecido na Carta, ou seja, pelos laudos antropológicos (BIJOS; MELO, 2016, p. 23 e ss.) Logo, não há como se sustentar que somente as terras efetivamente ocupadas pelos índios em 05 de outubro de 1988, data da Promulgação da Constituição Federal, ou, as que estão sendo reivindicadas deste àquela data pelos índios, sejam consideradas como terras tradicionais indígenas passíveis de demarcação, como julgou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (CUPSINSKI; GUEDES; LIEBGOTT; PEREIRA; SANTOS, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol discutiu-se a constitucionalidade da Portaria 534/2005 que demarcou administrativamente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. No julgado, o Supremo Tribunal Federal fixou dezenove condicionantes para que seja considerada terra indígena para fins de demarcação. Além disso, foi estabelecida a tese do marco temporal de ocupação das terras indígenas.

Segundo essa tese, para que seja reconhecida como terra indígena passível de demarcação, é preciso provar que os índios ocupavam as terras que desejam demarcar na data da Promulgação da Constituição Federal de 1988 ou provado o renitente esbulho.

O fato é que Supremo Tribunal Federal criou um marco temporal de ocupação inexistente na Constituição Federal de 1988, violando direitos dos povos indígenas ao não levar em conta o modo específico de ser e estar dos povos indígenas no mundo, direitos esses protegidos pelo ordenamento interno e pelos documentos internacionais e regionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.



O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal difere do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como demonstrado aqui, para a Corte, o direito à terra dos povos indígenas não exige a prova da ocupação e o direito permanece mesmo que os índios tenham saído por vontade ou pela expulsão de seus territórios. Desse modo, os índios expulsos de suas terras em razão de ações das Forças Armadas ou diante de ações que visavam o desenvolvimento nacional com o consentimento do Estado, têm o direito de regresso.

Logo, desfaz-se, o entendimento que é obrigatório provar a ocupação quando da Promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05.10.1988, bem como a necessidade se prove o esbulho renitente, conforme o Supremo Tribunal decidiu no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 2009.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe aos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos a adoção de medidas positivas em âmbito interno com vistas a garantir o direito à terra aos povos indígenas. Nessa perspectiva, a criação de um marco temporal que limita o acesso à terra para os povos indígenas é juridicamente incompatível.

Antes de tudo, não há previsão em nossa Constituição Federal. O artigo 231 menciona tão somente que, cumpridas a situação de fato, cabe ao Estado demarcar as terras indígenas, sendo qualquer título de posse existente considerado nulo. Depois, tendo o Brasil ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos e aceito a sua jurisdição em 1998, deve levar em conta o seu posicionamento proferido nas decisões dos julgados como os vistos aqui. Inexiste, portanto, legislação que dê conta da obrigatoriedade da prova de ocupação da terra indígena em 05.10.1988, conforme sustenta o Supremo Tribunal Federal na tese do marco temporal.

No Caso Povo Xucuru X Brasil, a Corte Interamericana menciona que o Brasil possui uma legislação adequada aos parâmetros dos documentos regionais e internacionais de direitos humanos, o problema está na efetivação. Em sendo uma legislação adequada, cabe ao Estado segui-la e adotar meios que garantam ao índio a terra e a sobrevivência física e cultural.

O marco temporal criado pelo STF ignora o marco protetivo constituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Além disso, contraria o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a qual, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, determina que os



Estados precisam adotar meios internos com vistas a efetivar o direito à terra aos povos indígenas e não criar barreiras para o acesso a esse direito.

Dessa maneira, se não há previsão constitucional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que não há necessidade de comprovação do marco de ocupação para fins de reconhecimento e demarcação das terras indígenas, a tese do marco temporal criada pelo Supremo Tribunal Federal, é incompatível e somente agrava ainda mais a situação dos índios do Brasil que dependem essencialmente da terra para sobreviver física e culturalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; MAIA, Luciano Mariz; TINÔCO, Livia Nascimento. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. /Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Gustavo Kenner Alcântara, Livia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia. Brasília: ANPR, 2018.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. *Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Disponível em: <
<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/54/45>>. Acesso em: 22 set. 2020.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. *Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil*. Disponível em: <
<http://seer.ufms.br/index.php/cadec/article/download/3411/2668>>. Acesso em: 22 set. 2020.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *Ação Popular (PET) N. 3388: a atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol*. Disponível em <
<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/viewFile/546/534>>. Acesso em: 22 set. 2020.

BERGOLD, Raul Cezar; SOUZA FILHO, Carlos Mares de. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold. Curitiba (Orgs.): Letra da Lei, 2013.

BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento de. *Demarcação de terras indígenas e o sistema interamericano de direitos humanos: a responsabilidade do Estado por ato judicial*. Disponível em: <



http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Marcotemporaleresponsabilidadeinternacional.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *AGU Pareceres*. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1552758> >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Decreto 678/1992*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *CPI da FUNAI finaliza trabalhos e pede o indiciamento de 67 pessoas*. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/cpi-da-funai-finaliza-trabalhos-e-pede-indiciamento-de-liderancas> >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 601, de 18 de setembro de 1850*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *MPF: relatório final da CPI da FUNAI e do INCRA é inconstitucional e ilegal*. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/para-6a-camara-relatorio-final-da-cpi-da-funai-e-do-incra-e-inconstitucional-e-ilegal> >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – 2015*. Disponível em: ≤ <https://www.cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contr-povos-indigenas-2016-Cimi.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Revista do Instituto Humanitas Unisinos. *Genocídio dos povos indígenas*. Disponível em: < <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao478.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Revista do Instituto Humanitas Unisinos (on-line). *Máquina de exterminar indígenas*. Disponível em: < http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6267&secao=478 >. Acesso em: 22 set. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3.388-4*. Relator (a): Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 23/10/2013. Disponível em: <
<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Inteiro%20Teor%20do%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20-%20PET%203388%20-%20Embargos.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388-4*. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CARDOSO, Loni Melillo. *O Brasil e a jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos: o esgotamento dos recursos internos face à EC nº 45 de 2004*. Disponível em: <
http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Loni_Melillo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

Câmara dos Deputados. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Funai-Incra*. Disponível em: <
<http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/cpi/Relat%C3%B3rio%20da%20CPI%20-%20Funai%20e%20Incra%20-%20-%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20no%20Di%C3%A1rio.PDF>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Índios no Brasil - História, direitos e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2013.

Conselho Indigenista Missionário. *Terras indígenas*. Disponível em: <
<https://www.cimi.org.br/terras-indigenas/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

Conselho Indigenista Missionário. *STF mantém demarcações na Funai e impõe derrota ao governo Bolsonaro*. Disponível em: <
<https://cimi.org.br/2019/08/stf-mantem-demarcacoes-na-funai-e-impoe-derrota-ao-governo-bolsonaro/>>. Acesso em: 23 set. 2020

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Disponível em: <
<https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2020.



Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

COSTA OLIVEIRA, Assis da. *Sensibilidade jurídica e embate colonial: análise do caso Saramaka Vs. Suriname*. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3081/2507> >. Acesso em: 22 set. 2020.

CUPSINSKI, Adelar; GUEDES, Irís Pereira; LIEBGOTT, Roberto Antônio; PEREIRA, Alessandra Farias; SANTOS, Rafael Modesto dos. *Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a Inconstitucionalidade do marco temporal ante a proeminência do art. 231 e 232 da constituição de 1988*. Disponível em: < <http://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2020.

DUPRAT, Deborah. *Terras indígenas e o Judiciário*. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/ Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.



FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*. Disponível em: < <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/92> >. Acesso em: 22 set. 2020.

Instituto Socioambiental. *Com pior desempenho em demarcações desde 1985, Temer tem quatro terras indígenas para homologar*. Disponível em: < <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar> >. Acesso em: 22 set. 2020.

Instituto Socioambiental. *Índigenas protestam contra expansão do agronegócio e em defesa de seus direitos*. Disponível em: < <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/indigenas-protestam-contr-expandao-do-agronegocio-e-em-defesa-de-seus-direitos-e-territorios> >. Acesso em: 22 set. 2020.

Instituto Socioambiental. *Terra indígena Raposa Serra do Sol*. Polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima. Disponível em: < <https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/raposa/index45f2.html?q=cronologia> >. Acesso em: 22 set. 2020.

LIEBGOTT, Roberto Antonio. *Os direitos humanos dos povos indígenas: os povos Guarani, Kaingang e Charrua e a contínua luta pela garantia de seus direitos*. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/CCDH/RelAzul/reazul_2011.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

Ministério Público Federal. *CPI contra a Funai, INCRA, índios e sem-terra*. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/6CCR_NotaCPI_Funai.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.

MONTEIRO, Marcela Nogueira. *O Caso Raposa Serra Do Sol e a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região: Uma análise do contexto jurisprudencial no qual se inserem as 19 cláusulas condicionantes*. Trabalho de Monografia apresentado à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – São Paulo – 2010. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/172_Monografia%20Marcela%20Monteiro.pdf >. Acesso em: 22 set. 2020.



OSOWSKI, Raquel. *O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento*. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32261/pdf> >.

Acesso em: 22 set. 2020.

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*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/144-265-1-sm.pdf> >.

Acesso em: 22 set. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. Disponível em: < <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CW5zxahE-NcJ:https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/download/4/4+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> >.

Acesso em: 22 set. 2020.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *A Proteção dos Direitos dos Índios*. Disponível em: < [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs artigos/A Protecao dos Direitos dos Indios.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs%20artigos/A%20Protecao%20dos%20Direitos%20dos%20Indios.pdf) >.

Acesso em: 22 set. 2020.

SARTORI JUNIOR, Dailor. *O crime de genocídio e as violações dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil: articulações e possibilidades de uso instrumental do conceito*. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/19750> >.

Acesso em: 22 set. 2020.

SBARDELOTTO, Moisés; WOLFART, Graziela. *Como entender a cultura indígena e suas transformações?*

Disponível em: < http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1776&secao=257 >.

Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho*. São Paulo, 2016. Disponível em: < [https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal .pdf](https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal.pdf) >.

Acesso em: 22 set. 2020.



VILLARES, Luiz Fernando. *Estado Pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php> >. Acesso em: 22 set. 2020.